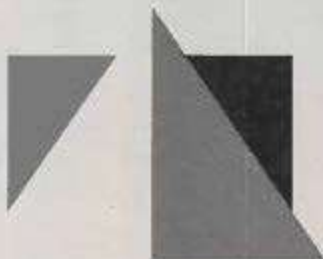


REVISTA JURÍDICA

5

DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS



Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

JULHO - DEZEMBRO 2002

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

**NÚMERO 5
JULHO/DEZEMBRO - 2002**

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

(Instituída pela Resolução nº 45, de 30 de agosto de 2001)

BELO HORIZONTE

SEMESTRAL

R. Jurid. Minist. Publ. Est. MG	Belo Horizonte	n. 5	p. 1-366	jul./dez. 2002
---------------------------------	----------------	------	----------	----------------

Edição e distribuição:

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público
Av. Álvares Cabral, 1690 - 10º andar - Santo Agostinho - Belo Horizonte - MG
CEP 30170-001

Sistematização, normalização e revisão:

CEAF Diretoria de Informação, Documentação e Biblioteca

Diagramação:

Gráfica e Editora Sigma

Impressão:

Santa Clara Editora Produção de Livros Ltda.

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
– N.1 (abr. 1997) – Belo Horizonte: Ministério Público
do Estado de Minas Gerais, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento
Funcional, 1997- .

Semestral. Inicialmente irregular.
Interrompida de 1999 a 2001.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.

CDU 34 (05)

CONSELHO EDITORIAL (2001 - 2004)

Presidente

Nedens Ulisses Freire Vieira

Procuradores e Promotores de Justiça

Antônio de Padova Marchi Júnior

Antônio Sérgio Rocha de Paula

Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva

Gisela Potério Santos Saldanha

João Cancio de Mello Júnior

José Pontes Júnior

Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha

Márcio Chila Freyesleben

Joaquim José Miranda Júnior

**(designados nos termos do art. 2º da Resolução nº 45,
de 30 de agosto de 2001,
alterado pela Resolução nº 71, de 31 de julho de 2002)**

Diretor-Executivo

Edson Ribeiro Baêta

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Procurador-Geral de Justiça
Jarbas Soares Júnior

Corregedor-Geral do Ministério Público
Antônio de Padova Marchi Júnior

Procuradora-Geral de Justiça Adjunta Jurídica
Elaine Martins Parise

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo
Paulo Roberto Moreira Cançado

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional
Alceu José Torres Marques

Secretário-Geral
Luciano Luz Badini Martins

Chefe de Gabinete
Carlos André Mariani Bittencourt

Diretor-Geral
Fernando Antônio Faria Abreu

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Jackson Rafael Campomizzi

SUMÁRIO

DOCTRINA

APONTAMENTOS SOBRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR Marcos Tofani Baer Bahia	09
O APRIMORAMENTO DO INQUÉRITO CIVIL AMBIENTAL Jadir Cirqueira de Souza	29
A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AO COMÉRCIO CLANDESTINO DE BENS CULTURAIS Marcos Paulo de Souza Miranda	49
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DO SABER CRIMINOLÓGICO PELOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO Lélio Braga Calhau	65
A COMPETÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR Renato Franco de Almeida Paulo Calmon Nogueira da Gama Aline Bayerl Coelho	81
A CONTRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO PROCESSO DE REGULARIZAÇÃO DOS ASSENTAMENTOS INFORMAIS URBANOS Tatiana Marcellini Herardi	95
O CRIME DE FALSA IDENTIDADE EM FACE DA NOVA REDAÇÃO DADA AOS ARTS. 186 E 187 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL Ricardo Tadeu Linardi	117
O CRIME ORGANIZADO E PROPOSTAS PARA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO Mário Antônio Conceição	123
A CRIMINOLOGIA CRÍTICA – UMA TENTATIVA DE INTERVENÇÃO (RE)LEGITIMADORA NO SISTEMA PENAL Luciano Santos Lopes	145
DESATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES QUANTITATIVAS DO CONSUMIDOR – LIMITAÇÃO, AGREGAÇÃO E CONSUMAÇÃO MÍNIMA Paulo Calmon Nogueira da Gama	177

A DESNECESSIDADE DA POSSE TRANQUÍLA PARA CONFIGURAR O CRIME DE ROUBO	
Adriano Botelho Estrela	189
O DIREITO DE NASCER DO VENTRE DE MÃE MORTA	
Leonardo Barreto Moreira Alves	197
DIREITO DO CONSUMIDOR - ÔNUS DA REALIZAÇÃO DA PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
Alexandre Olavo Carvalho de Oliveira	217
O ENVELHECIMENTO POPULACIONAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS	
Simone Montez Pinto Monteiro	249
INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL	
Sandra Regina Remondi	255
MINISTÉRIO PÚBLICO – POR UMA VERDADEIRA AUTONOMIA FUNCIONAL	
Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo	273
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	
Elaine Martins Parise	287
REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO	
Árlen de Oliveira Fernandes	323
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A REVISÃO DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL	
Glauber S. Tatagiba do Carmo	347
A SUPRESSÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO COMO (MAIS UM) OBSTÁCULO À EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO PENAL - REVISITANDO O PARADIGMA-BEHAVORISTA	
Rodrigo Iennaco de Moraes	355

APRESENTAÇÃO

É hoje inquestionável a importância que o Ministério Público Brasileiro representa para o aprimoramento da Ciência Jurídica. Essa importância não deriva apenas da prática de Promotores, Procuradores de Justiça, Procuradores da República e dos Ministérios Públicos Militar e do Trabalho. Resulta, igualmente, do crescente número de teses, monografias, dissertações, artigos científicos e livros que eles têm vindo a publicar, procurando estender a toda a comunidade jurídica os saberes relacionados às diversificadas e complexas atividades do *Parquet*.

Por certo, a efetiva defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses metaindividuais pressupõe um compromisso permanente com o aprimoramento das instituições jurídicas. A luta pela progressiva efetivação do direito não significa, de modo algum, conferir um papel secundário à sua dimensão teórica. Em rigor, é indispensável, ou mesmo inevitável, o diálogo entre teoria e prática, no âmbito de uma relação dialética cujas tensões possam gerar, como resultantes, o desenvolvimento do direito objetivo e sua progressiva concretização.

Vista de tal perspectiva, a *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* é, atualmente, uma das mais claras expressões da busca constante do *Parquet*, especialmente do mineiro, pelo necessário diálogo entre as dimensões teórico-normativa e fática do Direito, tendo em vista o melhor e efetivo cumprimento dos deveres que o ordenamento jurídico reservou à instituição.

No presente volume, são abordadas questões de grande relevância para o membro do Ministério Público, em textos escritos por algumas das mais notáveis mentes do Ministério Público Mineiro. Defesa do consumidor, proteção do patrimônio cultural, regularização fundiária, inquérito civil, crime organizado, criminologia, contratos de prestação de serviços educacionais, autonomia funcional, implementação de políticas públicas etc. integram o extenso e complexo conjunto temático relacionado às atribuições nucleares da instituição. Certamente, cada um dos artigos científicos apresentados contribuirá para o aprimoramento da atuação ministerial e, via de consequência, para a efetivação dos mais importantes direitos e garantias da ordem jurídica brasileira.

Por fim, não poderia deixar de congratular cada um dos responsáveis pela edição desta obra. O Promotor de Justiça Edson Ribeiro Baêta, em cuja gestão como Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF iniciaram-se os esforços para a organização deste número, bem como toda a equipe que o apoiou, especialmente o Conselho Editorial, que teve a certamente difícil tarefa de apreciar e selecionar os textos ora publicados. Do mesmo modo, congratulo o Procurador de Justiça Jacson Rafael Campomizzi, atual Diretor do CEAF, por levar a cabo os trabalhos necessários para a publicação deste volume.

Que a *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* continue, pois, a colaborar para o desenvolvimento do Direito e sua efetivação!

Jarbas Soares Júnior
Procurador-Geral de Justiça

APONTAMENTOS SOBRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

MARCOS TOFANI BAER BAHIA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Secretário Executivo do Procon Estadual – MP-MG

Especialista em Ética e Pensamento Jurídico

Professor de Direito do Consumidor do Centro de Atualização em Direito –

CAD-MG

Membro da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor –

MPCON

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 A defesa do consumidor como direito fundamental – 3 A relação jurídica de consumo – 3.1 O serviço público abrangido pelo Código de Defesa do Consumidor – 4 O caráter principiológico do Código de Defesa do Consumidor – 5 Princípios e instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo – 6 Aspectos processuais específicos do Código de Defesa do Consumidor – 6.1 Ação civil coletiva e ação civil pública: necessidade da distinção – 6.2 O método para classificar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos – 6.3 A legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos – 7 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

A proteção do consumidor é o tema mais atual em Direito. O homem do séc. XXI vive um novo modelo de associativismo a *sociedade de consumo*, caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing e pela dificuldade de acesso à justiça.

Em nível mundial, a Organização das Nações Unidas – ONU reconheceu direitos fundamentais do consumidor que inspiraram diversas legislações, entre as quais o nosso Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990). São eles: *direito à segurança* (garantia contra produtos ou serviços que possam ser perigosos à vida ou à saúde), *direito à escolha* (opção entre vários produtos ou serviços com qualidade satisfatória e preços competitivos), *direito a ser ouvido* (os interesses dos consumidores devem ser levados em consideração pelos governos, no planejamento e execução da política econômica), *direito à indenização* (reparação financeira por danos causados por produtos ou serviços), *direito à educação para o consumo* (meios para o cidadão exercer conscientemente sua função no mercado), *direito a um meio ambiente saudável* (defesa do equilíbrio ecológico

para melhorar a qualidade de vida agora e preservá-la para o futuro) e *direito à informação* (conhecimento dos dados indispensáveis sobre produtos ou serviços, para uma decisão consciente).

É fato que atualmente nós, consumidores, estamos cada vez mais exigentes pela soma de diversos fatores, entre os quais se destacam o histórico (entre o fim da 2ª guerra e a década de 70, a procura por produtos era maior do que a oferta), o tecnológico (acesso à comunicação), os políticos (fim da ditadura e da guerra fria), o macroeconômico (globalização da economia), os sociais (cidadania e maior consciência de nossos direitos), e o microeconômico (oferta maior de produtos e aumento da concorrência).

Na sociedade contemporânea, o modelo de produção é completamente diferente do que existia quando a formulação das leis era de ordem privada, como o Código Comercial e o Código Civil. A produção é feita em série e o consumo, em massa. Por conseguinte, a lesão atinge a um só tempo toda a sociedade de massa de consumidores. À medida que a população aumenta, aumenta a produção, a demanda e o consumo.

Diferentemente do que ocorria na economia clássica, não é mais o consumo que determina a produção, mas é esta que determina o que será ou não produzido. A verticalização das relações econômicas fez surgir um poderoso sistema de motivação e persuasão capaz de controlar consumidores. Com isso, as necessidades dos consumidores não são mais decorrentes de suas exigências físicas ou biológicas, ou mesmo do ambiente em que vivem e atuam, mas são em grande parte forjadas pelas campanhas publicitárias.

Inicia-se, assim, o fenômeno da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo. Para equilibrar esta relação, o Congresso Nacional elaborou, em 1990, o CDC, fundando-se no princípio da vulnerabilidade e no equilíbrio das relações de consumo (CDC, art. 4º).

2 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 - CF/88, ao cuidar dos direitos e garantias fundamentais, estabeleceu, no art. 5º, XXXII, que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor." O art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu que o Congresso Nacional deveria elaborar em 120 dias o Código.

A *defesa do consumidor* afigura-se, pois, direito e garantia fundamental e no art. 170, V, da CF/88, está prevista como *princípio da ordem econômica*. Se a ordem econômica tem por fim assegurar a todos *dignidade*, a *defesa do consumidor*, por conseguinte, é princípio para a preservação da dignidade da pessoa.

Enquanto preceito constitucional inserido no art. 5º da CF/88, a promoção da defesa do consumidor encontra-se sob o manto protetor do art. 60,

§ 4º, IV, da CF/88, não podendo, por tal qualidade, ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a aboli-la.

Tem o Estado, portanto, o dever de promover esse direito na forma da lei, atividade determinada expressamente pela CF/88 para a sua realização. Impõe-se, por conseguinte, ao legislador ordinário, conectar-se a esse direito fundamental, de modo a particularizar efetivamente a proteção constitucional por meio de normas jurídicas consentâneas com a defesa do consumidor, enquanto *direito humano fundamental*.

Sarlet (2003, p. 344), com propriedade, realça a importância da vinculação do legislador ordinário aos direitos fundamentais:

[...] esta vinculação, considerada com base numa dimensão filosófica e histórica, implica clara renúncia à crença positivista na onipotência do legislador estatal, significando, por outro lado (sob um ângulo dogmático-jurídico) a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo Constituinte em favor da prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo. Valendo-nos aqui das expressivas palavras de Vieira de Andrade, há que reconhecer que “o poder legislativo (a potência legislativa) deixou de corresponder à ideia de um soberano que se autolimita, devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma Constituição distante e juridicamente débil.” Ressalte-se, todavia, que a eficácia vinculante dos direitos fundamentais representa um *plus* relativamente à vinculação dos poderes públicos, inclusive do legislador, às normas constitucionais em geral, como bem expressa o princípio da constitucionalidade, que, neste sentido, apresenta uma dimensão reforçada quanto aos direitos fundamentais.

Neste contexto, cumpre referir a paradigmática e multicitada formulação de Krüger, no sentido de que hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais [...]. De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora.

Prosseguindo nesse diapasão, a doutrina caracteriza o direito do consumidor como direito humano fundamental (MIRAGEM, 2002, p. 131-132):

Assim, o *direito do consumidor*, enquanto *direito subjetivo*, tem sede constitucional e caracteriza-se ontologicamente como *direito humano fundamental*, tomado o sujeito titular do direito na sua compreensão finalista, vinculada a uma dimensão própria da pessoa humana e de sua necessidade de consumo. Essa compreensão do fenômeno, todavia, só é possível se

tomamos a figura do consumidor, em sua perspectiva existencial, como um sujeito próprio com necessidades fundamentais.

Dai por que necessário tomarem-se as determinações legais de uma política nacional das relações de consumo (arts. 4º e 5º do CDC) como uma política de defesa dos direitos da própria pessoa, uma vez tutelando no âmbito próprio das relações de consumo bens jurídicos universais, como a dignidade, a vida, a saúde e segurança. [...] Nesse sentido, o ser humano consumidor será, antes de tudo, tomado como pessoa humana, tendo esta uma dimensão juridicamente protegida no que diz na sua condição de vulnerabilidade em dada relação a relação de consumo.

[...]

E o Código de Defesa do Consumidor, como iniciativa legislativa de realização daquele direito humano fundamental, uma prestação legislativa do Estado por expressa determinação constitucional, deve ser observado, inclusive no seu caráter expresso de lei de ordem pública, nessa mesma perspectiva, que determina necessariamente a ótima efetivação dos seus preceitos protetivos e promocionais.

De fato, a previsão constitucional da *defesa do consumidor*, como direito humano fundamental, coloca-o em posição de destaque na ordem jurídica pátria, verdadeiro parâmetro hermenêutico, reafirmando e consagrando a dignidade da pessoa humana como premissa maior do Estado democrático de direito (CF/88, art. 1º, III).

Enfim, a *defesa do consumidor* é um dos valores para o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Portanto, a necessidade de obediência ou respeito aos direitos humanos fundamentais, entre os quais se insere a *defesa do consumidor*, constitui alicerce indispensável à construção de um autêntico Estado democrático de direito, dignos que são de maior proteção constitucional por meio da sua inclusão no elenco das cláusulas pétreas (CF/88, art. 60, § 4º).

Para regulamentar o preceito constitucional da *defesa do consumidor*, veio à lume o CDC, estabelecendo regras de ordem pública e de interesse social (art. 1º) de proteção das relações jurídicas de consumo e do próprio consumidor.

3 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A partir do que está previsto nos arts. 2º e 3º do CDC, é possível conceituar a relação jurídica de consumo. O CDC será aplicado sempre que houver uma relação jurídica de consumo, em primazia sobre qualquer outra legislação.

Adotando-se um conceito bem completo, por relação jurídica de

consumo entenda-se:

[...] o vínculo que se estabelece entre um consumidor, destinatário final, e antes a ele equiparados, e um fornecedor profissional, decorrente de um ato de consumo ou como reflexo de um acidente de consumo, a qual sofre a incidência da norma jurídica específica, com o objetivo de harmonizar as interações naturalmente desiguais da sociedade moderna de massa. (BONATO; MORAES, 2001, p. 63).

O primeiro conceito legal de consumidor está no art. 2º do CDC: “[...] toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como *destinatário final*.” (grifo nosso).

Deve-se entender que o usuário e não somente o adquirente de um produto é consumidor, uma vez que na relação jurídica de consumo este também pode ser destinatário final do produto. De mais a mais, o consumo não se perfaz somente com a aquisição de produtos, mas também com a sua fruição.

É importante lembrar que a pessoa jurídica consumidora não é aquela que adquire os produtos ou serviços como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa como, por exemplo, a empresa que adquire borracha e metais para a fabricação de pneus. Tais bens entram na *cadeia produtiva* da empresa, não se inserindo no conceito de consumidor sob o ponto de vista da lei.

O parágrafo único do art. 2º do CDC alarga o conceito de consumidor - os chamados consumidores *por equiparação* - quais sejam a *coletividade* de consumidores. Neste caso, não se cuida aqui de consumidor individualmente considerado. O que se tem em foco é a *universalidade* de consumidores de produtos ou serviços, os quais podem ser pessoas indetermináveis, determináveis e determinadas, protegidas através dos chamados interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Podem ser os alunos de uma escola que estão sofrendo cobrança abusiva de mensalidades ou os assinantes e usuários de serviços de telefonia. Podem ser grupos de pessoas, classes ou até mesmo consumidores indeterminados, tais como os passageiros de um ônibus coletivo urbano em má condição de tráfego.

Alargando o conceito de consumidor, o art. 17 do CDC equipara-o a todas as *vítimas do evento*. Todas as pessoas que diretamente sofreram o acidente são consideradas consumidoras para os efeitos de aplicação do Código. Os transeuntes que estavam na rua e foram mortos quando o avião da TAM caiu, logo depois de decolar do aeroporto de São Paulo com destino ao Rio de Janeiro são considerados consumidores para efeito de aplicação do Código, podendo se valer de valiosos institutos processuais como o da inversão do ônus da prova e da proteção da ação coletiva intentada pelo Ministério Público - MP.

E finalmente o art. 29 do estatuto consumerista, equipara o conceito de consumidor a todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas

comerciais e contratuais previstas pelo Código. Neste caso, as normas de proteção do CDC terão, em especial, um caráter preventivo, vale dizer, protegerão seus direitos antes da ocorrência do dano. Podemos citar, como exemplo, uma publicidade enganosa veiculada em televisão ou jornal. Sendo a publicidade uma *prática comercial* que, quando enganosa, revela-se ilícita (CDC, art. 6º, IV, c/c art. 37, *caput*), quaisquer telespectadores ou leitores (identificados ou não) do comercial em questão, expostos a esta prática comercial ilícita, serão considerados, para todos os efeitos do Código, consumidores.

No outro lado da relação jurídica de consumo está o fornecedor, cujo conceito é ditado pelo art. 3º do CDC: “[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

A distinção dos vários conceitos de fornecedor vai ser relevante para delinear os casos de *responsabilização pelo fato e vício do produto e do serviço* (CDC, arts. 12, 14, 18 e 20) aos consumidores. A ampliação do conceito de fornecedor tem sua razão de ser, pois é uma das formas de se proteger o consumidor, o qual poderá acionar qualquer deles, em razão da solidariedade dos participantes da cadeia de fornecedores.

É importante frisar que deve haver a *habitualidade* para ser considerado fornecedor. A pessoa que anuncia a venda de um automóvel no jornal de forma *não habitual*, não é fornecedora, não se aplicando, o estatuto consumerista, mas as normas que regulam a relação jurídica de direito civil (Código Civil).

Os conceitos de *produto* e *serviço* encontram-se nos §§ 1º e 2º do art. 3º do CDC. Por *produto* entenda-se “[...] qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” E, por *serviço*, “[...] qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Grassa alguma controvérsia na doutrina a respeito de quais serviços públicos seriam considerados objeto da relação jurídica de consumo para efeito de aplicação do CDC.

3.1 O serviço público abrangido pelo Código de Defesa do Consumidor

O *contribuinte* não se confunde com o *consumidor*. Os tributos em geral (taxa, contribuição de melhoria e impostos) não podem ser confundidos com *tarifas*, pois se inserem no âmbito das relações de direito tributário. As tarifas, que não são tributos, têm natureza jurídica de *preço público* e são inseridas no contexto de serviços prestados diretamente pelo Estado ou por

concessionárias.

A questão do serviço público no CDC está regulada nos arts. 3º, *caput*, 4º, VII, 6º, X, e 22.

A primeira abordagem que deve ser feita relaciona-se com a identificação de quais serviços públicos são abrangidos pela disciplina do CDC.

A doutrina mais recente, e da qual nos filiamos, assim se posiciona (BONATTO; MORAES, 2001, p. 99 et seq.):

Com efeito, o Estado moderno assumiu múltiplas e variadas funções, não somente na área social, como também na esfera econômica, realizando, até mesmo, atuação em nível de concorrência com empresas privadas.

Isto fez com que normas consumeristas também fossem direcionadas aos entes estatais, pois, no afã de terem de obter resultados empresariais positivos, surgiram ocasiões em que, também eles, passaram a atuar, eventualmente, em oposição aos interesses dos consumidores.

Hely Lopes Meireles apresenta uma boa conceituação de serviço público:

"[...] todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado."

Partindo deste parâmetro doutrinário, já é possível afirmar que o serviço público pode ser realizado diretamente pelo organismo estatal, assim como por delegação a outros entes públicos ou privados.

Outro elemento de grande relevância diz respeito ao fato de que o serviço, sob o ponto de vista administrativo, é regido por normas e controles de direito público, *mas naqueles pontos em que for reconhecida a existência de relação jurídica de consumo, evidentemente será aplicada a Norma Protetiva, eis que especifica, além de todos aqueles argumentos já declinados anteriormente.*

Neste particular, não pode ser olvidado que as normas do CDC são, igualmente, de ordem pública e de interesse social, mais ainda a fortalecer o argumento.

Necessidades essenciais são as relacionadas à própria sobrevivência digna do grupo social e do Estado, não sendo, todavia, um indicador da existência de relação de consumo, posto que muitas necessidades satisfeitas pelo Estado caracterizam-se como atribuições do Poder Público, como agente político, não sendo, portanto, serviços remunerados especificamente.

Deste último comentário surge, então, a distinção básica que deve nortear a discussão do tema, qual seja a verificação de que existem serviços públicos próprios e impróprios.

Os *serviços públicos próprios*, também denominados *serviços uti universi*, são prestados pelo poder público sem que exista a possibilidade prévia de

serem identificados individualmente os destinatários. Exatamente por isso, são executados diretamente pela Administração, tendo em vista que, muitas vezes, são exigidos atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Desta forma, podem ser delegados.

Podemos citar como exemplo o serviço de segurança pública, o de saúde pública e outros, os quais são mantidos por tributos, sendo indivisíveis e não-mensurados na sua utilização.

Serviços públicos impróprios são os que atendem à conveniência dos cidadãos e podem ser prestados pelo Estado e, alguns deles, por delegação a terceiros. O pagamento destes serviços é efetivado através de tarifa (preço público) ou taxa. São também conhecidos como serviços *uti singuli*.

Nossa posição sobre o tema é a de que os serviços *uti universi* não sofrem incidência do CDC.

Os serviços *uti singuli*, por sua vez, podem ou não sofrer a incidência do CDC.

Para melhor explicar o posicionamento, necessário que discorramos sobre os conceitos de tributo, taxa, tarifa, contribuinte e consumidor.

Tributo está definido no artigo 3º do Código Tributário Nacional, como sendo "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

Conforme o artigo 145 da Constituição Federal, eles são: impostos, taxas e contribuição de melhoria.

[...]

Assim, a taxa é uma imposição do poder público, eis que não contém o caráter de voluntariedade encontrado no ato de pagar o preço, seja privado ou público.

Identifica-se, também, porque pode ser cobrada sem que haja a fruição efetiva do serviço.

Todavia, o que mais releva é exatamente este caráter impositivo, o qual afasta completamente qualquer tipo de reconhecimento da existência da figura do consumidor.

De fato, o próprio artigo 145, inciso II, da Constituição Federal, fala que as taxas são instituídas para contraprestar serviços públicos oferecidos ao contribuinte, e não a consumidores.

[...]

Assim, podemos afirmar que o preço público ou tarifa envolve relação com contornos de direito privado, ao passo que a taxa, como qualquer outro tributo, por ser compulsória, envolve relação típica de direito público.

Cláudia Lima Marques comenta que interessa ao estudo do Código de Defesa do Consumidor:

"[...] somente aqueles serviços prestados em virtude de um vínculo contratual, e não meramente cívico, entre o consumidor e o órgão público, ou seu concessionário."

A distinção supra é importante, pois definirá qual o regime jurídico que deve ser seguido, devendo, entretanto, ser feita uma ressalva no tocante ao comentado relacionamento entre consumidor e concessionário de serviço público, haja vista que, em tais circunstâncias, nunca haverá vínculo meramente cívico, pois a remuneração dos concessionários é feita por intermédio de preços públicos ou tarifas.

Dessarte, não se pode confundir o conceito de cidadão, que paga impostos, taxas e contribuições de melhoria, com o conceito de consumidor. Este possui seus direitos básicos consubstanciados no artigo 6º do CDC, sendo um dos principais o direito de livre escolha relativamente àqueles bens-da-vida de que, efetivamente, necessita.

No caso da imposição de taxas, o contribuinte nada pode opor. Estando o serviço público colocado à sua disposição, ele é obrigado a pagar.

[...]

Assim, deve ficar claro que, sob nossa ótica, todas as pessoas que se valham de serviços públicos remunerados por tarifa ou preço público sem dúvida alguma estão abrangidas pelas normas do CDC [...].

[...]

Finalizando, quanto aos serviços denominados *uti singuli*, somente estarão diretamente abrangidos pelas regras do CDC, na medida em que esteja completa a relação jurídica de consumo, com a participação efetiva de um consumidor, pelo que, afastados desta condição estariam os serviços públicos remunerados por taxas, eis que nestes está presente a figura do contribuinte.

Ademais, o Estado, quando exerce o poder de tributar, não atua com a profissionalidade exigida para que seja considerado fornecedor. Ou seja, no caso de serviços públicos remunerados por taxa, seu objetivo é a busca do bem comum, e não a satisfação de necessidades de lucro, de vantagem econômica, de desenvolvimento empresarial. Tal atividade, portanto, corresponde à legítima conduta de Estado, aplicando o seu *jus imperii*, e não de fornecedor profissional. (grifo nosso).

Em vista do exposto, podemos concluir que o serviço público objeto da relação jurídica de consumo e regulado pelo CDC deverá apresentar os seguintes requisitos:

- a) Que o serviço público seja caracterizado como *impróprio*, também denominado *uti singuli*, com a possibilidade de serem identificados individualmente os destinatários, ao contrário do que ocorre com os serviços públicos próprios, que são remunerados por impostos ou taxas;

- b) que o serviço público seja *facultativo*, sendo colocado à disposição dos consumidores, os quais têm total liberdade para contratá-lo ou não, ao contrário do que ocorre com os serviços públicos próprios (segurança pública);
- c) que o serviço público seja remunerado por meio de *tarifa* ou preço público.

4 O CARÁTER PRINCIPIOLÓGICO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Dispõe o art. 1º do CDC: "O presente Código estabelece *normas* de proteção e defesa do consumidor, de *ordem pública e interesse social*, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias." (grifo nosso).

Por normas de ordem pública entendem-se aquelas inderrogáveis pela vontade das partes na relação de consumo. O caráter cogente das normas do código está bem delineado no capítulo referente às cláusulas abusivas, no art. 51, ao prever a sua nulidade de *pleno direito*, e no art. 39, ao tratar da vedação das práticas abusivas.

Calha, a propósito, trazer à colação os ensinamentos de Nery Júnior (1992, p. 201):

[...] toda a matéria constante do CDC deve ser examinada pelo juiz *ex officio*, independentemente de pedido da parte, valendo-se frisar que sobre ela não ocorre a preclusão, circunstância que propicia seu exame a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o tribunal, inclusive, decidir com *reformatio in pejus* permitida, já que se trata de questão de ordem pública.

O art. 1º do CDC constitui a materialização do dirigismo contratual, ou seja, o Estado intervém em determinadas relações jurídicas (contrapondo-se ao liberalismo econômico), para proteger o mais fraco com normas cogentes, regulando a relação jurídica de consumo, de modo a que as partes fiquem obrigadas a aceitar o que está previsto na lei e não o que está previsto no contrato ou na oferta.

Certas relações jurídicas, atualmente, têm sofrido a intervenção do Estado, fenômeno conhecido por *dirigismo contratual*. Muitas vezes o consumidor contrata sob o império da necessidade, cedendo à pressão das circunstâncias, oprimido pelas dificuldades do momento. O economicamente mais fraco cede sempre às exigências do economicamente mais forte. Tanto e tanto se abusou dessa liberdade durante o *liberalismo econômico*, que não tardou a reação, através de leis protetivas do consumidor.

Por outro lado, ao se falar em *interesse social*, o Código veio para facilitar o acesso à justiça dessa massa de consumidores, de modo a lhes

possibilitar enfrentar o poder econômico e a permitir-lhes um equilíbrio real na relação jurídica de consumo.

De efeito, é importante ressaltar que o CDC é lei *principiológica*, de tal modo que todas as leis destinadas a reger especificamente uma relação de consumo, devem se subordinar aos seus princípios e direitos.

Em abono, pertinentes são as lições de Nery Júnior (2001, p. 444):

O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, é lei *principiológica*. Não é analítica, mas sintética. Nem seria de boa técnica legislativa aprovar-se lei de relações de consumo que regulamentasse cada divisão do setor produtivo (automóveis, cosméticos, eletroeletrônicos, vestuário etc.). Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei *principiológica*. Todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo deverão se submeter-se aos preceitos gerais da lei *principiológica*, que é o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, sobrevindo lei que regule, v.g., transportes aéreos, deve obedecer aos princípios gerais estabelecidos no CDC. Não pode, essa lei específica, setORIZADA, posterior, estabelecer responsabilidade subjetiva para acidentes aéreos de consumo, contrariando o sistema *principiológico* do CDC. Como a regra dessa lei *principiológica*, no que toca à reparação dos danos, é a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade (art. 6º, VI, do CDC), ela se impõe a todos os setores da economia nacional, quando se tratar de relação de consumo. O princípio de que a lei especial derroga a geral não se aplica ao caso em análise, porquanto o CDC não é apenas a lei geral das relações de consumo, mas a lei *principiológica* das relações de consumo.

Pensar-se o contrário é desconhecer o que significa o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, como lei especial sobre relações de consumo e lei geral, *principiológica*, à qual todas as demais leis especiais setORIZADAS das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas. (NERY JÚNIOR, 2001, 444).

Por conseguinte, qualquer legislação infraconstitucional elaborada por qualquer ente da federação deve se subordinar à *principiologia* do CDC, sob pena de inconstitucionalidade.

5 PRINCÍPIOS E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código não visou fomentar a discórdia entre consumidores e

fornecedores. Antes, buscou exatamente a harmonia das relações de consumo: de um lado a qualidade de vida dos consumidores; de outro, destaca as boas práticas comerciais, a proteção da livre concorrência, do livre mercado etc.

A Política Nacional das Relações de Consumo – PNRC visa não só *estabelecer determinados princípios* aplicados à relação de consumo mas também oferecer instrumentos para sua *execução*.

Como discorrido alhures, o CDC funda-se no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e no equilíbrio das relações de consumo.

O Código previu expressamente uma gama de princípios que devem permear toda a relação de consumo e orientar os objetivos da PNRC. Tais princípios são encontrados no art. 4º do CDC: princípio da vulnerabilidade do consumidor, princípio do dever governamental, princípio da harmonia nas relações de consumo, princípio da garantia da adequação do produto e do serviço, princípio da boa-fé objetiva, princípio da informação e princípio do acesso efetivo e diferenciado à Justiça.

E, para a *execução* da PNRC, o poder público contará com os *instrumentos* previstos no art. 5º, I a V, da Lei nº 8.078/90, a saber: assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente, instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor no âmbito do MP, criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo, criação de Juizados Especiais e de Pequenas Causas e de Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo e, finalmente, concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

6 ASPECTOS PROCESSUAIS ESPECÍFICOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

6.1 Ação civil coletiva e ação civil pública: necessidade da distinção

Em várias passagens pelo CDC é nítida a diferença entre ação civil coletiva e ação civil pública. A questão terminológica não é mero acaso ou capricho da lei, antes necessária, porque existem disposições particulares em cada legislação as quais, na prática, revelam-se incompatíveis entre si, em razão da sistematização legal peculiar a cada instituto jurídico.

Primeiramente, é bom que friseemos que a ação civil coletiva vem regulada pela Lei nº 8.078/90 (CDC), ao passo que a ação civil pública pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública – LACP).

Dispõe o art. 90 do CDC: “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

A análise do dispositivo supra permite concluir que não se aplicam os preceitos da LACP ao CDC, mas tão-somente as previsões que não contrariem as disposições deste.

Várias outras passagens pelo CDC atestam a diferença entre ambas as ações civis. No Capítulo II do Título III do CDC, está previsto: "Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos." O art. 103 também traz a nomenclatura "Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada."

Sob o ponto de vista prático, a distinção é necessária, tendo em vista que, não raras vezes, os tribunais pátrios vêm aplicando institutos específicos da ação civil pública às ações coletivas, ensejando, quando incompatíveis, considerável dano à atuação do Ministério Público em matéria relacionada à defesa do consumidor.

Com efeito, o art. 16 da LACP, alterado pela Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, estabelece que "A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator [...]"

Pela literalidade do dispositivo, se uma decisão coletiva prolatada pelo juízo de Belo Horizonte declarasse, por exemplo, que um determinado produto alimentício fornecido em todo território nacional causa mal à saúde de consumidores, sobredita decisão restaria válida somente para a cidade de Belo Horizonte, impondo-se a necessidade de serem propostas diversas ações em cada comarca para que o alimento não fosse comercializado.

Este dispositivo legal contraria totalmente a sistemática da coisa julgada *erga omnes* no CDC, restringindo-a aos limites da competência territorial, quando sabemos que, por força do art. 103 e seus incisos do CDC, a coisa julgada está estruturada segundo o resultado do processo, ou seja, *secundum eventum litis*. De mais, o art. 93 do CDC estabelece regras de competência territorial nas ações coletivas totalmente incompatíveis com o malsinado art. 16 da LACP, ao prever a competência da capital do Estado ou do Distrito Federal nas causas em que o dano ou perigo de dano for de âmbito regional.

A propósito, esta é a posição de Grinover (2001, p. 804-810, 842-861), ao comentar os arts. 93 e 103 do CDC.

Lado outro, o direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova a seu favor no processo civil (CDC, art. 6º, VIII), enquanto norma específica em matéria de relação jurídica de consumo, não se estende à LACP, porque inexistente esta regra neste instituto, em razão de o CDC só estender as disposições de seu Título III à LACP (CDC, art. 117).

Portanto, por força do art. 90 do CDC, a distinção do *nomen juris* da ação civil - coletiva ou pública - é imperiosa, para se evitar confusão com a aplicação de institutos jurídicos incompatíveis ou que não lhes sejam próprios.

Diante de tais diferenças, não é legal nem jurídico dizer que o *nomen juris* ação civil pública é a mesma coisa que ação civil coletiva, como não o é

ação popular, quando sabemos que, em realidade, existem normas processuais específicas numa e noutra lei, que não podem se mesclar, em razão da sistemática peculiar adotada em cada instituto jurídico.

6.2 O método para classificar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

O CDC definiu os diversos tipos de interesses no parágrafo único do art. 81. Entrementes, será o *tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional* pleiteada que caracterizará o *interesse* que se defenderá (*difuso, coletivo ou individual homogêneo*).

Como adverte Watanabe (2001, p. 747), a correta distinção entre os diversos interesses depende da correta fixação do objeto litigioso do processo (pedido e causa de pedir). No mesmo diapasão Nery Júnior (2001, p. 922), ao lecionar que “A pedra de toque do método classificatório é o *tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende* quando se propõe a competente ação judicial.”

Com efeito, a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo (CDC, art. 81, I). A defesa coletiva será exercida quando se tratar de se defender interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Os *interesses difusos* são transindividuais (aspecto subjetivo), indivisíveis (aspecto objetivo) e oriundos de uma circunstância ou de uma situação fática. No tocante aos *interesses coletivos*, são transindividuais (aspecto subjetivo), indivisíveis (aspecto objetivo) e decorrentes de uma relação jurídica base. Com relação aos *interesses individuais homogêneos*, são eles individuais (aspecto subjetivo), divisíveis (aspecto objetivo) e de origem comum (mesma causa).

Os *interesses difusos e coletivos* (em sentido estrito) são essencialmente coletivos (em sentido amplo), ao passo que os *interesses individuais homogêneos* são coletivos somente na forma em que são tutelados.

É importante observar que o *mesmo fato jurídico* pode ensejar violação a *interesses difusos*, assim como a *interesses coletivos e individuais homogêneos*, possibilitando, nos dois primeiros casos, o ajuizamento de uma ação civil coletiva para a proteção dos interesses difusos e coletivos, e, no segundo caso (interesses individuais homogêneos), a propositura de uma ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos (CDC, art. 91).

Vejamos um exemplo prático: uma fábrica lança no mercado um veículo com defeito no freio, vindo a causar a morte de motoristas. A pretensão poderá ser *difusa* (pedido de não fabricação do veículo com aquele tipo de freio defeituoso - tutela-se aqui uma coletividade de pessoas indetermináveis que

podem vir a comprar aquele veículo), *coletiva* (pedido de substituição do freio dos veículos para os consumidores que os adquiriram *personas determináveis*) e *individual homogêneo* (pedido de indenização para cada consumidor que teve um dano material ou moral em razão do defeito do freio, vale dizer, mesma origem comum de causa).

Em resumo, é o tipo de *pretensão* que qualifica um *interesse* como *difuso*, *coletivo* ou *individual homogêneo*.

6.3 A legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos

Muitos operadores do direito ainda não assimilaram a legitimidade do MP para a defesa de interesses individuais homogêneos, os quais, em sua maioria, são disponíveis, relacionados que estão à indenização, o que tem gerado grande confusão.

Em verdade, os requisitos que dão legitimidade ao MP para a defesa de tais interesses não são a *indivisibilidade*, muito menos a *indisponibilidade* de tais interesses, mas o *tratamento coletivo* e a *relevância social* que se dá a esses interesses, através de uma demanda coletiva.

Acerca do tema ação civil coletiva para proteção de interesses individuais homogêneos, a doutrina esclarece (LISBOA, 1999, p. 507):

O interesse individual homogêneo pode, ao contrário do que se pensa em análise superficial, versar sobre direitos patrimoniais puros, desde que socialmente relevantes, conforme os critérios anteriormente apontados. Não serão, necessariamente, irrenunciáveis, portanto, mas suscetíveis de tutela a título coletivo. Neste caso, o Ministério Público poderá, naturalmente, propor a ação coletiva de interesses individuais homogêneos, com fulcro no art. 92 da Lei 8.078/90.

No mesmo diapasão, Watanabe (2001, p. 756) leciona:

[3] LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - A Constituição Federal, no art. 129, III, estabelece como uma das funções institucionais do Ministério Público "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos."

Os interesses ou direitos dos consumidores, sem dúvida alguma, estão abrangidos pela cláusula de encerramento contida na parte final do texto.

Também incumbe ao Ministério Público proteger os interesses individuais, desde que homogêneos e *tratados coletivamente*, na forma do inc.

III do parágrafo único do art. 81 do Código [...].

Como ficou bem anotado nos comentários aos incs. I e II do parágrafo único do art. 81, tanto os interesses ou direitos difusos como os coletivos, para os efeitos do Código, devem ser "transindividuais de natureza indivisível". A indivisibilidade do bem jurídico tutelando, nota mais marcante dos interesses ou direitos difusos e coletivos, deve dizer respeito a toda a coletividade (difusos) ou a todo o grupo, categoria ou classe de pessoas (coletivos), o que significa que entidades privadas e públicas, inclusive o Ministério Público, não estão legitimadas para a tutela de interesses individuais agrupados (exclusão feita à hipótese prevista no inc. III do mesmo dispositivo), mormente em se tratando de interesses contrapostos de membros de um mesmo grupo, classe ou categoria de pessoas.

Essa mesma interpretação deve prevalecer em relação ao inc. III do art. 129, CF, sob pena de se transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando a sua atribuição institucional é mais relevante, ao que se extrai do texto dos arts. 127 e segs. da Constituição Federal [...]. *Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do parquet. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular [...].*

Como já ressaltado, somente a relevância social do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis.

A jurisprudência tem reconhecido, por exemplo, a relevância social, admitindo assim a legitimidade do Ministério Público, em se tratando de discussão ligada ao direito à educação, que é um direito fundamental. Assim, tem sido admitida ação civil pública ajuizada pelo *parquet* tendo por objeto a fixação e a cobrança de mensalidades escolares (STJ, RESP n.º 70.997 - SP, 4ª Turma, rel. min. Ruy Rosado; RESP n.º 39.757 - MG, 4ª Turma, rel. min. Fontes de Alencar; RESP n.º 68.141 - RO, 4ª Turma, rel. min. Barros Monteiro; RESP n.º 38.176 - MG, 4ª Turma, rel. min. Ruy Rosado).

Essa mesma linha de argumentação é também desenvolvida no acórdão do Supremo Tribunal Federal citado, proferido em 26.2.97, no RE n.º 163.231 - SP, relatado pelo eminente min. Maurício Corrêa.

Mas há, também, a relevância social da própria tutela coletiva em razão da peculiaridade do conflito de interesses. Imagine-se o caso de um fabricante de óleo comestível que esteja lesando os consumidores em quantidade bem pequena, insuficiente para motivar um ou mais consumidores isoladamente a procurar a justiça para reclamar a reparação do seu

prejuízo. Se é ínfima a lesão individual, não o será, certamente, a lesão na perspectiva coletiva, que poderá estar afetando milhões de consumidores. Em casos assim, de dispersão muito grande de consumidores lesados e de insignificância da lesão na perspectiva individual, haverá certamente relevância social na tutela coletiva, para que o fornecedor seja obstado no prosseguimento da prática ilícita.

[...]

Acrescentaríamos a esses argumentos um outro que, em nosso entender, demonstra a efetiva presença do requisito da relevância social: muitos administradores públicos, mesmo sabedores de que uma lei instituidora de imposto ou taxa é inconstitucional, insistem em editá-la e cobrar com base nela o imposto ou a taxa, e assim agem *fundados nos cálculos estatísticos que evidenciam que apenas um número muito restrito de contribuintes se dá ao trabalho de postular individualmente em juízo a tutela de seus direitos*. Tem inegável *sentido social* a ação civil movida com o objetivo de obstar semelhante conduta ilícita da administração pública. (grifo nosso).

As lições acima encontram respaldo no Superior Tribunal de Justiça – STF, onde o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, enfrentando o tema em comento, ementou:

Processual Civil. Ação coletiva. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusula de instrumento do compra-e-venda de imóveis. Juros. Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos. Obrigação de não-fazer da construtora. Proibição de fazer constar nos contratos futuros. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade. Doutrina. Jurisprudência. Recurso provido.

I - O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) à nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) à indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) à obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula.

II - Como já assinalado anteriormente (Resp 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

III - Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por

circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

IV - Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.

Resta evidente, assim, a legitimidade do MP para a defesa de *interesses individuais homogêneos*, conforme expressa autorização do art. 82, I, do CDC, que se encontra em perfeita consonância, ainda, com o mandamento constitucional do art. 129, IX, que confere à lei possibilidade de cometer outras funções ao MP compatíveis com sua finalidade institucional. E a *defesa do consumidor*, por meio da ação coletiva, para a tutela de interesses individuais homogêneos, é questão de interesse social, por expressa disposição do art. 1º do CDC, cuja proteção é objetivo institucional do MP, segundo o art. 127, *caput*, da CF/88.

7 CONCLUSÃO

Muitos operadores do direito ainda se mostram misonéistas ao direito de massa, especialmente no que toca a um direito constitucionalmente protegido: a *defesa do consumidor*.

Entrementes, já passou a hora de repensarmos que vivemos numa sociedade de massa, no seio de um mundo globalizado, onde o prejuízo causado por um produto ou serviço tem um espectro muito maior do que há muitos anos atrás, atingindo um número expressivo de consumidores, dada a velocidade com que esses fatos, hoje, acontecem. Necessária, assim, para tutelar essa crescente relação de massa, a aplicação efetiva do direito coletivo, sob pena de se perturbar a paz da sociedade de consumo, deixando-se de lado a consequência funesta que uma visão individualista do direito acarreta se aplicada àquela relação, qualidade dos que se acham presos a preconceitos, a concepções rígidas e dissociadas da realidade atual, sucumbidos muitas vezes pelo comodismo ou por ideais antigos do Estado Liberal, outrora, inspirado na Revolução Francesa de 1789. Urge que o homem não seja mais tomado em sua dimensão singular, mas como integrante de uma coletividade.

O CDC representa, hoje, talvez, a lei mais moderna, mais democrática e mais técnica em vigor no Direito pátrio, fruto do princípio da atuação estatal na economia que, em determinado momento histórico de nosso país, reconheceu a vulnerabilidade do consumidor em uma nação capitalista, e tem como objetivo equilibrar e harmonizar a relação entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços.

Referências Bibliográficas

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contatos atuais*. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho agrário, locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 111-132, jul./set. 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, [1992], p. 200-221.

_____. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 441-570.

_____. Disposições finais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 915-962.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 721-784.

O APRIMORAMENTO DO INQUÉRITO CIVIL AMBIENTAL

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Professor da Faculdade Politécnica de Uberlândia-MG

Sumário: 1 Introdução - 2 Aspectos históricos - 3 Nomenclatura e finalidades - 4 Procedimentos - 5 Finalização - 6 Formas de aperfeiçoamento do inquérito civil - 7 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

A chegada do séc. XXI apresenta-se paradoxal no plano do direito ambiental brasileiro. Os relevantes avanços científicos e o especial surgimento das novas e modernas tecnologias de ponta, inclusive na área da informática, não conseguem reverter o aumento e a gravidade dos danos ambientais.

Os grandes avanços tecnológicos não são revertidos para a defesa do meio ambiente e da efetiva qualidade da população; pelo menos na mesma velocidade do surgimento das avançadas tecnologias.

A dura realidade brasileira demonstra que as conquistas tecnológicas obtidas de forma cada vez mais rápida privilegiam e incentivam, com muito mais intensidade, o consumo de bens e serviços, independentemente da proteção da natureza.

Dentro dessa visão contraditória, os importantes avanços legislativos, com a criação de várias leis e mecanismos jurídicos de defesa do meio ambiente, sobretudo a partir da Conferência de Estocolmo, realizada em 1972, na Suécia, não são correspondidos, na prática, pela atuação mais eficiente dos agentes estatais.

A partir desse quadro ambíguo, surge a necessidade de armar o cidadão e as instituições públicas e privadas de mecanismos hábeis de defesa do meio ambiente, tanto na esfera extrajudicial como na jurisdicional. Ora, se as leis são adequadas, apesar das falhas comuns de qualquer processo legislativo, urge que os institutos existentes sejam aprimorados e fortalecidos.

Uma das consequências mais visíveis da fragilização dos mecanismos de defesa extrajudicial, entre os quais se inclui o inquérito civil, centra-se no avassalador e constante aumento do número de processos civis e penais ajuizados no Poder Judiciário. A verdade é que, ou se melhora a defesa do meio ambiente antes do ingresso em juízo, ou se assiste ao potencial aumento de ações na justiça com o evidente desgaste da máquina estatal brasileira.

É claro que, antes da possível deflagração das ações judiciais cabíveis,

dentre as quais se destaca a ação civil pública patrocinada pelo Ministério Público - MP, urge que seja aperfeiçoado o inquérito civil, como mecanismo jurídico apto e legitimamente capaz de outorgar sustentação probatória eficaz à ação coletiva ambiental.

Embora o inquérito civil preste-se ao desenvolvimento de outras atividades investigativas, é na esfera ambiental que tem mostrado sua força. Aliás, é um dos excelentes mecanismos de impedimento dos possíveis danos ambientais.

É através do uso responsável, criterioso e inteligente do inquérito civil, que poderá ser potencializada a eficaz defesa do meio ambiente.

Nesse sentido, o presente trabalho tem o escopo de, em linhas rápidas, apresentar o inquérito civil, mostrar sua evolução legislativa, explicar os procedimentos básicos e apontar as formas de aperfeiçoamento do instituto no plano do direito ambiental. É evidente que as propostas apresentadas, resguardadas as especificidades de cada ramo jurídico, também poderão ser aproveitadas na defesa do patrimônio público, consumidor, criança e adolescente, deficiente físico etc.

O conhecimento da natureza jurídica, da história, das fases e dos aspectos inerentes ao término do inquérito civil interessa aos diferentes operadores do direito. Interessa à sociedade civil com maior intensidade, na medida em que esta passa a compreender, pelo menos na esfera administrativa e em linhas gerais, a importância e a qualidade da defesa do meio ambiente patrocinada pelo MP.

Por excelência, além da educação ambiental, das medidas preventivas possíveis de adoção pelos poderes públicos e órgãos competentes das administrações públicas, utilizado de forma racional e equilibrada, o inquérito civil permite a eficiente defesa do meio ambiente sem a necessidade de percorrer-se o longo e tortuoso caminho da ação civil pública reparadora de danos.

As idéias lançadas no presente trabalho, como propostas de aperfeiçoamento do inquérito civil, foram colhidas de diversas formas, inclusive em decorrência do exercício profissional do autor. É evidente que não prescindem das necessárias críticas. São, na verdade, idéias que precisam da necessária e efetiva prática e, naturalmente, de aperfeiçoamento.

É interessante lembrar que os operadores do Direito deparam-se com grande quantidade de leis ambientais. Colocá-las em prática exige o conhecimento básico das instituições que defendem o meio ambiente e dos institutos de operacionalização das atividades e ações defensivas da natureza.

É a partir do conhecimento da história, natureza jurídica, partes e procedimentos que se dimensionará a real importância do inquérito civil, objetivo primordial do presente trabalho.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

O inquérito civil foi introduzido no sistema legislativo brasileiro, nos termos do art. 8º, § 1º, da Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985)¹. É possível perceber, portanto, que é relativamente novo no cenário jurídico nacional.

A linha mestra do inquérito civil foi traçada a partir do inquérito policial, regulado nos arts. 4º e 23 do Código de Processo Penal – CPP (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941).

De início, é importante destacar que o inquérito policial foi criado para permitir que a Polícia Judiciária apure as infrações penais e as respectivas autorias e o inquérito civil foi concebido para apuração da variada, múltipla e complexa gama de ilícitos civis e administrativos. Possui, evidentemente, maior abrangência e alcance do que o congêneres inquérito policial.

O modelo brasileiro, aparentemente, não encontra similares no plano jurídico internacional. No entanto, é certo afirmar que foi concebido a partir das atividades investigativas realizadas pelos Ministérios Públicos alemão, norte-americano e francês, conforme anota Alvarenga (2001, p. 120).

É certo afirmar que cada MP - no plano internacional - adota peculiar forma de desenvolvimento dos trabalhos investigativos. Uma característica aparentemente unânime é que os sistemas estrangeiros não outorgam a titularidade da investigação exclusivamente ao MP, pelo menos em relação aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, na esfera cível. Aliás, no plano internacional, o Ministério Público volta-se quase que, exclusivamente, à atuação na esfera criminal. O Brasil possui sistema pioneiro e diferenciado dos países onde ocorreu com mais intensidade o trabalho investigativo da instituição (ALVARENGA, 2001, p. 120).

A criação do inquérito civil decorreu de trabalho científico realizado pelo Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, José Fernando da Silva Lopes, durante palestra proferida na cidade de Ourinhos-SP, em 21 de junho de 1980, em Congresso realizado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

A idéia inicial era no sentido de que seria dirigido pelos órgãos administrativos competentes, segundo Mazzilli (2001, p. 322, nota 2). Na verdade, no primeiro momento, ou seja, segundo a concepção do autor da idéia, não seria dirigido por membro do MP. Não vingou, no entanto, a idéia no sentido de que o inquérito civil fosse dirigido por órgão da administração pública.

Em 1983, na cidade de São Lourenço-MG, em trabalho de Ferraz, Milaré e Nery Júnior², durante a realização do XI Seminário Anual de Grupos de

¹ Lei nº 7.347/85, art. 8º, § 1º: “O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.”

² FERRAZ, Antônio Augusto Mello Cançado; MILARÉ, Édís; NERY JÚNIOR, Nelson *apud* MILARÉ, 2000, p. 383-384, notas 1-3.

Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, o projeto do inquérito civil foi aperfeiçoado em relação à proposta original.

A primeira proposta, já aperfeiçoada e aprovada a partir de valiosos estudos dentro do MP paulista, foi a de que a investigação seria facultativa e dirigida, com exclusividade, pelos órgãos de execução do MP (MILARÉ, 2000, p. 384).

Em meados de 1985, finalmente, após intensa discussão acadêmica que se travou no âmbito dos vários Ministérios Públicos com a adição de novas idéias, ganhou assento legislativo na LACP.

Coincidentemente, no término da ditadura militar, entre os anos de 1985 e 1988, várias ações civis públicas foram deflagradas pelo MP paulista, principalmente na defesa do meio ambiente. A clara repercussão positiva na sociedade brasileira, em decorrência das ações desencadeadas serviram de paradigma para sensibilizar o poder constituinte originário no sentido de alçar o inquérito civil e a ação civil pública à categoria de direito constitucional.

Ao inseri-lo no seu bojo (art. 129, III), de forma magnânima, a Constituição Federal de 1988 - CF/88³ elevou sua importância no cenário jurídico nacional. Na verdade, um crédito e um incentivo concedido ao MP no sentido de, com mais independência e segurança funcional, defender o meio ambiente.

Em seguida, devido à alteração da Magna Carta, foi incluído em vários diplomas legislativos federais⁴.

Como se pode observar, o inquérito civil possui aproximadamente 18 anos de existência. Talvez pelo fato de que ainda não se encontra suficientemente maduro, a jurisprudência pátria não se debruçou com mais afinco sobre o tema, apesar da abundante doutrina existente.

É possível que a falta de análise jurisprudencial mais incisiva decorra do fato de que, na maioria das vezes, com a feitura dos ajustamentos de condutas resolução amigável do conflito lavrados nas várias Promotorias de Justiça e Procuradorias da República, os fatos não sejam discutidos no âmbito do Poder Judiciário, especialmente no Supremo Tribunal Federal - STF e Superior Tribunal de Justiça - STJ. Na verdade, são raras as decisões emanadas das cortes superiores brasileiras.

É importante lembrar que tramita no Congresso Nacional projeto de lei que trata da nova regulamentação do inquérito civil. A proposta poderá ser visualizada no sítio oficial da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público CONAMP⁵.

³ CF/88:

⁴ Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989; Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 e Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

⁵ www.conamp.org.br

Enfim, é instituto jurídico relativamente novo e que, além de aprimorado, necessita ser colocado em prática, com mais eficiência.

3 NOMENCLATURA E FINALIDADES

Antes de iniciar a sistematização das bases funcionais do inquérito civil no direito ambiental, é preciso definir o objeto da defesa patrocinada no seu contexto, ou seja, o próprio meio ambiente. Existem várias definições extrajurídicas acerca do meio ambiente, não obstante a definição legal continue sendo comumente utilizada no meio jurídico.

O art. 3º, I, da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981), define-o da seguinte forma: “[...] é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

O inquérito civil serve para subsidiar a ação civil pública na defesa do meio ambiente ou de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

É necessário lembrar que, por excelência, o exemplo mais utilizado na definição de interesse ou direito difuso é o meio ambiente. A definição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) reforçou a definição legislativa outrora citada.⁶

O inquérito civil, de uso exclusivo do MP, possui natureza jurídica de procedimento administrativo preparatório da ação civil pública e tem dupla finalidade. A primeira é a coleta de provas com o objetivo de subsidiar e fundamentar as ações civis ajuizadas pelos órgãos de execução do MP. A segunda, decorrente da primeira, é a de servir de obstáculo aos eventuais praticantes de ilícitos e danos ambientais. (MILARÉ, 2000, p. 386).

Do ponto de vista procedimental, entre seu início e finalização são realizados diversificados atos administrativos, de cunho eminentemente preparatório da ação judicial ou do possível ajustamento de conduta, sob a responsabilidade e direção dos órgãos de execução do MP, tanto na esfera estadual, Promotor de Justiça, como na esfera federal, Procurador da República.

Como destacado, foi criado para servir de instrumento e meio de coleta de provas em relação à ocorrência dos ilícitos civis e administrativos, aptos a subsidiar ações judiciais defensivas dos interesses difusos e coletivos, possivelmente deflagradas pelo MP e, eventualmente, pelos co-legitimados ativos da ação civil pública ambiental.

Com a entrada em vigor do CDC, no art. 81, parágrafo único, III, o inquérito civil ganhou novo objeto de investigação, ou seja, passou a investigar,

⁶ Lei nº 8.078/90, parágrafo único, I: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;”

também, possíveis lesões e ilícitos praticados em face dos interesses individuais homogêneos, inclusive no plano ambiental.

É pertinente lembrar que, mesmo antes da entrada em vigor do referido Código, era possível apurarem-se eventuais danos em relação aos direitos individuais indisponíveis, sobretudo em relação aos deficientes físicos, conforme o art. 6º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.

A finalidade básica do inquérito civil centra-se na apuração de ilícitos e danos que ofendem os interesses transindividuais de quaisquer espécies. O resultado da investigação serve, conseqüentemente, para que sejam deflagradas as ações civis públicas ambientais e/ou formulados termos de ajustamento de condutas.

É certo que vem sendo usado para outras finalidades, porém em matérias pertinentes ao largo campo de atuação do MP. (MAZZILLI, 2001, p. 236-237).

Com o escopo de destacar sua natureza jurídica, definição, alcance, função e conteúdo, é pertinente a transcrição da lição do Ministro do STF, José Celso de Mello Filho, à época assessor do Gabinete Civil da Presidência da República:

'O projeto de lei, que dispõe sobre a ação civil pública institui, de modo inovador, a figura do *inquérito civil*. Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício *responsável* da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instalação de *lides temerárias*. A instauração do inquérito civil não obrigará o Ministério Público ao ajuizamento da ação civil pública, desde que lhe pareçam *insuficientes* os elementos de convicção coligidos. Os titulares da ação civil pública, as associações, inclusive, possuem legitimidade autônoma para o ajuizamento da ação civil pública. Podem ajuizá-la *antes* do Ministério Público, ou *durante* a tramitação do inquérito civil ou, ainda, *após* eventual arquivamento do inquérito civil' (nota constante do processo relativo ao projeto de que resultou a Lei nº 7.347/85). (MEIRELLES, 1989, p. 122, nota 3).

Dada sua configuração notadamente administrativa, resguardadas suas peculiaridades, submete-se aos mesmos princípios e regras jurídicas que norteiam as atividades da administração pública. Portanto, deve obedecer aos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais pertinentes aos demais atos administrativos de natureza investigativa e inquisitorial.

O procedimento administrativo deve submeter-se aos princípios ambientais dominantes e aos princípios inerentes à administração pública, tais como: legalidade, publicidade, moralidade, indisponibilidade, supremacia do interesse público sobre o particular, oficialidade etc.

Todavia, apesar de posicionamentos em sentido oposto, o procedimento não se submete aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. É que, além de não ser processo administrativo e sim mero procedimento administrativo, de instauração facultativa, não decide unilateralmente direitos ou interesses de terceiros. (MAZZILLI, 2000, p. 323).

No entanto, é importante destacar-se: frequentemente, ainda que de forma equivocada, é combatido nos meios judiciais sob o argumento de que não foram respeitados os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

A tese não tem merecido acolhida jurisprudencial. Da mesma forma que não se exige o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal na lavratura do auto de prisão em flagrante, no processo criminal, devido à clara vantagem adotada pelos indiciados, no mesmo sentido, é preciso permitir que o MP iguale-se em condições de atuação aos investigados. Caso contrário, se fosse obstaculizada a apuração inquisitorial, restaria frustrada e/ou pelo menos substancialmente reduzida a possibilidade de colheita de provas mais significativas.

É claro que, mesmo em tese, se existir violação de direitos e interesses juridicamente protegidos, caberá exigir-se o respeito aos princípios constitucionais. A investigação que, por si só, não gera direitos e deveres, conseqüentemente, não sofre as restrições constitucionais. A investigação desenvolvida dentro do inquérito civil, cumpridas as formalidades legais, não obedece aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

É mero instrumento de apuração de fatos na esfera civil e administrativa. Não viola direitos e interesses dos investigados. É evidente que, se violado quaisquer direitos, inclusive de terceiros, caberá o socorro à via judicial.

É interessante destacar que é conhecido nos meios jurídicos por inquérito civil público. Entretanto, o acréscimo da palavra público revela-se inadequado, pois procura contrapor-se à idéia de privado. Uma vez que não existe inquérito civil privado, obviamente, descabe utilizar-se a expressão inquérito civil público.

No plano legislativo federal brasileiro, inclusive na CF/88, utiliza-se a denominação adequada: inquérito civil.

No entanto, de forma inadequada, mesmo no plano legislativo, ainda são utilizadas outras nomenclaturas para designar a forma de apuração desenvolvida pelo MP, tais como sindicâncias, procedimento apuratório,

processo administrativo etc.

Como dito, a CF/88 optou pelo título inquérito civil, conforme o art. 129, III.

É interessante e pertinente a padronização do termo inquérito civil sem o qualificativo de público, pelo menos na esfera ambiental.

A unicidade do termo jurídico facilitaria sua operacionalização pelo próprio MP. Além disso, facilitaria a efetividade do controle administrativo dos órgãos superiores da instituição e da própria sociedade.

É certo observar que as divergências sobre o nome, a forma e o desenvolvimento das investigações retiram, embora parcialmente, a força probatória do valioso instrumento jurídico investigatório posto à disposição da sociedade.

Apenas como reforço analógico de convencimento, observa-se que o processo civil brasileiro, com sua variada gama de procedimentos, confunde os operadores do direito. Bastaria, no máximo, dois procedimentos processuais distintos, um para os casos mais simples e outro para os mais complexos. O exagerado número de procedimentos processuais civis, muito embora tenham sido criados para facilitar a prestação da tutela jurisdicional, na maior parte das vezes confundem e dificultam a integral satisfação do direito material controvertido.

No mesmo sentido, o exagerado uso de nomes diferenciados confunde e dificulta a correta utilização do instituto.

Assim, é mais adequado o uso da singela expressão: inquérito civil.

O inquérito civil apresenta algumas características diferenciadoras dos procedimentos administrativos dirigidos pelos demais órgãos públicos ambientais.

A primeira característica reside no fato de que o Procurador da República ou Promotor de Justiça, na presidência do instrumento apuratório, não se sujeita às eventuais punições, ordens e/ou medidas disciplinares, em caso de descumprimento de determinações superiores, no tocante ao objeto ou tema das investigações. Não há, efetivamente, hierarquia administrativa na condução das investigações.

Como sabido, no direito administrativo, as demais autoridades públicas que investigam ilícitos e danos ambientais, dentro dos respectivos procedimentos administrativos, sofrem e/ou poderão sofrer severo controle operacional, inclusive de natureza política e hierárquica.

A necessidade de garantir a independência do órgão do MP, na apuração preliminar dos ilícitos ambientais, decorre do fato de que, muitas vezes, o instituto presta-se à deflagração de investigações em decorrência de ilícitos e danos ambientais praticados por importantes órgãos públicos, no plano ativo ou passivo.

O membro do *Parquet*⁷ possui a garantia constitucional da total independência funcional, como forma de assegurar a excelência dos trabalhos investigativos.

A segunda característica concentra-se na possibilidade da lavratura dos termos de ajustamento de conduta.

O termo permite que se estabeleçam cláusulas e compromissos aptos a reparar os danos ambientais causados, independentemente de prestação jurisdicional. Sua relevância é óbvia. Primeiro, tem o poder de excluir e/ou pelo menos reduzir a excessiva carga de processos em tramitação no Poder Judiciário; segundo, melhora o meio ambiente com a necessária e imprescindível rapidez na operacionalização de sua defesa.

Os demais órgãos públicos legitimados podem protagonizar o ajuste de conduta, porém não podem instaurar o inquérito civil. A impossibilidade de instauração do inquérito civil, além das conhecidas mazelas administrativas reduz, em muitos casos, a eficiência dos órgãos da administração pública.

A terceira característica do inquérito civil encontra-se no fato de que sua instauração, ainda que regular e adequada, não impede que os demais co-legitimados à ação civil pública, antes, durante e após o término das diligências, adotem as providências processuais cabíveis. É que a instauração do procedimento investigativo não constitui obstáculo jurídico ao ingresso na esfera jurisdicional pelos demais co-legitimados.

A característica mais acentuada e marcante reside no fato de que é instaurado, dirigido e concluído com exclusividade por membros do MP, com atribuição legal para a deflagração das possíveis medidas jurisdicionais.

É evidente que pode e deve ser acompanhado pela sociedade, pelos poderes públicos, pelos interessados, e pelos próprios investigados. Nesse sentido, o MP deve facultar aos interessados, de forma responsável e criteriosa, o conhecimento do conteúdo da apuração, ressalvado o sigilo constitucional (CF/88, art. 5º, XII).

Assim, o inquérito civil presta-se a coletar provas capazes de subsidiar a lavratura de termos de ajustamento de conduta, fundamentar eventuais arquivamentos ou mesmo fortalecer a prova nas ações civis públicas ambientais.

⁷ Mazzitli (2001, p. 45) citando Francisque Goyet diz, sobre a expressão francesa *Parquet*: "A menção a *parquet* (assoalho), muito usada com referência ao Ministério Público, provém da tradição francesa, assim como as expressões *magistrature debout* (magistratura de pé) e *les gens du roi* (as pessoas do rei). Com efeito, os procuradores do rei (daí *les gens du roi*), antes de adquirirem a condição de magistrados e de terem assento ao lado dos juizes, tiveram inicialmente assento sobre o assoalho (*parquet*) da sala de audiências, em vez de terem assento sobre o estrado, lado a lado à *magistrature assise* (magistratura sentada). Conservaram entretanto, a denominação de *parquet* ou de *magistrature debout*." Assim, as expressões *Parquet* ou *magistratura de pé* referem-se aos membros do Ministério Público.

4 PROCEDIMENTOS

É interessante destacar que a falta de lei federal específica, ou de sua regulamentação mais detalhada no bojo da atual legislação permitiu que vários Estados da Federação criassem procedimentos diferentes do paradigma federal.

Dai, cada estado membro possui legislação administrativa própria, sendo freqüente que as leis estaduais reduzam ou aumentem os poderes da autoridade investigante e os limites das investigações, em desarmonia com o modelo federal

A multiplicidade de nomes dados ao inquérito civil, nos diferentes órgãos de execução do Ministério Público, nos termos destacados, provoca aparente falta de sintonia, através da simples comparação de nomenclatura dos procedimentos administrativos. Ao invés de se criarem nomes diferenciados, seria mais pertinente buscar o aperfeiçoamento da investigação.

De qualquer modo, independentemente da nomenclatura adotada, em linhas gerais, conforme destacado alhures, a tramitação do inquérito civil segue o procedimento básico do inquérito policial. A legislação brasileira não estabeleceu procedimento taxativo na tramitação. Assim, cada órgão de execução adota uma determinada linha investigativa.

É possível, no entanto, de forma superficial, apontar as fases básicas do procedimento administrativo.

O primeiro ato formal é a lavratura da portaria ou termo que marca o início, alcance e o objeto ou objetivo das investigações. Normalmente, é subsidiada por representação ou reclamação de particulares, de ofício ou mediante solicitação de terceiros interessados, sendo, algumas vezes, solicitada pelos próprios poderes públicos.

A peça inaugural, comumente denominada de portaria, deverá conter o resumo ou síntese dos fatos que ensejaram a necessidade de apuração, a indicação das provas iniciais a pesquisar, os investigados e as providências de caráter administrativo. O ideal é que a portaria seja sucinta, porém estribada em fundamentação fática e jurídica adequada e apta a permitir o entendimento acerca do alcance das investigações iniciadas. Inicia-se o inquérito civil com a lavratura da portaria.

Lavrada a portaria, começa a segunda fase, comumente denominada de fase investigativa. Nesse momento, serão praticados os seguintes atos, ainda que sem rigor sequencial e na dependência do conteúdo da investigação: requisição de informações e de dados aos órgãos públicos e privados competentes, notificação de pessoas e investigados para serem ouvidos, realização de perícias, juntada de documentos etc.

É evidente que, se surgirem fatos novos, a investigação poderá ser redirecionada e/ou mesmo ampliada. É conveniente, entretanto, que o presidente do inquérito civil disponha, a qualquer tempo, do total controle do direcionamento do trabalho investigativo. É recomendável que, modificado o

foco da investigação, tal circunstância seja retratada nos autos, mediante decisão fundamentada.

Ora, a falta de maior controle do material probatório, inclusive dos prazos e das formas processuais pertinentes a cada ato, deixará transparecer a idéia de trabalho investigativo confuso, ambíguo e contraditório. Naturalmente, os vícios praticados no inquérito civil serão discutidos no bojo da ação civil pública, inclusive com sérios danos à satisfação do direito material coletivo que se busca proteger.

Finalizada a investigação, passa-se à oitiva dos investigados e/ou pessoas que poderão ser processadas, se o inquérito civil apontar a prova das ilegalidades e danos ambientais.

Finalmente, a conclusão do inquérito civil. Nesse momento, surgem três possibilidades ou caminhos a serem percorridos pelo órgão do Ministério Público.

Caso a prova colhida seja satisfatória, será deflagrada a ação civil pública ambiental. Caso o infrator concorde com a pretensão do órgão investigativo, será elaborado um termo de ajustamento de conduta com valor de título executivo extrajudicial.⁸ E, por último, será possível a promoção de arquivamento do inquérito civil, caso a prova seja insuficiente para o início do processo civil.

Assim, a tramitação do inquérito civil, como ato preparatório e facultativo da ação civil pública, compreende três fases: instauração, apuração e conclusão.

5 FINALIZAÇÃO

Como visto, ao término das investigações, normalmente ocorrem três situações distintas. Se a prova colhida for insuficiente para sustentação do pedido de provimento jurisdicional, seja pela falta de novos elementos probatórios, seja pela análise de sua precariedade, será promovido o arquivamento e remetidos os autos ao Conselho Superior do MP.

Na promoção do arquivamento, esgotadas as medidas e diligências investigativas, o dirigente do inquérito civil elaborará relatório circunstanciado das atividades desenvolvidas e dos atos praticados, e, após fundamentar a promoção de arquivamento, submete os autos à obrigatória análise fático-jurídica do Conselho Superior do Ministério Público.

Acolhida a promoção de arquivamento, os autos serão devolvidos à própria Promotoria de Justiça ou à Procuradoria da República que instaurou e

⁸ Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 6º: "Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial."

concluiu as investigações. É primordial que a decisão que determinou o arquivamento seja fundamentada nos elementos probatórios coligidos aos autos.

Caso a promoção formalizada não seja aceita e/ou homologada, o Relator, designado para análise da promoção de arquivamento do inquérito civil, apontará as razões fáticas e jurídicas de sua discordância e, na esfera administrativa, via Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República, será procedida a nomeação de outro membro do MP para a continuidade das investigações ou a propositura da possível ação civil pública ambiental.

Poderá ocorrer ainda que, finalizado o procedimento investigativo, os possíveis investigados aceitem a proposta de indenizar os prejuízos causados em espécie, integralmente, ou, indenizar pelo equivalente, ou ainda retornar a situação ao *status quo*.⁹ É a clássica hipótese de montagem do termo de ajustamento de conduta. É, na verdade, um grande acordo entre o MP e o investigado.

A feitura do ajustamento de conduta, no final das investigações, é interessante sob vários aspectos. O mais interessante é que privilegia o princípio da prevenção ambiental. Primeiramente, o meio ambiente é defendido de forma rápida e eficiente. Os eventuais danos ou ilícitos ambientais são impedidos na origem dos fatos lesivos. A demora existente consiste, basicamente, no término das investigações pré-processuais. É interessante também pelo fato de que retira parcela considerável de processos e/ou pendências judiciais do âmbito do Poder Judiciário. Os fatos são solucionados por meio de atos e ações específicas do MP e do próprio poluidor e/ou investigado, integralmente, na esfera administrativa. E, por último, provoca na sociedade a sensação de que o meio ambiente foi defendido de forma rápida e eficaz.

Nesse sentido, fortalece e engrandece a atuação dos órgãos públicos e do próprio MP.

É claro que, na esfera ambiental, a meta é impedir ou pelo menos dificultar a ocorrência do dano. Se caracterizado, buscar a restauração específica, via tutela jurisdicional. Nesta situação, normalmente antes do início do processo no plano jurisdicional, é que será possível a lavratura do termo de ajustamento de conduta.

Nada impede, no entanto, que o termo de ajustamento de conduta seja lavrado em Juízo, durante a tramitação da ação civil pública. A diferença básica é que as cláusulas e termos do compromisso não recebem chancela do Conselho Superior. É o próprio Juiz de Direito na esfera jurisdicional que homologa os

⁹ O primeiro ajustamento de conduta ocorreu em 1980, no Estado de São Paulo. Tratava-se, em síntese, de ação civil reparadora de danos causados ao meio ambiente. O evento ficou conhecido como *Passarinhada do Embu*. Após a condenação civil, o réu e o MP entabularam, com homologação judicial, o termo de ajustamento de conduta e finalizaram a demanda judicial.

termos do pacto.

Existem, é verdade, alguns posicionamentos no sentido de que, mesmo na fase judicial, o termo deverá receber a manifestação do Conselho Superior do Ministério Público.

A feitura do documento público, com valor de título executivo extrajudicial, possui formalidades próprias e específicas que deverão ser observadas.

Como documento público, efetivamente, para receber a adequada forma, submete-se aos requisitos de composição, validade e eficácia dos atos administrativos.

A lavratura do título no momento da formatação do termo de ajustamento de conduta deverá obedecer às formalidades específicas.

A primeira regra é a de que deve contemplar, integralmente, todos os aspectos do direito material violado. As várias facetas do dano patrimonial, inclusive o montante relativo ao dano moral, deverão ser contemplados.

A omissão no termo de ajustamento de conduta de qualquer uma das espécies de poluição, danos e ilegalidades ambientais praticadas, inclusive morais, permitirá a reabertura e/ou novas discussões sobre a temática, quer no plano administrativo, quer no plano jurisdicional. Por conseguinte, o trabalho do Ministério Público poderá ser impugnado e descaracterizado, inclusive na via jurisdicional.

A assertiva decorre do fato de que, por ser indisponível o conteúdo do objeto jurídico investigado meio ambiente a recuperação e/ou indenização deverá ser formalizada e totalmente contemplada. Não cabe transação, uma vez que se trata de direito indisponível. Discute-se apenas os prazos e as formas de reparação e/ou recuperação dos danos ambientais.

A título de exemplo, nas atividades minerárias clandestinas, além de estabelecer a paralisação definitiva das atividades irregulares, o termo deve ser abrangente e profundo no sentido de contemplar todos os danos causados à fauna, flora, solo e subsolo. Deve, ainda, verificar as espécies de poluição que ocorreram em decorrência das atividades ilegais, tais como a poluição atmosférica, sonora, visual e auditiva. A reparação deve ser integral, pelo menos do ponto de vista jurídico, sob pena de invalidade do título.

A outra reside no fato de que, sendo título executivo extrajudicial, o documento público deverá trazer, obrigatoriamente, os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade. Além disso, as obrigações de fazer ou não fazer devem trazer os prazos, metas e os programas a serem cumpridos, inclusive sendo fixados de forma razoável.

Um dado interessante é que o termo de ajustamento de conduta, da mesma forma que um contrato entre particulares, deverá possuir linguagem adequada e correta do ponto de vista gramatical, obrigações possíveis de cumprimento, e mecanismo de coerção. Enfim, deve ser confeccionado com os mesmos cuidados inerentes à elaboração de qualquer contrato civil.

Assim, promovido o arquivamento e aceito pelo Conselho Superior do Ministério Público, finaliza-se temporariamente a atuação do MP. Caso a prova seja adequada ao início do processo civil, será possível a lavratura do termo de ajustamento de conduta. Entretanto, frustradas as tentativas de solução dos fatos na esfera administrativa, será promovido o ajuizamento da competente ação civil pública.

6 FORMAS DE APERFEIÇOAMENTO DO INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil necessita de aprimoramento institucional, apesar da adolescência jurídica e das conquistas obtidas no plano extrajudicial e no plano jurisdicional.

Essa necessidade decorre de vários problemas existentes, desde a lei criadora, tramitação e a sua finalização. A omissão de vários aspectos importantes na lei criadora tem provocado discussões e conflitos diversos.

Em virtude deles, é pertinente afirmar que as possíveis ações judiciais ou ajustamentos de condutas lavrados perdem força e credibilidade, na medida em que deixam de atingir seus reais objetivos. Assim, urge que as medidas e propostas sugeridas sejam amplamente discutidas, criticadas e, se procedentes, adotadas.

De início, a primeira proposta centra-se no sentido de que a lei trace os aspectos básicos pertinentes à tramitação do inquérito civil. É preciso que seja aprovada no Congresso Nacional a lei federal que discipline a atuação dos membros do MP, durante a realização das atividades investigativas.

É pertinente destacar que não se busca dificultar ou impedir a livre atuação. É necessário, porém, que sejam regulamentados os procedimentos pertinentes. Por exemplo: falta a regulamentação do instituto da carta precatória, não se estabeleceram os requisitos mínimos da portaria ou do ato que inicia as investigações. Na verdade, cada Ministério Público, no âmbito federal e estadual, internamente, trata dos assuntos.

A uniformização federal traria várias vantagens, sendo algumas evidentes: uniformização dos procedimentos, clarificação do objeto da investigação, metas a alcançar, maior abrangência do objeto e das pessoas investigadas.

O artigo de Benjamin (2001, p. 391-400), Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, merece cuidadosa análise e imediata aplicação. É, na verdade, a base científica para o início do aperfeiçoamento da ação civil pública e, conseqüentemente, do próprio inquérito civil.

Em segundo lugar, as investigações em matéria ambiental obteriam maior sucesso caso a atuação do MP, por meio dos órgãos de execução, fossem conjuntas, homogêneas e integradas, inclusive no plano federal. As medidas adotadas, na fase extrajudicial, trariam maior homogeneidade e,

conseqüentemente, maior força com menor dispêndio de pessoal e material.

A título de exemplo, a defesa dos recursos hídricos, como sabido, de vital importância para a sociedade, ressent-se de ações integradas.

A simples ordenação de esforços traria significativa melhora à defesa das bacias hidrográficas brasileiras. Não é possível defender uma bacia hidrográfica com uma única Promotoria de Justiça. É imprescindível a soma de esforços, pois, como é de conhecimento público, os rios ultrapassam as fronteiras dos municípios, dos estados e, algumas vezes, até do País.

No entanto, cada instituição adota uma linha de atuação, com planejamento e preparação de ações, somente no respectivo âmbito interno. É preciso o diálogo e o estabelecimento de metas harmônicas entre os vários Ministérios Públicos. Poucas vezes, vislumbra-se a existência de uma ação mais abrangente e coordenada dos respectivos órgãos de execução.

Na defesa de uma determinada bacia hidrográfica, independentemente do Estado da Federação atingido, é necessário que os vários órgãos de execução dos Ministérios Públicos com atribuição na área procedam às apurações dos fatos ilícitos ambientais, de forma simultânea, coordenada e conjugada.

Por exemplo, se todos os órgãos do MP com atribuição para a causa instaurarem inquéritos civis para apurar as respectivas responsabilidades dos municípios em decorrência do despejo de poluentes nos rios e demais componentes hídricos das bacias hidrográficas, é certo afirmar-se que o trabalho terá muito maior probabilidade de êxito.

A título de reforço, em cujo projeto inicial participamos ativamente, no Estado de Minas Gerais, o MP implantou as Coordenadorias e as Promotorias de Justiça de Defesa da Bacia do Rio São Francisco, com a Coordenação-Geral na capital.

É uma proposta pioneira no Brasil e que, apesar dos percalços iniciais, tem demonstrado excelentes resultados com clara economia e aperfeiçoamento dos recursos humanos disponíveis. A idéia básica que deu origem à criação das Coordenadorias das Promotorias de Justiça componentes da bacia, foi a de unir esforços e homogeneizar as ações no sentido de proteger total e amplamente o rio São Francisco e seus afluentes.

A idéia surgiu a partir da constatação de que ações isoladas de cada Promotor de Justiça por mais relevantes que fossem, eram inócuas no sentido de proteger a totalidade da bacia hidrográfica.

As ações realizadas pelo MP mineiro, seja na instauração dos inquéritos civis, seja na deflagração das ações civis públicas, são desencadeadas, ao mesmo tempo e com a mesma formatação básica, por vários Promotores de Justiça nas diversas comarcas, pela supervisão dos coordenadores.

O mais relevante é que as medidas deflagradas, em nenhum momento, buscam reduzir o alcance e a importância da independência funcional do Promotor de Justiça. Em verdade, é pela soma de esforços dos vários integrantes

do MP que se observa a melhoria da defesa do meio ambiente.¹⁰

Em terceiro lugar, o aperfeiçoamento centraria esforços na melhoria da qualidade da prova produzida.

As provas obtidas no inquérito civil, com qualidade técnica e dentro dos padrões jurídicos regulares permitiria que os juízes e tribunais aceitassem a tese da presunção de validade da prova na fase pré-processual.

A prova colhida de forma adequada, dentro dos modernos padrões constitucionais, inclusive com o respeito aos direitos, princípios e garantias fundamentais, teria força suficiente para a possível inversão do ônus da prova.

Sem qualquer dúvida, num futuro próximo, seria aceita a tese da inversão do ônus na propositura das ações civis públicas ambientais. Caberia ao poluidor provar que as provas produzidas no inquérito civil não apresentariam o valor probatório destacado pelo órgão do MP.

Em quarto lugar, ou seja, nas apurações ou trabalhos investigativos, é fundamental que as perícias sejam realizadas por pessoal altamente qualificado, sendo que, se possível, com o acompanhamento das universidades e centros de estudos específicos. Não se pode buscar condenações e/ou punições, ou mesmo lavrar ajustamento de condutas, com trabalhos periciais com notória falta de qualidade técnica.

Na verdade, perícias realizadas de forma adequada, por pessoal capacitado e com excelência científica, teriam o condão de impedir a repetição das mesmas provas em juízo.

É preciso, portanto, que se estabeleçam em lei os requisitos mínimos a serem observados pelo MP no inquérito civil ambiental para, a partir dessa nova realidade legislativa, inverter-se o ônus da prova produzida no inquérito civil. Nesse sentido, é o magistério de Alonso Júnior (2001, p. 250-266).

Por último, os ajustamentos de condutas precisam de melhor qualidade técnica, inclusive nos aspectos relativos ao cumprimento dos prazos e das metas. Não é desejável a transigência com o meio ambiente, exceto a pactuação dos prazos, metas e programas a realizar.

É pertinente que, além de medidas claras e precisas que deverão ser impostas em caso de descumprimento, o MP exija, como condição, a garantia, inclusive a prestação de caução ou mesmo de seguro ambiental.

A garantia do cumprimento da obrigação é requisito essencial, embora não seja fixado o tipo de garantia na lei.

A falta de prestação mínima e/ou verificação do eventual patrimônio do poluidor poderá concorrer para a inadequada defesa do meio ambiente. A fixação de pesadas multas para o caso de descumprimento, sem a análise das condições financeiras do possível devedor torna inócua qualquer medida judicial futura, se houver descumprimento.

¹⁰ Sítio oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: www.pgj.mg.gov.br

É significativo o número de execuções civis paralisadas, das mais variadas ordens, pelo simples fato de que o credor, no caso o autor coletivo, deixou de exigir a garantia do cumprimento da obrigação e o poluidor deixou de cumprir sua obrigação.

O poluidor, mesmo ciente da impossibilidade de cumprimento e execução, passivamente, aceita o compromisso. A prévia análise do patrimônio do devedor asseguraria maior eficiência no trato da matéria.

Enfim, a melhoria da qualidade técnica da prova com a realização de perícia em tempo hábil, a exigência de garantias pessoais e reais do cumprimento das obrigações na elaboração do termo de ajustamento de conduta, a integração entre os órgãos de execução e a publicação da lei regulamentadora do instituto são circunstâncias que poderão melhorar, sensivelmente, a qualidade do inquérito civil e, por consequência, a qualidade das ações civis públicas ambientais.

7 CONCLUSÃO

O inquérito civil possui apenas 18 anos de existência, aproximadamente. Apesar do pouco tempo de emprego na defesa do meio ambiente, observa-se a clara necessidade de seu aperfeiçoamento, uma vez que ainda não consegue cumprir, na íntegra, sua relevante função pelos vários motivos apresentados.

Foi destacado que, apesar dos relevantes serviços prestados, há obstáculos que exigem cuidadosa análise e discussão científica.

O primeiro decorre da falta de lei federal regulamentadora do instituto com maior carga de especificidade, uma vez que a Lei nº 7.347/85 trouxe apenas alguns aspectos básicos e genéricos aplicáveis aos demais inquéritos civis.

O segundo ocorre dentro das respectivas instituições, ou seja, falta maior integração entre os órgãos de execução do MP, inclusive entre o plano federal e o estadual.

O terceiro, converge no sentido de que é primordial a busca da melhor qualidade da prova produzida, inclusive da prova pericial, uma vez que, com relativa frequência, as ações civis públicas ainda são direcionadas para a insuficiente reparação dos danos ambientais.

O último refere-se à insuficiente qualidade dos termos de ajustamento de conduta. Ao lado desses fatores, o ajustamento de conduta sem a necessária qualidade técnica provoca seu descumprimento.

O aperfeiçoamento do inquérito civil exige qualificação científica constante dos operadores do Direito que atuam no seu contexto, conhecimento de suas bases jurídicas, entendimento de sua função como instrumento preparatório da ação civil pública e utilização racional e equilibrada a partir da necessidade de tornar efetiva a defesa do meio ambiente.

Nessa linha, a falta da legislação regulamentadora da atuação do órgão de execução do MP, de perícias em tempo hábil, de melhor qualidade dos trabalhos periciais, de maior entrosamento entre os Ministérios Públicos, inclusive no plano interno de cada instituição, são circunstâncias que precisam ser enfrentadas.

Os inquéritos civis que apresentam os defeitos acima, normalmente, não conseguem servir de base para feitura de termos de ajustamento de conduta e, na maioria das vezes, além de tornar frágil o conteúdo probatório da ação civil pública, reduz o possível sucesso na defesa do meio ambiente.

Assim, nos termos destacados nas propostas de aprimoramento, é preciso que sejam adotadas as seguintes providências, a curto, médio e longo prazo.

De imediato, em lei específica, sejam regulamentados os seguintes aspectos: portaria, formas dos depoimentos e declarações, atos procedimentais, prazos, uniformidade de procedimentos apuratórios.

Em seguida, seja disponibilizada a cada Promotoria de Justiça que atua na defesa do meio ambiente, pelo menos, um oficial de diligências, material de escritório informatizado, um veículo para verificação dos fatos no local, uma biblioteca mínima e, acima de tudo, membros do MP vocacionados para a defesa do meio ambiente.

Finalmente, é preciso que os inquéritos civis possuam uma base comum de operacionalização para evitar dispersão do trabalho. Nesse sentido, é pertinente a integração operacional entre os diversos órgãos de execução dos Ministérios Públicos estaduais, inclusive com o Ministério Público federal.

Na defesa do meio ambiente, a congregação de esforços em busca do objetivo comum reforça a ação, agiliza a atuação de cada membro das respectivas instituições, divide a carga de trabalho, torna a atuação homogênea.

Finalmente, o trabalho procurou demonstrar que, embora não seja único, com os devidos aperfeiçoamentos, o inquérito civil será o instrumento jurídico imprescindível para a melhoria da qualidade de vida da sociedade brasileira.

Referências Bibliográficas

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A valoração probatória do inquérito civil e suas consequências processuais. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública*. Lei nº 7.347/85 - 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 250-266.

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Guasquez; SILVA, José Antonio Franco da (Org.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra: Almedina, 1998.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação, jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

ALVARENGA, Paulo. *O inquérito civil e a proteção ambiental*. Leme: BH, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Um novo modelo para o Ministério Público na proteção do meio ambiente. In: ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Guasquez; SILVA, José Antônio Franco da (Org.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 391-400.

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

BROWN, Lester R. Desafios do novo século. In: _____ (Org.). *Estado do mundo: 2000: Relatório do Worldwatch Institute sobre o avanço em direção a uma sociedade sustentável*. Tradução de Henry J. Mallett. Bahia: UMA, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2000.

MILARÉ, Édís; BENJAMIN, Antônio Herman V. *Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AO COMÉRCIO CLANDESTINO DE BENS CULTURAIS

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA

Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais
Coordenador Auxiliar do Grupo Especial de Promotores de Justiça de
Defesa do Patrimônio Cultural das Cidades Históricas de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Dissipação do patrimônio cultural – 3 Combate ao comércio clandestino – Diplomas legais aplicáveis – 3.1 Comércio clandestino interno – 3.2 Comércio clandestino com o exterior – 4 Ações para o combate ao comércio clandestino – 5 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 - CF/88 tratou do patrimônio cultural brasileiro em seu art. 216, quando definiu os elementos que o constituem como sendo “[...] os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira [...]”.

Em seguida, estabeleceu - em tom imperativo e cogente - um poder-dever atribuído primeiramente ao Estado, com o escopo de que tais bens sejam efetivamente preservados: “O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.” (art. 216, V, § 1º)

Verifica-se que o legislador constitucional dedicou especial atenção ao tema, demonstrando nítida preocupação com a preservação dos valores culturais, o que facilmente se justifica uma vez que “[...] uma obra singular ou os dados identificativos do modo de viver de um grupo social devem ser preservados para as gerações futuras, de modo a permitir que estas conheçam a história de seu passado.” (MONTEIRO).

Ao Ministério Público - MP, como guardião do ordenamento jurídico pátrio, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e como titular das ações penal e civil públicas (arts. 127 e 129 da CF/88), instrumentos previstos constitucionalmente e que viabilizam a tutela, dentre outros bens jurídicos, do patrimônio cultural brasileiro, incumbe uma grande parcela de responsabilidade pela preservação de nossos bens culturais, de forma que a sua atuação nessa área deve corresponder às expectativas sociais, sendo firme, pronta e eficiente.

Afinal de contas, “A preservação do Patrimônio Cultural não é uma

alternativa ou uma opção à preservação da memória e da identidade. É uma imposição de natureza política de garantia, de soberania, de segurança nacional, e de manutenção da face da nação.”¹

2 DISSIPAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Nos últimos tempos, a imprensa nacional tem dedicado especial atenção às rotineiras perdas de bens materiais de valor cultural, seja em razão de furtos a igrejas e museus por quadrilhas especializadas na pilhagem de imagens sacras, seja pela atuação clandestina de comerciantes de antiguidades, leiloeiros e *marchands* que são useiros e vezeiros na receptação de tais bens e posterior venda, obviamente sem nenhum controle por parte dos órgãos públicos responsáveis.

Especificamente no que tange ao Estado de Minas Gerais, estima-se que sessenta por cento do seu patrimônio cultural constituído de bens móveis tenham sido deslocados de seus locais de origem, encontrando-se atualmente nas mãos de colecionadores particulares e comerciantes de antiguidades. Grande parte do patrimônio pertencente à coletividade mineira encontra-se agora no Rio de Janeiro, São Paulo ou mesmo no exterior. Basta abrir qualquer revista de decoração para se deparar com imagens do barroco mineiro, fragmentos de talha de retábulos, colunas, objetos de prata como turíbulo, cálices, ostensórios e bacias de lavabo, entre outros.

Tais números são extremamente elevados e indicam uma perda inestimável para o patrimônio cultural mineiro, tendo em vista que cada obra representativa do modo de ser e viver de nossos ancestrais é única e insubstituível e deveria ser conservada para as gerações vindouras, uma vez que representa a história e a cultura do povo brasileiro, que não pode se pulverizar em meros objetos decorativos nas residências suntuosas de indivíduos abastados para o deleite de uma pequena elite. (SANTOS FILHO).²

É ponto pacífico do âmbito da preservação patrimonial a assertiva segundo a qual um bem cultural nunca deve ser desvinculado do meio onde foi produzido e nunca deverá deixar seu local de origem, senão quando condições ambientais o ameacem, devendo regressar tão logo essas condições sejam sanadas.

¹ Conclusão nº 1 da Carta de Goiânia, que sintetizou as conclusões votadas e aprovadas durante o 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2003, na cidade de Goiânia-GO (ENCONTRO..., 2003).

² Olinto Rodrigues dos Santos Filho é coordenador de campo do Inventário dos Bens Móveis e Integrados de Minas Gerais realizado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN.

Diante de um panorama tão desalentador sobre o patrimônio cultural mineiro, pergunta-se: o quê o Ministério Público pode fazer para modificar a preocupante situação hoje vivenciada, em que nossos bens de valor cultural tais como imagens sacras, esculturas, peças arquitetônicas extraídas de prédios históricos, objetos de culto religioso etc., diariamente, são comercializados a qualquer preço e com qualquer interessado por antiquários, casas de materiais oriundos de demolições, brechós etc., sem qualquer controle por parte do poder público?

3 COMBATE AO COMÉRCIO CLANDESTINO - DIPLOMAS LEGAIS APLICÁVEIS

Acredito que temos na legislação vigente, apesar de antigos, dispositivos que podem viabilizar a reversão (ou pelo menos o abrandamento) de tal quadro através de ações no âmbito judicial e extrajudicial das quais o MP, em conjunto com os demais órgãos responsáveis, pode se valer para cumprir, com efetividade, sua missão de curador do patrimônio cultural.

3.1 Comércio clandestino interno

Primeiramente, importante chamar a atenção para um tipo penal de enorme relevância e utilidade prática para o combate ao comércio clandestino interno de antiguidades, mas praticamente esquecido pelos operadores do Direito. Trata-se do art. 48 da Lei das Contravenções Penais – LCP (Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941):

.....
Art. 48. Exercer, sem observância das prescrições legais, comércio de antiguidades, de obras de arte, ou de manuscritos e livros antigos ou raros:

Pena prisão simples, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.
.....

Verifica-se que o dispositivo em comento objetiva tutelar o patrimônio histórico, artístico, cultural e científico do país mediante da imposição de obediência às normas que regulamentam, em seu território, o comércio legítimo de antiguidades, obras de arte, de manuscritos e livros antigos e raros, assunto estreitamente vinculado à economia e à cultura do Estado e ao interesse público de seus membros.

Em termos de direito comparado, a conduta descrita no tipo supra é

considerada crime pelo ordenamento jurídico de Portugal, por exemplo, onde o MP assim se posiciona sobre a questão:

O comércio de artigos usados vê-se constantemente confrontado dada a sua natureza, com a possibilidade da aquisição de coisas provenientes de actividades criminosas.

Este facto levou o legislador a regular especificamente as diligências que as pessoas que exercem aquele ramo de negócio devem promover, impondo-lhes uma série de obrigações que condicionam, em termos bastante precisos, a actividade desenvolvida, e atribuindo à Polícia Judiciária a competência para regulamentar a execução de tais obrigações.

Essa regulamentação específica visa prevenir a utilização ilegítima da cobertura de uma profissão lícita para recolocar em circulação coisas obtidas através de actividades criminosas levadas a cabo por outrem, bem como, simultaneamente, garantir o exercício pacífico do comércio referido pelas pessoas que a ele se dedicam, de forma a não coarctar em absoluto a liberdade de profissão e a livre iniciativa privada, liberdades constitucionalmente consagradas como direitos fundamentais.

Para dar cumprimento a estas duas funções, a lei prevê uma série de obrigações que integram o dever de informação cuja violação é elemento típico do crime previsto no n.º 3 do artigo 329.º do Código Penal, as quais são complementadas por instruções específicas emanadas pela Polícia Judiciária.³

Com efeito, tal ramo de actividades, se não houver rígida fiscalização por parte dos órgãos públicos, apresenta-se em terreno fértil para a proliferação de engodos, fraudes, compras e alienações de produtos de crimes.

É por isso que os bens culturais estão sujeitos a um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia de intervenção e de tutela pública. Essa disciplina condiciona a actividade e os negócios relativos a esses bens, sob várias modalidades, com os objetivos de controlar-lhes a circulação jurídica ou controlar-lhes o uso, de onde provêm as duas categorias de bens de interesse público: os de circulação controlada e os de uso controlado.⁴

Infelizmente, o dispositivo do Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, pelo menos em Minas Gerais, não vem sendo cumprido pelos comerciantes de antiguidades. Tanto que recentemente o jornal *Estado de Minas*, em matéria intitulada *Cadastro de antiquários só no papel trouxe a*

³ Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de Portugal n.º PGR/P 000000748 - Rel. Padrão Gonçalves Votação: 06.07.1995.

⁴ SILVA, José Afonso da apud RICHTER, 1999, p. 48.

declaração de um servidor do IPHAN de que a lei “[...] não funciona e os antiquários não revelam para a fiscalização o que realmente têm atrás dos armários.” (ANDRADE, 2003; COLECIONADORES ..., 2003, p. c-4).

Há necessidade, pois, de uma atuação mais efetiva do MP em tal área com o escopo de se reprimir o verdadeiro *mercado negro* de bens culturais existente no Brasil apesar de que alguns passos já vêm sendo dados rumo a tal caminho.

Durante a realização do 1º Encontro Nacional do Ministério Público em Defesa do Patrimônio Cultural, realizado em Goiânia em outubro de 2003, o assunto foi objeto de debate, sendo inseridas na valiosa Carta de Goiânia as seguintes conclusões, entre outras:

.....
49. O Ministério Público deve coibir o comércio clandestino de bens culturais e zelar para que se cumpra o art. 26 do Decreto-Lei nº 25/37, que determina que negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros são obrigados a um registro especial no Iphan, cumprindo-lhes, outrossim, apresentar semestralmente a esse instituto relações completas de coisas históricas e artísticas que possuem;

50. Em se constatando o descumprimento de tal norma (art. 26 do Decreto-Lei nº 25/37) o Ministério Público deverá promover a responsabilização do agente pela prática da contravenção penal de “exercício ilegal do comércio de coisas antigas e obras de arte” (art. 48 da LCP), sem prejuízo da adoção das medidas cíveis pertinentes; (ENCONTRO..., 2003)
.....

A doutrina acerca do tipo penal supra (art. 48 da LCP) - não se conhecem decisões jurisprudenciais a respeito de tal dispositivo - faz algumas considerações que julgo relevantes para a atuação ministerial diante de casos concretos:

- a) Tipo objetivo – *exercer* significa exercitar, praticar, realizar e *comerciar* significa vender, permutar, mediar a transação de antiguidades, obras de arte, manuscritos e livros antigos ou raros. (FRANCO, 2001, v. 1, p. 249);
- b) Local o local onde o comércio é exercido pouco importa para a tipificação do delito em apreço. Pode ser em estabelecimento comercial, na própria residência ou mesmo através de comércio ambulante. (JESUS, 1996, p. 173);
- c) Elemento subjetivo – segundo Sznick (1994, p. 230) “Aqui a voluntariedade, englobando, genericamente, o dolo ou a culpa (desconhecimento da necessidade de inscrição). E esse desconhecimento em nada favorece o agente, não sendo aplicável o art. 8º sobre a ignorância.” A seguir, cita

Manzini, para quem 'Esse comércio é geralmente exercido, como é notório, por pessoas inescrupulosas, as quais além de fraudes e outros estratagemas que cometem, são particularmente inclinados à receptação. Daí as cautelas que a lei exige.';

- d) Habitualidade – trata-se de contravenção de natureza habitual. O exercício supõe repetição, reiteração de atos, habitualidade. (JESUS, 1996, p. 173).

O mais importante, contudo, é que o dispositivo em comento é típica norma penal em branco, dependendo de complementação de outros diplomas legais para que se possa definir a tipicidade da conduta do comerciante, uma vez que há menção ao elemento normativo *sem observância das prescrições legais*.

São as seguintes normas que complementam o tipo sob análise:

1. Decreto-Lei nº 25/37 que, tratando do patrimônio cultural nacional, dispõe:

.....
Art. 26. Os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros são obrigados a um registro especial no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, cumprindo-lhes outrossim apresentar semestralmente ao mesmo relações completas das coisas históricas e artísticas que possuírem.
.....

Assim, se o comerciante não possuir registro especial no IPHAN, nem remeter semestralmente àquele órgão relações completas descrevendo as coisas históricas e artísticas em seu poder, estará sujeito às sanções do art. 48 da LCP.

O objetivo do dispositivo é permitir que o poder público tenha condições de controlar onde e o quê é comercializado em termos de bens culturais, de forma que as listas enviadas ao IPHAN pelos negociantes cadastrados devem ser efetivamente completas, contendo dados tais como a procedência da peça, autoria ou atribuição, título, data provável de criação, sua descrição física (altura, largura, profundidade, cores, tipo de acabamento, técnica, material, peso, intervenções sofridas, estado de conservação, inscrições ou particularidades etc.), último proprietário, valor estimado, entre outros.

Ante a literalidade do comando normativo, a remessa de listas vagas e incompletas ao órgão de fiscalização evidencia o objetivo de burlar a norma e equivale juridicamente à não-remessa, devendo o mercador malicioso arcar com as consequências penais decorrentes.

No campo cível, poderá ser celebrado termo de ajustamento de conduta estabelecendo a estrita obediência ao dispositivo legal, com previsão de multa para o caso de descumprimento.

Na impossibilidade de acordo deverá ser aforada ação civil pública com pedido de obrigação de fazer, sem prejuízo de medidas liminares e

cautelares (tais como a interdição temporária de atividades, o arrolamento dos objetos existentes no comércio etc.).

2. Portaria nº 024, de 25 de outubro de 2000, do Departamento de Material Bélico do Exército Brasileiro, que “Aprova as normas que regulam as atividades dos colecionadores de armas, munição, armamento pesado e viaturas militares”, dispondo o seguinte sobre o comércio de armas antigas:

.....
Art. 14. Antiquários poderão registrar-se no Exército, com a finalidade específica de comerciarem armas de fogo obsoletas, fabricadas há mais de cem anos, e suas réplicas históricas de comprovada ineficácia para o tiro, que não estão sujeitas a registro.

Art. 15. Leiloeiros, filiados a uma associação de colecionadores de âmbito estadual ou nacional, poderão registrar-se no Exército, com a finalidade específica de promoverem leilões de acervos de coleção, para colecionadores registrados.
.....

Desta forma, para a comercialização de armas de fogo obsoletas e suas réplicas, há necessidade de registro junto ao Exército brasileiro, sem prejuízo daquele que se exige junto ao IPHAN. A ausência de qualquer dos registros culmina com a aplicação das sanções do art. 48 da LCP.

3.2 Comércio clandestino com o exterior

O comércio ilícito de bens culturais brasileiros não fica restrito às fronteiras deste imenso país. Infelizmente, o comércio clandestino com o exterior tem sido um dos maiores responsáveis pela pilhagem de nossas imagens sacras, móveis coloniais, esculturas, obras de arte, peças arqueológicas e conseqüente perda de informações científicas e referências históricas de imensurável importância.

Preocupado com o tráfico ilícito de bens culturais e com os danos irreparáveis que freqüentemente dele decorrem, para esses próprios bens, para o patrimônio cultural das comunidades nacionais e para o patrimônio comum dos povos, o governo brasileiro promulgou no Decreto nº 3.166, de 14 de setembro de 1999, a Convenção da UNIDROIT sobre bens culturais furtados ou ilicitamente exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995.

A mencionada convenção objetiva, em síntese, estabelecer um conjunto mínimo de regras jurídicas comuns para os efeitos da restituição e do retorno dos bens culturais entre os Estados contratantes e para favorecer a preservação e a proteção do patrimônio cultural conforme o interesse de todos.

Contudo, mister se faz a prevenção e a punição dos agentes responsáveis pela exportação ilícita dos bens de valor cultural por via da tutela penal, sob pena de contínua e desastrosa perda de tal patrimônio.

No caso da remessa clandestina de bens culturais brasileiros para o exterior, caracterizado restará o crime de contrabando se houver norma proibindo ou restringindo a sua remessa para o estrangeiro, ficando o agente sujeito às penalidades do art. 334 do Código Penal CP, porque o contrabando é a importação ou exportação de mercadoria proibida e, ao contrário do descaminho, a sua objetividade jurídica nada tem a ver com o fisco. Geralmente, com a sua incriminação, protegem-se outros bens jurídicos, tais como a saúde, a moral, a segurança pública e a soberania nacional no seu mais alto sentido, ou seja, o direito do Estado brasileiro de controlar a entrada e saída de mercadorias do País, inclusive aquelas integrantes de seu patrimônio cultural. Assim sendo, verifica-se que existem razões extrafiscais para se incriminar o contrabando (SILVEIRA, 1995, p. 29).

Como o art. 334 do CP contém norma penal em branco, incumbe a diplomas complementares definir quais são as mercadorias absoluta ou relativamente proibidas. (JESUS, 2001, p. 987).

No que tange à proteção do patrimônio cultural brasileiro, podemos elencar as seguintes normas que vedam ou condicionam a saída de bens culturais do país:

a) Decreto-Lei nº 25/37, que veda a saída do país e a exportação de bens tombados, nos seguintes termos:

.....
Art. 14. A coisa tombada não poderá sair do país, senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta seqüestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar.

§ 1º Apurada a responsabilidade do proprietário, ser-lhe-á imposta a multa de cinquenta por cento do valor da coisa, que permanecerá seqüestrada em garantia do pagamento, e até que este se faça.

§ 2º No caso de reincidência, a multa será elevada ao dobro.

§ 3º A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando.
.....

b) Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, que condiciona a remessa, para o exterior, de objetos de interesse arqueológico ou pré-histórico, histórico, numismático ou artístico, nos seguintes termos:

.....
Art. 20. Nenhum objeto que apresente interesse arqueológico ou pré-histórico, numismático ou artístico poderá ser transferido para o exterior, sem licença expressa da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, constante de uma "guia" de liberação na qual serão devidamente especificados os objetos a serem transferidos.

Art. 21. A inobservância da prescrição do artigo anterior implicará na apreensão sumária do objeto a ser transferido, sem prejuízo das demais cominações legais a que estiver sujeito o responsável.

Parágrafo único. O objeto apreendido, razão deste artigo, será entregue à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

.....

c) Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965, que proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no País até o fim do período monárquico, dispondo:

.....
Art. 1º Fica proibida a saída do País de quaisquer obras de artes e ofícios tradicionais, produzidas no Brasil até o fim do período monárquico, abrangendo não só pinturas, desenhos, esculturas, gravuras e elementos de arquitetura, como também obras de talha, imaginária, ourivesaria, mobiliário e outras modalidades.

Art. 2º Fica igualmente proibida a saída para o estrangeiro de obras da mesma espécie oriundas de Portugal e incorporadas ao meio nacional durante os regimes colonial e imperial.

Art. 3º Fica vedada outrossim a saída de obras de pintura, escultura e artes gráficas que, embora produzidas no estrangeiro no decurso do período mencionado nos artigos antecedentes, representem personalidades brasileiras ou relacionadas com a história do Brasil, bem como paisagens e costumes do País.

Art. 4º Para fins de intercâmbio cultural e desde que se destinem a exposições temporárias, poderá ser permitida, excepcionalmente, a saída do País de algumas das obras especificadas nos arts. 1º, 2º e 3º, mediante autorização expressa do órgão competente da administração federal, que mencione o prazo máximo concedido para o retorno.

Art. 5º Tentada a exportação de quaisquer obras e objetos de que trata esta Lei, serão os mesmos

sequestrados pela União ou pelo Estado em que se encontrarem, em proveito dos respectivos museus.

Art. 6º Se ocorrer dúvida sobre a identidade das obras e objetos a que se refere a presente Lei, a respectiva autenticação será feita por peritos designados pelas chefias dos serviços competentes da União, ou dos Estados se faltarem no local da ocorrência representantes dos serviços federais.

d) Lei nº 5.471, de 09 de julho de 1968, que dispõe sobre a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros, estabelecendo:

Art. 1º Fica proibida, sob qualquer forma, a exportação de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX.

Parágrafo único. Inclui-se, igualmente, nesta proibição a exportação de:

a) obras e documentos compreendidos no presente artigo que, por desmembramento dos conjuntos bibliográficos, ou isoladamente, hajam sido vendidos;

b) coleções de periódicos que já tenham mais de dez anos de publicados, bem como quaisquer originais e cópias antigas de partituras musicais.

Art. 2º Poderá ser permitida, para fins de interesse cultural, a juízo da autoridade federal competente, a saída temporária, do País, de obras raras abrangidas no art. 1º e seu parágrafo único.

Art. 3º A infringência destas disposições será punida na forma da lei, devendo ser efetivadas pela autoridade competente as apreensões dela decorrentes.

Parágrafo único. A destinação dos bens apreendidos será feita em proveito do patrimônio público, após audiência do Conselho Federal de Cultura.

e) Portaria nº 24/2000, do Departamento de Material Bélico do Exército, que restringe a exportação de armas antigas e materiais bélicos, da seguinte forma:

Art. 53. Para a preservação do patrimônio histórico, a exportação de armas, munições, armamento pesado e viaturas militares, pertencentes a acervo de Colecionador e que já tenham sido de dotação das Forças Armadas, somente deverá ser autorizada se houver, no patrimônio do Exército, pelo menos dez exemplares do

mesmo tipo e modelo, com parecer favorável do Departamento de Material Bélico e da Diretoria de Assuntos Culturais, podendo ser ouvida Associação de Colecionadores de âmbito nacional.

Art. 54. A exportação de armas, munições, armamento pesado e viaturas militares pertencentes a acervo de Colecionador, que não tenham sido de dotação das Forças Armadas, somente poderá ser realizada com autorização do Comando da Região Militar.

Art. 55. É permitido o penhor de armas de fogo obsoletas, fabricadas há mais de 100 (cem) anos, desde que assim atestado pelo Comando da Região Militar de vinculação, podendo ser ouvida Associação de Colecionadores de âmbito nacional.

.....

Importante ressaltar que, no contrabando, a proibição a que se refere o tipo penal pode ser total ou relativa. No primeiro caso, a mercadoria não pode entrar ou sair de nosso território de forma alguma (v.g., art. 1º da Lei nº 5.471/68). No segundo, pode, desde que satisfeitos certos requisitos (v.g., art. 4º da Lei nº 4.845/65).

Neste sentido já decidiu o STF:

CRIME DE CONTRABANDO.

Para que haja crime de contrabando é preciso que ocorra importação ou exportação de mercadoria proibida. Essa proibição pode ser absoluta ou relativa, sendo que é relativa quando a proibição cessa com a satisfação de determinadas condições.

A obrigatoriedade de “autorização para exportação” expedida pelo Ministério da Agricultura, sem a qual a CACEX não poderia dar a licença para a exportação de sementes de soja ainda quando o pedido estivesse acompanhado de certificado fitossanitário, caracteriza a proibição relativa que dá margem a ocorrência do crime de contrabando quando como sucedeu na espécie não é ela afastada pela satisfação dessas condições. “Habeas corpus” indeferido. (STF Habeas Corpus nº 69754-2-PR 1ª Turma Rel. Min. Moreira Alves j. 11.12.1992 DJ 12.03.1993, p. 3562)

Assim, havendo descumprimento das normas que condicionam a saída ou vedam a exportação de bens culturais brasileiros, o violador estará sujeito às penas do contrabando e deverá responder civilmente pelos danos causados ao meio ambiente cultural em sede de ação civil pública.

4 AÇÕES PARA O COMBATE AO COMÉRCIO CLANDESTINO

Sem dúvida alguma, a ação preventiva, objetivando evitar a mercancia clandestina de bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro, deve ser priorizada pelo MP uma vez que é mais eficaz e benéfica para o meio ambiente cultural. Com efeito, os objetivos do direito ambiental são basicamente preventivos e sua atenção está voltada para o momento anterior à consumação do dano - o do mero risco, já que: "Diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta e, quando possível, onerosa, a prevenção é a melhor, quando não a única solução." (MARCHEŠAN; CAPPELLI; STEIGLEDER, 2003, p. 257).

A instauração de inquérito civil público para a identificação dos estabelecimentos que comercializam antiguidades em geral e posterior celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC ou ajuizamento de Ação Civil Pública - ACP para se fazer cumprir os dispositivos legais acima mencionados e obstar o comércio ilícito, é medida que pode ser adotada com sucesso pelo MP.

Constatando-se violação à norma contida no art. 48 da LCP, deve-se remeter cópia das informações à Delegacia de Polícia para a formalização de Termo Circunstanciado de Ocorrência - TCO e posterior adoção das medidas penais pertinentes, sempre priorizando a aplicação imediata de pena, viabilizando rápida resposta estatal à violação da lei.

O combate ao contrabando de bens culturais deve ser objeto de ação intensa mormente por parte dos órgãos diretamente ligados à área (Polícia Federal, Receita Federal e Ministério Público Federal).

Faz-se mister uma maior divulgação da legislação atinente às regras do comércio legal de antiguidades, para que a população em geral possa compreendê-la e colaborar na fiscalização de seu cumprimento. Os representantes do MP devem sempre estar atentos para a possibilidade de contribuírem para essa *educação patrimonial*, chamando a atenção para a questão em palestras, entrevistas, recomendações, audiências públicas, reuniões com parcelas representativas da sociedade etc.

Luminar, a propósito, a conclusão nº 4. da já mencionada Carta de Goiânia: "Só por meio da educação é possível mudar valores e incluir a preservação do Patrimônio Cultural na rotina de vida dos cidadãos. É preciso que as instituições de cultura, educação e a sociedade em geral incluam a educação sobre o patrimônio em seus projetos;"

Por derradeiro, uma atuação interinstitucional, envolvendo o MP e os demais órgãos de proteção ao patrimônio cultural (IPHAN, Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - IEPHA), de defesa social (Polícias Civil, Federal e Militar) e de fiscalização tributária (Receitas Estadual e Federal) é medida que se impõe para o combate eficaz do comércio clandestino de bens culturais.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal impôs ao poder público o dever de proteger o patrimônio cultural e sobre o Ministério Público, como guardião da ordem jurídica, dos direitos sociais e indisponíveis e titular das ações penal e civil públicas, recai uma grande parcela de responsabilidade pela preservação dos valores culturais de nosso país.

A dissipação do patrimônio cultural brasileiro, através do comércio clandestino de bens culturais, implica perda inestimável, tendo em vista que cada obra de arte é única e insubstituível e deve ser conservada para as gerações futuras.

O combate ao comércio clandestino de bens culturais pode ser efetivado preventivamente mediante a utilização de normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, cujo cumprimento não tem sido exigido/fiscalizado com rigor pelos órgãos públicos em geral.

A instauração de inquérito civil público para a identificação de todos os estabelecimentos que comercializam antiguidades em geral, a posterior adoção de medidas penais em razão de violação da norma do art. 48 da LCP e celebração de TAC ou ajuizamento de ACP para sanar as irregularidades constatadas no âmbito do comércio interno de bens culturais são medidas que podem ser tomadas pelo MP com o intuito de se reverter o preocupante quadro de dissipação do patrimônio histórico-cultural brasileiro.

O combate ao contrabando de bens culturais deve ser objeto de ação intensa mormente por parte dos órgãos diretamente ligados à área (Polícia Federal, Receita Federal e Ministério Público Federal).

A divulgação da legislação atinente às regras do comércio de antiguidades é de suma importância para que a população em geral possa compreendê-la e colaborar na sua fiscalização. O MP, no exercício de suas funções, deve contribuir para essa necessária *educação patrimonial*.

A atuação do Ministério Público (Estadual e Federal) em conjunto com os demais órgãos de proteção ao patrimônio cultural (IPHAN, IEPHA), de defesa social (Polícias Civil, Federal e Militar) e de fiscalização tributária (Receitas Estadual e Federal) é medida que se impõe para o combate eficaz ao comércio clandestino de bens culturais.

ANEXO

SUGESTÃO DE ROTEIRO PARA FISCALIZAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO INTERNA DE ANTIGÜIDADES E OBRAS DE ARTE DE VALOR CULTURAL

INSTAURAR ICP PARA IDENTIFICAÇÃO DOS COMERCIANTES
DE ANTIGÜIDADES OBJETIVANDO O CUMPRIMENTO DO
DISPOSTO NO ART. 26 DO DECRETO 25/37

Oficiar o IPHAN requisitando cópia do registro de todos os comerciantes de antigüidades sediados nos municípios da Comarca, bem como cópia das duas últimas relações semestrais das coisas históricas e artísticas que possuírem. Prazo para resposta: dez dias

Oficiar as Prefeituras requisitando a relação de todos os comerciantes de antigüidades (antiquários, brechós, revenda de material oriundo de demolição de bens históricos etc), com a indicação do ramo explorado e o endereço completo dos estabelecimentos. Prazo para resposta: dez dias

Oficiar a Polícia Militar e a Polícia Civil requisitando seja feito levantamento de todos os comerciantes de antigüidades (antiquários, brechós, revenda de material oriundo de demolição de bens históricos etc, **mormente os clandestinos**), com a indicação do ramo explorado e o endereço completo dos estabelecimentos. Prazo para resposta: dez dias

De posse de todas as informações, notificar os proprietários dos estabelecimentos para firmarem TAC com o objetivo de se fazer cumprir o disposto no art. 26 do Decreto 25/37, fixando ainda obrigação de se remeter cópia das relações também à Promotoria de Justiça. Em não sendo possível a celebração de TAC, aforar ACP com pedido de obrigação de fazer. Eventualmente propor cautelar objetivando o arrolamento dos bens existentes no comércio.

Remeter cópia das informações à DEPOL para lavratura e registro de TCO pelo cometimento da contravenção prevista no art. 48 da Lei de Contravenções Penais (Exercício ilegal do comércio de coisas antigas e obras de arte)

Requerer periodicamente a realização de vistoria nos estabelecimentos para verificação do cumprimento das disposições legais e cláusulas do TAC.

Encaminhar à Receita Federal e à Receita Estadual relação dos estabelecimentos identificados para que sejam feitas fiscalizações rotineiras acerca do cumprimento da legislação tributária aplicável

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Cristiana. Cadastro de antiquários só no papel. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 20 abr. 2003.

COLECIONADORES não cumprem exigência legal de registrar obras. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 out. 2003. Caderno cotidiano, p. c-4.

ENCONTRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL, 1., 2003, Goiânia. *Carta de Goiânia*. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/geppc>>.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Lei das Contravenções Penais anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; CAPPELLI, Sílvia; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer ou não fazer com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais: análise dos pressupostos. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 50, p. 255-269, abr./jul. 2003.

MONTEIRO, Manoel Sérgio da Rocha. *Defesa do patrimônio cultural: reflexões sobre a atuação do Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/caouma/caouma.htm>>.

RICHTER, Rui Arno. *Meio ambiente cultural: omissão do Estado e tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 1999.

SANTOS FILHO, Olinto Rodrigues dos. Pilhagem em Minas: hora de agir. *Estado de Minas*, Belo Horizonte. [s.d.]. Caderno pensar.

SILVEIRA, Eustáquio Nunes. Contrabando e descaminho na Zona Franca de Manaus. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 43, n. 211, p. 28-34, maio 1995.

SZNICK, Valdir. *Contravenções penais*. 5. ed. São Paulo: LEUD, 1994.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DO SABER CRIMINOLÓGICO PELOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

LÉLIO BRAGA CALHAU

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha)

Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho-RJ

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da

Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE-MG

Conselheiro do Instituto de Ciências Penais ICP-MG

As sociedades têm os criminosos que merecem.

Alexandre Lacassagne (1843-1924)

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 O que é a criminologia? – 3 Criminologia: ciência ou disciplina? – 4 A criminologia como ciência interdisciplinar – 5 O método criminológico – 6 O objeto da criminologia – 7 Funções – 8 O papel do Ministério Público na área criminal e a crise do sistema penal – 9 A importância do saber criminológico na atuação do Ministério Público na área criminal – 10 Nossa contribuição: sugestão da inclusão da matéria de criminologia no concurso de Promotor de Justiça – 11 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

O sistema criminal brasileiro enfrenta na atualidade uma grave crise. Esta afirmação é encontrada em quase todos os trabalhos científicos que analisam a capacidade atual de funcionamento do sistema. Não existem vagas para todos os presos nas penitenciárias, sendo que muitos ficam instalados em condições subumanas nas delegacias de polícia. Ainda existem dezenas de milhares de mandados de prisão expedidos e não cumpridos. Se os mesmos forem cumpridos integralmente também não existirão vagas para todos. O que fazer nesse caos? Qual o papel do membro do Ministério Público – MP nesta triste realidade?

Tanto no início, no meio ou no fim do sistema criminal, nos planos legislativo, executivo e judicial, o que encontramos é dificuldade, precariedade e inoperância por parte da maioria dos agentes públicos envolvidos. O desrespeito aos direitos humanos e o descontrole disciplinar (inexistência do *princípio da autoridade* em qualquer rebelião de presos) dão o tom da bagunça que é a administração penitenciária no Brasil.

A impressão do operador do direito é que quase nada funciona ou que o sistema é feito para não funcionar bem. Vivemos um momento de *inflação legislativa penal*. Essa inflação legislativa penal não é decorrente de estudos científicos ou critérios racionais. O Poder Legislativo nacional inunda o mundo jurídico com novas normas penais incriminadoras, muitas sem grande possibilidade de aplicação, ou mesmo, com defeitos terríveis em sua aplicação.

Jean Paul Marat, *l'ami du peuple*, combatido pelo ostracismo forçado e hostilizado pela doutrina jurídico-penal, ao propor seu Plano de Legislação Criminal (1790), elabora profunda crítica ao que denominamos atualmente *inflação penal*. Percebia o autor que a tendência de superposição de textos legais acabava por gerar deformidades na estrutura rígida do direito penal e processual penal, fundamentalmente pela ruptura com a legalidade e a consequente assunção de inúmeras fontes interpretativas na construção dos tipos de injusto e das sanções. (CARVALHO, 1999).

O atual Estado brasileiro, que se diz Estado democrático de direito, deveria ser um Estado garantidor (na terminologia de Ferrajoli) de todos os princípios fundamentais projetados no pacto social maior, travado entre o povo e o Estado, que é a própria Constituição. Na prática, esse Estado não consegue realizar a sua verdadeira função social (aliás, o Estado brasileiro nem chegou a se constituir como Estado social) e continua operando em cima dos conflitos interindividuais (caracterizadores do Estado liberal), que mantém a propriedade privada como o símbolo da conquista democrática. (BELOV, 2000, p. 98).

O membro do MP com atuação na área criminal é um agente de importância nuclear no sistema criminal brasileiro. É a atuação do MP que impulsiona a maior parte dos processos criminais no Brasil e a ação cada vez mais eficaz do MP em pontos sensíveis, como o combate às atividades ilícitas das organizações criminosas, não podem ser olvidada pela criminologia.

Todavia, nesse contexto, podemos imaginar que o membro do MP na atualidade está devidamente capacitado para enfrentar a realidade do sistema criminal em que se insere? Não contestamos a capacidade profissional do MP no Brasil que a sociedade civil de nosso país já conhece e reconhece. Está o Promotor de Justiça criminal hoje capacitado de forma plena para exercício de seu ministério?

2 O QUE É A CRIMINOLOGIA?

Etimologicamente, criminologia deriva do latim (*crimen*, delito) e do grego *logo* (tratado), sendo o antropólogo francês Topinard (1830-1911) o primeiro a utilizar este termo, que só adquire reconhecimento oficial e chega a ser aceito internacionalmente graças à obra de Garófalo, que junto com seus compatriotas italianos Lombroso¹ (que fala de antropologia criminal) e Ferri (que evoluciona em direção à sociologia criminal), podem ser considerados os

três grandes fundadores da criminologia científica. (NUÑEZ PAZ; ALONSO PÉREZ, 2002, p. 28).

Mesmo sendo Lombroso o nome mais lembrado quando se fala em criminologia no meio acadêmico, a verdade é que a criminologia evoluiu muito no século passado, superando o paradigma etiológico e abarcando um número bem diversificado de campos de atuação, podendo-se resumir, hoje, que possui três orientações principais: as biológicas, as psicológicas e as sociológicas.²

Para García-Pablos de Molina (1999, p. 215), a criminologia é a ciência empírica e interdisciplinar que tem por objeto o crime, o delinqüente, a vítima e o controle social do comportamento delitivo e que aporta uma informação válida, contrastada e confiável sobre a gênese, a dinâmica e as variáveis do crime contemplado como fenômeno individual e como problema social, comunitário assim como sobre sua prevenção eficaz, as formas e estratégias de reação a ele e às técnicas de intervenção positiva no infrator. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1999, p. 43).

O domínio do *saber criminológico* possibilita ao membro do MP um conhecimento efetivo da realidade que o cerca, proporcionando acesso a dados e estudos que demonstram o funcionamento correto ou não da aplicação da lei penal. Com a utilização correta da criminologia, o Promotor de Justiça criminal passa a gozar de uma amadurecida relação entre a teoria e a prática. Esse *saber criminológico* (científico) contrapõe-se ao *saber popular*, ainda muito arraigado na mente de agentes que atuam no controle do crime, em especial, os agentes policiais.

O *saber comum* ou *popular* está ligado estreitamente a experiências práticas, generalizadas a partir de algum caso. Nesse sentido, poderia ser atribuída a ele uma metodologia empírico-indutiva, que, como logo veremos, predomina nas ciências sociais. Não obstante, o *saber comum* se produz na convivência social, na qual se instalam tabus, superstições, mitos e preconceitos, isto é, verdades estabelecidas que condicionam fortemente a vida social pela pura convicção cultural do grupo. (ELBERT, 2003, p. 19).

É nesse sentido que Hassemer e Muñoz Conde (2001, p. 22-23) ensinam que, para evitar a cegueira frente à realidade que muitas vezes tem a regulação jurídica, o *saber normativo*, o jurídico, deve ir sempre acompanhado, apoiado e ilustrado pelo *saber empírico*, pelo conhecimento da realidade que brindam a sociologia, a economia, a psicologia, a antropologia, ou qualquer outra ciência, de caráter não-jurídico, que se ocupe de estudar a realidade do comportamento humano na sociedade. Nesse contexto, não devemos nos esquecer do papel cada vez mais destinado à vítima³ criminal, assunto muito

¹ Para uma breve referência ao trabalho de Lombroso, vide nosso trabalho: Calhau (2004, p. 156-159).

² No mesmo sentido de nosso entendimento: García-Pablos de Molina (2002, p. 215).

³ Para uma compreensão melhor do tema sugerimos a leitura de nossa obra: Calhau (Vítima..., 2003).

estudado pela vitimologia e pela criminologia, mas que, ainda, é abordado de forma muito tímida e precária na seara jurídico-penal.

3 CRIMINOLOGIA: CIÊNCIA OU DISCIPLINA?

Interessante divergência provém da discussão acadêmica sobre a criminologia ser uma ciência ou uma disciplina. Para alguns autores, a criminologia possui sua independência metodológica, não possuindo relação de subordinação com nenhum grupo de matérias ou com outra ciência.

Para Garrido, Stangeland e Redondo (2001, p. 55), a definição de que é uma ciência deve ser fundamentada a partir de um conjunto de métodos e instrumentos, com a finalidade de conseguir conhecimentos confiáveis e passíveis de verificação sobre um tema considerado importante para a sociedade. A criminologia atende esses três requisitos, pois se utiliza de métodos e instrumentos de outras disciplinas, dispõe atualmente de um vasto conhecimento sobre o delito, delinquente, vítima e o controle social e, por último, seu objeto é assunto da maior importância para qualquer sociedade. Sobre essa independência é o nosso entendimento e o de García-Pablos de Molina.

Já para Elbert (2003, p. 174) a criminologia é apenas uma disciplina científica.

4 A CRIMINOLOGIA COMO CIÊNCIA INTERDISCIPLINAR

A criminologia é uma *ciência plural*. Buscando o conhecimento científico, a criminologia recebe a influência e a contribuição de diversas outras ciências (psicologia, sociologia, biologia, medicina legal, criminalística, direito, política etc.) com seus métodos respectivos.

Aceita-se também, com muita generalidade, que o método mais comum aplicado em criminologia é o *interdisciplinar*. Em princípio, esta denominação não parece oferecer problemas interpretativos, tratar-se-ia de que várias disciplinas confluíssem a investigar um ponto, aportando cada uma seus próprios métodos. A noção de interdisciplinaridade está amplamente difundida não só em criminologia mas também em temas de família, educação, menores etc. (ELBERT, 2003, p. 36).

O princípio *interdisciplinar* acha-se significativamente associado ao processo histórico de consolidação da criminologia como ciência autônoma. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 46).

5 O MÉTODO CRIMINOLÓGICO

O método de trabalho utilizado pela criminologia é o *empírico*. Busca-se a análise e, através da observação, e conhecimento do processo, utilizando-se da indução para depois estabelecer as suas regras, o oposto do método dedutivo utilizado no direito penal. Foi graças à Escola Positiva que surgiu a fase científica da criminologia e generalizou-se a utilização do método empírico.

A criminologia é uma ciência do *ser, empírica*; o Direito, uma ciência *cultural, do dever ser*, normativa. Em consequência, enquanto a primeira se serve de um método indutivo, empírico, baseado na análise e na observação da realidade, as disciplinas jurídicas utilizam um método lógico, abstrato e dedutivo. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 44).

Empirismo não é achismo. O método empírico é árduo e pouco íntimo dos profissionais do mundo jurídico. No entanto, lamentavelmente muitos indivíduos apresentam-se como *criminólogos*, emitindo opiniões sem um conhecimento técnico mínimo do que estão falando, sem a observação rigorosa do método científico, emitindo juízos de valor (*acho isso, acho aquilo etc.*). Existe muito disso no meio que trata do controle da criminalidade, onde o amadorismo do Estado é gritante, em especial, frente às formas modernas de criminalidade (crime organizado, ataques de *hackers* pela internet, delinquência transnacional, tráfico internacional de mulheres, crimes contra o sistema financeiro etc.).

García-Pablos de Molina (2002, p. 44) lecionam que o jurista parte de (umas) premissas *corretas* para *deduzir* delas as oportunas consequências. O criminólogo, pelo contrário, analisa alguns dados e induz as correspondentes conclusões, porém, suas hipóteses se verificam e se reforçam sempre por força dos fatos que prevalecem sobre os argumentos subjetivos de autoridade.

Nesse sentido, apesar da proximidade do direito penal com a criminologia, a realidade de interpretação e a metodologia de ambas as matérias é por demais antagônica. Talvez por isso, não haja um bom trânsito entre o direito penal e a criminologia no Brasil, lembrando-se que a criminologia nos Estados Unidos possui muita força nas faculdades de sociologia e, no Brasil, é pouco estudada nas faculdades de Direito. São raros os juristas que transitam facilmente nas duas ciências com a desenvoltura de Zaffaroni, García-Pablos de Molina, Muñoz Conde, Antonio Beristain, Núñez Paz, Luiz Flávio Gomes etc. Resumindo, nem sempre o bom penalista será um bom criminólogo e vice-versa. São realidades próximas, íntimas, mas com métodos bem diferenciados.

6 O OBJETO DA CRIMINOLOGIA

A discussão acerca do objeto da criminologia é praticamente tão velha como a própria criminologia. Conheceu, no entanto, períodos de maior

intensidade e expressão, como sucedeu, por exemplo, nos fins da década de trinta (do século passado), no II Congresso Internacional de Criminologia (Paris, 1950), ou ainda com a criminologia crítica. (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 63).

A criminologia moderna fundamenta o seu objeto no estudo de quatro pontos fundamentais: o delito, o delinqüente, a vítima e o controle social.

A problematização do objeto da criminologia e do próprio *saber criminológico* reflete uma profunda mudança ou uma crise do modelo de ciência (paradigma) e dos postulados até vigentes sobre o fenômeno criminal. A criminologia tradicional tinha por base um sólido e pacífico consenso: o conceito legal de delito, não questionado, as teorias *etiológicas* da criminalidade, que tomavam daquele seu autêntico suporte *ontológico*, o princípio da diversidade (patológica) do homem delinqüente (e da disfuncionalidade do comportamento criminal) e os fins conferidos à pena, como resposta justa e útil ao delito. Estes constituíam seus quatro pilares mais destacados. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 64-65).

A moderna criminologia, por seu turno, vem questionando os fundamentos epistemológicos e ideológicos da criminologia tradicional, de sorte que a própria definição de delito e seu castigo a pena são concebidos radicalmente como problemáticos, conflitivos, inseguros. A problematização do saber criminológico, assim entendida, tem maior transcendência que uma mera sublinhação da historicidade ou circunstancialidade das definições de delito, necessariamente transitórias. Significa uma reconsideração da *questão criminal*, desmitificadora, realista, que põe em dúvida os dogmas da criminologia clássica à luz dos conhecimentos científicos interdisciplinares do nosso tempo. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 65).

7 FUNÇÕES

No estudo do sistema criminal, onde se denota muito *amadorismo* e *suposições*, pouca pesquisa científica e muita atuação simbólica por parte do Estado, a criminologia tem um papel central de apresentar a realidade criminal como ela é, sem as costumeiras distorções e subjetivismos, próprios da análise de cada agência estatal de combate à criminalidade (*saber comum*).

Na visão de Bujan (1999, p. 54), a função essencial da criminologia atual consiste em analisar o fenômeno do crime em interação social, inclinándose a ser uma ferramenta para a preservação dos direitos humanos e das garantias fundamentais dos cidadãos.

Para García-Pablos de Molina (1999, p. 147), a função básica da criminologia consiste em informar a sociedade e os poderes públicos sobre o delito, o delinqüente, a vítima e o controle social, reunindo um núcleo de conhecimentos – o mais seguro e contrastado – que permita compreender

cientificamente o problema criminal, preveni-lo e intervir com eficácia e de modo positivo no homem delinqüente. A investigação criminológica, como atividade científica, reduz ao máximo a intuição e o subjetivismo, submetendo o problema criminal a uma análise rigorosa, com técnicas empíricas. É o nosso entendimento.

8 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA CRIMINAL E A CRISE DO SISTEMA PENAL

Envoltos numa *confusão epistemológica* sem precedentes, que vai do campo legislativo ao executivo e ao judicial, temos aí, inserida, a importante atuação do MP. Refiro-me ao termo *confusão epistemológica*, pois, talvez não possamos falar de um sistema criminal em si. Cada uma das instituições que atua no sistema penal (Polícias, Ministério Público, Administração Penitenciária e Poder Judiciário) tem a sua *linguagem* e, na maioria das situações, as instituições não se entendem e trabalham com o mínimo de harmonia, trazendo mais dificuldade para a eficaz aplicação da lei penal.

Um enfoque técnico-jurídico, todavia, não nos dá *diagnóstico* algum sobre o problema criminal nem está em condições de sugerir programas, estratégias ou meras diretrizes para *intervir* nele. Não dá resposta nem se preocupa com os principais problemas que ele suscita: por que se produz o crime (etiologia, gênese e dinâmica do acontecimento criminal, variáveis, fatores etc.), como se pode e se deve preveni-lo; como se pode e se deve intervir positivamente no infrator etc. Afirmar que o delito é uma ação típica, antijurídica e culpável é dizer muito pouco sobre um preocupante e sempre enigmático problema social. E nós, juristas, devemos ser conscientes de nossas próprias limitações: a resposta ao crime deve se transcorrer no marco do Direito, pois somente este reúne segurança e instrumentos de controle, porém a reação ao delito não pode ser exclusivamente jurídica, porque o Direito não é uma solução em si mesmo. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1999, p. 19-20).

Para tumultuar mais essa relação já difícil, o Brasil possui um sistema criminal de dar arrepios. As falhas nas leis são as mais variadas e grotescas possíveis. Chegou-se a ponto de se noticiar a existência de uma norma penal incriminadora sem o consequente preceito secundário (*sanção penal*), o que equivale a sua inexistência no mundo jurídico.

O sistema penal brasileiro demonstra ser *uma nau sem rumo*. Não existe um projeto sério em nível nacional de se dar coerência ao sistema penal. O Brasil possui uma política criminal contraditória, sendo que podemos falar que ela também não existe. Aprovam-se leis penais sem o mínimo critério científico. Na maioria das vezes, os cientistas são ouvidos, mas os legisladores optam somente pelo efeito político da norma penal. Em um momento, aprovam leis totalmente repressivas como a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de

julho de 1990), logo em seguida, adotam sistema como o da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995) com o fito principal de desafogar o Poder Judiciário, e de certa feita, tudo realizado a toque de caixa, sem o mínimo critério científico, chegando a ponto de um grupo de penalistas (e com muita razão) defender a *codificação do direito penal* e a sua alteração com o *quórum* mínimo necessário à aprovação das leis complementares. Tudo isso para dar mais segurança e estabilidade ao sistema penal brasileiro.

O principal culpado tem um nome, mas não tem um rosto, pois é fruto de dezenas de anos e administrações que competiram entre si para demonstrar qual foi a pior no trato do direito penal no Brasil: a *União*. Digo a *União*, porque não foi culpa de um governo ou de uma legislação do Congresso, mas de todos, pois, cabe unicamente à *União* legislar sobre direito penal (art. 22, I, da Constituição Federal de 1988 – CF/88). Nesse sentido, existe um órgão de suma importância dentro da estrutura do Ministério da Justiça, que é o *Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, formado por diversos juristas de grande atuação na área criminal, e que não é ouvido devidamente em suas manifestações nem pelo próprio Poder Executivo federal. Por outro lado, as verbas destinadas à segurança pública e à administração penitenciária são sofríveis.

Falta ao País a afirmação de uma política criminal e seriedade na sua condução. Em verdade, inexistente uma *política criminal* definida em nosso país. Sem essa definição do rumo que o sistema vai tomar, fica aberta a possibilidade das conhecidas incongruências do sistema, sendo que a crise no sistema penitenciário é apenas a ponta do *iceberg*, pois o sistema todo está falido desde o seu nascimento (na fase legislativa). Sendo o Brasil uma República democrática, a política criminal brasileira deve ser a de um Estado democrático de direito, estando a atuação do MP inserida nessa realidade. Isso não acontece na prática.

A política criminal do Estado democrático de direito é dirigida a diminuir, até níveis toleráveis, as cifras de criminalidade, mas não pretende acabar com toda a presença do delito, pois seu objetivo não é transcendental como no Estado totalitário (criar um império, manter a pureza da raça, acabar com todo vestígio da burguesia, alcançar os fins do Alcorão etc.), que justificava, desde distintas ópticas, a necessidade de reduzir a um nada o sujeito delinqüente. No Estado democrático de direito, procura-se que todos os cidadãos (na medida do possível) convivam pacificamente e em liberdade, cobrindo suas necessidades materiais e culturais para que toda pessoa possa gozar de sua própria dignidade humana (BORJA JIMÉNEZ, 2003, p. 28).

A *luta contra o crime*⁴ não pode empreender-se à custa do sacrifício das liberdades e garantias do cidadão, pois o respeito aos direitos fundamentais

⁴ Entendo que a expressão *controle do crime* é mais técnica do que *luta contra o crime*.

constitui alguns de seus princípios de caráter irrenunciável (BORJA JIMÉNEZ, 2003, p. 28). É a busca pelo *ponto de equilíbrio* entre os direitos em conflito que deve ser procurada pelo MP ao atuar nesse sistema.

9 A IMPORTÂNCIA DO SABER CRIMINOLÓGICO NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA CRIMINAL

Dentro desse contexto, encontramos a atuação do membro do MP. Como pode um Promotor de Justiça criminal potencializar as suas ações nesse combatido sistema?

Ao MP, como instância formal de controle do crime, interessa, de forma quase exclusiva, a sua função de deduzir a acusação ou ordenar o arquivamento do processo penal. A sua importância como instância de seleção advém, na verdade, do fato de ele ser o *gate-keeper* do sistema jurisdicional de resposta ao crime e, por isso, o responsável principal pela mortalidade dos casos criminais (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 471). Como afirma Sessar, “[...] se a vítima é a instância mais importante quanto à iniciativa de controle do crime, o MP é seguramente a mais importante no que toca a seu desfecho.”⁵

Em primeiro lugar podemos citar o *Tribunal do Júri* como uma área de extremo valor para a aplicação da criminologia. Isso já é feito por um grande número de advogados criminais. Não é difícil encontrarmos um caso em que a defesa não tenha quase prova nenhuma da inocência do réu e apele para a criminologia, logrando êxito em absolver ou pelo menos mitigar a pena do réu. No júri, os advogados têm explorado muito um tema relevante para a criminologia que é o *comportamento da vítima*. Os advogados preparam-se bastante, estudando obras criminológicas, para tentarem convencer os jurados da tese de que o réu não é totalmente culpado como afirmado pelo MP. Chegam a citar detalhes da dinâmica psicológica existente entre o réu e a vítima. Havendo apartes, com a coisa partindo para esse lado, fica difícil para o Promotor de Justiça (sendo um dogmata puro) defender a sua tese de forma mais adequada.

Na *execução penal*, a criminologia é de suma importância. Temos como maior exemplo o trabalho de Jason Soares Albergaria, que utilizou de forma competente a criminologia integrada à execução penal. Albergaria teve o equilíbrio de trazer da Academia o que mais se adequava em suas teses criminológicas na execução penal.⁶ O método Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, a questão da adoção ou não da *remissão pelo estudo* etc. têm, na criminologia, o campo apropriado para o seu melhor conhecimento.

⁵ SESSAR *apud* DIAS; ANDRADE, 1997, p. 471.

⁶ Sobre a vida e obra de Jason Soares Albergaria, sugerimos a leitura de nosso texto: Calhau (Jason..., 2003).

Neste ponto, é de se registrar que a *reincidência* é assunto que há muito é objeto de consideráveis estudos criminológicos. Possuímos no Brasil índices de reincidência na casa dos 80% e o sistema penitenciário com todas as suas fragilidades já é bem conhecido.⁷ Os defensores do método APAC apontam índices inferiores a 40%. E como explicar então o caso da Espanha? Segundo a direção geral de instituições penitenciárias da Espanha (EL ADELANTO..., 2004), a reincidência naquele país (que investe pesado no sistema penitenciário) gira em torno de 60%! O assunto não pode ser exaurido apenas com a visão do direito penal.

O *Juizado Especial Criminal – JEC*, ponta-de-lança do modelo da justiça consensual no Brasil é outro terreno fértil para a aplicação da criminologia. Se no modelo comum de justiça criminal o direito penal *rouba o conflito*, no JEC, as partes passam a interagir de forma a buscar a solução do conflito. O Promotor de Justiça que atua no JEC tem de ser um mediador e ter tato suficiente para interpretar o conflito (ex: violência doméstica). Lembra Gomes que muitas vítimas, que jamais conseguiram qualquer indenização no processo de conhecimento clássico, saem agora dos juízos criminais com indenização. Permitiu-se a aproximação entre o infrator e a vítima. Ambos podem conversar, trocar impressões, externar seus pontos de vista. Com frequência, o infrator acaba reconhecendo *sua* infração e *sua* vítima. Cuida-se de diálogo positivo, propiciador de condutas socialmente positivas, que facilita a ressocialização daquele. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 616). O perfil profissional do membro do MP que atua no JEC deve ser totalmente diverso do que oficia numa vara da justiça criminal ordinária.

A *personalidade do agente*, objeto de análise pelo Magistrado na fase do art. 59 do Código Penal – CP é outro ponto onde a criminologia pode e deve auxiliar a descoberta da verdade. Geralmente, o membro do MP não dá a devida atenção à análise desse tópico e se importa mais com a condenação ou não, deixando de cobrar do magistrado uma maior coerência na análise da personalidade do agente, fazendo-o evitar a utilização de expressões como *nada nos autos sobre a personalidade do réu, o dolo é intenso*, caracterizações, no mínimo, vazias.

O controle do *crime organizado* é outro ponto que demonstra a importância do *saber criminológico*. A própria expressão *crime organizado* não é definida em lei. Os diversos doutrinadores possuem cada um uma definição, ora mais restritiva, ora mais extensiva. A criminologia apontará as situações jurídicas que serão enquadradas como atividades de organizações criminosas, porquanto ainda não existe definição legal do que seja ou não *crime organizado* no Brasil.

⁷ Interessante matéria que demonstra a fragilidade do sistema penitenciário é a da revista *VEJA* (A BARBÁRIE..., 2004, p. 86-87).

Na *justiça da infância e da juventude* a criminologia indica excelentes subsídios para a aplicação da remissão e da escolha da medida socioeducativa a ser aplicada no caso concreto ao adolescente infrator. Segundo Oliveira (2003)⁸:

[...] poucas informações nesse sentido poderão ser encontradas nos autos do procedimento em mãos do Promotor de Justiça. Maior riqueza de detalhes só poderá ser amealhada através da oitiva informal do adolescente. Nessa ocasião, e tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente deixa de oferecer mecanismos específicos para condução dessa audiência, o agente ministerial haverá de se cercar, em primeiro lugar, do bom senso, e mais ainda, das idéias, conceitos e conclusões produzidos pelo saber criminológico, em especial, no tocante à delinquência infanto-juvenil.

Outrossim, a criminologia também se dispõe ao fornecimento de critérios adequados para proposição da medida socioeducativa mais correta e justa, se for o caso. Decerto, se a *mens legis* está direcionada à reinserção do adolescente no meio social, eliminação da gravidade de eventuais condutas desviantes, plena materialização do princípio diretivo da proteção integral e garantia do pleno desenvolvimento da pessoa, uma série de aspectos merecem ser considerados para se chegar à medida socioeducativa que se mostre mais apropriada para atingir esses fins.

10 NOSSA CONTRIBUIÇÃO: SUGESTÃO DA INCLUSÃO DA MATÉRIA DE CRIMINOLOGIA NO CONCURSO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA

A realização de eventos de criminologia no meio ministerial é o primeiro passo para lançar a semente do *saber criminológico* na nossa Instituição. Recentemente, o Brasil sediou o XIII Congresso Mundial de Criminologia, na cidade do Rio de Janeiro, de 10 a 15 de agosto de 2003, tendo os membros do MP participado de forma expressiva.

Especificamente no nosso caso foi muito valiosa a realização do Curso Internacional *A nova criminologia e os direitos humanos*, na cidade de Belo Horizonte, de 30 de abril a 1º de maio de 2004, pela Associação Mineira do Ministério Público – AMMP. Essas iniciativas tendem a cultivar o pensamento criminológico em nossa Instituição. Deveriam ocorrer mais vezes, talvez em conjunto com a atividade de direito penal, pois devemos procurar a aplicação integrada da criminologia, do direito penal e da política criminal.

Nossa idéia principal no presente trabalho é propor a inclusão da criminologia como matéria a ser exigida aos candidatos ao ingresso na carreira

⁸ O autor, Marcus Vinícius Amorim de Oliveira, é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará.

do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

A criminologia ainda é pouco estudada nas faculdades de Direito no Brasil. Há informação que em Minas Gerais a mesma seja lecionada possivelmente em duas ou três faculdades de Direito. O concurso de ingresso na carreira do MP é um balizador efetivo dos estudos de centenas (talvez milhares) de pessoas, que já nos bancos escolares, de posse do programa de matérias passa a estudar as matérias indicadas no referido programa. A inclusão da criminologia levaria esse universo imenso de candidatos a se interessarem *efetivamente* pelo estudo da criminologia, sendo que, aprovados num futuro próximo, passariam a integrar o MP com conhecimentos maiores sobre o pensamento criminológico. Nesse sentido, a adoção de tal medida pelo MP daria ainda um impulso imenso ao estudo da criminologia em Minas Gerais e no Brasil, porquanto a força dispersora das poucas faculdades onde a matéria é lecionada é por demais frágil.

Tal medida não é de difícil aplicação. Vejamos o caso de Minas Gerais. A matéria direito comercial somente é cobrada na primeira fase e no exame de direito civil. A criminologia poderia ser inserida com esse mesmo sistema, podendo adotar-se percentuais de 30% a 50% para as questões desta matéria na prova da primeira etapa de direito penal. Como direito comercial, a criminologia não seria objeto de outras questões nas outras etapas, restabelecendo-se o monopólio do direito penal nas fases subseqüentes.

Registre-se, ainda, que a criminologia já é objeto de ponto específico no programa do concurso para Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina, o que demonstra, mais uma vez, a utilidade da sugestão ora apresentada.⁹ O Ministério Público do Estado da Bahia, o do Paraná e o do Distrito Federal e

⁹ EDITAL DE CONCURSO Nº. 001/2004/PJ. Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

VIII - DO PROGRAMA:

4. CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL: Criminologia: conceitos de crime, de criminoso e de pena nas diversas correntes do pensamento criminológico (na Escola Clássica, na Escola Positiva, na Escola Técnico-Jurídica e na Criminologia Crítica). A questão paradigmática em criminologia (paradigma etiológico e paradigma da reação social). Os processos de criminalização (primária e secundária) e descriminalização. A teoria da seletividade no processo de criminalização. O sistema penal formal e informal. Problemas criminológicos sul-americanos e brasileiros. Política criminal: a política penal e a política criminal. Os movimentos atuais de política criminal (movimento de lei e ordem, neodefensismo, minimalismo penal, garantismo e abolicionismo penal). A pena como instrumento de política penal (problemas). As funções da pena. A prisão como pena hegemônica e as alternativas à prisão. Os problemas relacionados à prisão (superlotação, estigmatização, violência, abusos). A situação carcerária brasileira e catarinense (população carcerária e localização dos estabelecimentos prisionais). Problemas atuais de política criminal: drogas, violência policial e corrupção.

Territórios cobram conhecimentos de criminologia em seus concursos, como pontos inseridos na matéria de direito penal. Minas Gerais não adota no momento nenhuma das duas alternativas.

A adoção dessa sugestão seria um enorme impulso para a criminologia em nosso país e possibilitaria o ingresso de Promotores de Justiça dotados de conhecimentos jurídico-penais e do saber criminológico, podendo, em tese, estarem mais bem preparados para enfrentar a grave realidade criminal em nosso país.

11 CONCLUSÃO

A criminologia é a ciência que trata do estudo científico do controle da criminalidade, tendo, na atualidade, como objeto: o delito, o delinquente, a vítima e o controle social.

O membro do MP que atua na área criminal exerce enorme importância na aplicação do *saber criminológico*, sendo que o MP tem sua atuação funcional em áreas cada vez mais diversificadas como: Tribunal do Júri, crime organizado, Juizado Especial Criminal, execução penal etc., em que o conhecimento da criminologia tem sido cada vez mais importante para a sua melhor atuação.

A adoção da matéria de criminologia no concurso de ingresso na carreira do MP é medida salutar e que adiciona qualidade ao perfil profissional do membro do MP que atuará na área criminal.

A matéria de criminologia poderia ser incluída no exame da disciplina de direito penal, sendo argüida somente na primeira etapa do concurso, podendo ocupar de 30 a 50% das questões da prova objetiva.

Referências bibliográficas

A BARBÁRIE venceu: a polícia brasileira não sabe lidar com motins brutais como o do presídio Urso Branco. *VEJA*, São Paulo, n. 1851, p. 86-87, 28 abr. 2004.

BELOV, Graça. *Diálogos com a cidadania*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BUJAN, Javier Alejandro. *Elementos de criminología en la realidad social: una contribución a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999.

CARVALHO, Salo de. Descodificação penal e reserva de código. *Informativo do ITEC*, Porto Alegre, out. 1999.

CALHAU, Lélío Braga. Cesare Lombroso: Criminologia e a escola positiva de direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, p. 156-159, dez./jan. 2004.

_____. Jason Soares Albergaria e o papel social do criminólogo no mundo moderno. *Jornal do Sindicato dos Promotores e Procuradores de Justiça do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, nov. 2003.

_____. *Vítima e direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997.

ELBERT, Carlos Alberto. *Manual básico de criminologia*. Tradução de Ney Fayet Júnior. Porto Alegre, Ricardo R. Lenz, 2003.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. In GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9. 099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminologia*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; ALONSO PÉREZ, Francisco. *Nociones de criminología*. Madri, Colex, 2002.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. A utilidade da criminologia para o Promotor de Justiça. *Ministério Público & Sociedade*, Fortaleza, v. 3, n. 8, maio/jul. 2003. Disponível em: <<http://www.acmp-ce.org.br/v2/revista/ano3/n8/artigos06.php>>. Acesso em: 27 abr. 2004.

A COMPETÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

RENATO FRANCO DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Especialista em Direito Público

Mestrando em Direito Público

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo
Social Argentino*

Professor de Pós-Graduação *latu sensu*

Professor conferencista em Direito do Consumidor e Econômico do Centro
de Estudos e Aperfeiçoamento

Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – CBAF-MG

PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

ALINE BAYERL COELHO

Advogada especializada em Direito de Empresa e Relações de Consumo da

LGA Assessoria Empresarial

Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais – PUC-MG

Mestranda em Direito Privado

Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da Ordem dos
Advogados do Brasil – OAB-MG

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Ação civil pública – 3 Competência na ação civil pública – 4 Competência nas ações coletivas – 4.1 Competência em caso de dano em âmbito local – 4.2 Competência em caso de dano em âmbito regional ou nacional – 4.2.1 Competência em caso de dano em âmbito regional – 4.2.2 Competência em caso de dano em âmbito nacional – 5 Conclusão

RESUMO: Estuda a competência das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor fazendo-se o necessário cotejo com a Lei da Ação Civil Pública, concluindo-se pela distinção de tratamento legal dado ao instituto nas legislações estudadas.

PALAVRAS-CHAVE: *Competência. Ações coletivas. Dano regional e nacional.*

1 INTRODUÇÃO

A defesa dos interesses/direitos e *transindividuais* ou *metaindividuais*¹, com a chegada – verdadeira necessidade do Estado democrático de direito, ganhou foros de cidadania. Atualmente, portanto, é fecunda a doutrina pátria, a resposta firme e, na maioria das vezes, acertada da jurisprudência na defesa de interesses que, há bem pouco tempo, era impensável no Direito brasileiro.

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

Para tanto, foram editadas algumas leis, ao longo dos anos, que previram a defesa de alguns direitos coletivos *lato sensu*. Porém, é de se colocar em evidência a aparição da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que instituiu a ação civil pública – LACP e da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor – CDC que, além dos aspectos materiais, deu maior desenvolvimento à defesa dos interesses coletivos em sentido amplo.

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

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

Neste sentido, o presente trabalho tem por escopo precípua a análise da *competência* instituída para as chamadas *ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos*, que, apesar da dicção legal, possui semelhanças com aquela tratada pela Lei nº 7.347/85, mormente após o advento da Medida Provisória nº 2.180, de 26 de julho de 2001, como se tentará

¹ Para o presente estudo utilizar-se-ão as expressões *transindividuais* e *metaindividuais* em sentidos distintos, significando aquela a que *ultrapassa* os interesses dos indivíduos, tendo origem nos mesmos, e esta a que representa interesses acima dos individualmente considerados. Assim, seriam *transindividuais* os interesses individuais homogêneos, enquanto *metaindividuais*, os difusos e coletivos, em razão de sua indivisibilidade. Para conceituação de *metaindividual* ver Chauí (2002, p. 209).

demonstrar na sequência.

2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO COLETIVA

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

Consoante melhor doutrina, a denominação dada às ações é reminiscência do período *immanentista* da teoria do processo, segundo o qual para cada direito existe uma ação específica (*legis actiones*) (VIGLIAR, 2001, p. 400-416).

Não obstante o acerto da afirmação, é cediço que os procedimentos são criados ante a necessidade de concretização dos direitos materiais, daí a aparição de diversos ritos processuais especiais que instrumentalizam a efetivação dos direitos de fundo, afinal, *processo* é meio de realização material da função jurisdicional do Estado.

É o que ocorre com o procedimento previsto no Capítulo II do Título III do CDC (arts. 91 a 100) que prevê as *ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos*.

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

Tem-se, pois, que o âmbito de abrangência da LACP é maior que o do CDC, no momento em que aquela serve como instrumento à satisfação não só de condenação à determinada quantia, porém e ainda, à condenação referente a obrigações de fazer ou não fazer. Mesmo que perfunctoriamente, somente por este ponto, vislumbra-se, cabalmente, diferenças intrínsecas entre uma e outra, que dão ensejo a tratamento diverso, no particular.

Somente após o advento do CDC, a ação civil pública tornou-se instrumento eficaz, também, à defesa dos interesses individuais homogêneos, o que, antes do CDC, consistia clara impossibilidade jurídica da demanda (cf. art. 21 da LACP posteriormente alterado pelo art. 117 do CDC).

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

² Particularmente, entendemos que a MP nº 2.180/2001, que amputou a expressão *a qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, do inciso IV do art. 1º da Lei nº 7.347/85, é inconstitucional por malferir o art. 5º, XXXV, bem como o art. 129, III, todos da Constituição Federal de 1988 – CF/88.

A condenação em ação civil pública ou coletiva por lesão ao consumidor só poderá ter como objeto o dano global e diretamente considerado (p. ex., o dano decorrente da aquisição em si do produto defeituoso ou impróprio para os fins a que se destina, ou sua substituição ou a respectiva indenização). A tutela coletiva não poderá alcançar danos individuais diferenciados e variáveis caso a caso, de indivíduo para indivíduo (p. ex., danos emergentes e lucros cessantes). (MAZZILI, 2001, p. 150)

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

3 COMPETÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Consoante dispõe o art. 2º da LACP, as ações civis públicas serão propostas no foro onde ocorrer ou deva ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional, portanto, absoluta, para o conhecimento e julgamento da demanda. Já em seu parágrafo único, introduzido pela MP nº 2.180/2001, dispõe a lei que a propositura da ação prevenirá a *jurisdição* (*rectius*: competência) do juízo para as demais demandas que sejam idênticas. (MAZZILI, 2001, p. 150).

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

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

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

Por outro lado, a definição do local do dano como determinação da competência do juízo tem por fim, sob o aspecto prático, a facilitação na colheita de provas, visto que o Juiz estará mais perto e, por consequência, terá maior facilidade na sua captação e entendimento dos indícios oriundos da probabilidade da ocorrência do dano e dos vestígios deixados pelo dano

efetivamente causado, surgentes da conduta delitiva. (LEONEL, 2002, p. 220).

Com a introdução do parágrafo único ao art. 2º pela MP nº 2.180/2001, se os efeitos do dano (potencial ou efetivo) transbordarem dos limites de uma comarca, ou até mesmo de um estado membro, competente será nas ações civis públicas, repise-se – aquele juízo onde ocorrer a primeira citação válida, segundo as regras insertas no Código de Processo Civil – CPC sobre prevenção (art. 219).

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

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

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

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

Desta forma, no caso de dano ambiental que envolva os Estados de Minas Gerais e do Rio de Janeiro – como recentemente de fato ocorreu competente será o juízo da comarca que primeiro realizou a citação válida para o

conhecimento e julgamento da ação civil pública eventualmente proposta, independentemente do Estado a que pertença tal comarca, não havendo que se falar em competência da comarca da capital de uma das entidades federadas, caso não esteja envolvida pelos efeitos do dano. E mesmo neste caso de ser a comarca da capital de um dos Estados ou de ambos atingida pelos efeitos danosos – esta somente será sede do juízo competente se a citação válida foi realizada antes de qualquer outro, o que a tornará *preventiva*.

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

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

De efeito, sendo o CDC lei posterior e especial no cotejo com a norma que instituiu a ação civil pública, pensamos que aquela derogou esta no que diz respeito à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos nas relações jurídicas de consumo, porquanto, segundo os ditames do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, lei posterior – acrescentamos, de mesma ou superior hierarquia derrogará a anterior quando regular inteiramente a matéria de que tratava a outra.

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

Assim, tratando-se de relação jurídica material de consumo, é aplicável sempre o CDC, devidamente subsidiado pela LACP e pelo CPC – nesta ordem – naquilo em que for omissão. Desta forma, inapropriada a utilização de ação civil pública quando se tratar de violação a direito consumerista, ressalvado o que dissemos *supra*.

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

Em suma, é forçoso admitir que, em relação à ação civil pública, nos casos de competência concorrente entre dois ou mais juízos, determinar-se-á aquela pela prevenção em quaisquer casos, não havendo de se cogitar da amplitude dos efeitos do dano perpetrado.

4 COMPETÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS

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

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

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

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

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

4.1 Competência em caso de dano em âmbito local

Consoante o dispositivo transcrito, ressalvada a competência da justiça federal, será competente para o conhecimento e julgamento da ação coletiva a justiça local do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

Tecendo comentários ao inciso I do art. 93 do CDC, assevera a Professora Grinover (1995, p. 551):

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

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

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

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

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

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

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

Dá, com acerto no tocante à ação coletiva, Mazzilli (2001, p. 211) asseverar que não será qualquer dano que ultrapasse os limites da comarca que ensejará a competência do juízo da capital do Estado para conhecer e julgar ações coletivas: “Assim, nas ações civis públicas ou coletivas, quando o dano ou a ameaça de dano ocorra ou deva ocorrer em mais de uma comarca, mas sem que tenha o caráter estadual ou nacional, a prevenção será o critério de determinação da competência [...]”

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

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

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

4.2 Competência em caso de dano em âmbito regional ou nacional

Em verdade, a par das observações que fizemos quanto ao inciso I do

art. 93 do CDC – competência em caso de dano em âmbito local a grande celeuma reside efetivamente no inciso II do mesmo preceptivo consumerista, daí tentarmos nos deter mais profundamente neste particular.

Com efeito, assevera Grinover (1995, p. 551-552) sobre o inciso ora estudado:

Cabe, aqui, uma observação: o dispositivo tem que ser entendido no sentido de que, sendo de âmbito regional o dano, competente será o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal. Mas, sendo o dano de âmbito nacional, a competência territorial será sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na Capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal.

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

Mazzilli (2001, p. 211-212) adere à posição majoritária quando ensina que:

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

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

4.2.1 Competência em caso de dano em âmbito regional

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

Com efeito, somente será competente para conhecimento e julgamento da demanda coletiva a capital do Estado quando os efeitos produzidos pelo dano consumerista ganharem foros de regionalidade, independentemente se a comarca da capital do Estado sofreu ou não tais efeitos, visto que, nesta

hipótese, ante o número razoável de comarcas atingidas por aqueles efeitos, traduzir-se-á em interesse da sociedade do Estado a resolução do conflito, importando que a capital seja sede da demanda em face da relevância configurada pelo vulto do dano.

Dessa forma, é lícito afirmar que a grandeza do dano fará a distinção entre a incidência do inciso I (âmbito local) ou do II (âmbito regional) do art. 93 do CDC, sendo que, para que ocorra a primeira hipótese, independe o número de localidades atingidas – desde que o dano não ganhe interesse estadual – a competência será definida pela prevenção, havendo juízos concorrentes, já para que ocorra a hipótese do inciso II, mister se faz que o dano (*rectius*: os seus efeitos) seja de tal grandeza que interesse à maioria significativa da população do estado membro.⁵

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

4.2.2 Competência em caso de dano em âmbito nacional

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

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

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

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

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

⁵ Para a definição do que seja dano cujos efeitos possuam âmbito regional poderá ser aplicada a norma do § 1º do art. 82 do CDC: “O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

causando os mesmos danos antes mencionados, agora por todo país.

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

Tal raciocínio tem por fundamento a inexistência de hierarquia entre as entidades federadas Estados, Distrito Federal e Municípios (arts. 1º e 19, III, da Constituição Federal de 1988 – CF/88).

A competência nas ações coletivas será, ressalvada a da justiça federal, da Justiça local.

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

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

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

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

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

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

Raciocínio diverso como o esposado pela doutrina majoritária levará à uma hierarquia entre as entidades federadas inexistente no texto constitucional, malferindo-o.

Com efeito, dispõe o inciso III do art. 19 da CF/88 ser vedado à União,

aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar preferências entre si.

Em comentário ao referido inciso, Moraes (2003, p. 286) assevera que: "Criar preferências entre si como corolário desse princípio, [...], sendo a federação uma associação de Estados, que se encontram no mesmo plano, não há que se falar em relação de súdito para soberano, de poder reciprocamente [...]."

O CDC, como produto da competência legislativa da União, não poderá criar distinções entre as entidades federadas, dando preferência, seja de que espécie for, ao Distrito Federal.

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

Sob o aspecto prático, não convence o argumento segundo o qual a competência será sempre do foro do Distrito Federal em casos de dano de âmbito nacional para facilitar a plenitude de defesa, pois em regra acontece do réu não ter representação jurídica na Capital da República, sendo sua assessoria jurídica situada na sede da empresa.

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

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

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

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

Para uma interpretação consentânea com os princípios da *nova hermenêutica* e pela necessidade de se adequar os princípios e normas do processo civil liberal-burguês às demandas coletivas *latu sensu* – verdadeiras

ações sociais dirimentes de desigualdades devemos, sobrepor o *interesse social* como primeiro critério definidor da competência em litígios desse jaez.⁴

Somente assim, poder-se-á chegar ao equilíbrio exigido pelo texto legal, em que a determinação da competência do foro da capital do Estado e do Distrito Federal não ficará em divergência com a aplicabilidade de dispositivo constitucional (art. 19, III, da CF/88), nem com a parte final do inciso II do art. 93 do CDC, por concorrerem, em tom de igualdade, aquelas entidades federadas pela competência para conhecimento e julgamento das demandas coletivas, exurgindo como critério técnico definidor a prevenção, pela primeira citação válida realizada.

5 CONCLUSÃO

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

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

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

RESUMEN: *Estudia la competencia de las acciones colectivas en el Código de Defensa del Consumidor se haciendo el necesario cotejo con la Ley de la Acción Civil Publica, se concluyendo por la distinción de tratamiento legal dado al instituto en las legislaciones estudiadas.*

PALABRAS-LLAVE: *Competencia. Acciones colectivas. Daño regional y nacional.*

⁴ Entretanto, não podemos esquecer o efeito contrário (BOBBIO, 1999, p. 33).

Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994.

MILARÉ, Édís (Org.) *Ação civil pública: Lei nº 7.347/85 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material: arts. 1º a 54*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

A CONTRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO PROCESSO DE REGULARIZAÇÃO DOS ASSENTAMENTOS INFORMAIS URBANOS

TATIANA MARCELLINI HERARDI

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

Pós-Graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica –
PUC-MG

Pós-graduada em Administração Pública pela Universidade do Estado de
Minas Gerais – UEMG

Será possível que já houve na História homens que no presente tiveram tão pouco chão debaixo dos pés aos quais todas as alternativas do presente existentes ao alcance do possível pareciam igualmente insuportáveis, hostis à vida, sem sentido algum-, homens que procuravam a fonte de suas energias tão além das presentes alternativas, somente no passado e no futuro, homens que contudo, sem serem utopistas podiam esperar com tanta segurança e calma o êxito de sua causa como nós? Ou antes: Será que os responsáveis de uma geração diante de uma transformação histórica decisiva sentiam diferentemente do que nós hoje – justamente porque se estava criando algo bem novo que não se enquadrava dentro das alternativas do presente?

Dietrich Bonhoeffer
Resistência e submissão

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Antecedentes históricos – 3 O Fundamento constitucional e ético da participação do Ministério Público no processo de regularização dos assentamentos informais – 3.1 Antecedentes históricos do fortalecimento da Instituição no cenário jurídico brasileiro – 3.2 A dignidade da pessoa humana como princípio justificador da atuação do Ministério Público – 3.3 Possibilidade da atuação do Ministério Público privilegiando a promoção da dignidade da pessoa humana – 3.3.1 Esclarecendo conceitos – 3.4 Instrumentos à disposição do Ministério Público – 3.4 Instrumentos à disposição do Ministério Público – 3.4.1 Atuação extrajudicial flexibilizando conceitos – 4 Instrumentos de regularização fundiária no Estatuto da Cidade – 4.1 O Ministério Público e a concessão especial de uso para fins de moradia – 4.2 A execução de políticas públicas por intermédio da ação civil pública – 5 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), o Ministério Público MP viu o engrandecimento das suas atribuições na defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, culminando com a previsão de um capítulo próprio na Constituição Federal de 1988 – CF/88.

De mero órgão de acusação e patrocinador dos interesses do Estado, a instituição ganhou relevo constitucional dentre as instituições essenciais à justiça, incumbindo-lhe expressamente a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Na última década, a importância do MP na proteção dos chamados direitos metaindividuais, principalmente através do inquérito civil e da ação civil pública, vem justificando a inclusão de novos direitos no rol do art. 129, III, da CF/88 e no art. 1º da Lei nº 7.347/85.

Nesse contexto, o Estatuto da Cidade previu expressamente a ordem urbanística como um direito passível de defesa por intermédio da ação civil pública. Em última análise, mais uma vez o MP se vê às voltas com os desafios necessários à sua própria afirmação, aqui especificamente relacionados à execução de políticas públicas (urbanísticas), com o objetivo de contribuir, não solucionar, o grave problema social dos assentamentos informais urbanos, dos quais são um triste e acabado exemplo as favelas e loteamentos ilegais (irregulares e clandestinos).

Nossa proposta de trabalho abordará as raízes históricas que deram origem aos assentamentos humanos irregulares no Brasil, o desenvolvimento e a afirmação do MP como Instituição apta a promover e defender o princípio da dignidade da pessoa humana, culminando com a análise da contribuição da sua atuação ao processo de regularização daqueles assentamentos informais.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O termo cidade, tal como o conhecemos, remete-nos a lugares como São Paulo e Nova Iorque, espaços caracterizados pelo adensamento populacional e conflitos de toda a ordem.

De acordo com Rolnik (2001, p. 21), “[...] o certo é que desde sua origem cidade significa, ao mesmo tempo, uma maneira de organizar o território e uma relação política.”

No Brasil, o processo de urbanização tem início com mais intensidade a partir da Revolução de 1930, marco de uma nova mentalidade econômica e de um novo modelo de desenvolvimento. A economia agroexportadora, antes prevalecente, começa a ceder espaço à industrialização que o Velho Mundo já conhecia desde o séc. XVIII.

Mas já no início do séc. XX as sementes do processo de urbanização brasileiro foram lançadas, sinalizando o caminho que durante décadas continuaria a ser percorrido: o caminho da segregação espacial e da exclusão social.

O País, que há poucos anos havia se desvencilhado da mão-de-obra escrava, agora se preparava para as reformas urbanas, impulsionadas pela economia cafeeira, no intuito de atrair os capitais estrangeiros. Era necessário vestir-se da roupagem da civilização e da ordem.

Maricato (2002, p. 28) sintetiza bem as reformas urbanas que simbolizaram essa fase da nossa história. A cidade do Rio de Janeiro, então Capital federal, teve seu porto ampliado, a fim de comportar navios de maior porte. Verificou-se, ainda, a ampliação do sistema viário, à custa de desapropriações e demolições que resultaram no desalojamento de centenas de famílias.

Data também dessa época a política higienista do governo de Rodrigues Alves (1902-1906), liderada pelo sanitarista Oswaldo Cruz. O objetivo era desinfetar a cidade do Rio de Janeiro, assolada por diversas epidemias como cólera e febre amarela, resultado do crescimento populacional sem a correspondente infra-estrutura sanitária.

Conclui a questão Maricato (2002, p. 29):

As obras conjugaram saneamento com embelezamento e segregação territorial. O saneamento tinha como objetivo, além das medidas propriamente higienistas, afastar das áreas centrais os pobres, mendigos e negros, juntamente com o seu estilo de vida. E o embelezamento consistia em dar a essas áreas um tratamento estético e paisagístico que pressupunha a inexistência da pobreza. A solução do problema de moradia da massa trabalhadora pobre, entretanto, não fazia parte desses projetos de reforma urbana.

A campanha de vacinação de 1903 serviu de mote para que a população, principalmente a massa de desempregados e pedintes, exteriorizasse a sua insatisfação com os rumos tomados pelo País.

O quadro histórico serve para ilustrar as características daquele que vem sendo o projeto de desenvolvimento urbano do Brasil até então: um modelo de urbanismo excludente, voltado para a cidade legal ou oficial e marcado pelas diferenças na ocupação do solo e na distribuição dos serviços e equipamentos urbanos.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no início da década de 40, a população urbana no Brasil correspondia a pouco mais de 10 milhões de habitantes. Quarenta anos depois esse número já atingia 80 milhões. Com esse rápido e acentuado crescimento, a moradia já se apresentava como uma questão social, reclamando a intervenção do poder público, não mais apenas do mercado imobiliário privado.

Ainda segundo Maricato (1997, p. 36), uma das primeiras políticas de habitação no Brasil foi promovida pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões, que de 1937 a 1964 foram responsáveis pela construção de moradias, a maioria destinada ao aluguel. Em 1942, foi aprovada uma lei que congelou o valor dos aluguéis, desestimulando a construção de novas moradias, mas representando um alívio para o trabalhador. A Fundação da Casa Popular, criada em 1946, tal como as duas medidas antes citadas, apresentou um resultado modesto e nem de longe amenizou o problema da moradia no País.

Com os novos rumos tomados pela economia, a ênfase, como já sublinhado, passa a ser dada à industrialização, mais precisamente à indústria de base, incentivando a migração interna, principalmente partindo da Região Nordeste, rumo ao centro-sul do País.

Essa massa de trabalhadores recém-chegada aos centros urbanos não encontrou amparo no Estado para a solução do problema da moradia. Algumas alternativas foram engendradas e ajudaram a consolidar o quadro de ilegalidade e informalidade do espaço urbano brasileiro. Entre tais alternativas encontram-se os loteamentos irregulares na periferia e as ocupações ilegais, inclusive em áreas de proteção ambiental.

A partir da década de 50, um novo modelo de desenvolvimento econômico, alinhado ao capital internacional, passa a ser delineado. A ênfase agora é na indústria de bens duráveis. Esse modelo de desenvolvimento, levado às últimas consequências pelo regime militar implantado com o golpe de 1964, conduziu o País ao endividamento externo, a altas taxas de inflação, acentuada concentração de renda e, em última análise, ao desequilíbrio social. Para o presente estudo, também interessa o registro de que os investimentos foram feitos de forma especulativa, provocando o inchaço de setores como o da construção (especulação imobiliária), o que indicava alta concentração de capitais.

No que toca à habitação e ao espaço urbano, o período conhecido como *ditadura militar* será marcado pela intervenção estatal, com a criação do Sistema Financeiro de Habitação – SFH e do Banco Nacional de Habitação – BNH. A partir de 1966, o BNH passou a ser sustentado com os recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. O objetivo era atrair os investimentos das agências privadas de crédito imobiliário e fortalecer o setor da construção civil. Para tanto, foram liberados os aluguéis, prejudicando a massa da população que não residia em casas próprias.

Neste ponto são elucidativas as considerações de Maricato (2002, p. 49):

O SFH promoveu uma profunda transformação no espaço urbano brasileiro. Não se tratou de ruptura em relação às tendências anteriores: a ideologia da casa própria se tornou absoluta, o mercado de produção de apartamentos se ampliou para atender à

classe média (consolidação do capital de promoção imobiliária), os materiais de construção se diversificaram, em especial os de acabamento, o mercado de terras se ampliou graças ao crescimento do sistema viário aberto para a circulação de automóvel. A escala dos empreendimentos também mudou, implicando grande volume de recursos investidos. A segregação espacial e a exclusão social se aprofundaram. O problema da moradia se agravou.

Ao contrário do que possa sugerir, o SFH, por intermédio do BNH, valendo-se dos recursos dos trabalhadores, serviu aos interesses da classe alta e da emergente classe média, dois pilares do regime militar. Além da construção de moradias, foram financiadas obras gigantescas de infra-estrutura e saneamento básico, muitas superfaturadas. Os setores do capital financeiro imobiliário e os proprietários de terras também foram beneficiados.

Aquela massa de trabalhadores, alvo apenas teórico das políticas habitacionais, vendo-se às voltas com baixos salários e com um mercado com grande oferta de mão-de-obra, acelerou a produção ilegal ou informal das cidades (loteamentos irregulares e clandestinos, favelas). Ao Estado coube o cômodo papel de espectador, já que assim se desonerava da despesa.

As políticas públicas ou iniciativas existentes nessa área, quando aparentemente em benefício da massa trabalhadora urbana, repetem as lições de um passado não tão remoto. Como muito bem retratado pelo filme *Cidade de Deus*, o Rio de Janeiro do início da década de 60 também conviveu com o higienismo de Carlos Lacerda, transformando a cidade, como comprovaria a história uma década depois, em uma belíssima paisagem cercada de favelas por todos os lados.

O objetivo de Lacerda, assim como o de Rodrigues Alves, em 1903, era *limpar o cartão postal* do Rio de Janeiro, apartando seus moradores indesejáveis, que eram jogados para debaixo do tapete da cidade, passando a ocupar espaços desprovidos de qualquer tipo de planejamento urbano ou infra-estrutura, longe do centro oficial. O Estado, se desde o início não estava presente, foi se distanciando, até ser substituído por lideranças próprias, com seus sistemas peculiares de soluções de conflitos. Assim nasceram os morros e fortaleceram-se as favelas.

Desde a extinção do BNH, em 1986, nenhuma política de habitação foi levada a efeito. Ao que se assistiu nos anos seguintes foi um aprofundamento da exclusão social e de todos os seus consectários.

Após o regime ditatorial, ao menos sob o aspecto político. No plano social, as políticas foram restringidas pela *chamada Reforma do Estado*, cujo pressuposto filosófico – o neoliberalismo – tem como postulado fundamental o encolhimento da máquina estatal, exigindo, portanto, menos gastos com políticas sociais, uma vez que os investimentos se limitam à infra-estrutura.

básica.

A chamada globalização ou mundialização do capital, ápice do neoliberalismo, também aprofundou a crise social no Brasil. Os reflexos do alinhamento do País às políticas econômicas internacionais podem ser sentidos, sob o aspecto urbanístico, no déficit de políticas públicas habitacionais e, conseqüentemente, na produção ilegal do espaço urbano.

Em verdade, o quadro atual representa a continuidade do processo histórico iniciado com a industrialização e desenvolvimento econômico do Estado brasileiro, sempre marcado pela exclusão e desigualdade social.

3 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E ÉTICO DA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO DE REGULARIZAÇÃO DOS ASSENTAMENTOS INFORMAIS

3.1 Antecedentes históricos do fortalecimento da instituição no cenário jurídico brasileiro

O MP pode ser conceituado, em linhas gerais e sintéticas, como instituição permanente, essencial à Justiça ou, como quer a Constituição, à função jurisdicional do Estado.

As graves atribuições que lhe foram conferidas pela Carta Constitucional de 1988 dão-lhe o caráter de um quase quarto poder, embora tal teoria esteja expressamente afastada pelo art. 2º¹.

O fortalecimento da Instituição está diretamente associado aos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, momento em que diversos setores da sociedade exerceram sua capacidade de argumentação e convencimento e, porque não dizer, de *lobby*.

Desde a promulgação da LACP, tornava-se patente o afastamento do MP daquela função meramente interventiva e/ou opinativa consagrada pelo Código de Processo Civil – CPC em seu art. 82², a par de sua atuação histórica no processo criminal.

Mesmo antes da LACP, que mais tarde se consagraria como referencial da atuação da Instituição, já se questionava a insuficiência e imprestabilidade dos mecanismos processuais então existentes para a defesa dos chamados direitos coletivos *lato sensu*. Era necessário, portanto, engendrar novos instrumentos e atores capazes de responder à explosão de litigiosidade que desafiava uma visão estritamente individualista do processo.

¹ Art. 2º da CF/88: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

² CPC;

Silva (2001, p. 34), detendo-se sobre o perfil social dos Promotores de Justiça de São Paulo, realizou incursões sobre a história do fortalecimento do MP no Brasil, resumindo com bastante clareza o momento:

A “especificação” dos sujeitos como mulheres, crianças, jovens, negros e idosos, levou ao reconhecimento e regulamentação de novos direitos. A chamada “explosão de litigiosidade” dos anos de 1970, creditada às demandas pelo reconhecimento de novos direitos e ao aumento contínuo de demandas postas ao Estado que reviam as políticas assistenciais e públicas diante da recessão econômica, teria introduzido, assim, conflitos que desafiavam a visão individualista do processo e tornavam inadequado o esquema de litígio como um mero *two-party affair*. Litígios que não mais diziam respeito a disputas entre indivíduos envolvendo direitos privados, mas que estavam ligados a disputas sobre a operação de políticas públicas que interessavam a um grande número de pessoas, como nas áreas de habitação e segurança pública.

A discussão que tomou conta dos debates pouco antes dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte e após a promulgação da LACP girava em torno de qual mecanismo seria mais apropriado para a defesa daqueles emergentes direitos e interesses coletivos. Seria criar um órgão público especializado, aos moldes dos países escandinavos (*ombudsman*), fortalecer alguma instituição já existente ou delegar a entidades da sociedade civil a tutela jurídica dos interesses metaindividuais?

Nomes de peso como Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira, alicerçados na lição de Cappelletti³, rejeitavam a solução de concentrar

“Art. 82 Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. (Redação dada pela Lei nº 9.415, de 23.12.1996).

³ CAPPELLETTI, Mauro *apud* ARANTES (2002, p. 56) rejeitava a solução que entregava ao MP a defesa dos interesses gerais da sociedade, apontando três graves defeitos da Instituição: Primeiro, a semelhança com o juiz faz do promotor um agente incapaz de apresentar o dinamismo que a defesa judicial desses novos direitos requer. Segundo, sua ligação histórica com o Poder Executivo o desqualifica para a proteção de interesses que muitas vezes são lesados pelos próprios órgãos políticos e administrativos do Estado. Essa era a crítica mais contundente contra o Ministério Público. Terceiro, falta aos promotores de justiça formação especializada e conhecimento técnico suficientes para dar conta dos novos problemas trazidos pelos direitos coletivos, e o Ministério Público como um todo está mal aparelhado para representar e defender adequadamente os interesses civis relacionados a fenômenos sociais e econômicos de grande complexidade.

a legitimação para a defesa daqueles direitos no MP. Por outro lado, as associações do MP em todo o País, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e principalmente integrantes do MP paulista demonstraram forte coesão na defesa de seus interesses corporativos e institucionais durante todo o processo constituinte.

A opção de legitimar exclusivamente pessoas privadas e associações civis também foi afastada, forte na argumentação de sua fragilidade e capacidade de articulação.

De órgão acusador e *auxiliar do governo* o MP foi se transformando em órgão cooperador e promotor da justiça. Apesar de não ser o único legitimado à defesa dos interesses metaindividuais, é forçoso reconhecer que, passados quase vinte anos da promulgação da LACP, o número de ações propostas por associações civis é infinitamente inferior ao das medidas judiciais lideradas pela Instituição Ministerial.

As inúmeras atribuições do MP decorrem do perfil traçado pela Constituição Federal de 1988, podendo ser resumidas na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em todo o País tem-se verificado na atuação do Ministério Público a valorização das suas funções como órgão agente, em detrimento da mera intervenção processual.

Trabalhando com tipos ideais, Silva (2001) faz a distinção entre Promotores de fato e Promotores de gabinete, sendo os primeiros os mais facilmente identificados pela sociedade e também os principais responsáveis pela credibilidade alcançada pela Instituição.

São cada vez mais frequentes as tentativas de reduzir ao mínimo indispensável e compatível com suas atribuições constitucionais as funções do MP no processo civil.

O grande desafio da Instituição é corresponder ao que dela se espera como órgão promotor de justiça, mormente de justiça social. A mesma articulação demonstrada na defesa das prerrogativas da corporação por ocasião dos trabalhos da Constituinte deverá novamente entrar em cena, para que o questionamento que atinge diversas instituições, fruto de uma cidadania que se agiganta, não provoque o descrédito do MP.

3.2 A dignidade da pessoa humana como princípio justificador da atuação do Ministério Público

A República Federativa do Brasil, diz o art. 1º da CF/88, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Assim, qualquer atuação estatal ou interpretação da Constituição deve

partir da premissa de que o Estado brasileiro coloca a pessoa humana no centro, como fim último e não meio, erigindo a sua dignidade como barreira intransponível.

Oportuna a observação de Santos (1998):

Conseqüentemente, cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Para o presente trabalho desperta maior interesse a dimensão positiva ou material do princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciada na garantia de existência de condições mínimas para uma vida digna, relativamente ao fator econômico.

Sob essa ótica, não há dúvidas de que a atuação do MP estaria justificada quando objetivasse dar conteúdo a um dos fundamentos da República, garantindo a populações determinadas, o direito (indisponível, ressalte-se) a uma vida digna.

Igualmente relevante é a compreensão quanto ao conflito travado entre princípios, cuja solução, diferentemente do conflito entre regras, deverá se ater à dimensão de peso, isto é, a preponderância será dada no caso concreto, visto que a colisão apenas ocorre entre princípios igualmente válidos.

Como será demonstrado adiante, não são raras as hipóteses em que o MP poderá se deparar com a colisão entre princípios constitucionais, onde uma das suas atribuições de defesa da ordem jurídica ou defesa de direitos indisponíveis terá que ceder lugar à outra, prevalecendo o princípio de maior peso.

A argumentação a seguir desenvolvida parte do pressuposto de que a pessoa humana e o seu correspondente princípio o da dignidade são, *a priori*, norte e ponto de chegada.

Com efeito, na abordagem específica da atuação do MP no processo de regularização dos assentamentos humanos informais, essa premissa deverá estar presente, auxiliando a solução de aparentes embates, tais como *defesa do meio ambiente X função social da propriedade*, *defesa do meio ambiente X direito social à moradia*, *defesa da ordem jurídica X direitos humanos*, entre outros.

3.3 Possibilidade da atuação do Ministério Público privilegiando a promoção da dignidade da pessoa humana

3.3.1 Esclarecendo conceitos

Antes da abordagem dos aspectos mais práticos da atuação do MP, já ingressando no tema específico deste trabalho, qual seja a contribuição da Instituição ao processo de regularização dos assentamentos informais urbanos, faz-se necessário elucidar alguns conceitos, a começar pelo que se entende por assentamentos informais.

Nessa categoria, estão incluídas as favelas, os loteamentos clandestinos e irregulares, as habitações coletivas como os cortiços, enfim todos os agrupamentos humanos onde está presente de forma marcante uma nova prática social, necessária e imperativa como contraponto a uma ordem jurídica divorciada da realidade social.

Sinteticamente, Fernandes (2003, p. 177) resume o conceito e a origem dos assentamentos informais:

Ao longo das décadas de urbanização intensiva, dada a combinação entre a falta de uma política habitacional de cunho social e a ausência de opções acessíveis e adequadas oferecidas pelo mercado imobiliário, um número cada vez maior de brasileiros teve nas favelas e nos loteamentos periféricos a única forma possível de acesso ao solo urbano e à moradia.

[...]

Na falta de políticas habitacionais adequadas, cortiços e invasões são as estratégias de moradia permitidas aos pobres nas cidades.

Por sua vez, o processo de regularização fundiária desses assentamentos deve ser entendido como um conjunto de medidas jurídicas, políticas, econômicas e sociais que tenha como objetivo promover a urbanização das áreas, reconhecendo os direitos (à moradia, à existência como cidadão, à dignidade) dos seus ocupantes.

A Organização das Nações Unidas – ONU, através da Agência Habitat, desde 1999 lidera a Campanha Global pela Segurança da Posse⁴, reforçando o coro de administradores e planejadores urbanos de vários países e continentes que anunciam as implicações multifacetadas do processo de ilegalidade urbana.

A respeito da campanha liderada pela ONU, há políticas de cunho econômico, como a liderada pelo Banco Mundial, que reforçam a necessidade

⁴ A propósito, o sítio www.unhcs.org/tenure, para informação sobre a Campanha Global.

de regularização daqueles assentamentos ilegais.

No entanto, razões ideológicas diversas impulsionam os dois movimentos. Enquanto o reconhecimento do direito social à moradia está no centro das preocupações da ONU/Habitat, organizações como o Banco Mundial antevêm na regularização de favelas, por exemplo, a remoção de um obstáculo à circulação do capital imobiliário internacional.

Buscando como fundamento teórico as idéias do economista peruano Hernando de Soto, as políticas de cunho econômico do Banco Mundial partem do pressuposto de que os assentamentos informais representam um *capital morto*, o qual, se devidamente transformado em *capital líquido* ou reanimado, pode reativar a economia urbana e combater a pobreza social.

Não há espaço neste trabalho para aprofundar a análise crítica das políticas econômicas propostas pelo Banco Mundial. Basta apenas a menção a sua existência, como clara indicação do cenário mundial favorável ao processo de regularização dos assentamentos informais, ainda que por outro viés.

Por fim, cabe apenas esclarecer que os programas de regularização não se restringem (ou pelo menos não deveriam se restringir) à concessão de títulos individuais ou coletivos de propriedade, mas também, e, sobretudo a políticas de cunho social, à prestação de serviços públicos e à implementação de infraestrutura, pós-regularização.

Nos termos da Campanha Global pela Segurança da Posse da ONU (Fernandes, 2003, p. 181-182), a segurança da posse, além da garantia contra despejos e remoções, envolve uma série de objetivos básicos: “[...] contribuir para a formação de comunidades social e economicamente sustentáveis; melhorar o acesso a serviços básicos; assegurar condições sociopolíticas de cidadania urbana; produzir certeza e, com ela, incentivos para investimentos e acesso a crédito e financiamento; mobilizar comunidades dispersas; e dar poderes às mulheres”.

3.4 Instrumentos à disposição do Ministério Público

3.4.1 Atuação extrajudicial flexibilizando conceitos

Como restou evidenciado a partir das origens históricas do processo de urbanização no Brasil, o fenômeno dos assentamentos informais ou ilegais nas cidades não pode ser tratado apenas sob o aspecto jurídico, impregnado de fatores políticos, econômicos e sociais.

A atuação do MP, metaforicamente braço da sociedade no corpo do Estado, como definiu o Ministro Carlos Ayres Britto do Supremo Tribunal Federal – STF, no voto proferido na Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADIn nº 2.581, deverá ser pautada também por todos aqueles aspectos que informam e conformam o processo de regularização dos assentamentos

informais.

Não obstante as opiniões contrárias, os membros do MP – Promotores e Procuradores de Justiça – qualificam-se como agentes políticos. Em que pese a não-participação direta e legítima (respaldada pelo voto popular) nas decisões mais graves do Estado, muitas das suas atuações auxiliam no trabalho árduo de transformação da realidade social, quando lançam mão de instrumentos extrajudiciais como os Termos de Ajustamento de Conduta – TACs, audiências públicas e outras formas de mobilização social.

Com efeito, a ênfase, levada em consideração as peculiaridades do caso concreto, deve ser dada às parcerias com os órgãos e pessoas diretamente interessados na solução dos impasses que se apresentam com o início do processo de regularização fundiária, em detrimento da simples repressão (com ações civis públicas e penais).

Os órgãos de execução do MP (principalmente Promotores de Justiça), aproveitando-se da natural liderança exercida nas comunidades em que atuam, podem, por exemplo, privilegiar uma estratégia de trabalho que ressalte o papel de cada ente, órgão ou pessoa envolvida, e o apoio de organizações da sociedade civil, buscando soluções legítimas, uma vez que fundamentadas no consenso.

No Município de São Bernardo do Campo³, na Grande São Paulo, moradores da comunidade Jardim dos Pinheiros, a 50m da Represa Billings, uma área de manancial onde é proibido qualquer tipo de construção, principalmente moradias, obtiveram o apoio do MP local para a regularização da rede de esgoto.

Como se trata de área de preservação ambiental, qualquer assentamento humano é considerado irregular, impedindo, portanto, o uso de verba pública.

A exemplo das trágicas desocupações ocorridas no Estado de São Paulo, em cumprimento de mandados de reintegração de posse (no município de São Bernardo do Campo, Bairro Vila Falcão, em julho de 1998, e no município de Diadema, Vila Socialista, em dezembro de 1990), as autoridades locais, entre elas a Promotora de Justiça do Meio Ambiente, Habitação e Urbanismo, Rosângela Staurengui, concluíram pela inviabilidade da retirada de cerca de 816 famílias do Jardim dos Pinheiros.

Ao celebrar o TAC, o MP previu por parte daquela comunidade o cumprimento de medidas compensatórias em defesa do meio ambiente, tais como a coleta seletiva de lixo e a recuperação da vegetação, além disso, como medida principal, a proibição de novas ocupações.

Embora não se trate de uma regularização formal e burocrática, porquanto área de manancial, a iniciativa do Ministério Público do Estado de

³ Vide reportagem publicada na revista *Isto é* (SILVA, 2002, p. 46).

São Paulo – MPSP na Represa Billings, possibilitando a regularização do esgoto em área de manancial, sinaliza para uma atuação mais flexível, justamente por superar o embate entre *direito social à moradia* X *direito ao meio ambiente*, ambos objeto de proteção constitucional e sujeitos à defesa pela Instituição Ministerial.

A atuação, mesmo visando, a princípio, à proteção do meio ambiente, insere-se naquele conceito de *urbanificação* cunhado por Silva (1995, p. 289-318)⁶, uma vez que resultou na melhoria da qualidade de vida dos moradores.

4 INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO ESTATUTO DA CIDADE

A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, mais conhecida como Estatuto da Cidade ou lei do desenvolvimento urbano, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de regulamentar o capítulo que trata da política urbana na CF/88 (arts. 182 e 183).

Não é demais recordar que o bloco conservador da Assembléia Nacional Constituinte de 1987 condicionou a eficácia de diversos instrumentos destinados a conferir a função social da propriedade urbana à aprovação de uma lei federal⁷, cuja tramitação no Congresso Nacional durou mais de uma década.

Trata-se de lei de âmbito nacional, com o caráter de norma geral de direito urbanístico, que deve ser observada e aplicada pelas três esferas de governo (União, Estados e Municípios).

Como norma geral, constitui o Estatuto da Cidade, segundo Silva (1995, p. 57), em “[...] norma de leis, ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador federal nas hipóteses previstas na Constituição, que estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, Estados e Municípios.”

Uma das diretrizes da política urbana consagrada pelo Estatuto é precisamente a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda (art. 2º, XIV).

Três principais instrumentos jurídico-urbanísticos de regularização fundiária podem ser identificados no Estatuto da Cidade e na Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001⁸: *concessão de direito real de uso*, *concessão de uso especial para fins de moradia* e *usucapião urbano*.

A *concessão de direito real de uso* tem por objeto terrenos. Cuida-se de

⁶ Por *urbanificação*, devemos entender a intervenção urbanística concreta, da qual resulte uma efetiva melhoria da qualidade de vida dos moradores.

⁷ Vide § 4º do art. 182 da CF/88.

⁸ A Medida Provisória nº 2.220/2001 foi editada para suprir uma lacuna e corrigir falhas da Lei nº 10.257/2001, no que toca ao instituto da concessão de uso especial para fins de moradia. O instituto foi inicialmente vetado pelo Estatuto da Cidade e agora se encontra regulamentado por ato do Presidente da República.

direito real resolúvel, incidente sobre terrenos públicos e particulares, gratuito ou oneroso, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social.

O Estatuto da Cidade distingue a *concessão de direito real de uso* da *concessão de uso especial para fins de moradia*, quando no art. 4º, § 2º, dispõe que “Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente”. Por sua vez, a *concessão de uso especial para fins de moradia* veio prevista no art. 4º, V, h, do Estatuto da Cidade. A segurança da posse a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares, objeto de preocupação internacional, como já ressaltado, fundamenta e justifica a existência do instituto.

Em verdade, a Medida Provisória nº 2.220/2001 disciplina a concessão de uso especial de que trata o art. 183, § 1º, da CF/88. Portanto, os requisitos dessa Medida podem ser assim resumidos:

- 1) Ser possuidor, até 30 de junho de 2001, de imóvel público situado em área urbana, de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, de forma ininterrupta e sem oposição, utilizando-o para a sua família, desde que não seja proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural (art. 1º);
- 2) a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil (art. 1º, § 1º);
- 3) nos imóveis com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, onde não for possível identificar os ocupantes, desde que moradores de baixa renda, que lá se encontravam há mais de cinco, ininterruptamente e sem oposição, a concessão de uso especial para fins de moradia será concedida de forma coletiva; aqui também se aplica o limite temporal (até 30 de junho de 2001) (art. 2º);
- 4) no caso da ocupação acarretar risco à vida ou à saúde do ocupante, o poder público garantirá o exercício do direito em outro local (art. 4º);
- 5) o exercício do direito será garantido em outro local também nas seguintes hipóteses: ocupação de imóvel em bem de uso comum do povo; em imóvel destinado a projeto de urbanização; de imóvel de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; em imóvel reservado à construção de represas e obras congêneres ou situado em via de comunicação (art. 5º);
- 6) o título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa ou em caso de recusa, pela via judicial, mediante sentença declaratória (art. 6º);
- 7) o título conferido servirá para efeito de registro no cartório de registro de

imóveis (art. 6º, § 4º);

- 8) o direito de concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis* (art. 7º);
- 9) o direito à concessão de uso especial para fins de moradia extingue-se no caso do concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família ou adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural (art. 8º).

Quanto aos pontos favoráveis dos dois institutos acima citados, além de menos dispendiosos, ambos permitem a permanência dos ocupantes, e promovem ou facilitam a presença do Estado, até então ausente, naqueles locais, através de atividades urbanizadoras. Além disso, possibilitam a utilização (não a aquisição) dos terrenos públicos, pois o direito real é de uso, não a propriedade.

A possibilidade de controle do poder público sobre as áreas de concessão do direito real de uso é grande, até em função de que a propriedade das áreas continua sua. Com esses instrumentos, ao que parece, não existe o risco de ser configurada a hipótese de compra das áreas pelo capital (especulativo) imobiliário.

Um obstáculo que poderia ser levantado em relação ao instituto da concessão de uso especial de uso para fins de moradia seria quanto à ocupação de bens públicos de uso comum, por exemplo, o que tornaria o processo mais lento, em razão da necessária desafetação.

O art. 5º da Medida Provisória nº 2.220/2001 faculta ao poder público assegurar o exercício do direito em outro local. Nesse caso, corre-se o risco do direito ou do seu exercício ficar à mercê do poder público, transmutando em faculdade o que deveria ser uma obrigação. No próximo tópico, será analisada a atuação do MP como contribuição à remoção de tal obstáculo.

Por fim, uma rápida palavra sobre o instituto da *usucapião urbano*, previsto pelo art. 183 da CF/88 e regulamentado pelo Estatuto da Cidade. Como instrumento de regularização fundiária de áreas urbanas privadas, configura-se meio mais ágil de aquisição de propriedade, aspecto diferenciador em relação aos dois institutos anteriores (aqui se adquire a propriedade). Além da área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, exige-se que o possuidor a utilize para sua moradia ou de sua família e que não seja proprietária de outro imóvel urbano ou rural.

O Estatuto da Cidade trouxe em seu art. 10, § 3º, a possibilidade de a usucapião ser reconhecida de forma coletiva, mediante sentença judicial, através da qual o juiz atribuirá fração ideal de terreno para cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe.

Sucintamente, pode-se dizer que um dos obstáculos ao implemento do instituto como instrumento de regularização fundiária reside no fato de que as ações para o reconhecimento do direito não podem ser responsabilidade

exclusiva dos moradores, antes pelo contrário, devem ser propostas por um órgão municipal ou conveniado com a administração, sob pena de restar frustrado o intuito de regularização.

Além disso, os assentamentos regularizados através da usucapião devem ser gravados como zonas especiais urbanas ou áreas destinadas à habitação de interesse social. Do contrário, corre-se o risco de ataques especulativos, tão comuns e recorrentes na história urbanística brasileira.

Após a análise dos três principais instrumentos de regularização fundiária contidos no Estatuto da Cidade, buscar-se-á nos próximos subtópicos a demonstração da contribuição do MP ao cumprimento da concessão do direito real de uso para fins de moradia, terreno onde mais proveitosa será a atuação, assim como a atuação para a implementação de políticas públicas.

4.1 O Ministério Público e a concessão especial de uso para fins de moradia

Como já ressaltado em tópicos anteriores, a atuação do MP em um Estado democrático de direito deverá se pautar pelo consenso e por uma postura dialógica, buscando meios alternativos e extrajudiciais para a solução dos conflitos que se insiram no raio das suas atribuições constitucionais.

Não são raras as situações consolidadas no espaço e no tempo, envolvendo comunidades de moradores, ocupantes de área urbana pertencente ao Município, em que é inviável a desocupação. Trata-se, na sua origem, de ocupação ou invasão ilegal, embora justificada pelo conjunto de fatores culturais, econômicos e sociais do processo de urbanização nacional. A inexistência de políticas públicas habitacionais voltadas para a população de baixa renda explica a *ultima ratio* consubstanciada nas invasões de áreas públicas.

Como tais ocupações se revestem do caráter da ilicitude, seus protagonistas passam a ostentar o título de cidadãos de segunda classe, na medida em que suas instalações para fins de moradia, em razão da ilegalidade da posse, impedem o fornecimento de luz, água⁹, telefone e outros serviços públicos, conduzindo-os a um grau inimaginável de indignidade, sem contar a instabilidade jurídica da posse.

Ousa-se discordar do posicionamento do MP quando faz a defesa intransigente de apenas um dos direitos ou dos interesses, ignorando outros aspectos do conflito. Os assentamentos informais de pessoas de baixa renda, como já exposto, não representam um fenômeno que possa ser analisado sob um ângulo apenas. Cuida-se, quase, de um típico exemplo de força maior,

⁹ A título de ilustração, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MPMG celebrou TACs com as concessionárias locais de água e luz, com o objetivo de evitar o fornecimento daqueles serviços aos assentamentos irregulares (www.pgj.mg.gov.br/caoma).

consolidado como única alternativa de que lançam mão, em face da inércia do poder público em relação às políticas de habitação e urbanismo.

A celebração de TACs com as empresas fornecedoras de água e luz, a exemplo do que ocorreu no Estado de Minas Gerais, não contribui, com o devido respeito, à solução do problema. Ao contrário, ainda mais penaliza aqueles que de tudo foram excluídos, inclusive e principalmente do direito a uma existência digna.

A dignidade da pessoa humana, também já explicitada, impõe-se ser reconhecida como ponto de partida de qualquer interpretação, seja de leis ou de circunstâncias concretas. Do contrário, estar-se-á privilegiando a moldura em detrimento do tema central do quadro.

O ponto de partida do MP comprometido com o regime democrático será a busca da sensibilização das autoridades, órgãos do governo e da sociedade civil para a solução conjunta do quadro apresentado.

Se infrutífera a solução consensual, poderá se valer daquele que vem sendo o principal instrumento de sua atuação judicial na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos: a ação civil pública.

Para a regularização fundiária através da concessão especial de uso de área urbana pública para fins de moradia, a fundamentação jurídica será buscada na Medida Provisória nº 2.220/2001, que estabelece os requisitos para o seu deferimento, já especificados no tópico anterior. O texto legal reconhece àqueles que preenchem os requisitos objetivos e subjetivos um direito subjetivo contra o poder público de receber a concessão do direito de uso da área pública urbana que ocupam para fins de moradia.

O MP, ao propor a ação civil pública, estaria atuando na condição jurídica de substituto processual dos moradores ocupantes da área que se pretendesse a concessão. Sua legitimação extraordinária estaria justificada em virtude dos seguintes fundamentos:

- a) O art. 127, *caput*, da CF/88 legitima a Instituição à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Na hipótese em exame, trata-se do direito social à moradia (art. 6º da CF/88), também qualificado como fundamental;
- b) ao garantir o direito social à moradia também se estaria cumprindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República;
- c) ao envolver quase sempre um número significativo de famílias, o conflito transcende o direito individual à moradia, transmudando-se em interesse coletivo, apto, portanto, a justificar a propositura da ação civil pública, com fundamento no art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85;
- d) a inviabilidade da propositura de ações individuais, dada à ausência de condições econômicas dos interessados, não só fundamenta como obriga a atuação do MP, Instituição legitimada constitucionalmente à defesa dos interesses coletivos.

4.2 A execução de políticas públicas por intermédio da ação civil pública

Além da concessão do uso para fins de moradia, o poder público está obrigado a dotar a área da infra-estrutura básica e dos equipamentos necessários à garantia de uma existência digna aos moradores.

Não há que se levantar neste ponto o argumento da inaplicabilidade da ação civil manejada pelo MP, para a efetivação de políticas públicas.

Bem ao gosto dos administradores públicos descomprometidos com o bem comum, parte da doutrina e das decisões dos tribunais pátrios sustenta a inviabilidade da propositura da ação civil pública, quando o pedido deduzido é o de implemento de políticas públicas.

Para fundamentar seu entendimento, utilizam teorias como a da separação dos poderes, que veda a interferência do Poder Judiciário na forma e meios de atuação do executivo.

A propósito, esta a visão de Carvalho Filho¹⁰: “Não se pode considerar possível juridicamente o objeto da ação se o autor postula que a decisão judicial, acolhendo a sua pretensão, condene o Poder Público ao cumprimento, de forma genérica, abstrata, inespecífica e indiscriminada, de obrigação de fazer e não fazer.”

Seguindo essa linha de raciocínio, o Poder Judiciário apenas estaria autorizado a determinar providências concretas contempladas pela lei, sendo-lhe vedado criar normas de direito material.

Ora, não obstante a ausência de uma consciência constitucional no Brasil, não é crível supor que o legislador constituinte quisesse que os enunciados que integram a Constituição, mormente os princípios, direitos e garantias fundamentais, ficassem desprovidos de tutela judicial.

Em matéria de regularização fundiária, a atuação do MP, aqui especificamente judicial, através da ação civil para a execução de políticas públicas, deverá ser privilegiada, quando esgotadas as tentativas extrajudiciais de solução de conflitos e embates, entre elas os compromissos de ajustamento de condutas.

Entendimento contrário poderia transformar os preceitos constitucionais em letra morta, sem eficácia de nenhuma ordem. Nesse sentido, pontificou Wagner Júnior (2003, p. 174) as seguintes considerações:

Ora, reconhecido um direito, a sua não-observância ensejará, sempre, a tutela judicial. De duas uma: ou autorizamos o cidadão a ingressar em juízo pleiteando os benefícios que o legislador constituinte lhe concedeu, os quais foram mais detalhadamente

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos *apud* WAGNER JÚNIOR, 2003, p. 174.

regulados no Estatuto da Cidade, ou, negando a possibilidade de provocação judicial nesta matéria, seremos forçados a reconhecer que não há direito a uma vida urbana equilibrada.

Aliás, a ação civil proposta pelo MP que tenha como causa de pedir a inércia do poder público na efetivação de determinada política pública, tal como uma política urbanística, guardará, respeitadas as opiniões contrárias, a natureza de participação democrática, na medida em que a sociedade, por intermédio de um dos legitimados à tutela jurisdicional, estará tornando eficazes direitos e valores assegurados constitucionalmente. Estar-se-ia, dessa forma, superando a concepção tradicional de uma democracia representativa, alcançando-se a denominada democracia participativa.

Leia-se, a propósito, Mancuso (1994, p. 102):

Não há, portanto, falar em "usurpação" ou *intromissão indevida*, quando se leva em conta que cada indivíduo, na condição de *destinatário e credor* da boa gestão dos negócios públicos, tem título originário para dela participar *ativamente*... O inaceitável é que, a pretexto de "resguardar" a "boa ordem da Administração", se reprima a participação desses *legítimos* titulares do direito público subjetivo à proba e eficiente gestão da coisa pública [...].

Assim, a ação civil proposta pelo MP, cujo objeto seja o cumprimento de políticas públicas, poderá contribuir com o processo de regularização dos assentamentos informais urbanos, na medida em que concretize o Estatuto da Cidade e quaisquer outras normas de ordem urbanísticas aptas a dar conteúdo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

Os assentamentos informais urbanos no Brasil (favelas, loteamentos ilegais e irregulares, entre outros), constituem parte de um processo de urbanização marcado pela exclusão social.

A análise da questão urbana, portanto, pressupõe um enfoque interdisciplinar (jurídico, social, cultural, político e econômico).

O Ministério Público, como Instituição vocacionada à defesa do regime democrático e dos direitos e interesses coletivos, não deve se furtar a intervir no processo de regularização fundiária.

O princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros pressupostos e/ou fundamentos, deve ser o ponto de partida da atuação do MP no processo de regularização fundiária.

Na sua atuação, a Instituição Ministerial deverá privilegiar os meios

extrajudiciais de solução dos conflitos, valendo-se de sua autoridade e autonomia constitucional, em busca do consenso e da otimização (efetividade) das suas atribuições

Quando for sem êxito a tentativa extrajudicial, deverá a Instituição lançar mão da ação civil pública, inclusive com o objetivo de execução de políticas públicas.

Referências Bibliográficas

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: EDUC, 2002.

CIDADE de Deus. Direção: Fernando Meirelles. Intérpretes: Mateus Nachtergaele, Alexandre Rodrigues, Leandro Firmino e outros. [s.l.]. Vídeo Filmes, 2002. 2 DVD (130 min), son., color.

DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. (Coord.). *A Lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KOSHIBA, Luiz; PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *História do Brasil*. 5. ed. São Paulo: Atual, 1987.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.

MARICATO, Erminia. *Habitação e cidade*. 6. ed. São Paulo: Atual, 2002.

MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da Cidade comentado: Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo – CAO HURB. *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999-2001. 3 v.

ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 14 fev. 2004.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SILVA, Adriana Souza e. Quem sabe faz a hora: moradores conseguem apoio do MP para regularizar esgoto no manancial da Billings. *Isto é*, São Paulo, n. 1698, p. 46, 17 abr. 2002.

SILVA, Cátia Aida. *Justiça em jogo*. São Paulo: Edusp, 2001.

SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TEBET, Ramez. *Estatuto da Cidade e legislação correlata*. Brasília: Senado Federal, 2002.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

O CRIME DE FALSA IDENTIDADE EM FACE DA NOVA REDAÇÃO DADA AOS ARTS. 186 E 187 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

RICARDO TADEU LINARDI

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Os indiciados e acusados em geral, quando envolvidos numa ocorrência, flagrante ou processo; não raras vezes procuram falsear seus dados de identificação, atribuindo-se qualificação inidônea e inverídica, tudo com o objetivo de ocultar o passado errante e esquivarem-se da aplicação da lei penal, comprometendo a investigação e até mesmo a ação penal, conduta que, a meu juízo, tipifica o crime do art. 307 do Código Penal CP.

Aqueles que militam na área criminal assistem, por inúmeras vezes, a invocação dos princípios constitucionais da amplitude de defesa (inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 – CF/88) e direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º da CF/88) para inocentar acusado pelo crime do art. 307 do CP.

Não se pode mais tolerar aquele tipo de comportamento que viola a fé pública, atenta contra a segurança e presteza da ação policial, fragilizando e comprometendo a própria prestação jurisdicional, com a desculpa de que ao réu é dado o direito de autodefesa.

A lição de Costa Júnior (1989, v. 3, p. 418-419) é nesse sentido: “Comete, pois, o crime *o de falsa identidade* aquele que comparece a juízo sob falso nome, a fim de manter-se isento de mácula nos registros judiciários.”

É que a autodefesa não justifica a prática de crimes, não tendo os indiciados ou acusados direito algum de mentir sobre suas qualificações, a pretexto de se defenderem e se manterem soltos.

A mentira que a lei tolera e deixa impune é somente aquela utilizada com a finalidade de contestar os fatos em que se baseia a acusação.

Não se pode sustentar que, coberto pelo manto do exercício da ampla defesa constitucional, tenham os acusados liberdade para mentir, a ponto de atribuírem-se falsas identidades em inquérito policial e ficarem impunes, pois está sendo violada norma de caráter penal.

Como já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP “O infrator, num instinto de defesa, pode empreender fuga, p. ex., mas não pode praticar impunemente ações definidas como crime na lei penal, como a resistência, o dano, a falsa identidade etc.” (TJSP – Apelação criminal nº 12.085-3 – Comarca de Taubaté – 2ª Câmara Criminal – Rel. Des. Prestes Barra – j. 12.04.1982 – RT 561/339)¹.

Não se pode mais admitir o argumento da autodefesa, pois inexiste defesa legítima contra os atos praticados pela Polícia ou pela Justiça, com arrimo na lei penal e processual penal.

O entendimento aqui defendido vem recebendo acolhida em nossos tribunais:

**FALSA IDENTIDADE -
CARACTERIZAÇÃO - FORNECIMENTO DE
IDENTIDADE FALSA A AUTORIDADE POLICIAL
COM O FIM DE PASSAR-SE POR MENOR
INIMPUTÁVEL - RECURSO NÃO PROVIDO -
INTELIGÊNCIA: ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. A
apresentação de falsa identidade à Autoridade Policial
quando de sua detenção, logrando enganá-la, evidencia
o crime previsto no art. 307 do CP, devendo tal conduta
ser reprimida com todo rigor, pois pode acarretar graves
consequências a terceiros, não podendo mais ser aceita
como simples manifestação do direito de autodefesa do
acusado. (TACRIM - Apelação Criminal nº 1.002.711-7
- 2ª Câmara Criminal - Rel. Des. Ricardo Lewandowski
- j. 15.02.1996 - RJTACRIM 29/127).**

**FALSA IDENTIDADE -
CARACTERIZAÇÃO - DELITO IMPUTADO A
INDIVÍDUO AUTUADO EM FLAGRANTE
AUTODEFESA ALEGADA - MENTIRA SOBRE A
PRÓPRIA IDENTIDADE, NO ENTANTO, NÃO
AMPARADA PELA GARANTIA
CONSTITUCIONAL - INTERPRETAÇÃO DO
ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA - CONDENAÇÃO MANTIDA -
RECURSO NÃO PROVIDO. A mentira que a lei deixa
impune é aquela utilizada pelo suspeito para contestar os
fatos em que se baseia a acusação. (TJSP - Apelação
Criminal nº 241.425-3-SP - 3ª Câmara Criminal - Rel.
Des. Segurado Braz j. 02.12.1997 - Lex 207/297).**

É importante lembrar que, no delito em tela, o agente tem em mira atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou causar dano a outrem. Tal vantagem não precisa ser ilícita em si mesma, podendo consistir em qualquer proveito, patrimonial ou não como, por exemplo, subtrair-se à ação da Justiça.

Essa infração é de natureza formal e se consuma com a simples atribuição da falsa identidade:

**FALSA IDENTIDADE - AGENTE
QUE, AO SE APRESENTAR À AUTORIDADE
POLICIAL, DECLINA NOME FALSO -
CONFIGURAÇÃO - ALEGAÇÃO DE**

¹ No mesmo sentido: RT 644/270, RT 608/295 e RT 693/341.

AUTODEFESA - INADMISSIBILIDADE: INTELIGÊNCIA: ART. 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL, ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. Caracteriza o crime de falsa identidade a conduta do agente que, ao se apresentar à Autoridade Policial, declina nome falso, pois o réu tem direito de mentir sobre os fatos constantes da imputação, mas não o de ofender à fé pública, atribuindo-se identidade que não a sua, ademais, estando no âmbito do inquérito policial, onde, não havendo contraditório, não cabe invocar a autodefesa. (TACRIMSP - Apelação Criminal nº 1.045.319-2 - 8ª Câmara Criminal - Rel. Des. Ericson Maranhão - j. 20.02.1997 - RJTACRIM 35/156).

FALSA IDENTIDADE - CONSUMAÇÃO - MOMENTO EM QUE O AGENTE FORNECE DADOS INEXATOS SOBRE SUA IDENTIDADE - OCORRÊNCIA - OBTENÇÃO DE EVENTUAL VANTAGEM ALMEJADA - DESNECESSIDADE: - INTELIGÊNCIA: ART. 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL, ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. O delito de falsa identidade, previsto no art. 307 do CP é crime formal, ou de consumação antecipada, consumando-se no momento em que o agente, fornece, consciente e voluntariamente, dados inexatos sobre sua identidade, prescindindo-se, portanto, da obtenção da vantagem almejada. (TACRIM - Apelação Criminal nº 1.045.319-2 - 8ª Câmara Criminal - Rel. Des. Ericson Maranhão - j. 20.02.1997 - RJTACRIM 35/156).

Como visto, o direito à autodefesa conferido a todo acusado, não pode servir de fundamento para a prática de ilícitos, assim como o direito ao silêncio, consagrado no inciso LXIII do art. 5º da CF/88.

É bem verdade que o dispositivo constitucional garante ao acusado o direito de permanecer calado, conferindo-lhe a prerrogativa de nada dizer ao ser interrogado. Com efeito, poderá todo e qualquer acusado manter-se silente, inclusive quanto a seus dados qualificativos e identificadores. Ocorre, porém, que se desejar declinar sua qualificação, deverá fazê-lo de forma verídica, sob pena de incidir na prática de crime contra a fé pública.

O que ora se sustenta veio a ser coroado com a Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003, que, dentre outras disposições, alterou o Capítulo III Do Interrogatório do Acusado do Título VII do Livro I do Código de Processo Penal CPP, interessando-nos neste momento os arts. 186 e 187.

Pois bem, pela análise desses dispositivos é fácil perceber que o interrogatório do acusado terá dois momentos. No primeiro deles (§ 1º do art. 187 do CPP) o réu será perguntado sobre sua pessoa:

[...] residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

Terminada a primeira parte, o acusado será cientificado dos termos da imputação e informado sobre seus direitos constitucionais de permanecer calado.

Recordemos a redação do art. 186 do CPP: "Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas."

Disso decorre inequivocamente que o legislador pretendeu deixar assente que o réu, no primeiro momento, não pode invocar o direito ao silêncio ou amplitude de defesa para, sob o manto da Constituição Federal, praticar o crime de falsa identidade.

Vale ressaltar que somente depois de qualificado é que será cientificado sobre suas garantias constitucionais, passando-se ao interrogatório propriamente dito.

O réu tem o direito de ficar em silêncio a respeito dos fatos que lhe são imputados ao ser interrogado. Não possui, contudo, o direito de mentir a respeito de sua identidade, pois por certo que o legislador constituinte não pretendeu criar naqueles dispositivos, verdadeiro salvo-conduto para a prática de crimes contra a fé pública.

FALSA IDENTIDADE – ACUSADO QUE IDENTIFICA-SE FALSAMENTE NA REPARTIÇÃO POLICIAL – CARACTERIZAÇÃO. Caracteriza o crime do artigo 307 do CP a conduta do agente que identifica-se falsamente na Repartição Policial, pois não se pode admitir que alguém que esteja sob investigação forneça dados falsos sobre sua identidade, impedindo ou dificultando a ação policial ou da administração da Justiça, sendo certo que a lei que assegura o direito ao silêncio, possibilitando inclusive mentir quanto aos fatos, não lhe dá o direito de mentir quanto à própria identidade. (TACRIMSP - Apelação Criminal nº 1.189.625-5-SP – 9ª Câmara Criminal – Rel. Des. Ferreira Rodrigues – j. 07.06.2000).

Tudo o que se sustentou acima está intimamente ligado ao *princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*, muito bem exposto por Moraes (2003, p. 60-61):

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos

consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização* de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem contudo desconhecerem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.

Por fim, confira-se o art. XXIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que expressamente afirma que:

Artigo XXIX

1. Todos os homens têm deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.

2. *No exercício dos seus direitos e liberdades, ninguém estará sujeito senão às limitações determinadas pela lei, com vistas exclusivamente a assegurar o devido reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar em uma sociedade democrática.*

3. Em hipótese alguma estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas. (grifo nosso)

Com essa ordem de idéias, forçoso reconhecer que a conduta dos indiciados ou acusados que falseiam seus dados de identificação, atribuindo-se qualificação inidônea e inverídica com o objetivo de esquivarem-se da aplicação da lei penal, comprometendo a investigação e até mesmo a ação penal,

tipifica o crime do art. 307 do CP, posição reforçada com o advento da Lei nº 10.792/2003, que, dentre outras disposições, alterou o Capítulo III – Do Interrogatório do Acusado – do Título VII do Livro I do CPP, ressaltando-se que a posição contrária desafia recurso especial nos termos do que dispõem as alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da CF/88, apresentando-se indispensável o pré-questionamento.

Referências Bibliográficas

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

O CRIME ORGANIZADO E PROPOSTAS PARA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO¹

MÁRIO ANTÔNIO CONCEIÇÃO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II

Mestrando pela Faculdade de Direito Milton Campos-MG

SUMÁRIO: 1 Crime organizado – 1.1 Conceito – 1.2 *O Parquet* e a atividade investigatória – 2 A quebra do sigilo constitucional – 2.1 O direito positivo e a quebra do sigilo – 2.1.1 A Lei nº 9.034/95 (alterada pela Lei nº 10.217/2001) – 2.1.1.1 A experiência italiana – 2.1.1.2 O procedimento – 2.1.2 A Lei nº 9.296/96 – 2.1.2.1 Introdução – 2.1.2.2 A abrangência da Lei nº 9.269/96 – 3 Proposta de atuação ministerial – 4 Conclusão

1 CRIME ORGANIZADO

1.1 Conceito

O legislador não definiu o significado da expressão *crime organizado* deixando esta tarefa aos juristas e à jurisprudência. A complexidade do assunto talvez tenha levado o legislador a agir assim.

O art. 1º da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, leva a crer que o conceito de *crime organizado* estaria relacionado com *crime de quadrilha ou bando*. O enunciado da lei fez referência tão-somente às ações praticadas por organizações criminosas.

Alguns doutrinadores afirmam que as expressões são sinônimas (GOMES, 1997, p. 89-102).² Os que entendem que os conceitos são diferentes sustentam que, em razão disso, a lei teria aplicação limitada ao combate da criminalidade sofisticada, a transnacional³ e não a criminalidade massificada (crime de quadrilha ou bando)⁴.

A discussão é estéril, pois a criminalidade organizada

'não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última

¹ O artigo foi originariamente apresentado como tese, no 12º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado na cidade de Fortaleza em 1998, tendo sido o único sobre o tema.

² *Crime organizado ou organização criminosa e crime de quadrilha ou bando*.

³ FRANCO, Alberto Silva *apud* GOMES, 1997, p. 75.

⁴ PINTO, Luciana F. L.; BICUDO, Tatiana Viggiani *apud* GOMES, 1997, p. 75.

análise, a corrupção da legislatura, da Magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade... é uma criminalidade difusa que se caracteriza pela ausência de vítimas individuais [...].⁵

O aumento de crimes de roubo e furto de veículos, nos últimos anos⁶, e de cargas⁷, aliado à constatação de que os automóveis são trocados por drogas, mostram que a prática de tais crimes integra esquema organizado de ação criminoso.

Os meios tradicionais de investigação e de repressão mostram-se insuficientes e ineficazes diante deste *novo* comportamento criminoso. O roubo de cargas atingiu índices alarmantes em determinadas regiões⁸, devendo se atribuir tais ações às organizações criminosas locais que se especializaram.

A mutação da atividade criminoso é uma realidade. Não podemos desprezar que os crimes não são mais cometidos como há dez anos atrás.

Parte da doutrina defende um conceito restritivo de crime organizado a fim de limitar os meios de prova e procedimentos investigatórios relacionados à criminalidade organizada, o que não se justifica, primeiro porque qualquer atividade criminoso tende a se organizar (por exemplo, a contravenção do *jogo do bicho*) e segundo porque tal restrição impede que o Estado atue preventivamente na repressão à formação de núcleos potenciais de criminalidade organizada.

O conceito de *crime organizado* deve ser o mais abrangente possível para que a legislação existente, sobretudo a que disciplina os meios de obtenção de prova e procedimentos investigatórios (Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1997, Lei nº 10.054, de 07 de dezembro de 2000, Lei nº 10.217, de 11 de dezembro de 2001 e Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002), possa ser aplicada também no combate contra pequenas quadrilhas ou bandos que tendem, naturalmente, a evoluir para prática de crimes mais complexos.

O regime jurídico do combate ao *crime organizado* é capitaneado pela Lei nº 9.034/95. O legislador, preocupado em responder as investidas dessa espécie de criminalidade, vem atualizando e dotando todos os sujeitos da *persecutio criminis* de instrumentos para enfrentar a criminalidade organizada.

Um exemplo disso é a Lei nº 9.807/99 que permite a concessão de

⁵ HASSEMER, Winfried *apud* GOMES, 1997, p. 75.

⁶ Dados da Coordenadoria de Análise e Planejamento da Secretaria da Segurança Pública de São Paulo SSP/SP: furtos e roubos de veículos registrados na grande São Paulo em 1995: 7.517,9; em 1996: 9.220,5; em 1997: 8.843,3; em jan. 1998: 9.268.

⁷ A CPI mista do Congresso Nacional que apura o roubo de cargas constatou a existência de esquema organizado envolvendo empresas de transporte rodoviário e serviços portuários.

⁸ Por exemplo, no sul do Estado de Minas Gerais, já foram roubadas e/ou furtadas aproximadamente 200.000 sacas de café, em menos de seis meses, o que levou o Conselho de Segurança do Sudeste a propor a criação de delegacia especializada sediada na cidade de Varginha-MG.

perdão judicial, *ex officio* ou a pedido das partes, ao acusado primário que colaborar com as investigações policiais ou com o processo, e a redução da pena de um a dois terços para o indiciado ou acusado que voluntariamente colaborar (arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99).

Recentemente, a Lei nº 10.409/2002 que dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão ao tráfico de drogas propicia não só a Polícia, mas aos sujeitos processuais criminais novos instrumentos de combate ao crime organizado. Estabelece novo procedimento criminal, instituindo definitivamente em nosso sistema processual penal, referente a crimes de tóxicos, a *plea bargain* do direito norte-americano. A inovação representa significativo avanço do direito processual penal no combate a este nefasto tipo de crime. A médio prazo, a sociedade experimentará os efeitos positivos de tal medida.

A legislação supra citada permite ao Ministério Público – MP transacionar com criminosos visando ao aprofundamento de investigações que envolvem organização criminosa, desde que haja revelação eficaz dos integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita. Pode para tanto deixar de propor ação penal (art. 37, IV), acordar sobre o sobrestamento do processo ou a redução da pena (art. 32, § 2º), antes do oferecimento da denúncia (art. 32, § 3º, a contrário senso) ou então, se depois de oferecida, requerer ao Juiz a redução ou a inaplicabilidade da pena (art. 32, § 3º). O Juiz poderá deixar de aplicar a pena ou reduzi-la no interesse da Justiça (art. 32, § 2º, *fine*), devendo fundamentar sua decisão.

Permite ainda a infiltração de policiais em quadrilhas e organizações criminosas com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações, fazer a *vigilância bancária* de contas suspeitas e inova ao dispor que a autoridade policial e o MP poderão requerer à autoridade judicial a interceptação e a gravação das comunicações telefônicas, por período certo, revogando-se o previsto no art. 5º da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que previa o prazo máximo de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade da medida reforçando que o processamento desta última medida será o do contraditório diferido previsto na legislação e no Capítulo II da Lei nº 9.034/95.

1.2 O Parquet e a atividade investigatória

O *Parquet* é o titular exclusivo da ação penal pública (art. 129 da Constituição Federal de 1988 – CF/88). Ocorre que, para o exercício de seu mister, necessita de suporte probatório mínimo, seja para o ajuizamento da ação penal, seja para requerer medidas preparatórias e cautelares (a prisão cautelar, a interceptação de comunicações telefônicas, a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, a quebra de sigilos, a

infiltração de agentes).

O Poder Judiciário já se manifestava rigoroso na preservação dos direitos constitucionais, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 9.296/96, que regulamentou a interceptação telefônica. Não bastava a existência de ordem judicial para que a diligência fosse levada a efeito, o Supremo Tribunal Federal STF exigia que lei estabelecesse quais crimes poderiam ser objeto (hipóteses) de interceptação telefônica, o que levou o legislador a reservar a aplicabilidade da lei a crimes de maior gravidade e ainda previu detalhadamente o procedimento de interceptação e os seus requisitos (MOSSIN, 1996, p. 56).

O modelo brasileiro adota o inquérito policial como instrumento destinado a obter elementos probatórios do fato e da autoria por meio de um órgão chamado Polícia Judiciária. O professor Tourinho ensina que, uma vez realizada a investigação pela polícia judiciária, as informações que a compõem são levadas (nem sempre) ao MP, a fim de que, se for o caso, promova a competente ação penal (TOURINHO FILHO, 1990, v. 1, p. 179).

Nota-se que o sistema pátrio atribuiu a investigação preliminar do crime (NARDINI, 1996, p. 275)⁹ primeira fase da *persecutio criminis*, à polícia judiciária. A segunda fase atribui-se ao *Parquet* que pode também realizar investigação¹⁰, existindo ou não inquérito policial, pois o órgão do MP, quando investiga diretamente, o faz fundamentado no exercício de suas prerrogativas outorgadas pelo art. 129, I, da CF/88.

O MP não produz inquérito policial, mas peças de informação de caráter administrativo que poderão servir de base para o início da ação penal (NARDINI, 1996, p. 276). Assim, "[...] para a propositura da ação penal, o MP pode efetuar diligências, colher depoimentos e investigar os fatos para o fim de poder oferecer denúncia pelo verdadeiramente ocorrido."¹¹

Na realidade, o que se observa é que o atual sistema está falido. A Polícia Judiciária, por uma série de razões, não consegue apurar infrações ou somente apura aquilo que lhe interessa, gerando, assim, sérios prejuízos para a *persecutio criminis*.

O MP, neste contexto, acaba por funcionar como um mero receptáculo de inquérito, um destinatário passivo e acomodado por força do costume e da ferrugem de uma legislação arcaica que ainda é invocada por muitos para impedir o exercício pelo *Parquet* de uma de suas prerrogativas mais típicas: realização de investigações próprias. É raciocínio lógico e mediano o de que

⁹ "[...] A Constituição Federal não confere exclusividade à Polícia Civil na apuração de ilícitos penais." Nesse mesmo sentido Freyesleben (1993) e Lazzarini.

¹⁰ STJ: RHC nº 10974-SP – 5ª Turma – Rel. Min. Felix Fischer – j. 26.02.2002 – DJ 18.03.2002; p. 273; RHC nº 11637-SC – 6ª Turma – Rel. Min. Vicente Leal – j. 06.12.2001 – DJ 18.02.2002, p. 499; MS nº 5370-DF – S1-Primeira Seção – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – j. 12.11.1997 – DJ 15.12.1997, p. 66185.

¹¹ STJ: RHC nº 11637-SC – 6ª Turma – Rel. Min. Vicente Leal – j. 06.12.2001 – DJ 18.02.2002, p.

quem pode o mais (ajuizar ação penal) pode o menos (colher provas). A atividade investigatória decorre, portanto, não só da prerrogativa de ajuizar ação penal como também do exercício de atribuição de controlar a atividade policial¹², que tem esteio constitucional.

O direito francês dispõe no art. 14, I, do seu Código de Processo Penal – CPP, que a polícia judiciária (DELMAS-MARTY, 1995, p. 229)¹³ é encarregada de apurar infrações à lei penal, de obter provas e de identificar os autores. Sua missão consiste ainda de esclarecer o MP acerca dos fatos, lembrando que o exercício de suas atribuições é exercida sob direção do Procurador da República ou, ainda, de ofício, durante o inquérito preliminar (art. 75 do CPP). (DELMAS-MARTY, 1995, p. 229).

O Código de Processo Penal italiano dispõe que *“Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria (109 Cost).”* Vemos que o inquérito preliminar é conduzido pelo MP, demonstrando-se, assim, que, no direito comparado, atribui-se o exercício da atividade investigatória também ao MP.

O sistema italiano reflete, também, uma forma de controle externo da atividade policial, pois determina o CPP italiano que a polícia judiciária deverá sinalizar, sem demora e por escrito, ao MP a ocorrência de infração que ela tenha tido conhecimento indicando as fontes de prova e as diligências já adotadas. *“A cet effet, obligation est faite à la Police Judiciaire de signaler, sans délai et par écrit, à au Ministère Public l'existence de l'infraction dont elle a eu connaissance, en indiquant les sources de preuve et les activités déjà accomplies.”* DELMAS-MARTY, 1995, p. 303).

Observa-se que o MP alemão *“[...] dirige l'enquête de police, ordonne dans l'urgence certaines mesures coercitives.”* Verifica-se que o *Parquet* alemão exerce atividade investigatória preliminar, visando identificar o acusado na fase de investigação preliminar e obter os elementos necessários à propositura da ação *“Ainsi le principale mission est de rechercher, au cours de la phase préparatoire, les éléments de preuve à charge et à décharge contre l'accusé.”* (§ 160, II, StPO).

A CF/88¹⁴ atribui ao MP poderes investigatórios ao assegurar, no art.

499.

¹² STJ: RHC nº 11670-RS – 6ª Turma – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 13.11.2001 – DJ 04.02.2002, p. 551; RHC nº 12071 – 6ª Turma – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 05.03.2002 – DJ 25.03.2002; RHC nº 10225-DF – 6ª Turma – Rel. Min. Vicente Leal – j. 03.04.2001 – DJ 24.09.2001, p. 342. STF: HC nº 125675-MA.

¹³ *“La police judiciaire est placée sous la direction du Procureur de la République (art. 12 CPP), sous la surveillance du Procureur Général dans le ressort de chaque cour d'appel et sous le contrôle de la chambre d'accusation (art. 13 et 224 CPP). Em resumo, a polícia judiciária é dirigida pelo Promotor de Justiça sob supervisão do Procurador-Geral e também sob o controle da Chambre d'accusation.”*

¹⁴ A Constituição italiana prevê no art. 109 que o Ministério Público dispõe diretamente da polícia

129, VI e VIII, a prerrogativa de utilização da requisição para obter documentos e de realizar diligências, depreendendo-se que, se o *Parquet* pode o mais, vale dizer, requisitar que outros realizem diligências, consideradas necessárias para o esclarecimento de fatos, pode, com muito mais razão, fazer o menos, ou seja, realizar e conduzir suas próprias investigações.¹⁵

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12 de dezembro de 1993), regulamentou o disposto na CF/88, assegurando definitivamente a figura da requisição ministerial, que já existia no sistema anterior, mas sem a força e referência de um texto constitucional.

A lei que trata do crime organizado dispõe que, em qualquer fase de persecução criminal, poder-se-á fazer uso dos meios operacionais previstos na inovadora lei (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, e Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001). Portanto, o *Parquet* pode utilizar-se dos procedimentos especiais da lei para obtenção de provas, na realização de investigação própria.

2 A QUEBRA DO SIGILO CONSTITUCIONAL

O tema é tratado a partir do art. 5º, X, da CF/88 que dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Bastos (1989, v. 2, p. 63) ensina que “[...] intimidade consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.”

A doutrina francesa apresenta definição semelhante ao afirmar que “*Le domaine de la vie privée correspond à la sphère secrète où l'individu aura le droit d'être laissé tranquille*”. (MORANGE, 1995). O domicílio e o sigilo da correspondência estão também ao abrigo de intrusões não consentidas.

Em suma, intimidade abrange, em sentido restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional. (SILVA, 1997, p. 203).

Aparentemente, tem-se a impressão de que o direito à intimidade é um

judiciária, dispositivo regulamentado pelos seus arts. 58 e 327.

¹⁵ STF – ADIn nº 1.571 MC-DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Néri da Silveira, j. 20.03.1997 – DJ 25.09.1998, p. 11, manifestando-se que o MP pode, com apoio no art. 129 e incisos da CF/88, proceder, *de forma ampla*, a pesquisa da verdade, na averiguação de fatos e na promoção imediata

direito absoluto (FARIAS, 1996, p. 74-78)¹⁶ e, em razão disso, impedido estaria o Estado de quebrar o sigilo do indivíduo.

Os direitos fundamentais gozam de certa relatividade, em face da necessidade de se proteger outros direitos também fundamentais, conforme relata o acórdão baixo:

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (ART. 5º, X E XII, DA CF)

I - Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não são absolutos, cedendo face a determinadas circunstâncias, como, na espécie, em que há fortes indícios de crime em tese, bem como de sua autoria;

II - Existência de interesse público e de justa causa, a lhe dar suficiente sustentáculo;

III - Observância do devido processo legal, havendo inquérito policial regularmente instaurado, intervenção do órgão do *Parquet* federal e prévio controle judicial, através da apreciação e deferimento da medida. (TRF – 2ª R – Habeas Corpus nº 95.02.22528-7-RJ – 3ª Turma – Rel. Juiz Valmir Peçanha – j. 14.11.1995 – DJ 13.02.1996).

A relatividade dos direitos fundamentais passa a ser possível com a aplicação do princípio da proporcionalidade, que é uma maneira de se corrigir o alcance de certos direitos fundamentais. Um exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade é a admissibilidade e utilização de prova ilícita, na hipótese de a mesma ter sido obtida para o resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado.¹⁷ É uma tentativa de atenuar-se a *teoria dos frutos da árvore envenenada* (*fruits of poisons tree*), com origem na Suprema Corte dos Estados Unidos. O exercício dos direitos fundamentais deve ser conciliado com a necessidade de proteger-se o estado democrático de direito.

A Lei complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, tornou possível que autoridades administrativas tenham acesso a dados pessoais sem a necessidade de autorização judicial. Vê-se assim que houve a necessidade, apesar de se tratar de direito fundamental da pessoa, o qual era protegido pela exigência de autorização judicial prévia. Agora não mais existe tal necessidade. A referida norma não é incompatível com a Constituição diante da expressa previsão legislativa¹⁸ que é um dos mecanismos apontados pela doutrina como

¹⁶ O autor faz profundo estudo sobre normas restritivas de direito fundamental citando doutrina estrangeira e julgados de tribunais constitucionais.

¹⁷ FERNANDES, Antônio Scarance *apud* GOMES, 1997, p. 121.

¹⁸ Segundo Farias (1996, p. 76): "Comumente faz-se referência às seguintes restrições: a) as estabelecidas diretamente pela constituição; b) as estabelecidas por lei autorizada pela constituição (reserva de lei) e c) as estabelecidas indiretamente pela constituição (implícitas)."

delimitador do citado direito fundamental.

2.1 O direito positivo e a quebra do sigilo

2.1.1 A Lei nº 9.034/95 (alterada pela Lei nº 10.217/2001)

2.1.1.1 A experiência italiana

O combate ao crime organizado demanda especificidade de atuação¹⁹ e instrumentos alternativos de investigação, a fim de que haja eficiência nas investigações e sucesso na repressão criminal.

A experiência italiana mostrou que a realização de investigações patrimoniais sobre pessoas que haviam cometido algum ato de corrupção foi muito importante para a identificação de rastros de operações criminosas.

As aberturas de contas, a escuta telefônica e ambiental, a análise de extratos telefônicos, a movimentação bancária dos investigados mostraram-se eficazes para o sucesso da *Operação Mãos Limpas*²⁰, pois serviram de rastros para os investigadores.

A Itália utilizou a delação premiada, escutas telefônicas, a penalização do caixa-dois, punição à corrupção, dentre outros instrumentos para combater o crime organizado, mas nada se comparou com a manifestação popular que exigia um basta à corrupção por meio do apoio às atividades investigatórias realizadas pelo *Parquet*, mediante envio de telegramas e cartas aos parlamentares.

A lei brasileira surge como forma de dotar os órgãos encarregados da persecução criminal de meios operacionais e jurídicos para atuar no combate ao crime organizado. O legislador, no afã de mostrar à opinião pública sua indignação ao avanço da criminalidade, elaborou uma lei permeada de defeitos técnicos, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência começam a apontar inconstitucionalidades e restrições em relação a ela, nem sempre existentes.²¹

¹⁹ Consistente nas seguintes fases: coleta de dados, análise, elaboração de estratégia investigatória, obtenção de provas e finalmente repressão através do processo criminal.

²⁰ Palestra proferida pelo Procurador-Geral Italiano, Paulo Ielo, na Comissão de Constituição e Justiça, presidida pelo Deputado Bernardo Cabral, em setembro de 1997, sobre a experiência italiana no combate ao crime organizado.

²¹ PROCESSUAL PENAL. HÁBEAS-CORPUS. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. CRIME RESULTANTE DE QUADRILHA OU BANDO. IDENTIFICAÇÃO CIVIL. REGIME LEGAL. 1. A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil, nos termos da previsão do art. 5º da Lei nº 9.034, de 03/05/95, regra especial compatível com os comandos derivados da Lei nº 10.054, de 07/12/0 (art. 2º, § 2º – LICC). 2. Denegação da ordem de *habeas-corpus* (TRF 1ª R – *HabeasCorpus* nº 2002.01.00.001960-9-DF – 3ª Turma – Rel. Des. Olindo Menezes – j. 23.04.2002 – DJ 03.05.2002, p. 75).

Veremos, em seguida, o procedimento estatuído pela lei para a quebra do sigilo do investigado.

2.1.1.2 Procedimento

O direito à intimidade, à imagem, às comunicações telefônicas, enfim, à vida privada, pode ser assegurado por previsão constitucional ou lei. Além da garantia material, assegura-se o sigilo do indivíduo pela existência de procedimento legal, norteador da violação do direito à intimidade e suas diversas formas, o qual, como dissemos há pouco, é um direito relativo.

A exigência de prévio procedimento legal e a sua observância são manifestações do princípio do devido processo legal. É com ele que se evita a arbitrariedade, o abuso ou a ilegalidade da medida excepcional.

a) As formalidades e os seus conflitos

O art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.034/95, dispõe que “Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.”

Observa-se que o legislador atribui mais exclusivamente ao juiz a condução do procedimento de violação do sigilo individual, na hipótese de acesso a dados, documentos e informações *fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais*.

O § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, inovou o regime que trata do combate ao crime organizado ao permitir a quebra de sigilo por autoridades administrativas destacando-se a Receita Federal (art. 5º) que terá acesso permanente às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços (§ 1º do art. 5º), quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou processo judicial e, especialmente, dentre outros crimes o praticado por organizações criminosas. Saliente-se que as informações transferidas ao órgão tributário federal restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (§ 2º do art. 5º).

No regime da Lei nº 9.034/95, atribuiu-se ao Juiz a função de investigador, de inquisidor. A solução encontrada tem sua origem na era do Império Romano e seu auge na Idade Média, durante a *Santa Inquisição*. A Lei nº 10.409/2002, ao dispor sobre a prevenção e repressão ao tráfico de drogas também reforçou a atribuição do Juiz (art. 34, IV) de velar pelo sigilo das

comunicações telefônicas.

No sistema constitucional anterior, era admitido que o magistrado praticasse atos típicos da parte, tendo em vista previsão legal e a inexistência de regra constitucional sobre o tema²².

A nova ordem constitucional atribuiu a exclusividade da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I, da CF/88), vedando-se, assim, a prática de atos típicos de parte pela autoridade judicial.²³ O art. 26 do CPP, em razão disso, encontra-se revogado conforme entendimento da jurisprudência.

A inovação legislativa fere o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, pois atenta contra o devido processo legal que, em última análise, assegura a imparcialidade do julgador. A atribuição conferida ao Juiz compromete o psíquico do magistrado, pois ele atuará no processo como investigador e julgador. A ocorrência de impedimento (art. 252, II, do CPP) manifesta-se, gerando nulidade processual.²⁴

A lei introduziu a função de juiz inquisidor em um sistema acusatório²⁵. Não nos parece absurdo atribuir-se ao Magistrado funções investigatórias, desde que o sistema processual admita tal inovação.

Existe no direito francês a figura do juiz de instrução, o qual não se assemelha à figura criada pelo legislador pátrio, pois não adotamos o sistema acusatório formal²⁶ que prevê três etapas: a investigação preliminar, a instrução judiciária (*instruction préparatoire*) e a fase de julgamento.

Neste sistema, a fase de *instruction préparatoire*²⁷ é conduzida pelo juiz de instrução (*juge d'instruction*), o qual tem a função de procurar provas, verificando se existem indícios suficientes contra uma pessoa para que esta seja julgada. Importante acrescentar que, no sistema francês, existe a possibilidade da realização de instrução judicial por órgão de 2º grau, através da *Chambre d'accusation*²⁸ (art. 191 ao 230 do CPP francês).

²² "Art. 26 do CPP: "A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial." (grifo nosso).

²³ Impossibilidade de iniciar processo contravençional conhecido como judicialiforme mediante portaria.

²⁴ TARS: "Auto de prisão em flagrante e atos de investigação presididos por Juiz, em razão de greve dos Delegados de Polícia. Impedimento para exercer a jurisdição no processo. Nulidade absoluta." (STF: RTJ 47/543; TJSP: RT 550/303, JTACRESP 46/225).

²⁵ É aquele que assegura todas as garantias do devido processo legal como, por exemplo, o princípio da igualdade, do contraditório. Pressupõe ainda a existência de outras garantias (publicidade, atribuições a pessoas distintas para o exercício das funções de acusar, defender e julgar).

²⁶ O Brasil adota o sistema acusatório, pois não temos a figura do juiz instrutor (TOURINHO FILHO, 1990, v. 1, p. 85).

²⁷ Chamada também de *l'information judiciaire ou l'information* (SOYER, 1993, p. 9).

²⁸ "La Chambre d'accusation est une juridiction d'instruction du second degré. Elle est composée de trois membres, un président et deux conseillers et est une section de la Cour d'appel." (SOYER, 1993, p. 288).

Em suma, entendemos que a inovação foi infeliz em virtude de incompatibilidade do CPP com a lei e, secundariamente, com a Constituição, pois se o sistema adotado fosse o francês, os questionamentos constitucionais não existiriam.²⁹ Tivesse o legislador fortalecido o verdadeiro destinatário de qualquer investigação criminal (o MP), nós teríamos iniciado definitivamente o combate à criminalidade organizada, seja de massa ou não, com o auxílio e colaboração da Polícia.

O art. 3º da Lei nº 9.034/95 exige que a diligência seja conduzida pessoalmente pelo Magistrado, mas não exige que ele a faça *com suas próprias mãos*, pois o seu § 1º prevê que o Magistrado poderá requisitar auxílio de pessoas que tenham ou possam facilitar o acesso aos objetos de sigilo.

A materialização do procedimento de quebra de sigilo deverá ser documentada, por ordem do próprio Juiz, descrevendo-se os detalhes de relevância para a investigação. Interpretar-se literalmente a legislação é exigir que o Magistrado faça trabalho braçal de investigação. O legislador quis assegurar, ao máximo, que a violação da intimidade dos investigados ocorresse de forma menos traumática possível. Portanto, entendemos que o art. 3º e parágrafos traduzem a idéia de supervisão das diligências, visando evitar abuso durante a quebra do sigilo constitucional.

O § 2º do art. 3º prevê³⁰ que serão anexadas cópias autênticas dos documentos de relevância probatória aos autos de diligência. Indaga-se de imediato: como o Magistrado saberá se o documento é relevante ou não, se não é ele quem conduz as investigações?

A reflexão acima demonstra a *inadequação do procedimento escolhido pelo legislador*, pois ao mesmo tempo que a lei impõe ao Magistrado a condução pessoal das diligências de quebra do sigilo individual, a Constituição, além de impedir que o magistrado aja de ofício, atribui a outros órgãos, Polícia e MP, a prerrogativa de realizarem investigações.

Recentemente, foi introduzido pela Lei nº 10.217/2001 dispositivo que permite, em qualquer fase de persecução criminal, a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial disponibilizando às autoridades encarregadas da *persecutio criminis* os meios efetivos e modernos no combate à criminalidade organizada.

²⁹ Sustentam alguns que o *caput* do art. 3º, da Lei nº 9.034/95, afronta o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, comprometendo, em razão disso, o psíquico do Magistrado, a sua imparcialidade, requisito indispensável para qualquer julgamento.

³⁰ § 2º do art. 3º da Lei nº 9.034/95: "O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão *ad hoc*." (grifo nosso).

2.1.2 A Lei nº 9.296/96

2.1.2.1 Introdução

A CF/88 foi a primeira a prever o sigilo das comunicações telefônicas (RIBEIRO, 1996, p. 55)³¹. O texto remeteu a legislação à previsão das hipóteses e forma da quebra do sigilo (art. 5º, XII), o que provocou acirrada discussão acerca da aplicabilidade da norma constitucional.³²

No sistema constitucional anterior, o tema só foi objeto de manifestação pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em 1977³³.

A lei não só ratificou o princípio da intangibilidade do direito à intimidade como regra constitucional como também estabeleceu de forma clara os estreitos limites da interceptação das comunicações telefônicas.³⁴ O legislador criou a referida lei com o propósito de dotar o ordenamento jurídico de meios eficazes e adequados no combate ao crime organizado.³⁵

No direito comparado, observa-se que países como a Inglaterra, Alemanha e, recentemente, a França³⁶ foram condenados pela *Cour européenne des droits de l'homme* por violarem o art. 8 da *Convention Européenne des Droits de l'Homme*, em razão da inexistência de lei específica sobre escuta telefônica, providência exigível em uma sociedade democrática.³⁷

³¹ Trabalho apresentado no 3º Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, realizado no período de 26 a 29 de junho de 1996.

³² Avolio, Luiz Francisco Torquato *apud* Ribeiro, 1996, p. 57, entende pela inaplicabilidade da norma em face da ausência, à época, de lei específica. Já Ribeiro (1996, p. 57), apoiado em doutrina, entende pela possibilidade, em face da recepção da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) pela nova ordem constitucional.

³³ A prova gravada de uma ligação telefônica era colocada como ponto principal da discussão. O STF inquiriu de ilegal e imoral o meio de prova de que se utilizou um cônjuge contra o outro, em ação de divórcio, cassando a decisão do TJRJ (RIBEIRO, 1996, p. 56). A questão começa a ser revista por alguns tribunais: Ementa: Processo civil Prova Gravação de conversa telefônica feita pela autora da ação de investigação de paternidade com testemunha do processo. STF RE nº 9.012-RJ 91045039 (RDR, nº 8, maio/ago. 1997).

³⁴ Comentários à Lei nº 9.296/96, realizados durante as aulas proferidas pelo professor Alexandre de Moraes no curso *Prof. Damásio de Jesus*.

³⁵ A Lei nº 9.034/95 dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

³⁶ A Inglaterra foi condenada em 1984, a Alemanha em 1978 e a França em 1990. (MORANGE, 1995, p. 179).

³⁷ A *Cour européenne* utilizou os seguintes argumentos “[...] en résumé, le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. Il en allait encore davantage aussi à l'époque des faits de la cause, de sorte que M. Kruslin n'a pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique.” (MORANGE, 1995, p. 179).

A interceptação telefônica é “[...] um meio de apreensão imprópria de prova, uma vez que configura operação técnica através da qual se permite a apreensão, não de um documento, mas sim dos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica.”³⁸

É importante lembrar que agora é possível a captação, a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos mediante autorização judicial por força da Lei nº 10.217/2001 que alterou a Lei nº 9.034/95.

2.1.2.2 A abrangência da lei nº 9.296/96

A quebra de sigilo pode ser utilizada em investigação criminal³⁹ e em instrução processual penal (art. 1º), em qualquer espécie de comunicação telefônica⁴⁰, incluindo-se aquelas em sistema de informática e telemática (parágrafo único do art. 1º).⁴¹

a) Os pressupostos

A medida poderá ser determinada, de ofício, pelo Juiz ou a pedido da Polícia ou do MP⁴².

O pedido deverá conter, claramente, a descrição do objeto da investigação, o qual deverá ser crime punido com pena de reclusão, os indícios de autoria ou participação na infração penal, inclusive com qualificação dos

³⁸ Grinover, Ada Pellegrini *apud* Ribeiro, 1996, p. 59.

³⁹ Nery Júnior (1996, p. 159-160) admite prova emprestada da ação penal para processo civil, desde que as partes sejam as mesmas. Posicionam contra Fernandes, 1994, p. 54 e Greco Filho, 1996, p. 24.

⁴⁰ Gomes, na 1ª edição do livro *Crime organizado* entendia pela invulnerabilidade total dos dados no instante da sua comunicação, transmissão, mas na 2ª edição (GOMES, p. 124, itens 3.9 e 3.10) evolui em seu entendimento acenando pela possibilidade de *interceptação de dados*, quando essa comunicação é feita *via telefônica*. A transmissão de dados, via telefone, não deixa de ser uma comunicação telefônica, pouco importando o conteúdo da comunicação telefônica (conversa, som, imagens, símbolos etc.), podendo, assim receber o mesmo tratamento do art. 1º da Lei nº 9.296/96.

⁴¹ Vale exemplificar Internet, telex etc. Não nos parece inconstitucional o dispositivo em razão das considerações feitas na nota 37.

⁴² Lei nº 9.296/96:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

investigados, se conhecida e, por fim, a demonstração da impossibilidade ou a dificuldade de obtenção de provas por outros meios.

b) O procedimento

A lei permite, excepcionalmente, que o pedido seja deduzido oralmente, devendo-se, no entanto, ser reduzido a termo, junto com a decisão, que deverá ser fundamentada.

A execução da medida ficará a cargo da *autoridade policial* (art. 6º),⁴³ que deverá dar ciência ao *Parquet* sobre o início da medida, a fim de que o mesmo acompanhe a sua realização, se quiser.

Existindo possibilidade de gravação da comunicação interceptada, ela será transcrita e, ao fim da diligência, será encaminhada ao Juiz que, uma vez recebida, determinará o seu apensamento em autos apartados (art. 8º), dando-se ciência ao MP.

A gravação que não interessar à investigação ou ao processo será destruída por decisão judicial na presença do *Parquet* (art. 9º), instaurando-se procedimento incidental aos autos principais.

Por fim, vale notar que o sucesso da medida pressupõe que o investigado não tenha prévia ciência da diligência deferida, o que não fere o princípio do contraditório, pois o investigado ou réu terá ciência do inteiro teor das gravações ou transcrições obtidas, oportunamente, instaurando-se, então, o chamado *contraditório diferido* que assegurará o direito ao réu de impugnar a prova obtida⁴⁴.

3 PROPOSTAS DE ATUAÇÃO MINISTERIAL

O MP precisa de uma nova doutrina de atuação na área criminal. Atualmente o *Parquet* está distanciado da realidade criminal, concentrando todo o seu esforço na tentativa de obter a condenação de réus formalmente denunciados (FERRAZ; GUIMARÃES JÚNIOR, 1994, p. 190) ou, ainda, atuando na área civil como parecerista⁴⁵.

⁴³ Não é mais a companhia telefônica a responsável em conduzir a diligência. É a autoridade policial, civil ou militar, quem realiza a diligência, podendo para tanto, requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público (art. 7º da Lei nº 9.296/96).

⁴⁴ Entendemos que a *prova obtida* poderá ser usada contra terceiros ou para demonstração de outros fatos criminosos diferentes daquele que justificou a medida, *desde que haja um nexo com o objeto da investigação*. Portanto, o conhecimento fortuito de outro crime, durante a interceptação telefônica, impede a utilização da prova, mas não afasta a efetivação de prisão em flagrante.

⁴⁵ Freyesleben (1993) critica a estrutura do *Parquet*, pois atribui aos Procuradores e Promotores de Justiça a função quase que exclusiva de *pareceristas*. Assim, a Instituição inclina-se a uma postura de inércia em relação aos acontecimentos sobretudo na área criminal.

Dados mostram que o MP tem sua atuação limitada a grande parte do trabalho da Polícia Judiciária (leia-se Polícia Civil), o qual é deficiente, traduzindo-se na apuração de apenas 10% a 20% das ocorrências criminais.⁴⁶ Observa-se que é raro encontrar inquéritos que tenham por objeto a apuração de crimes que levam à profissionalização do delinquente e à formação de quadrilhas (tráfico de drogas, receptação, crimes do *colarinho branco*, corrupção ou prevaricação, jogo do bicho, roubo organizado de carros e de carga, seqüestro etc).

O MP não pode ficar à margem disso, apesar de não dispor, ao contrário de seus colegas franceses, italianos e alemães, de meios para interferir na produção de provas. Na verdade o *Parquet* funciona como um reproduzidor daquilo que foi apurado no inquérito policial como já dissemos neste trabalho.

A atual realidade começa a ser mudada. São exemplos: a iniciativa do *Parquet* paulista em criar o Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado⁴⁷; o bem-sucedido exemplo do Ministério Público fluminense⁴⁸, que criou uma *Central de Inquéritos*, a qual possui uma estrutura própria de policiais e funcionários encarregados em dar suporte às investigações mais complexas e sensíveis, a reformulação da estrutura da segurança pública realizada no Estado do Ceará, extinguindo-se as corregedorias das polícias,⁴⁹ substituindo-as por um único órgão de controle, o qual será autônomo e supervisionado diretamente pelo MP (CIDADES, 1997, p. c 8) e, por fim, o exemplo mineiro, que propõe a criação de uma Promotoria de Justiça de Combate ao Crime Organizado, em

⁴⁶ Ferraz e Guimarães Júnior (1994, p. 190-191) dizem ainda que "as restantes não são investigadas, sem que haja o menor controle quanto às razões." É bem verdade que existem algumas medidas visando a impedir tal prática. A Constituição do Estado de Minas Gerais dispõe no art. 125, II, f, que o *Parquet* receberá cópia de ocorrência lavrada pela Polícia Civil ou pela Polícia Militar. Há notícias de que, em São Paulo, existe um controle interno das ocorrências registradas e dos flagrantes lavrados.

⁴⁷ Proposta aprovada pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do MP paulista, por unanimidade, regulamentada pelo Ato (I) nº 76/95-PGJ de 21.12.1995, alterado pelo Ato (N) nº 103/96-PGJ de 29.10.1996. O grupo destina-se a realizar diligência ou pesquisa destinada à obtenção de elementos de prova relacionados ao crime organizado e também aos crimes que se tornem conhecidos durante as investigações (arts. 2º, § 1º e 3º, § 2º do Ato (I) nº 76/95, de 21.12.1995).

⁴⁸ Deve-se lembrar que o *Parquet* carioca iniciou ofensiva contra o *jogo do bicho* finalizando com o desmantelamento e prisão de toda a cúpula de bicheiros e para tanto valeu-se da estrutura do Serviço de Inteligência da Polícia Militar (P2) e de policiais dessa unidade cedidos e subordinados diretamente ao MP. Vale citar, também, que o então Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, Dr. Biscaia, tentou (por duas vezes) investigar e prender os *bicheiros*, pela via tradicional de investigação, não obtendo qualquer êxito, em face do regular vazamento de informações.

⁴⁹ Proposta semelhante está sendo estudada no Estado de Minas Gerais, entre outras.

fase de discussão legislativa³⁰.

O legislador federal também vem contribuindo com de iniciativas como a do Projeto de Lei do Senado nº 031/95, cujo autor é o Senador Pedro Simon, que propõe diversas alterações no CPP³¹, apresentando forte justificativa.³²

Os exemplos mostram a veracidade da assertiva de que os Promotores e Procuradores devem sair de trás das pilhas de processo e partirem para campo, não se contentando em receber aquilo que lhes é encaminhado (GOMES, 1997, p. 15). No Direito estrangeiro, temos diversos exemplos, como dissemos alhures³³, de que a polícia judiciária é subordinada ao MP ou, ainda, que é comum policiais serem cedidos pela Polícia para trabalharem junto aos Promotores, apesar de as instituições serem independentes (SIMON, 1990, p. 153). O Ministério Público do terceiro milênio deve assumir um novo papel diante do aumento da criminalidade e da complexidade das ações criminosas. (FERNÁNDEZ DOVAT, 1991, p. 231)³⁴.

Visando cooperar com a elaboração e aperfeiçoamento de doutrina institucional, sugerimos as seguintes *propostas* operacionais e institucionais de atuação ministerial em face dos crimes praticados por organizações criminosas ou não:

³⁰ A Lei Complementar do Ministério Público mineiro criou a Promotoria de Justiça de Combate ao Crime Organizado ao invés de um grupo ou seção e recentemente foi criado um Centro de Apoio às Promotorias de Combate ao Crime Organizado. Desde dezembro de 2001, funciona, no âmbito das promotorias criminais da comarca de Contagem-MG, o Núcleo de Inteligência das Promotorias Criminais – NIP, com o objetivo de dotar os órgãos locais de informações e meios para o cumprimento de seu mister.

³¹ Dentre todas as inovações, cito a que trata da remessa do inquérito policial pela autoridade policial, diretamente, ao MP (alterando o art. 10, § 1º) e a que acresce o § 1º no art. 257 que dispõe: “No desempenho de suas atribuições de promover a execução da lei penal, o Ministério Público, a seu juízo exclusivo, e quando o interesse social o exigir, conduzirá, por si só, o trabalho investigatório, devendo as entidades de estudo e pesquisa universitárias, seu próprio corpo de assessoramento técnico-científico e demais entidades e serviços da administração pública prestar-lhe pronto atendimento nas diligências que requisitar, sob pena de responsabilidade criminal.” (grifo nosso).

³² Por clara coerência, se (o MP) é titular exclusivo da ação penal pública, óbvio que a lei processual há de ensejar ao MP a atribuição de, quando situações de relevo surgirem, chamar a si a condução, também exclusiva, do trabalho investigatório, com o concurso de entidades qualificadas, de específicos serviços públicos, e da criação de quadro próprio de pessoal habilitado para os diversos níveis em que hoje opera a criminalidade sofisticada, para melhor combatê-la.

³³ Vide capítulo O Parquet e a atividade investigatória deste trabalho.

³⁴ “Las nuevas atribuciones del Ministerio Público exigen la reestructuración del mismo y la incorporación a él con facultades de investigación autónomas de menor jerarquía de obras reparticiones que actualmente desempeñan funciones investigativas, especialmente pertenecientes a la Policía Administrativa, sometidos a la estructura de aquel y a su disciplina jerárquica.”

O *Parquet* deve acompanhar, segundo o seu juízo, a apuração de infrações penais que representem maior ameaça ao meio social, ao lado da autoridade policial, acompanhando-a, sugerindo medidas, orientando-a e colaborando com a investigação;

o MP tem legitimidade para conduzir e realizar investigações próprias, mediante procedimento investigatório⁵⁵, podendo e devendo para tanto, requisitar dos órgãos públicos os meios, os serviços necessários e o assessoramento técnico das entidades de estudo e pesquisa;

o MP pode utilizar dos meios legais existentes, durante suas investigações, visando obter peças de informação, podendo buscar, quando necessário, apoio operacional dos comandos locais das polícias e da Procuradoria-Geral de Justiça;

a investigação ministerial pressupõe a existência de policiais exclusivamente voltados para o trabalho de investigação, o que demanda a criação de uma seção de investigação ministerial⁵⁶, responsável pela apuração da criminalidade organizada (crimes de corrupção, roubo de cargas etc), a qual deve ser subordinada hierárquica e administrativamente ao MP, nos moldes dos modelos italiano e francês, que não impedem a investigação e repressão pela via tradicional;

a Administração Superior do Ministério Público deve traçar política de aproximação com os comandos das Polícias e Superintendências das Receitas Federal e Estadual, observando-se as seguintes sugestões: a) estreitar laços funcionais, com a realização de operações de investigação e repressão ao crime; b) realizar convênios de cessão de viaturas e policiais para realização de investigações sensíveis⁵⁷ a cargo do *Parquet*, objetivando suprir os órgãos ministeriais dos meios materiais; c) criar banco de dados relacionados com crimes de repercussão, realizando troca de informações com outras centrais de inteligência e órgãos fiscais;

⁵⁵ "MINISTÉRIO PÚBLICO Investigação policial Colheita de provas para servir de base a denúncia ou ação penal Admissibilidade Procedimento amparado na lei Inteligência do art. 144, § 1º, IV, c/c o § 4º, da CF e c/c o art. 4º e parágrafo único do CPP Declarações de votos." (RT 651/313).

⁵⁶ A seção teria não só a função de investigar mas sobretudo de analisar as informações obtidas, estabelecer prioridades investigatórias, elaborar plano de ação e refletir sobre medidas processuais adequadas e necessárias para bem fundamentar ajuizamento de ação penal. Enfim, tratar-se-ia de uma seção de inteligência voltada para o combate à criminalidade organizada.

⁵⁷ São aquelas que dizem respeito à corrupção no meio policial, ao abuso de autoridade praticado por altas autoridades locais, crimes do *colarinho branco*, crimes que indicam envolvimento de políticos. Crimes dessa natureza tendem a não ser apurados em face da estrutura investigatória estar vinculada ao Poder Executivo, a qual facilita pressões sobre a apuração, comprometendo-se com isso a *persecutio criminis*.

efetuar convênios nacionais e internacionais de cooperação técnica com academias de polícia, buscando ensinar técnicas de investigação aos membros do *Parquet*, ministrar estudos e trocar experiências sobre o tema *O Parquet e a investigação*, propondo-se, a médio prazo, a mudança na estrutura investigatória, sugerindo-se a subordinação da polícia judiciária ao titular da ação penal, nos moldes de diversos países europeus.

4 CONCLUSÃO

O conceito de crime organizado deve ser entendido em sentido amplo, proporcionando, assim, a aplicação da Lei nº 9.034/95 na repressão a crimes como, por exemplo, roubo organizado de cargas, tráfico de drogas interno, furto de veículos organizado, receptação organizada, corrupção etc.

O *Parquet* pode instaurar e realizar investigações, mediante procedimento administrativo, com o objetivo de formar e obter peças de informação, fundado no natural exercício da ação penal.

O direito à intimidade não é um direito absoluto, razão pela qual se admite sua restrição, a qual se justifica pela necessidade de se proteger outros direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade deve ser utilizado como forma de atenuar a rigidez dos direitos fundamentais visando impedir que a criminalidade encontre refúgio na própria lei, ofendendo, assim, o estado democrático.

A experiência italiana mostra que o apoio popular ao MP foi fundamental para o sucesso da *Operação Mãos Limpas*, razão pela qual é necessário que se faça campanha nacional de debate e combate à corrupção em todos os setores do Estado, buscando-se, assim, apoio popular.

A colheita de provas realizada pelo Juiz (art. 3º da Lei nº 9.034/95) é inovação infeliz do legislador, pois a lei introduziu a função de juiz inquisidor em um sistema acusatório que pressupõe atribuição a pessoas distintas para o exercício das funções de acusar, defender e julgar, violando-se, portanto, o princípio *ne procedat iudex ex officio*, representado pelo devido processo legal.

O procedimento (art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.034/95) mostra-se inadequado ao dispor que o magistrado conduzirá pessoalmente diligências de quebra de sigilo, pois a Constituição ao mesmo tempo em que impede que o Juiz aja de ofício, atribui à Polícia e ao MP a prerrogativa de realizarem investigações.

A previsão legal de que o Magistrado anexará aos autos da diligência de quebra de sigilo documentos que tiverem relevância probatória mostra-se também inadequada, pois como o Juiz saberá se o documento é relevante ou não, se não é ele quem conduz as investigações?

O MP não pode ficar à mercê dos trabalhos da polícia judiciária ou militar, transformando-se em mero receptáculo das investigações ou, ainda, em

mero parecerista inerte e estático, encarregado de dar continuidade a *persecutio criminis*, contente e acomodado com a atual estrutura. Deve buscar, ao contrário, diretamente, *in loco*, as provas necessárias para a consecução de seu mister, utilizando-se de uma estrutura administrativa mínima.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva: 1989. v. 2.

CASTRO, Geraldine Pinto Vital de. Prova lícita e a proporcionalidade. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, set./out. 1997.

CIDADES. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, abr. 1997. caderno Cidades, p. C-8.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Procédures pénales d'Europe: Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

FERNANDES, Antônio Scarance. Constituição da República, Código de Processo Penal e sua reforma. In: Penteadó, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal: críticas e sugestões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERNÁNDEZ DOVAT, Eduardo. La investigación preliminar a cargo del Ministerio Público. *JUS: Revista Jurídica do Ministério Público*, Belo Horizonte, v. 22, n. 12, p. 228-238, 1991.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional. *JUS: Revista Jurídica do Ministério Público*, Belo Horizonte, v. 24, n. 16, p. 181-195, 1994.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. *O Ministério Público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

GOMES, Luiz Flávio; Introdução, análise criminológica e a lei brasileira de "combate" ao crime organizado. In: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUIMARÃES, Issac Sabbá. O agente infiltrado nas investigação das associações criminosas. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2894>>.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997.

MORANGE, Jean. *Droits de l'homme et libertés publiques*. 3^{ème}. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

MOSSIM, Heráclito Antônio. Sigilo bancário e interceptação telefônica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 44, n.º 221, p. 56-63, mar. 1996.

NARDINI, Maurício José. O Promotor de Justiça e a presidência da investigação criminal. *JUS: Revista Jurídica do Ministério Público*, Belo Horizonte, v. 28, n. 20, p. 271-277, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

RASSAT, Michèle-Laure. *Le Ministère Public: entre son passé et son avenir*. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

_____. *Procédure pénale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

RIBEIRO, Flávio Tavares. Escutas telefônicas por determinação judicial: estudo sobre legalidade. *JUS: Revista Jurídica do Ministério Público*, Belo Horizonte, v. 28, n. 20, p. 55-66, 1996.

SARABANDO, José Fernando Marreiros. Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público; *Revista Jurídica*, Belo Horizonte, 1997. (Edição especial).

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

SIMON, John Anthony. O Ministério Público nos Estados Unidos da América. *JUS: Revista Jurídica do Ministério Público*, Belo Horizonte, v. 21, n. 10, p. 140-157, 1990.

SOYER, Jean-Claude. *Manuel de Droit pénal et procédure pénale*. 10^{ème}. ed. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

A CRIMINOLOGIA CRÍTICA: UMA TENTATIVA DE INTERVENÇÃO (RE)LEGITIMADORA NO SISTEMA PENAL

LUCIANO SANTOS LOPES

Professor da Faculdade de Direito Milton Campos-MG

Professor do Centro Universitário Newton Paiva-MG

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de

Minas Gerais – UFMG

Advogado

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 A criminologia crítica – seus fundamentos – 2.1 Antecedentes teóricos da criminologia crítica – 2.2 Fundamentos da criminologia crítica – 3 Consequências de uma criminologia crítica: – 3.1 Falsidade do discurso penal – 3.2 Agressão aos direitos humanos em um sistema penal ilegítimo – 4 Uma busca (re)legitimadora do sistema penal – o plano político-crimal. – 5 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta o conceito da denominada criminologia crítica, de modo a verificar dados colhidos da questão criminal, explicitar a idéia do desvio social e descrever os processos de criminalização, entre outros temas envolvidos. Pretende-se mostrar, nesta criminologia, um estudo que aponta novidades nas ciências sociais, trabalhando suas matrizes teóricas de forma crítica e contextualizadas nas demais estruturas sociais envolvidas na definição da criminalidade e na sua reação.

A criminologia crítica, oriunda das teorias conflituais marxistas, rompe com a sociologia criminal liberal. Há uma mudança de paradigma. Partindo da idéia de rotulação, do *labelling approach*, vem mostrar o conflito social, que busca explicar os processos de criminalização das classes subalternas, historicamente constituintes da clientela do sistema penal. Tal conflito resta verificado dependente do plano econômico da coletividade.

Inspirado em Marx – não necessariamente de forma ortodoxa –, tal modelo criminológico opta por um método histórico-analítico de verificação do fenômeno criminal, com perspectivas macrosociológicas (acumulação de riqueza e sua relação com a criminalidade), ou mesmo microsociológicas (incidência da rotulação nos indivíduos). Interpreta-se o desenvolvimento histórico das agências de poder.

O movimento da criminologia crítica trata de idéias não homogêneas entre si, mas que, no campo criminológico, têm em comum a diversidade de análises em relação à criminologia liberal, principalmente ao definir o objeto de estudo.

Buscou-se conceituar o objeto de estudo, além da verificação das consequências, em outros campos do saber científico. Por fim, há a busca de respostas político-criminais ao fenômeno criminal, sempre dentro de um marco crítico.

2 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA SEUS FUNDAMENTOS

2.1 Antecedentes teóricos da criminologia crítica

Desde Lombroso, Ferri e Garófalo, com a denominada escola positivista, em meados do séc. XIX, tentou-se emprestar à criminologia um caráter científico. Os postulados da *scuola positiva* podem ser sintetizados da seguinte forma:

[...] o delito é concebido como um fato real e histórico, natural, não como uma fictícia abstração jurídica; sua nocividade deriva não da mera contradição com a lei que ele significa, senão das exigências da vida social, que é incompatível com certas agressões que põem em perigo suas bases; seu estudo e compreensão são inseparáveis do exame do delinqüente e de sua realidade social; interessa ao positivismo a etiologia do crime, isto é, a identificação das suas causas como fenômeno [...]; a finalidade da lei penal não é restabelecer a ordem jurídica, senão combater o fenômeno social do crime, defender a sociedade; o positivismo concede prioridade ao estudo do delinqüente, que está acima do estudo do próprio fato, razão pela qual ganham particular significação os estudos tipológicos e a própria concepção do criminoso como subtipo humano, diferente dos demais cidadãos honestos, constituindo esta diversidade, a própria explicação da conduta delitiva. (GARCÍA-PABLOS DE MÓLINA, 2000, p. 176).

A falta de uma adequada dimensão crítica na visualização da sociedade fez com que a Escola Positivista se obrigasse a colher, sem questionamentos, a definição de crime da dogmática penal. Resumidamente, o positivismo criminológico verificava um homem-delinquente com uma patologia: o crime. O delinqüente era um doente social, em teorias baseadas nas características biológicas e psicológicas das pessoas, diferenciando os *criminosos* daquelas pessoas consideradas *normais*. Havia, pois, a ideologia da defesa social a determinar o marco teórico positivista. (FERNANDES; FERNANDES, 1995,

p. 76).

O desenvolvimento de uma sociologia criminal, posterior a este positivismo criminológico, levou o estudo a novas searas. A criminologia liberal contemporânea, do início do século XX em diante, superou as teorias patológicas da criminalidade. O marco biopsicológico foi substituído por um sociológico, no qual o objeto da investigação criminológica não era mais a definição legal de crime, sendo substituído pela definição sociológica do desvio. Em relação à matriz positivista, esta postura teórica significou um avanço. Quebrou-se uma função conservadora da ideologia da defesa social. Afastou-se a idéia de criminosos anormais.¹

Neste modelo de criminologia, encontravam-se os estudos de Merton, Parsons, Sutherland, entre outros, que, embora tivessem seus diversos marcos teóricos afastados da idéia do homem patológico/criminoso, conservaram na sociologia criminal um resquício positivista. (BARATTA, 1999, p. 32). A par disto, sustentou-se o caráter normal do crime, constatou-se a existência de mecanismos de socialização aos quais as pessoas são expostas pela estratificação social, verificou-se a aprendizagem social do crime, entre outras teorias sociológicas que foram aplicadas ao fenômeno criminal.

Na década de 60 do século passado, a análise do fenômeno criminal ampliou-se, havendo um deslocamento do objeto de estudo. O *labelling approach* alterou o paradigma epistemológico vigente. Era a criminologia da reação social.

Duas correntes de pensamento modelaram o *labelling approach*: o interacionismo simbólico de Mead e a etnometodologia de Schutz. (ANDRADE, Do paradigma...). Do criminoso e do crime, o plano de pesquisa passou a dirigir-se também à vítima e ao sistema penal.

O paradigma da reação social negou existir o crime como realidade ontológica, senão como construção social. A criminalidade somente existia nos processos normativos de construção da realidade.² O crime passou a ser analisado por sua natureza definitorial (ANDRADE, Do paradigma...), sendo o sistema penal criador da criminalidade. Verificou-se, ainda, a existência de uma seletividade discriminatória deste mesmo sistema penal (GARCÍA-PABLOS

¹ É curioso notar que, em virtude desta criminologia liberal contemporânea, a função das ciências sociais distanciaram-se da sua natureza auxiliar, em relação à ideologia do direito penal. A contraposição entre a sociologia criminal e a ideologia penal veio demonstrar que aquela está em avanço em relação a esta. Conforme Baratta (1999, p. 158 et seq.), a ciência social burguesa foi capaz de oferecer crítica eficaz à ideologia da defesa social, coisa que o direito penal não conseguiu. Restou clara a opção do jurista em manter uma ciência jurídica apegada à ideologia positivista, desinformada sociologicamente, e ligada diretamente à ideologia da defesa social. Na ideologia liberal, as ciências sociais apresentaram avanço e reforma, enquanto as ciências jurídico-penais apresentaram conservadorismo e, até mesmo, um aspecto reacionário. Para exemplificar tal postura, basta analisar a obra de Rocco (1978).

² Andrade (1999, p. 26). Conforme Pearson (1980, p. 179), esta forma de encarar a sociologia consiste em "[...] uma tentativa teórica de quebrar as cadeias de uma realidade pré-definida e

DE MOLINA, 2000, p. 321).

Para o *labelling approach* – ou perspectiva do-etiquetamento, o delito e a reação social eram inseparáveis, sendo ambos atribuídos a processos de interação social. Pensou-se, ainda, que a reação social ao delito cometido pode ser injusta e criminógena.

Entretanto, o *labelling approach*, por si só, não conseguiu romper com a criminologia liberal, porque foi colocado em um contexto subjetivista e idealista.³ Neste sentido, críticas – depois adotadas pela criminologia crítica foram apontadas à teoria do etiquetamento: “[...] as posições alternativas tomadas parecem ser pouco mais do que inversões de perspectivas ortodoxas (estrutural-funcional, psicologística e outras) e não podem ser vistas como tendo transcendido as características fundamentais da criminologia ortodoxa.” (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 3-4).

Para Zaffaroni (1998, p. 60 et seq.), o marco da reação social foi a mais importante colocação deslegitimante sobre o sistema penal. Continua, afirmando que, embora tenha sido uma teoria de médio alcance, incapaz de oferecer crítica macrossociológica, tal limitação não conseguiu lhe retirar o caráter deslegitimador. Os limites do *labelling* significaram, apenas, que o estudo insuficiente tinha que ser completado, nunca desqualificado.

Desta forma, o que para o *labelling approach* foi sua verificação final, para os teóricos do *conflito* era somente o ponto de partida. Enquanto a perspectiva do etiquetamento permaneceu na superfície do problema da interação social na definição do crime, determinando apenas a existência da construção normativa da criminalidade, a criminologia do *conflito* desceu em terreno mais profundo, buscando entender quais eram esses poderes capazes de rotular determinadas condutas como desviadas, definindo os grupos detentores do poder etiquetador e os grupos marginalizados.⁴

O que se examinava nas teorias conflituais não-marxistas era, ainda, uma sociologia criminal liberal, que avançou em relação às concepções positivistas, mas que continuava a retratar o pensamento tradicional. Tratavam de um conflito social funcional, necessário à coletividade, verificado em um abstrato plano político da sociedade.

oficialmente categorizada, o que quer dizer, existe uma dissolução na reificação em ciência social.” Assim também explicam Berger e Luckmann (2001, p. 37): “A análise fenomenológica da vida cotidiana, ou melhor, da experiência subjetiva da vida cotidiana, abstém-se de qualquer hipótese causal ou genética, assim como de afirmações relativas ao status ontológico dos fenômenos avaliados.”

³ Afirma Baratta (1999, p. 211) que o *labelling* priorizou estudos em certos setores do desvio, sobre os quais se concentra o processo seletivo de etiquetamento, nas camadas sociais mais marginalizadas. Tal atitude teórica contribuiu para o estereótipo dominante do crime como um comportamento normal dessa parcela marginalizada socialmente, deixando de lado a criminalidade dos grupos dominantes da sociedade.

⁴ Segundo Baratta (1999, p. 116), as teorias conflituais dividem-se em *marxistas* (que é o objeto deste estudo: a criminologia crítica), e *não-marxistas*.

As teorias clássicas do *conflito* tiveram forte influência na sociologia criminal norte-americana, preocupada com a verificação de um dissenso social, constatado diante da pluralidade de grupos na coletividade, com diferentes pautas valorativas. O *conflito*, nesse marco teórico, representava a manutenção de uma estrutura social, não significando uma patologia social. O crime era a própria expressão desses conflitos.

Estavam, entre outras formulações clássicas da teoria conflitual, as idéias de Sellin⁵, White e Cohen, cada qual com seu marco distinto.

A partir dos anos 50 do séc. XX, a teoria do *conflito* foi relançada por pensadores marxistas e não-marxistas, que verificaram a situação de determinadas minorias étnicas e de rebeliões juvenis, entre outras atitudes socialmente desviadas, reprimidas nos Estados Unidos e na Europa, e que ofereceram subsídios para o rompimento da sociologia com a idéia de uma sociedade monolítica.⁶ A coletividade era plural e antagonica, com vários grupos disputando espaço social e poder político.

O *conflito*, adotado pelos teóricos não-marxistas – Dahrendorf, Vold, Coser⁷, entre outros –, ainda era sinônimo de funcionalidade, necessário à ordem constituída, além de assegurar a possibilidade de mudança social. O crime resultava dessas tensões normais e carecia de significado patológico. O conflito situava-se em um abstrato plano político e era produto de lutas pelo poder, compreendidas nas relações que se formavam entre grupos distintos. A distribuição diferenciada de poder entre os grupos sociais gerava o conflito, afastado da idéia de classe social⁸. Entretanto, esse núcleo de poder central não era inatingível pelas parcelas marginalizadas da sociedade.

A Justiça penal não era vista como neutra na resolução dos conflitos sociais. Era expressão da estrutura conflitual da coletividade, atuando em função dos interesses das parcelas detentoras do poder político, como processo criminalizador dos grupos marginalizados em relação ao poder central. O comportamento criminoso passou a ser entendido como reação a uma desigual e injusta distribuição de poder na sociedade.

Entretanto, a sociologia liberal não encontrou uma ideologia positiva

⁵ Segundo formulação de SELLIN, Thorsten *apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 288, os conflitos não se produzem entre modelos culturais em bloco, senão entre pautas normativas dos diversos grupos e subgrupos sociais, com valores diversos.

⁶ De acordo com as idéias de COSER, Lewis A. e VOLD, George Bryan *apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 290.

⁷ Para DAHRENDORF, Ralf *apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 290, as organizações sociais evoluem devido à coação e pressão de outros grupos sociais. Assim, o *conflito* assume o eixo de equilíbrio do sistema social. Em COSER *apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 290, a idéia de que o *conflito* é funcional, porque assegura a mudança social e conserva o sistema. O *conflito* é a válvula de escape da sociedade, desde que seja realista e verificado dentro de limites.

⁸ Conforme Baratta (1999, p. 140), neste modelo o *conflito* não é "entre capital e trabalho assalariado, mas um conflito que versa imediatamente sobre a relação de poder, sobre a participação no poder ou sobre a exclusão dele."

substituta para a ideologia da defesa social. Um caminho socialmente justo e realista para a questão do controle social do desvio, ao invés de técnicas estritamente repressivas, não foi alcançado. Houve apenas a racionalização do controle social, com a finalidade de torná-lo mais eficaz e econômico, em relação à sua principal função: a manutenção da escala social vertical, da estratificação e da desigualdade dos grupos sociais.

As teorias de uma criminologia liberal contemporânea agiram de modo setorial e parcial na crítica à ideologia positivista da defesa social. Foram heterogêneas entre si, não oferecendo um corpo teórico único, sistemático e homogêneo.

A universalidade do delito e do direito penal, diretriz das teorias liberais, foi o eixo em que se baseou o questionamento do estudo crítico. Essa universalização legitimou novamente o sistema penal, em um contexto liberal, promovendo a substituição negativa da ideologia da defesa social por outra que ainda afirmava ser o crime um fenômeno anistórico e ineliminável. A busca concentrou-se em alcançar um eficaz controle social, repressivo, que mantivesse em níveis toleráveis o crime.

As premissas de uma política criminal liberal baseavam-se na efetividade do controle para as formas de desvio disfuncionais à manutenção do *status quo* social, além de oferecer a máxima imunidade possível a comportamentos desviados que fossem funcionais ao sistema e cometidos por grupos controladores do poder.

2.2 Fundamentos da criminologia crítica

Com a base da criminologia da reação social (*labelling*) e com as teorias conflituais não-marxistas, tem-se a passagem para as análises críticas. Foi uma mudança gradual no pensamento criminológico, sem uma verdadeira solução de continuidade.

A criminologia crítica trata o conflito como luta de classes, desenhado diante dos modos de produção e da infra-estrutura socioeconômica da sociedade capitalista. É nesse momento que se dá a ruptura do pensamento crítico com aquele liberal, que não contesta os processos discriminatórios de seleção de condutas desviadas, além de ter por funcionais e necessários os conflitos sociais que mantêm a sociedade coesa.

Nas teorias conflituais, autores de formação marxista pensaram o fenômeno criminal fora da sociologia liberal, até aqui retratada.⁹ Ressalva seja

⁹ Há, porém, uma relação problemática entre a criminologia e a teoria marxista. Tal estudo criminológico não pode derivar somente dos textos marxianos, pois sobre o tema Karl Marx pouco, ou quase nada, escreveu. A criminologia crítica requer uma observação mais ampla em suas análises, levando em consideração, também, conceitos teóricos diversos daqueles marxistas.

feita, no sentido de determinar que este estudo não se liga a nenhum sistema político-econômico em específico. Igualmente, os pensamentos críticos por vezes podem se afastar de um marxismo ortodoxo, sem perderem suas perspectivas críticas.

Trata-se a criminologia crítica de um grupo de idéias não-homogêneas, mas que, em comum, têm o rompimento com o paradigma criminológico dominante.

Para os estudos críticos, no conflito social, está a afirmação pelo poder político-econômico¹⁰, absoluto e inatingível por parcelas marginalizadas da sociedade. O crime é o produto histórico e patológico dessa confrontação de classes antagônicas, em que uma se sobrepõe e explora as outras, determinando os interesses da seleção dos fatos socialmente desviados.

Pensou-se no desenvolvimento de uma criminologia que colocasse a questão criminal e a reação social em uma perspectiva histórico-analítica¹¹. Reconheceu-se a necessidade da verificação de uma *economia política do crime*, em uma macrosociologia¹² alternativa à microsociologia, seja conflitual ou interacionista, que pensava o fenômeno até o momento. Houve uma teoria materialista do desvio e da criminalização. Os processos envolvidos no fenômeno criminal estão unidos, em última análise, com a base material do capitalismo contemporâneo e suas estruturas legais. As condições materiais são determinantes das mudanças normativas.

Esse estudo crítico historiciza o comportamento desviante e ilumina a sua relação funcional, ou disfuncional, com as estruturas sociais e com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição. Marx insiste em uma premissa, que deve estar presente em qualquer análise social. Ele afirma que ser radical é ver a questão pela raiz do problema, sendo a raiz das relações

Algumas categorias de Marx têm de ser verificadas, no contexto social atual, com alguma reserva: conceito de classes etc.

¹⁰ Na teoria marxista, "[...] o conceito de poder reporta-se ao tipo preciso de relações sociais que é caracterizado pelo "conflito", pela luta de classe, isto é, há um campo no interior do qual, precisamente pela existência de classes, a capacidade de uma delas realizar pela sua prática os interesses próprios encontra-se em oposição com a capacidade e os interesses de outras classes. Isto determina uma relação específica de dominação e subordinação das práticas de classes, que é precisamente caracterizada como relação de poder." (POULANTZAS, 1997, p. 101).

¹¹ Para Poulantzas (1977, p. 11) "O materialismo histórico ou ciência da história tem como objeto o conceito de história, através do estudo dos diversos modos de produção e formação sociais, da sua estrutura, da sua constituição e do seu funcionamento, bem como das formas de transição de uma forma social para outra." A relevância desse método está em demonstrar que o estudo da sociedade deve ser efetuado como um processo, no sentido de compreender que os sistemas sociais têm limites determinados para o seu desenvolvimento. O materialismo histórico constituiu-se para revelar as determinações históricas que resultam em conjuntos específicos de formação social. Percebe-se, por fim, que a punição individual da ideologia da defesa social impede o historicismo na criminologia.

¹² Que desloca o estudo do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele e para os processos de criminalização, de acordo com Santos (1981, p. 4).

sociais o próprio homem. O homem é inseparável da sociedade. Assim, para analisar o crime, fenômeno social que é, exige-se do pesquisador um exame da própria posição do homem na sociedade. (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 57).

O método de Marx compreende as relações jurídicas que são relações sociais como originárias da produção material da sociedade. Tal conclusão não permite, todavia, apontar que os conflitos criminais se reduzem a conflitos econômicos. Estes conflitos estão apenas relacionados com transformações materiais na sociedade.

O estudo do crime e do controle social baseia-se na divisão da sociedade em classes (estrutura econômica) e na reprodução das condições de produção (separação do trabalhador e dos meios de produção) pelas instituições jurídicas e políticas (superestruturas de controle social), que determinam práticas contrárias às condições de produção, ou reprodução social, das quais o crime faz parte. (SANTOS, 1981, p. 28). O objeto de análise da criminologia crítica é o conjunto de relações sociais, compreendendo a estrutura econômica e as superestruturas jurídico-políticas do controle social.

Uma dupla contraposição à criminologia positivista faz-se necessária. Há o deslocamento do enfoque teórico do criminoso para as condições objetivas, estruturais e funcionais presentes na origem do desvio. Em segundo plano, verifica-se o deslocamento dos estudos das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais, pelos quais é construída a realidade social do desvio, e também para os mecanismos criadores das definições do desvio e da criminalidade. (BARATTA, 1999, p. 160).

Há a superação do paradigma etiológico e de suas implicações ideológicas no estudo criminológico. Em uma perspectiva crítica, o crime não é mais realidade ontológica, mas um *status* atribuído a determinadas pessoas, mediante duas seleções: seleção de bens protegidos penalmente (nos tipos penais) e a seleção dos indivíduos rotulados, entre todos os outros que também realizam infrações penalizáveis.

A criminologia crítica entende o Direito como matriz de controle social dos processos de trabalho e das práticas criminosas. O Direito é uma instituição de superestrutura, que reproduz as relações de produção, promovendo ou embarçando o desenvolvimento das forças produtivas¹¹. Interpretando Marx, percebe-se a deslegitimação do Direito e, em especial, do direito penal.

Várias foram as linhas deslegitimantes do Direito – e por vezes

¹¹ Assim se expressa MARX *apud* TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 60: "Na produção social de sua existência, os homens inevitavelmente entram em relações determinadas, que são independentes de suas vontades, relações de produção apropriadas a um dado estágio no desenvolvimento de suas forças materiais de produção. O conjunto dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas determinadas de consciência social."

relegitimantes –, com base na doutrina marxista. Conforme Zaffaroni (1998, p. 51-59) existe uma variável positivista e, às vezes, idealista¹⁴; um marxismo institucional de Pasukanis; uma teoria crítica da escola de Frankfurt, antipositivista e que, aos poucos, afastou-se da ortodoxia marxista; uma versão deslegitimante de Quinney; até um minimalismo de Baratta, com uma doutrina aberta, em construção teórica afastada do reducionismo econômico do marxismo ortodoxo, que permita “[...] combinar o interacionismo com um panorama macrosociológico que engloba as relações de produção.”

A linha de pensamento de Baratta parece ser a mais coerente com as necessidades criminológicas em um pensamento crítico, frente ao marxismo atual.

O direito penal está a serviço da parcela social detentora de poder político-econômico. A justiça penal é tão-somente administradora da criminalidade, não dispondo de meios de combatê-la, apenas funcionando como selecionadora de sua clientela habitual nas classes trabalhadoras. O crime é um subproduto final do processo de criação e aplicação das leis, orientadas ideologicamente às classes dominantes. Percebe-se uma negação total do *mito* do direito penal como Direito igual, em que a lei protege todos os cidadãos¹⁵.

Assim, são proposições críticas: o direito penal não defende todos os bens essenciais de todos os cidadãos, a lei não é igual para todos, sendo o *status* de criminoso distribuído de modo desigual entre as pessoas. O direito penal não é menos desigual que outros ramos do direito, antes, é o direito desigual por excelência.

Para Marx, o estudo do direito privado constatou a crítica à justiça burguesa¹⁶. Ocorre que a crítica vale também para o controle penal, no qual há

¹⁴ Turati e Vaccaro, por exemplo, que aceitaram uma concepção ontológica do delito e da criminalidade, que era atribuída à pobreza. Excluindo a miséria e outras causas afins, o *delito* que restar será livre de pressupostos deterministas e relegitima-se, assim, um direito penal retributivo.

¹⁵ *Mito* que é a base ideológica da defesa social (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, 1993, p. 75).

¹⁶ Conforme Baratta (1999, p. 162-163), Marx estudou a desigualdade do direito, partindo de um ponto de vista da distribuição dos recursos. Ele verificou que nos contratos do direito privado, portanto, existe uma contradição entre igualdade formal dos sujeitos, como possuidores de direitos e deveres, e a desigualdade material nas posições que ocupam estes mesmos sujeitos nas reais relações sociais de produção.

Em sua obra, Marx (1971, Liv. I, cap. IV, p. 34.), verificou a importância da separação destes dois momentos. Adiante, Marx percebeu que a desigualdade, acima destacada, é vista como o acesso desigual aos meios de satisfação das necessidades. A igualdade formal dos sujeitos de direito se revela como veículo e legitimação de desigualdades materiais. Tal situação deriva da verificação de que a distribuição de riquezas não respeita a diversidade de capacidades e necessidades das pessoas.

Segundo Gustin (1999, p. 81-81), Marx abordou a questão das necessidades humanas como categoria ontológico-histórica do ser social. Assim, as necessidades são determinadas pelos fatores sociais em cada momento histórico e em cada espaço social. Termina, a autora, afirmando que, para Marx, o sistema capitalista desvirtua a condição humana do ser, pelo aumento constante

contradições sérias entre a igualdade formal dos sujeitos de direito e as suas desigualdades materiais, no que diz respeito à chance que cada um tem de ser definido como desviante social.

O movimento da defesa social afirma que o caráter fragmentário do direito penal baseia-se na natureza dos bens a serem protegidos. Essa *ideologia*¹⁷, que encobre a verdadeira função do direito penal, tende a privilegiar interesses de classes dominantes e a lhes imunizar do processo seletivo de criminalização. As maiores chances de serem selecionados para a população criminosa estão nas parcelas economicamente mais baixas da sociedade, que estão em posição marginalizada na hierarquia social.

O direito penal é usado pelas parcelas sociais detentoras de poder para assegurar a sobrevivência do sistema capitalista, que é posteriormente ameaçado por suas próprias contradições. (QUINNEY, 1999, p. 245-246). Ele é usado para manter a ordem estatal dominante. A classe inferior na escala social continuará a ser clientela habitual do sistema penal enquanto as classes detentoras de poder se perpetuarem neste núcleo inatingível de dominação. A crise do direito penal deve ser entendida como crise do capitalismo.

Uma outra característica deste direito penal que se dirige com a lógica e com a razão do poder de classe é a de que a atuação do magistrado, nas agências judiciais, dá-se com a negação de um aspecto político de seu papel jurisdicional. Isto distancia e isola o Juiz da dinâmica das lutas travadas na sociedade, fazendo com que este ator do sistema penal julgue dentro de marcos ideológicos dominantes, "[...] reforçando, de forma decisiva, a desigualdade na distribuição do *status* de criminoso." (KARAM, 1993, p. 59).

Entretanto, a deslegitimação do direito penal não serviu somente como objeto de estudos da sociologia criminal mas também contribuiu para a

da desigualdade das necessidades (*op. cit.*, p. 93). O que havia nas sociedades capitalistas, no entender de Marx, era uma aparência de liberdade, apresentada pela falsa noção formal que o *direito burguês* apresentava nas relações jurídicas, inclusive frente aos laços jurídicos que o prendiam (ao trabalhador) à sociedade de mercado. A superação do *direito desigual burguês* ocorrerá, ainda segundo Marx, em uma fase mais avançada de uma sociedade socialista, na qual o sistema de distribuição não será regulado pela lei do valor, ou pelo trabalho prestado, mas pela necessidade individual.

¹⁷ Em uma perspectiva marxista do conceito de *ideologia* (FURTER, 1968, p. 53): "Muito cedo, a palavra ideologia teve uma conotação pejorativa - foi até empregada como insulto. K. Marx e depois os marxistas foram, talvez, os que mais contribuíram para a sistematização desta interpretação. Nesta perspectiva, a ideologia pode definir-se como a 'construção sistematizada que a falsa consciência elabora para justificar a sua alienação' (J. Gabel). Isto é possível porque, segundo K. Marx, as idéias e, ainda mais, os problemas que a consciência humana se coloca a si mesma refletem, em última análise, as relações dominantes na situação atual em que vivem nossos contemporâneos, de tal modo que qualquer idéia que pretenda ir além do estado atual da sociedade ou se desligar das relações dominantes só pode, segundo K. Marx, cair nas ilusões e no utopismo. Como as classes dirigentes, que detêm o controle (sic) de uma dada sociedade, têm interesse (sic) em manter seu poder contra a evolução histórica, elas, então favorecem a elaboração de ideologias que justificam o *status quo* e impedem a tomada de consciência autêntica."

investigação historiográfica da punição no sistema capitalista, do que se aproveitou a criminologia crítica. Rusche e Kirchheimer (1999) verificaram as relações entre o mercado de trabalho, o sistema penal e o cárcere. Tal discurso não exaure o tema da marginalização criminal, porque o mercado de trabalho, no sistema capitalista de produção, vai para além da perspectiva econômica, alcançando uma dimensão política também. (BARATTA, 1999, p. 189).

O estudo de Rusche e Kirchheimer (1999, p. 18)¹⁸ objetiva romper com a relação abstrata da criminologia tradicional, entre crime e punição, trazendo a proposta de verificação histórica da relação mercado de trabalho e da punição. Aqui, a punição, sempre definida como reação oficial ao crime, é colocada sob uma nova perspectiva.¹⁹

A vinculação direta entre pena e mercado de trabalho ficou simplista na obra de Rusche e Kirchheimer²⁰, por não levar em consideração de forma suficiente o aspecto da disciplina. Essa questão foi tratada por outros autores, como Foucault. Mas o pioneirismo daquela obra é interessante, assim como a demonstração da falsidade da função manifesta do cárcere, tal qual apregoa a ciência jurídica.

Melossi e Pavarini (1977, p. 75) contribuem com este argumento, afirmando que as relações do mercado de trabalho, no sistema capitalista, explicam a generalização da prisão como método de controle e disciplina nas relações de produção e distribuição.

Da mesma forma, Foucault construiu uma história do direito de punir. Ele, nos dizeres de Santos (1981, p. 43), “[...] esboçou uma teoria materialista da ideologia da época capitalista, como disciplina da força do trabalho, um resultado inesperado de um teórico idealista.” Diretamente de Foucault (1997, p. 24-25), temos a idéia da necessidade de:

Analisar antes os “sistemas punitivos concretos”, estudá-los como fenômenos sociais que não podem ser explicados unicamente pela moldura jurídica da sociedade, nem por suas opções éticas fundamentais; recolocá-los em seu campo de funcionamento onde a sanção dos crimes não é o único elemento; mostrar que

¹⁸ Afirmando os autores que “[...] o objetivo da investigação, portanto, é a punição em suas manifestações específicas, as causas de suas mudanças e desenvolvimentos, as bases para a escolha de métodos penais específicos em períodos históricos também específicos. A transformação em sistemas penais não pode ser explicada somente pela mudança das demandas do crime contra o crime, embora esta luta faça parte do jogo. Todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondam às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições, e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e conseqüentemente fiscais.”

¹⁹ De MARX *apud* SANTOS (1981, p. 42), a seguinte afirmativa: ‘O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual, em geral.’

²⁰ Assim entende Zaffaroni (1998, p. 57).

as medidas punitivas não são simplesmente mecanismos “negativos” que permitem reprimir, impedir, excluir, suprimir, mas que elas estão ligadas a toda uma série de efeitos positivos e úteis que elas têm por encargo sustentar (e nesse sentido, se os castigos legais são feitos para sancionar as infrações e sua repressão são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções). Nessa linha, Rusche e Kirchheimer estabeleceram a relação entre os vários regimes punitivos e os sistemas de produção em se efetuam [...].

Para Foucault (1997, p. 24), a punição é um instituto complexo socialmente, sendo importante analisar “[...] os métodos punitivos não como simples consequências de regras de direito, ou como indicadores de estruturas sociais, mas como técnicas que têm sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder.”²¹ Ele continua afirmando que se deve adotar uma perspectiva política e econômica em relação à punição penal, analisando-a em um prisma mais amplo nas suas relações sociais. A mediação política do sistema punitivo tende a demonstrar os objetivos econômicos específicos a que atende a punição, produzindo *corpos dóceis e úteis*. (BARATTA, 1999, p. 190).

Se os trabalhos de Rusche e Kirchheimer, e de Foucault também, não produziram resultados definitivos no plano material, em uma esfera epistemológica existem conclusões interessantes. Pode se entender que a visualização correta do cárcere somente é obtida quando se verifica sua real função na sociedade. Para definir essa função é preciso verificar em que tipo de sociedade o cárcere apareceu como pena. É um enfoque materialista – político-econômico –, diverso daquele dominante, de cunho jurídico (que quer verificar as teorias dos fins da pena, como resposta ao crime).

O enfoque materialista da punição notadamente serve de subsídio teórico às proposições deslegitimadoras do sistema penal, tal como as fazem os criminólogos críticos.

3 CONSEQUÊNCIAS DE UMA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

3.1 Falsidade do discurso penal

Externar o verdadeiro significado de sistema penal torna-se importante, pois é desse conceito que partem todas as demais análises acerca do problema do controle social. As questões aqui trabalhadas – e, também, no próximo capítulo, as soluções que se apresentam – têm um caráter de universalidade, valendo para qualquer sistema penal que se caracterize pela

²¹ No mesmo sentido, Rusche e Kirchheimer (1998, p. 18) afirmam que “[...] para a sociologia dos sistemas penais, é necessário despir a instituição social da punição de seu viés ideológico e de seu escopo jurídico, e, por fim, trabalhá-la a partir de suas verdadeiras relações.”

ilegitimidade. Entretanto, mesmo sem apresentá-la expressamente, há uma reflexão destacada para a situação do Brasil, com seu sistema penal irracional, como de resto o é em toda a região marginal, que é a América Latina.

Os homens interagem entre si. Agrupam-se e organizam-se politicamente, constituindo um poder que consiga controlar os conflitos entre os grupos que se formam neste corpo social. Todas as sociedades têm uma estrutura de poder – político e econômico –, que se estabiliza. Há os grupos que dominam e aqueles que são dominados (ZAFFARONI, 1999, p. 60), com setores mais próximos (centrais), ou mais distantes (marginais) das esferas de decisão. Existem, pois, interesses antagônicos na coletividade.

Essa centralização-marginalização em relação ao poder central gera a necessidade de um controle, exatamente para definir os papéis dos grupos sociais na divisão do poder e também para a sua própria manutenção.

O controle social é um limitador da conduta do indivíduo. Pode aparecer difuso, encoberto nas relações sociais, como, por exemplo, nos papéis da família, da escola, da igreja, dos meios de comunicação etc. O controle social também pode ser institucionalizado, explícito e estatal. Neste prisma institucional, pode ser *não-punitivo* – como são as premissas do direito privado –, pode ser *formalmente não-punitivo* – mas com uma carga de punição clara, como nas práticas psiquiátricas e nos asilos –,²² e pode ser, por último, *formalmente punitivo* situação que é verificada no sistema penal.

Nas letras de Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 62), o poder condiciona o saber, pois as formas de dominação podem funcionar como encobrimentos ou, até mesmo, como criadoras da realidade. Os detentores do poder central instrumentalizam as ideologias²³ naquilo que lhes é interessante e desconsideram o restante, construindo uma realidade estrategicamente desenhada a partir das necessidades de manutenção da posição central.

O sistema penal é a parte do controle social que aparece como punitiva e institucionalizada. Abarca desde a suspeita da existência do crime até a execução da pena. Compreende, no significado do sistema penal, as atividades do legislador, do jurista, das agências punitivas, da execução penal e até mesmo do público.

Andrade (1994, p. 123), ao tratar do tema, apresenta duas dimensões do sistema penal:

a) uma dimensão *programadora*, que define o objeto do controle – conduta delitiva – e as regras do jogo para as suas ações e decisões; que define, portanto, o seu

²² A questão das instituições totais tem destaque na obra de Goffman (1999).

²³ Aqui no sentido positivo do termo, como uma '[...] crença adotada para o controle dos comportamentos coletivos, entendendo por crença uma noção que vincula a conduta e que pode ou não ter validade objetiva.' (ABBAGNANO, Nicola *apud* ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 65).

horizonte de projeção;

b) uma dimensão *operacional* que deve realizar a repressão penal com base naquela programação normativa e decisória.

O Poder Legislativo é a fonte básica da programação do sistema penal. O Judiciário e o Executivo aplicam essa programação, efetuando a punição e o cumprimento da sanção penal, notadamente com o cárcere. Vários são os discursos do sistema penal. É um engano localizar a dogmática penal como único discurso do controle penal. Há, ainda, os discursos do Judiciário, de caráter legalista e pragmático, o discurso policial, moralizante e burocrático, e o penitenciário, que assume forma terapêutica e isolante, entre outros.

Quanto à dogmática, continua Andrade, funciona como uma instância comunicacional entre as normas penais em abstrato (etapa de programação) e as aplicações que se dão a essas normas (etapa operacional). O discurso dogmático tem uma função declarada, com duas dimensões: uma positiva/instrumental e outra negativa/racionalizadora-garantista, baseada na necessidade de segurança jurídica.²⁴

Entretanto, o que se percebe é que a dogmática penal atua como instância do sistema penal, e não como uma teoria sobre ele. Portanto, sobre aquelas funções declaradas, a dogmática penal tem outras funções veladas: justificadora e legitimadora do sistema penal. Longe da neutralidade apolítica prometida, a dogmática tem papel de instância do sistema penal, interligando a etapa programadora à operacional, tendo que justificá-lo como ideologia, em vez de funcionar apenas como análise crítica, capaz de levar o sistema a uma etapa racional-garantidora. Assim, resta comprometido o compromisso da dogmática de ser uma instância de controle do discurso penal.

Da mesma forma, percebe-se que, por trás de funções declaradas do sistema penal de manutenção da paz social, ou da tutela de bens jurídicos eleitos socialmente, existe uma função sua não declarada, qual seja a de sustentar a hegemonia de um setor social sobre o outro. Constata-se, portanto, uma falsidade no discurso do controle penal.

Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 77), mesmo entendendo generalista demais essa suposta função interna do sistema penal, verificam que o sistema penal tem uma função que se esconde por trás do discurso externo, de proteção social indistinta, em um pretensão direito penal igualitário. Entendem os autores que há uma tendência seletiva no sistema penal, que cumpre uma função

²⁴ "A função instrumental (positiva) significa, [...] uma função de operacionalização do controle penal, que converte a ciência penal dogmática em um dos instrumentos para o seu exercício efetivo de poder, ao nível judicial (ciência do controle social). A função racionalizadora-garantista, conectada a ela, significa, por sua vez, uma função de limitação do controle penal, traduzindo o compromisso da Ciência penal controlar o próprio controle que objetiva operacionalizar (ciência controladora do controle penal)." (ANDRADE, 1999, p. 126).

simbólica frente às camadas sociais marginalizadas em relação ao poder central. A sustentação da estrutura do poder social através da via punitiva é, essencialmente, simbólica.

Nessa verificação de funções internas do sistema penal, (re)produtoras de desigualdades sociais, encontra-se a constatação da falta de legitimidade do controle social penal. Questiona-se pela falsidade do sistema penal. Por legitimidade do sistema penal entende-se a característica dada por sua racionalidade.

A racionalidade do sistema penal compreende dois momentos complementares entre si, em uma perspectiva proposta por Zaffaroni (1998, p. 16 et seq.): coerência interna do discurso penal (sua fundamentação antropológica, que deve servir ao homem, não ao contrário), que significa uma não-contradição entre os enunciados deste discurso; e valor da verdade quanto à sua operatividade social (abstratamente significando buscar a adequação do meio ao fim, em função da experiência social; e em concreto determinando uma adequação operativa mínima, conforme o planejado pelo sistema).

O que se percebe é que o discurso penal não preenche tais requisitos de racionalidade, razão por que precisa buscar sua *legitimidade* ou, por outra via, sua forma de manter a hegemonia de grupos no poder institucional, em outros termos. Verifica-se, então, a utilização da legalidade formal para suprir essa ilegitimidade.

Ocorre que a legitimidade não pode ser suprida pela legalidade. A busca de legitimidade na simples constatação da existência formal da norma faz com que o direito penal assumira posição conservadora em determinados processos de manutenção de hegemonia social, preservando um sistema seletivo de criminalização.

Entretanto, o princípio da legalidade também significa que a operacionalidade real do sistema penal seria legal se os seus órgãos exercessem seu poder de acordo com a legislação penal expressa.

Ainda assim o sistema penal age fora da planificação legal, em desrespeito à legalidade. Veja-se o exemplo da cifra oculta da criminalidade²⁵. Constata-se o exercício de poderes abertamente ilícitos no sistema penal, com uma polícia corrupta, com a situação de justiça particular (chacinas) etc. Resta ausente, neste sistema ilegítimo, até mesmo a legalidade formal.

²⁵ Quanto à cifra oculta da criminalidade, ANYAR DE CASTRO *apud* CERVINI, 1995, p. 162-163, a define 'como a diferença existente entre a criminalidade real (quantidade de delitos cometidos num tempo e lugar determinados) e a criminalidade aparente (criminalidade conhecida pelos órgãos de controle), que indica, comprovadamente, acerca de alguns delitos, um percentual substancial, em que não é aplicado o sistema penal e que, em alguns casos, é praticamente absoluto, circunstância que debilita a sua própria credibilidade, ou seja, a credibilidade de todo o sistema penal.' A cifra oculta, significa, entre outras coisas, o retrato mais fiel da perversa seletividade do sistema penal, que escolhe quando, onde e contra quem atuar. A punição de alguns serve para dar cobertura ideológica à imunidade de outros agentes desviantes.

O poder do sistema penal, como controle social, vai muito além da justiça penal. A vigilância militarizada-disciplinar e vertical deste controle passa despercebida pela população e exerce poder enorme sobre todos. Tal exercício ocorre à margem da legalidade. O sistema penal, como controle social, cria vida social, para além da sua função repressora. Cria e reproduz desigualdade social, arbitrária e seletivamente.

3.2 Agressão aos direitos humanos em um sistema penal ilegítimo

O que resta, então, é um sistema penal irracional, ideologicamente comprometido com os grupos centrais. Há um discurso falso, simbólico. Ao contrário da ideologia da defesa social, a criminologia crítica aponta para a negação do sistema penal como produtor de igualdade social. Queiroz (2001, p. 63) afirma que o Direito, e o direito penal em particular, reflete uma contradição fundamental entre igualdade dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos. Tal posição foi anteriormente tratada, chegando-se à conclusão de que o direito penal é um reproduzidor de desigualdades sociais, porquanto reflete interesses dos grupos que detêm o inatingível poder político-econômico na sociedade.

A realidade operativa do sistema penal jamais poderá seguir os contornos da planificação proposta pela etapa programadora. Não é possível, assim, um sistema de controle punitivo legítimo em função de sua racionalidade. Tal característica é estrutural de todos os sistemas penais, mas é mais nítida em sistemas marginalizados em relação aos países centrais, como o Brasil e outros países da América Latina.²⁶

Resumidamente, o sistema penal cria e reforça as desigualdades sociais. Além disto, representa apenas parcelas dos interesses coletivos, tentando proteger o *status quo* social: a separação entre grupos centrais e marginais em relação ao poder.

Constitui o sistema penal uma técnica de controle social punitiva, que estigmatiza e marginaliza, sendo incapaz de prevenir o crime e tendo alto custo social. O sistema, que deveria ser produtor de justiça, contradiz essa aparência, tornando-se seletivo, atingindo apenas determinados grupos sociais marginalizados²⁷. Atrás da falsa idéia da igualdade jurídica, o sistema esconde uma desigualdade social violenta; incapaz de ser retirada pela ficção do direito.

²⁶ "A reprodução da violência, o condicionamento de maiores condutas lesivas, a corrupção institucional, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais ao exercício do poder de todos os sistemas penais." (ZAFFARONI, 1998, p. 6).

²⁷ Ao selecionar esporadicamente um membro de um grupo dominante, incidindo sobre ele uma conduta com desvio negativo, o sistema o faz apenas para manter este mesmo grupo hegemônico.

Reflexamente, o controle penal impede a inclusão social, "[...] promovendo uma degradação na figura social de sua clientela." (BATISTA, 1999, p. 26).

Tal postura agride, em diversos planos, os mais elementares direitos humanos reconhecidos. A lógica do sistema penal está totalmente em desconformidade com as exigências de cidadania. Arendt entende a construção dos direitos humanos nos conceitos de igualdade e cidadania²⁹.

Meio século se passou desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a busca continua quase utópica. Mas o fato é que esse sonho tornou-se complexo. Instrumentos legais e instituições que lutam pelos direitos humanos hoje são realidade, legitimando e fornecendo capacidade operativa a essa busca.

Em que pese o marxismo ver a questão com certa reticência³⁰, é necessário encará-la com atenção, pois somente levando o controle social para uma ótica dos direitos humanos é que haverá alguma possibilidade de legitimação do sistema penal. Afastar-se de um marxismo ortodoxo torna-se importante neste momento.

Violações encobertas dos direitos humanos, determinadas pela seletividade do sistema; e mesmo as abertas, determinadas pela arbitrariedade de seus atores, são percebidas em um sistema penal ilegítimo. Nos dizeres de Andrade (1997, p. 311-319):

Além das intervenções contingentes, há uma lógica estrutural de operacionalização do sistema penal nas sociedades capitalistas, que implicando a violação encoberta (seletividade) e aberta (arbitrariedade) dos direitos humanos, não apenas viola a sua programação normativa, mas é, num plano mais profundo, oposta a ambas, caracterizando-se por uma eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica confere sustentação.

Diversas são as agressões do sistema penal aos direitos humanos: tortura, polícia arbitrária (violência policial e abuso de autoridade)³¹, prisões ilegítimas, prazos judiciais e prisionais descumpridos, defensorias públicas sem aparato necessário para defesa dos excluídos, violência do cárcere (efeitos

²⁹ ARENDT, Hanna *apud* ARAGÃO (2000, p. 20).

³⁰ A concepção marxista de direito nega existir instâncias jurídicas que não tenham origem nas decisões estatais que, por sua vez, é determinado pelas relações de produção. Assim: 'O marxismo, como todo sistema radicalmente revolucionário, nega a realidade mesma do direito como elemento permanente da vida social'. (MASSINI-CORREAS, Carlos Ignácio *apud* ARAGÃO, 2000, p. 16).

³¹ Wacquant (2001, p. 9) apresenta uma estatística da *Human Rights Watch*, de 1992, comprovando que a Polícia Militar de São Paulo matou naquele ano 1.470 civis, contra 24 mortos pela Polícia de Nova York e 25 mortos civis em Los Angeles.

criminógenos do cárcere³¹, instituições totais, prisão como um estado paralelo, onde prevalece a violência física e mental).

Quanto à violência policial no caso brasileiro, as palavras de Wacquant (2001, p. 9) são decisivas para determinar a lógica das agressões aos direitos humanos:

Essa violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por décadas de ditadura militar, quando a luta contra a "subversão interna" se disfarçou em repressão aos delinquentes. Ela apóia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre *feras* e *doutores*, os "selvagens" e os "cultos", que tende a assimilar *marginais*, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundam.

Resta afirmar que o sistema penal é a forma mais violenta e desastrosa de intervenção do Estado na sociedade.

Uma outra conclusão pode ser tomada, no sentido de desmascarar a falsidade do discurso estatal da erradicação da pobreza como estratégia de combate ao crime. Definitivamente a questão da inclusão social, questão primeira de cidadania, resultado da apreensão do verdadeiro significado do termo *direitos humanos*,³² não pode ser encarada como técnica de combate à criminalidade. Deve ser fim em si mesma.

4 UMA BUSCA (RE)LEGITIMADORA DO SISTEMA PENAL – O PLANO POLÍTICO-CRIMINAL

Para a criminologia crítica, o sistema positivado de controle social e a sua respectiva prática oficial são os objetos do seu saber. A relação com o

³¹ Grande parte dos fatores que determinam a rotina carcerária implicam um caráter criminógeno da prisão. Bitencourt (2001, p. 158.) classifica estes fatores em *materiais* (nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos ruins para a saúde do encarcerado. As deficiências do local e da alimentação aumentam a hipótese de doenças, principalmente a tuberculose); *psicológicos* (um problema grave é verificado com o entendimento de que a prisão dissimula a mente.); e *sociais* (a segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação profunda, que torna difícil um reingresso dessa pessoa ao seu meio social.).

³² No Brasil, "[...] as duas décadas de ditadura militar continuam a pesar bastante tanto sobre o funcionamento do estado como sobre as mentalidades coletivas, o que faz com que o conjunto das classes sociais tendam a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à banditagem. De maneira que, além da marginalidade urbana, a violência no Brasil encontra uma segunda raiz em uma cultura política que permanece profundamente marcada pelo selo do autoritarismo." (WACQUANT, 2001, p. 10).

sistema é crítica. Com Baratta (1999, p. 215), a idéia de que a tarefa primeira da criminologia crítica:

[...] não é realizar as receitas da política criminal, mas problematizar a questão criminal, o sistema penal, mecanismos de seleção, enfim, uma análise político-econômica da situação, para avaliar as respostas possíveis a situações sociais postas, formulando uma construção alternativa dos problemas sociais ligados ao fenômeno da criminalidade.

Desta forma, é normal que nem sempre o estudo crítico tenha respostas imediatas ao problema criminal, como falsamente existia na criminologia de base etiológica. A (re)construção dos fatos sociais a médio e longo prazo faz-se importante, para que existam respostas reais e justas aos problemas dos desvios negativos. Segundo Pimentel (1983, p. 44), a criminologia crítica é dialética, porquanto está voltada para a problematização dos mecanismos instituídos pelo poder socialmente dominante.³³

Quadros sociais que escapam das análises criminológicas tradicionais são reconhecidos pela postura crítica, “[...] cujo papel preponderante é o de denunciar as situações problemáticas [...] ‘que se opõem a um quadro geral de valores com o qual é incompatível’.” (PIMENTEL, 1983, p. 40). Deve a criminologia apresentar-se à política criminal, no intuito de completar o ciclo de investigação a que se propõe.

Importante definir o plano de atuação político-criminal, verificando qual sua relação com a criminologia crítica e como funciona sua atuação no sistema penal.

Por política criminal devem se entender os princípios que orientam a ação política de combate ao crime. Tal técnica oferece valores ao legislador e/ou intérprete do direito, para melhor justificar politicamente as escolhas estatais no combate ao crime.³⁴

O conceito de política vincula-se ao poder. Na realidade, o poder político é inerente à vida social. Em uma perspectiva do poder político como coação que não é a única possibilidade é importante verificar nas construções normativas “[...] a função social que o Direito e o Estado têm na reprodução do sistema econômico e da ideologia predominante.” (ROCHA, 2000, p. 13). Na criminologia crítica, então, a importância desta verificação é crucial para o entendimento de suas propostas teóricas.

³³ Nas letras de LYRA FILHO, Roberto *apud* PIMENTEL, 1983, p. 44: ‘O itinerário da criminologia crítica, atualmente em foco, deverá consumir-se, a meu ver, em criminologia dialética. Nesta evitando-se tanto a alienação, quanto o comprometimento cego numa *práxis* acrítica, poderá ser visto o que ocorre, não só no palco, mas também nos bastidores da filosofia, da ciência e da política criminal.’

³⁴ Nos dizeres de Reale (1990, p. 557-560): “O jurídico é, antes de tudo, político, porque fruto de uma tomada de posição diante de um fato social”.

O exercício do poder político não é um fim em si mesmo e, também, não se funda mais no poder físico, senão na manipulação lógico-simbólica, na organização do consentimento que proporciona aceitação da dominação. O Estado detém o monopólio da repressão física institucional, ao que tenta legitimá-la apresentando-a como decorrente do interesse popular (POULANTZAS, 1977, p. 221). A idéia de bem jurídico a ser protegido pelo Estado passa necessariamente pelo contexto de legitimação da força coercitiva estatal, cerne da questão do exercício do poder político.

Política criminal pode ser compreendida, então, como o poder político de eleger o que é crime e como punir. Para Delmas-Marty é o "[...] conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal."³⁵

A relação entre a criminologia, a política criminal e o direito penal deve ser entendida como de interdependência. Cada uma das searas de conhecimento tem autonomia de métodos, objetos e fins, mas, torna-se importante a constituição do que Gomes denomina *uma ciência penal global*.³⁶ Roxin (2000, p. 20) demonstra como deve ser essa relação proposta, afirmando que:

De todo o exposto fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana.

A política criminal, respeitando os princípios garantistas reconhecidos historicamente pelo Estado democrático de direito, deve dirigir a vontade das etapas do sistema penal: do plano programador e do plano operacional. Somente assim o campo jurídico terá condições de avançar em termos de promoção de justiça social.

Esse espaço político-criminal, que se propõe diretor da vontade jurídica, deve ter sua fundamentação em uma etapa anterior, que se encontra nos estudos criminológicos. Transformar o conhecimento obtido pela criminologia em exigências político-criminais, para depois afirmar tais exigências nos planos programadores e operacionais do sistema penal, é fundamental para uma postura legitimante do controle punitivo. (GOMES, 1997, p. 26).

Curiosa é a postura de Dias, que pensa não ser possível a relação criminologia/política criminal, em uma postura crítica do estudo criminológico:

³⁵ DELMAS-MARTY *apud* ROCHA, 2000, p. 21.

³⁶ Invocando os ensinamentos de Liszt, Franz von *apud* GOMES, 1997, p. 26, ao afirmar que há uma relação de complementariedade entre todas as ciências criminais, não se justificando o estudo delas em separado. Seria este o caminho mais acertado para o penalista moderno.

Uma concepção “radical” (ou exasperadamente “crítica”) da criminologia acabará inevitavelmente por estabelecer um relacionamento inaceitável (como do texto se concluirá) entre aquela ciência e a política criminal: quer ele se traduza numa posição de supremacia da criminologia face à política criminal; quer se traduza, antes, inversamente e todavia não longe do mesmo pensamento fundamental, em dissolver a criminologia na (numa certa) política criminal; ou, noutra interpretação, em estabelecer entre as duas ciências uma unidade, irmanadas como se encontrariam na tarefa comum de transformação da sociedade capitalista [...]. A crítica fundamental que se deve dirigir a toda esta orientação – todavia ainda hoje profundamente disseminada, como se deve reconhecer, na América Latina – é a de confundir a verificação exata de que também a ciência criminológica não é politicamente asséptica e possui os seus supostos básicos subjacentes, com uma missão “revolucionária” da criminologia que [...] não deve ser aceita nos quadros de um Estado de Direito.³⁷

É de se notar, na transcrição acima, a tendência de um direito penal baseado no não-questionamento do controle penal. Entretanto, um sistema penal apoiado nesta postura ideológica resta comprometido em sua legitimidade. A criminologia crítica pode, e deve, interferir valorativamente na política criminal. A idéia é exatamente esta: a busca de uma política criminal para os excluídos, para aqueles que são clientela preferencial dos processos perversos de seleção de criminalização.

Em que pese a existência de respostas à questão criminal em esferas radicais³⁸, ou em mecanismos de fuga³⁹, o plano político-criminal parece o mais adequado para tratar o problema. A idéia é construir uma política criminal democrática, que respeite o ser humano enquanto tal, que questione o sistema penal por ser estigmatizante, marginalizante e seletivo – e que caminhe para além da esfera punitiva.

Para Baratta (1999, p 213-214), a aproximação para um modelo teórico de política criminal e de reforma penal pode significar duas coisas bastante distintas. De um lado, pode existir um critério pragmático de busca de eficiência e praticidade no sistema penal, sem que haja alterações no seu corpo teórico. Fruto de concepções de uma criminologia tradicional, auxiliar do direito penal, tal racionalização do sistema penal não atende aos anseios da criminologia crítica, sendo mais um reflexo da ideologia positivista.

³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa *apud* DIAS, 1999, p. 47.

³⁸ Notem-se os movimentos da *abolição* e, em sentido radicalmente inverso, os da *lei e da ordem*.

³⁹ Expostos por Zaffaroni (1998, p. 80-84): nas práticas epistemológicas de negação da deslegitimação (que se pode dizer em posições positivistas, de modo geral); nas fugas para o retribucionismo (em buscas dos fins retributivos da pena, principalmente em estudos filiados a Kant e Hegel); ou ainda afirmando pela funcionalidade burocrática da agência judicial.

Ainda segundo Baratta, o outro significado dessa busca pela política criminal, a que corresponde os pensamentos criminológicos críticos, é a perspectiva racional de superação do sistema penal. É uma racionalidade crítica, não estática e que respeita a lógica do real, da justiça social. É uma dinâmica de contradição dialética do sistema penal, problematizando-o e pensando soluções fora desse controle punitivo. A busca é por priorizar políticas sociais para tratar a questão da criminalidade.

A verificação de técnicas de controle social não-punitivas é essencial para o sucesso de uma política criminal voltada para os marginalizados. Tais políticas sociais oferecem um menor custo social, ao encararem o problema da criminalidade com técnicas de prevenção ao crime de caráter primário.

A criminologia trabalha a idéia de prevenção em três faixas de atuação (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 336): *prevenção primária*, *prevenção secundária* e *prevenção terciária*. A *prevenção primária* atua na raiz do conflito, neutralizando o crime antes dele ocorrer, a médio e longo prazos. São políticas públicas que dão capacidade para o cidadão se organizar socialmente e assim superar conflitos criminosos. Entretanto, a sociedade é manipulada para querer soluções rápidas para o problema, e o poder político cai nesse populismo inoperante. Pouco se faz em termos de prevenção primária ao crime.

A *prevenção secundária*, por seu turno, atua depois do crime ocorrido, a curto e médio prazo. Consiste em pensar a prevenção policial, o controle dos meios de comunicação, a ordenação urbana e a legislação penal, entre outras técnicas. Orienta-se para alguns grupos, que ostentam maior perigo de protagonizar o problema criminal, e não é muito eficaz. Por fim, a *prevenção terciária* dirige-se ao recluso. São as políticas penitenciárias que trabalham a idéia de ressocialização e punição. Consiste em uma intervenção tardia e insuficiente que, por si só, não atinge bons resultados.

A percepção é que segurança e proteção social pouco têm a ver com proteção penal e com aumento de um direito penal repressivo. O controle real da criminalidade sai da esfera do sistema penal, buscando amparo nas políticas públicas sociais, nas políticas de prevenção primária ao crime. Sobre o tema assim se expressa Alves (1995, p. 301-302):

A política criminal somente deve existir e sobretudo ser aplicada em função de uma ampla política social planejada, programada, não podendo existir independentemente desta. É um seu capítulo importante, não sendo algo isolado de uma política geral do Estado, sob pena de não atingir, de falhar em sua finalidade. Situa-se, assim, tal política, como uma prevenção social da criminalidade antes de sua formulação em termos científicos ou jurídicos, em termos de prevenção geral e especial da delinquência ou, ainda, nos seus aspectos práticos de legislação positiva e de ciência penitenciária, de execução de pena.

Pouco se pode esperar de um modelo de controle social repressivo, que somente atua de modo superficial, individual e de forma local.⁴¹ Um Estado democrático de direito que prega o respeito à cidadania, aos direitos humanos, ao combate às desigualdades sociais não pode lançar mão de uma forma de controle penal, que institucionaliza a violência e a arbitrariedade, sem que antes tenha tentado o referido controle social através de políticas sociais agregadoras e construtoras de cidadania.

O direito penal tem elevado custo social, por vezes irreversível, para a vítima (vitimização primária e secundária⁴²), para o criminoso (estigmatização) e para a sociedade (pânico, agressão aos direitos humanos). Uma política de transformação da realidade do sistema penal deve pautar-se em valores constitucionais e alcançar setores populares, não podendo considerar o direito penal como principal objeto. Pelo contrário, o Direito Penal, neste plano democrático, deve restar subsidiário.

Entretanto, o Estado se omite em várias frentes de atuação social necessárias e depois vem, tardiamente, reprimir o conflito social através do controle penal repressor e arbitrário. O uso do direito penal é só um meio, não o único ou mais importante, mas apenas subsidiário, para a realização dos fins constitucionais confiados ao Estado democrático de direito. Edmundo Mezger já afirmava que uma boa política social ainda hoje é melhor que uma política criminal.

A atenção aos direitos humanos merece destaque na construção de uma política criminal racional. Se de um lado torna-se importante emprestar um limite à violência institucional, abertamente ou não ilícita (função negativa dos direitos humanos), por outro, a lógica dos direitos humanos deve dar objeto à tutela penal (função positiva). Uma reforma total e imediata deve se proceder na lógica discursiva dos sistemas penais, principalmente daqueles nos quais essas agressões aos direitos humanos sejam tão graves e visíveis, como é o caso do Brasil e de outros ordenamentos latino-americanos.

⁴¹ Mesma posição tem QUEIROZ (Eficientização ...) sobre o tema.

⁴² Descrevendo a situação brasileira, Wacquant (2001, p. 8) afirma que "[...] o crescimento espetacular da repressão policial nesses últimos anos permaneceu sem efeito, pois a repressão não tem influência alguma sobre os motores dessa criminalidade que visa criar uma economia pela predação ali onde a economia oficial não existe ou não existe mais." Conclui o autor (p. 9), apresentando a particularidade brasileira de não ver a insegurança criminal atenuada com a repressão opressiva das forças policiais, visto que o uso rotineiro da violência letal e o recurso da tortura geram um clima de terror entre as classes populares, alvos primeiros do controle penal.

⁴³ Sobre *vitimização secundária*: "[...] ao contrário do aspecto racional, que seria o fim do sofrimento ou a amenização da situação em face da ação do sistema penal repressivo estatal, a vítima sofre danos psíquicos, físico, sociais e econômicos adicionais, em consequência da reação formal e informal derivada do fato. Não são poucos os autores a afirmarem que essa reação traz mais danos efetivos à vítima do que o prejuízo derivado do crime praticado anteriormente." (CALHAU, 2000, p. 62).

Nesta perspectiva, torna-se clara a necessidade de uma reformulação dos atores do sistema penal: *polícia* mais aberta ao diálogo (é necessária uma polícia militarizada?), *Judiciário* mais eficiente, *legislador* mais técnico e menos populista, *vítima* mais participante da questão penal, *comunidade* integrada na discussão do problema da criminalidade, *sistema carcerário* mais responsável etc.

A constatação do insucesso da prisão, como instituição punitiva e, de acordo com o falacioso discurso oficial, ressocializadora, também faz-se urgente. Entender o fracasso da prisão e trabalhar formas substitutivas de punição é importante em uma perspectiva crítica. A questão prisional não se restringe apenas à problematização do local de cumprimento da pena. É a própria forma de punição que deve ser questionada. Há mais de cem anos Liszt constatou o fracasso da pena privativa de liberdade.⁴³

É tempo de reavaliar o trabalho e a educação no cárcere, discutir de forma responsável a ressocialização dos condenados. Entretanto, a história da prisão demonstrou ser totalmente paradoxal a relação entre a pena privativa de liberdade e a reintegração ressocializadora da pessoa ao seu meio social. Nas letras⁴⁴ de Thompson (2000, p. 5), “[...] punir é castigar, fazer sofrer. A intimidação, a ser obtida pelo castigo, demanda que este seja apto a causar terror. Ora, tais condições são reconhecidamente impeditivas de levar ao sucesso uma ação pedagógica.”⁴⁴

O caminho proposto deve ser o de substituição, gradual e contínua, da pena privativa de liberdade por outros modelos punitivos com características menos criminógenas. A busca deve ser por formas de punição que atendam melhor aos anseios múltiplos que se criam em torno da questão criminal: do condenado que quer dignidade, da sociedade que quer segurança e paz, da vítima que quer restituição.

A idéia é o agente, a vítima, a sociedade e o Estado entenderem a pluralidade de expectativas quanto ao crime. O entendimento de que o fenômeno da criminalidade gera uma série de compreensões diferentes pelos variados atores do sistema penal é fundamental para uma análise crítica do problema.

A postura da sociedade diante da criminalidade deve ser a de tomar posição ativa na discussão do problema e das possíveis soluções, entendendo a perversidade seletiva e estigmatizante do sistema penal. A busca por uma política criminal alternativa deve ser de toda a coletividade, não podendo permanecer apenas na esfera estatal.

⁴³ Uma leitura interessante do sistema carcerário é promovida por um leigo, Dráuzio Varela (*Estação Carandiru*), que trabalhou com detentos na Casa de Detenção de São Paulo, o complexo do Carandiru, e narrou a brutalidade que é o funcionamento do presídio, com seu estado-paralelo.

⁴⁴ Ao que completa Thompson (2000, p. 10) com a seguinte afirmação: “E à pergunta: alguém já conseguiu fazer prisão punitiva ser reformativa? A experiência penitenciária, de mais de cento e cinquenta anos, responde: não, em nenhuma época e em nenhum lugar.”

Um novo modelo de justiça penal tem que ser pensado⁴⁵. Talvez o paradigma integrador, de conciliação/reparação, torne-se interessante. Ele pode vir a abaixar o custo social dos efeitos do controle social. Há menor estigmatização nesse modelo de justiça restaurativa, que tem um cunho comunitário e pacificador.

O certo é que deve haver uma contração do sistema penal. Reduzir o direito penal é um imperativo de racionalidade e de justiça social em um Estado democrático de direito. Tal postura deve servir como orientação e limite ao poder punitivo estatal.

Os estudos que defendem a contração do direito penal partem de argumentos baseados na ilegitimidade do sistema penal, dos quais também partem os abolicionistas.

Entretanto, será que funcionaria abolir o sistema penal? Mas o que viria para o seu lugar? Possivelmente outra forma de controle social repressora, mas talvez sem algumas garantias que, mesmo sem racionalidade, o direito penal ainda pode oferecer.

Melhor, então, é ter um direito penal de conformidade com a Constituição: subsidiário, democrático, que se limite minimamente a situações especiais de absoluta necessidade e que seja garantidor das liberdades individuais.

Ocorre que um direito penal mínimo não é a solução em si mesmo, mas apenas uma parte pequena da resolução do problema. Para um controle penal racional, o importante é ter um controle social não punitivo anterior, que seja

⁴⁵ Três seriam os modelos de reação ao crime (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 373 et seq.):

- O *paradigma dissuasório* clássico, com um modelo intimidador. Seria uma imagem retribucionista. Entretanto, a severidade do castigo não se traduz em perfeita intimidação. Outras variáveis tornam o tema complexo. A prevenção é muito mais que simples intimidação. Há, neste modelo, o enfrentamento simbólico do Estado com o criminoso. Nele, a vítima e sociedade não participam ativamente da questão.

- O *paradigma ressocializador* tem como objetivo reinserir socialmente o criminoso. Há, pretensamente, uma intervenção positiva no condenado. Do efeito preventivo intimidatório, passa-se para um impacto ressocializador e preventivo no condenado. Assume a natureza social do problema. Entre acertos e críticas ao modelo ressocializador, percebe-se uma crise: quer-se apenas impor um sentido funcional de adaptação do condenado à sociedade, ou quer-se promover verdadeiras mudanças morais nele? Qual o grau de identificação com os valores apreendidos que se pode exigir do condenado: somente uma atitude externa de adaptação, ou arraigamento desta pauta de valores? Para qual sociedade se reeduca? A atitude ressocializadora é uma utopia no meio carcerário. É impossível organizar retribuição com ressocialização.

- O *paradigma integrador*, que vincula a conciliação e a reparação. A proposta é satisfazer outras expectativas do crime, que iriam além do discurso oficial estatal: da vítima, da sociedade e do condenado. Tal modelo abaixaria o custo social, dada a sua menor estigmatização e por se tratar de uma justiça restaurativa e pacificadora. Trabalha gradualmente uma idéia de desinstitucionalização do problema criminal. Tem a qualidade de levar a comunidade a um papel ativo na solução do problema, em uma postura comunitária. Os Juizados Especiais, no Brasil, mesmo com seus equívocos, é um bom exemplo.

eficiente e que intervenha nas causas do crime/conflito, evitando o processo de marginalização social. Ao sistema penal, como um todo, caberia apenas um papel subsidiário.

Para Zaffaroni (1998, p. 40 et seq.), um discurso minimalista, em uma perspectiva iluminista de racionalidade do Direito Penal, nunca se confirmou. Existe um direito penal genocida na América Latina, com ilegitimidades e ilegalidades. A exigência minimalista é um imperativo de legitimidade diverso da lógica racional iluminista.⁴⁶

Diversas seriam as técnicas político-criminais hábeis a promover uma minimalização do direito penal: diversificar os procedimentos, desinstitucionalizar o sistema, descriminalizar, ou despenalizar condutas socialmente selecionadas. Da mesma forma, inúmeros são os obstáculos colocados à tal contração: fatores sociais em uma sociedade conflituosa e a relutância de determinados grupos sociais, legalidade, profecias auto-realizáveis e indignação moral, imagem salvadora do Judiciário e da lei penal, políticas legislativas populistas e imediatistas, novas formas de criminalidade cifra dourada, crimes financeiros, ambientais e econômicos, mídia irresponsável⁴⁷ etc.

Um direito penal mínimo e garantista deve ser proposto. Deve haver um garantismo negativo, que forneça limite ao poder punitivo, mas também um garantismo positivo, que assegure condições para a coletividade e cada um poder desenvolver suas potencialidades e viver dignamente, com a realização dos direitos sociais.

Em resumo, estes devem ser alguns dos postulados de uma política criminal baseada em uma postura crítica da criminologia. Uma política criminal que não se reduza a substitutivos penais, ou que fique limitada apenas ao âmbito punitivo do Estado. Antes, deve ser uma política transformista e que almeje mudar a triste realidade social trazida pelo problema da criminalidade. Deve ter posturas críticas quanto ao direito penal, relegando-lhe apenas um caráter subsidiário, por ser um controle que tem na sua essência a produção da desigualdade social. A busca deve ser sempre rumo à superação do direito penal. Deve, por fim, valorizar políticas sociais que possam trazer cidadania e verdadeiras soluções à questão do desvio social negativo.

⁴⁶ Zaffaroni não pensa relegitimar o sistema penal (tentativa vista por ele como impossível), querendo somente torná-lo controlável em sua seletividade. O direito penal é a programação das agências judiciais e existe, pois é menos doloroso que outras técnicas de controle social punitivas.

⁴⁷ É importante trabalhar a opinião pública de forma responsável, mostrando a perversidade do atual modelo de sistema penal que temos. Parcelas da mídia devem deixar de manipular o sistema penal. Deve-se romper com o pânico social. (CERVINI, 1995, p. 85 et seq.).

5 CONCLUSÃO

A criminologia crítica rompeu com uma série de paradigmas no estudo criminológico. Houve a desmitificação do paradigma positivista, mas restrições existem a esta criminologia. Algumas formulações, segundo García-Pablos de Molina (2000, p. 294-295), têm déficits empíricos e desmedida carga especulativa, com pretensões generalizadoras sem fundamento. Afirmam, ainda, que há uma explicação apenas setorializada do fenômeno criminal. Terminam, considerando que a criminologia crítica coloca o problema em um abstrato âmbito filosófico-político, não suscetível de verificação empírica.

Entretanto, a par de algumas das objeções serem válidas, talvez não seja pretensão da criminologia crítica analisar a totalidade do fenômeno criminal, tarefa que parece ser impossível. A proposta parece ser outra: levar o estudo criminológico a sair de suas premissas fechadas no próprio método e demonstrar que o estudo do fato social crime não pode ser realizado, seja em que matriz teórica for, sem uma contextualização maior e mais completa das estruturas da sociedade.

Os criminólogos devem compreender as forças sociais que moldam os seus estudos. Tal postura não foi tomada pela criminologia tradicional em virtude das implicações políticas que poderiam advir desta tomada de posição. (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 57).

A criminologia crítica seria, portanto, uma forma de expressão da consciência crítica, resultante de uma tomada de posição filosófica que almeje o questionamento. Nesta linha, interessa a verificação de Gauer (1999, p. 18): "[...] a violência dos poderosos recebe uma crítica que se esgota no discurso inócuo. A violência dos fracos, por outro lado, é punida concretamente [...]. Neste sentido, é fundamental que se pense sobre a violência institucionalizada como característica da sociedade moderna."

Pretende-se um estudo comprometido com a abolição das desigualdades sociais, advindas dos conflitos por riqueza e poder. O compromisso é com a transformação da estrutura social, demonstrando a perversidade seletiva do sistema penal.

Quanto mais desigual socialmente for a coletividade, mais necessidade ela terá do direito penal. Promover um descomprometimento do sistema penal para com os detentores do poder criminalizador é fundamental. A constatação de Zaffaroni (1998, p. 27) é conclusiva para ilustrar toda a perversidade do discurso penal atual e dominante:

Resta clara a noção de que o sistema penal é extremamente seletivo no combate ao crime. Desde a elaboração de normas proibitivas de condutas, até a punição judicial de criminosos, há uma perversa seleção de agentes que irão sofrer a efetivação da sanção penal. O *status quo* que impera no combate à criminalidade é

alarmante. No intuito de manter calma a desinformada sociedade, direciona-se a punição a determinadas condutas (com doses altíssimas de publicidade) e cria-se a idéia de que a criminalidade está controlada. Falsa ilusão simbólica, porquanto a mais perversa e destruidora forma de criminalidade, a de cunho econômico, está a proliferar-se, sem que os órgãos estatais previnam e combatam tais formas de delito. A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo (*sic*) legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem.

Referências Bibliográficas

ALVES, Roque de Brito. *Ciência criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: SANTOS, Rogério Dutra dos. *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*: elementos para a compreensão da atividade repressiva do estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 23-56.

_____. Dogmática e controle penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p. 121-136.

_____. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br>>

_____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997.

ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos humanos na ordem mundial*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 13, p. 61-76, jan/jun. 2000.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução de Eliana Granja et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. 20. ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1997.

FURTER, Pierre. *Educação e reflexão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1968.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel José Chittó; GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 13-36.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e política criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Introdução, análise criminológica e a lei brasileira de "combate" ao crime organizado. In: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e política criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 17-176.

GUSTIN, Miracy Barbosa Souza. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HUSLMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas; o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. *Dos crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Niterói: Luam, 1993.

LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política: livro I*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario*. Bologna: Il Mulino, 1977.

PEARSON, Geoff. A sociologia do desajuste e a política de socialização. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). *Criminologia crítica*. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 177-202.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

POULANTZAS, Nico. *Poder político e classes sociais*. Tradução de Francisco Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal; introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Eficientização do controle social não penal*. Disponível em <<http://www.direitocriminal.com.br>>

QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). *Criminologia crítica*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 221-248.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Tradução de Naranjo Vallejo. Bogotá: Têmis, 1978.

ROCHA, Fernando Antônio N. Galvão da. *Política criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SANTOS, Rogério Dutra dos. *Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do estado*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 23-56.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). A criminologia crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectiva. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). *Criminologia crítica*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 1-72.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VARELLA, Dráusio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DESATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES QUANTITATIVAS DO CONSUMIDOR LIMITAÇÃO, AGREGAÇÃO E CONSUMAÇÃO MÍNIMA

PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Limites quantitativos máximos para produtos em promoção – 3 Limites quantitativos mínimos para aquisição de produtos – 3.1 Abuso do varejista na agregação de produtos – 3.2 Abuso do fabricante na agregação de produtos – 4 Consumo mínima – 5 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

Exemplo eloquente de positivação principiológica no ordenamento nacional, o Código de Defesa do Consumidor CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) destaca o *atendimento das necessidades dos consumidores* como sendo o primeiro objetivo expresso e imediato que deve nortear a Política Nacional das Relações de Consumo – PNRC (*caput* do art. 4º).

É patente que, para o real atendimento às necessidades do consumidor, a preocupação do legislador é dirigida tanto para o aspecto qualitativo quanto para o *quantitativo* dos produtos e serviços oferecidos.

Como consequência de nossa vigente principiologia consumerista (cuja efetividade é buscada em diversos dispositivos específicos do CDC), vemos que ao consumidor deve ser assegurado o direito de adquirir produtos na medida exata de sua vontade livre, sendo, pois, questionável qualquer prática comercial que o leve a adquirir mais ou menos do que cogitado em sua disposição inicial ou que o induza a supor equivocadamente acerca do real quantitativo do bem em oferta.

Com espreque no objetivo legal de *atendimento das necessidades dos consumidores*, porém focando apenas a sua vertente quantitativa, buscaremos adiante destacar e ilustrar algumas hipóteses de abusividade de práticas comerciais, especialmente em relação a *produtos*, que impliquem a imposição de limites mínimos ou máximos de consumo ou que apresentem vício de informação.

2 LIMITES QUANTITATIVOS MÁXIMOS PARA PRODUTOS EM PROMOÇÃO

É prática comum nas redes varejistas a utilização de produtos em *chamariz*¹, muitas vezes com preços inferiores ao custo para venda, como forma de aumentar o fluxo de consumidores nos respectivos estabelecimentos e, assim, *alavancar* a venda dos demais produtos que comercializam.

Nesses casos, o fornecedor, não raro, procura limitar a quantidade de produto a ser adquirido por cada cliente.

Tal prática é viciosa, artificial, de vantagem ilusória ao consumidor, danosa à coletividade de consumo e, não sem razão, é rechaçada pelo inciso I do art. 39 do CDC².

O problema é que a lesividade desse tipo de conduta apresenta-se de tal sorte dissimulada que muitos incluindo consumidores, doutrinadores e entidades de defesa têm dificuldade em perceber seu alcance e por conseguinte, em combatê-la eficazmente.

Vestindo pele de cordeiro, argumentam os fornecedores (que praticam a limitação) que certas restrições quantitativas se justificariam pela circunstância especial, temporária e promocional das próprias ofertas que, em razão da limitação de seus estoques, seriam aptas a satisfazer às demandas de um maior número de interessados e a evitar em face da grande atratividade das condições de aquisição que atravessadores (fornecedores concorrentes) adquirissem a maior parte do que se oferece, em prejuízo da ordem econômica e dos consumidores destinatários finais. Em outras palavras, estar-se-ia simplesmente permitindo que um maior número de pessoas fosse *beneficiado* pelos produtos em oferta.

O argumento é tão conveniente quanto falso, apesar de infelizmente ainda sensibilizar parte da população de consumo.

Com efeito, muitas pessoas motivadas por uma equivocada sensação de socialização de *benefícios* porém assoladas por um inconsciente egoísmo supõem que, de algum modo, o consumidor mais diligente e atento deverá se beneficiar em busca dos melhores preços em cada estabelecimento, sem se preocupar em formar estoques e, assim, um grande número de pessoas poderá *desfrutar* das melhores ofertas. Nessa linha, todo consumidor deveria *evoluir*, pesquisar e procurar adquirir as chamadas *superofertas*.

Ao buscarmos uma visão macro ou coletiva do mercado, é fácil perceber a fragilidade desse raciocínio, a perversidade do *marketing* do chamariz e a falácia que se apresenta à coletividade de consumo.

¹ O termo também é utilizado por Nunes (2000, p. 485, nota de rodapé).

² Constitui prática abusiva, conforme o inciso I: "condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos."

A estratégia empresarial de oferta em *chamariz* é obviamente amparada pela formação dos demais preços ou serviços – esses não subsidiados – oferecidos pelo fornecedor. Do mesmo modo que se vendem os produtos promocionais, também são vendidos os outros (de certa forma encarecidos para *bancar* a ausência de lucro dos primeiros). Não se pode pensar nos consumidores isoladamente, tampouco supor a existência de legiões de consumidores pseudo-conscientes percorrendo as cidades incansavelmente em busca de *superofertas*.³

Ora, não é papel do fornecedor praticar benevolência. Seu objetivo legítimo, diga-se de passagem, é obter lucro em sua atividade. A imposição de limite quantitativo de aquisição para seus clientes seria, vista em si, uma verdadeira negação da sua natureza de pessoa mercantil. E tudo aquilo que nega sua própria natureza é artificial, fruto de prática distorcida e que, como tal, deve ser banida como estratégia de captação de consumidores.

Não houvesse artificialidade, o fornecedor ficaria satisfeito se poucos clientes adquirissem todo seu estoque. Tampouco se importaria se, em meio a consumidores finais, tivesse ele outros fornecedores como clientes.⁴

Assim é que o argumento conveniente e subjetivo de restrição quantitativa em razão de *limitação de estoque* esbarra no inciso II do art. 39 do CDC, expresso em determinar o “[...] atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque [...]”

Em senso contrário, pode-se apontar uma das hipóteses de *justa causa* (inciso I do art. 39 do CDC) para fornecimento com limitação quantitativa: a ausência de estoque suficiente a atender a pretensão de consumidor atraído pela oferta. Exemplificando: atraído por oferta publicitária, um consumidor dirige-se a determinado estabelecimento objetivando adquirir certo número de unidades de algum produto, sendo que o fornecedor não dispõe de tal quantitativo em estoque. Nesse caso, não estará o comerciante, em tal momento e circunstância, obrigado a indenizar o consumidor ou a buscar junto ao produtor (ou na concorrência) a complementação da quantidade, pois encontra-se amparado por *justa causa* para o não-atendimento às necessidades do consumidor.

Por se tratar de elemento *restritivo* aos interesses do consumidor, a

³ Poder-se-ia imaginar um desperdício estúpido de tempo coletivo, caos nos trânsitos, filas em caixas etc. Mas, na verdade, a hipótese é absurda já que se isso viesse a acontecer não se praticaria mais atividade promocional de tal jaez, pois o *chamariz* para aquisição dos produtos lucrativos não estaria funcionando...

⁴ De qualquer forma, é legítimo que o fornecedor ofertante crie restrições a eventuais clientes que também sejam fornecedores. É que, nestes casos, não há relação de consumo amparada pelo CDC, mas uma relação tipicamente mercantil. Porém não é lícito ao ofertante presumir que determinado cliente seja também fornecedor: para que se justifique recusa no atendimento à demanda de quem busca seu produto em oferta é ônus do ofertante demonstrar a qualidade de não-consumidor do interessado.

configuração da presença de *justa causa* deve ser interpretada restritivamente, fundada em razões objetivas e de fácil comprovação. É o que ocorre na hipótese acima referida (em que se extrai a legitimidade da recusa ao atendimento quantitativo da demanda do consumidor por insuficiência de estoque).

Ressalvada a insuficiência de estoque, a imposição de limite quantitativo somente será legítima em razão de força maior (por exemplo, *acionamento imposto por ato ou norma do poder público*), e nunca como critério exclusivamente de *marketing* ou *chamariz* comercial. De idêntica forma pensa Saad (2000, p. 389) quando assevera que “Só se justifica a recusa do fornecedor de entregar ao consumidor o produto procurado quando se determinar, legalmente, seu *acionamento*.”

Assentado nos mesmos fundamentos, o Procon Estadual de Minas Gerais fez expedir a Nota Técnica 01/2004, da nossa lavra, dirigida ao Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, assim ementada:

1. Constitui prática abusiva prevista no art. 39, I, do CDC, a imposição de limitação quantitativa para aquisição dos produtos em oferta pelo comércio varejista ao consumidor. 2. Somente haverá *justa causa* para recusa do fornecimento da quantidade pretendida pelo consumidor em caso de ausência de estoque que a tanto baste ou na hipótese de *acionamento* imposto pelo poder público. 3. A eventual recusa do fornecimento da quantidade desejada somente será legítima se o fornecedor-recusante demonstrar que o adquirente não é o destinatário final do bem, ficando afastada, neste caso, a configuração de uma relação jurídica de consumo.

A subprecificação, causa da limitação quantitativa, como todo *pau que nasce torto*, impõe uma série de inconvenientes aos consumidores: uns, após grandes distâncias e tempo vencidos, são surpreendidos pelo óbice abusivo que os impede (sem qualquer possibilidade prática de indenização) de satisfazerem quantitativamente suas demandas; outros, como se criminosos fossem, são constrangidos a retornar disfarçadamente ao estabelecimento até obter a quantidade de produto de que necessitam (ou, por vezes, desmembram o total da compra entre familiares).

A mercadoria em *chamariz* (com subpreço) fica em posição diametralmente oposta à do produto que apresenta de forma sadia um bom preço de mercado: este, ao contrário do primeiro, é fruto da racionalização da margem de lucro e da concorrência leal, sendo que jamais interessa ao fornecedor impor limites para sua aquisição.

Registre-se, por oportuno, que o inciso VI do art. 7º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, tipifica como crime contra as relações de consumo a conduta consistente em “sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação.” Noutro giro, a prática de subprecificação pode ainda

caracterizar ilícito concorrencial.

3 LIMITES QUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA AQUISIÇÃO DE PRODUTOS

Semelhante abuso se configura na situação do avesso: a imposição de limites quantitativos mínimos para aquisição ou consumo de bens.

Ao mesmo fundamento da conhecida *venda casada*⁵, esse tipo de prática abusiva ora pode ser de responsabilidade preponderante do varejista, ora do produtor.

O prejuízo oriundo dessa prática é grave, já que o consumidor que se vê compelido a comprar produto em quantidade superior às suas necessidades, além de ter diminuída a sua capacidade de aquisição de outros itens de interesse, não raro assiste impotente ao perecimento ou à subutilização do excesso adquirido.⁶

Tratando-se de limite quantitativo mínimo, é absolutamente descabida qualquer invocação de justa causa. Como diz Benjamin (2000, p. 324):

[...] o fornecedor não pode obrigar o consumidor a adquirir quantidade maior que as suas necessidades. Assim, se o consumidor quer adquirir uma lata de óleo, não é lícito ao fornecedor condicionar a venda à aquisição de duas outras unidades. [...] O consumidor sempre tem o direito de, em desejando, recusar a aquisição quantitativamente casada, desde que pague o preço normal do produto ou serviço, isto é, sem o desconto.

O inciso III do art. 5º da Lei nº 8.137/90 considera crime contra a ordem econômica a conduta do fornecedor consistente em “sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada.”

3.1 Abuso do varejista na agregação de produtos

Para atender corretamente ao preceito do inciso I do art. 39 do CDC, que veda “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”, parece-nos imperativo que os fornecedores varejistas

⁵ A imposição de limites quantitativos mínimos pode ser comparada a uma verdadeira *venda casada*, só que de bens de mesma espécie e gênero.

⁶ Especialmente se considerarmos a situação de pobreza deste País, onde qualquer prática que estimule o desperdício deve ser prioritariamente combatida.

disponibilizem em suas *unidades legais mínimas* os produtos sobre-embalados em grupos ou acondicionados em *favos* ou *conjuntos* de embalagens, seja por agrupamento de fábrica ou ajuntamento posterior.

Por *unidade legal mínima* deve se considerar aquela que, respeitada a integridade física do produto, contenha as informações obrigatórias do fabricante (ou produtor) sobre as características, qualidade, quantidade, composição, garantia, prazo de validade, origem, eventuais riscos à saúde ou segurança, entre outros dados, inclusive aqueles decodificáveis a partir de códigos de barras, acerca da mercadoria oferecida, na exata menção do art. 31 do CDC⁷.

Assim, por exemplo, a *unidade legal mínima* relativa a um *favo* que embala seis garrafas de 200 ml de iogurte, em que cada garrafa apresente em seu rótulo as informações previstas no art. 31 do CDC, *será equivalente a uma garrafa*.

Nada impede, porém, que o varejista ofereça o *favo* à venda desde que concomitantemente disponibilize a unidade legal mínima (no exemplo, uma garrafa), sendo-lhe facultado, inclusive, fazer oferta promocional do tipo *pague 5 e leve 6*, ou então uma unidade custa R\$ 1,00 e o *favo* com seis unidades *sai* por R\$ 5,90.

Outro exemplo: imagine-se uma *cartela*, fracionável por *picote*, contendo doze chaveiros, embalados e rotulados um a um: a unidade legal mínima será equivalente a um chaveiro cujo rótulo individual contenha todas as informações exigidas em lei.

Firmada a idéia de *unidade legal mínima*, observa-se facilmente o quão torpe é a tentativa por parte de alguns fornecedores, objetivando resistir à exigência legal, de desvirtuar ou distorcer o alcance da norma. Dizendo-a às vezes inexequível, ilustram, com cinismo, algumas situações ridículas, pondo-se a imaginar, por exemplo, a obrigatoriedade de se disponibilizar à venda *um* grão de arroz, *um* palito de dentes, *uma* bolacha etc.

Mas não é só a idéia de unidade legal que rechaça essa tentativa de galhofar o tema. O CDC, do alto de seu decantado primor, baliza o atendimento às necessidades quantitativas dos consumidores em consonância “[...] com os usos e costumes” (art. 39, II).

Ora, não é usual a apresentação pelo comércio brasileiro, para oferecimento a consumo, de *um* palito de dentes, *duas* azeitonas ou *quatro* grãos de feijão.

Pelo que já se expôs, pode-se perceber que situação diversa ocorre quando o *fabricante* condiciona múltiplas unidades, isoláveis física, usual e

⁷ “Art. 31 do CDC: “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

costumeiramente, em uma única embalagem ou sob um único rótulo ou etiqueta, com um só código de barras, que contenha as informações necessárias do produto previstas no art. 31 do CDC.

Sem embargo da abusividade desse tipo de prática do fornecedor-fabricante, como veremos no tópico a seguir, entendemos que nessa hipótese é *facultado* ao varejista promover o fracionamento, desde que mantidas a integridade, salubridade e idoneidade da unidade física (ressalvados os impedimentos específicos de manipulação relativos a determinados produtos), passando, neste caso, a assumir o dever, tal como responsável principal, de repassar “[...] informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre as características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”, consoante a exata dicção do referido art. 31 do CDC.

Voltando aos exemplos acima, imagine-se o fabricante acondicionando em um favo seis garrafinhas de 200 ml de iogurte, sendo que somente nas faces externas do favo, e não em cada uma das garrafinhas, estejam as informações do art. 31 do CDC. No caso da dúzia de chaveiros, imagine-se que somente a cartela principal contenha as informações legais. A despeito da possível abusividade de fabricação, *pode* o fornecedor-varejista promover o fracionamento do favo em seis garrafinhas ou da cartela em doze chaveiros, passando a ser *sua* a responsabilidade de reproduzir e repassar as informações completas dos produtos em cada uma dessas unidades.

Esse tema foi objeto da Nota Técnica 02/2004 do Procon Estadual de Minas Gerais, que recebeu a seguinte ementa:

1. Constitui prática abusiva prevista no art. 39, I, do CDC, a imposição pelo comércio varejista de limites mínimos quantitativos para aquisição de unidades de produtos oferecidos ao consumidor.
2. Os produtos sobre-embalados em grupo ou acondicionados em “favos”, “cartelas”, “bandejas” ou “conjuntos” de embalagens, por agrupamento de fábrica ou não, devem ser obrigatoriamente disponibilizados, pelos fornecedores-varejistas, em suas menores unidades legais de fracionamento. A unidade legal deve ser considerada aquela que, além da integridade física do produto, mantenha as informações obrigatórias do fabricante sobre as características, qualidade, quantidade, composição, garantia, prazo de validade, origem, eventuais riscos à saúde ou segurança, entre outros dados (inclusive aqueles decodificáveis a partir de códigos de barras), mencionadas no art. 31 do CDC.
3. É facultada ao fornecedor-varejista a venda, inclusive a título promocional, de produtos sobre-embalados em grupo ou acondicionados em “favos”, “cartelas”, “bandejas” ou “conjuntos” de embalagens, por agrupamento de fábrica ou não, desde que mantida sempre a possibilidade de opção de compra pelo

consumidor da unidade legal mínima de fracionamento. 4. É facultada ao fornecedor-varejista a divisão das embalagens de múltiplas unidades físicas de produtos para oferta em fracionamentos inferiores à mínima unidade legal, caso em que assume, como obrigado principal, a responsabilidade de prestar integralmente aos consumidores todas as informações obrigatórias e relevantes do produto, na forma do art. 31 do CDC.

3.2 Abuso do fabricante na agregação de produtos

Como outra face do fenômeno da *maquiagem* de produtos, parece que alguns fabricantes, à sorrelfa, optaram por aumentar gradativamente as unidades de produtos casados numa mesma apresentação ou embalagem. Ou, em caso de variadas apresentações quantitativas, cuidaram de retirar do mercado as embalagens que continham menor número de unidades, mantendo aquelas de maior quantidade.

A embalagem unitária ou dupla de rolo de papel higiênico cedeu espaço para a de oito unidades. Aparelhos descartáveis para barba hoje só se acham em dupla ou em embalagem de cinco unidades⁸. Não são raras as cartelas sêxtuplas de iogurtes sem informações individualizadas em cada pote. As pilhas tipo AA, as mais consumidas, praticamente são encontradas só em cartelas de quatro unidades, sendo que as unidades não utilizadas prontamente pelo consumidor geram enorme desperdício e confusão.

Ora, toda vez que vemos apresentado ao consumidor um maior agrupamento de unidades de produtos física, usual e costumeiramente comercializáveis de modo individualizado ou em pequenos grupos acondicionados na fábrica em sobre-embalagens, conjuntos, cartelas, bandejas ou favos, em que apenas a embalagem-contínente estampe as informações exigidas no art. 31 do CDC, estaremos diante de prática abusiva por parte do produtor prevista no já referido inciso I do art. 39, com o parâmetro dos *usos e costumes* estampado na parte final do inciso II do mesmo artigo.

E essa indevida prática de limitação quantitativa solidifica-se com a impossibilidade, dificuldade ou desestímulo ao fracionamento por parte do fornecedor-varejista, porque nos casos em que é fisicamente possível a divisão, ao promover o fracionamento, o varejista passa a assumir a responsabilidade principal pelo produto, enfraquecendo sua garantia para o fornecedor-produtor, em razão da violação da embalagem-contínente, além de assumir também o ônus de prestar ao consumidor as referidas informações exigidas pelo CDC.

Nos exemplos mencionados, a venda unitária passaria a ser fruto da

⁸ Enquanto que o refil de lâminas, seguindo a linha da verdadeira *maquiagem*, antes com três ou quatro unidades, atualmente são encontrados com apenas duas lâminas em embalagens idênticas às anteriores.

ação do varejista que, vendo-se compelido a violar a embalagem múltipla, terminaria por impingir ao consumidor a aquisição de um produto indevidamente manipulado. Apesar de ser certo que, nos casos em que promove o fracionamento, o varejista assume o ônus de repassar as informações obrigatórias a cada unidade do produto (Nota Técnica 02/2004 do Procon Estadual de Minas Gerais), a prática mostra que nem sempre isso é feito a contento. O fracionamento, nesses casos, termina por aumentar sobremodo o risco de inacessibilidade às informações relativas às características da mercadoria.

Assim é que – para bem atender ao comando do inciso I do art. 39 do CDC – necessário se faz que os fornecedores-produtores disponibilizem unidades de produto em sua *menor fração possível*, dando azo à caracterização da *unidade legal mínima* que respeite os usos e costumes, a funcionalidade e a integridade física do bem e que contenha em seu rótulo, embalagem individual ou etiqueta unitária as informações obrigatórias do fabricante (produtor) mencionadas no art. 31 do CDC, ainda que sobre-embalados em grupos como favos, cartelas, bandejas, conjuntos etc.

Reitere-se, pois, que a *unidade legal mínima* deve atender, em seu aspecto físico, à menor fração do produto que possa ser considerada um inteiro perfeito, tendo-se sempre em conta o “[...] atendimento às demandas dos consumidores [...] de conformidade com os usos e costumes” (CDC, art. 39, II).

Assim, por exemplo, uma bandeja que acondiciona seis potes de 200 g de um iogurte, em que os potes não apresentem, *per se*, etiqueta, rótulo ou embalagem contendo as informações previstas no art. 31 do CDC, refletirá abusividade do fabricante se a comercialização de unidades de potes for fisicamente viável e da tradição do mercado de consumo (usos e costumes). Da mesma forma, ainda à guisa de exemplo, soará abusiva a produção de cartela com barbeadores descartáveis em pares, sem que cada unidade seja etiquetada (rótulada ou embalada) com as informações obrigatórias contidas no dispositivo legal mencionado.

Decorre daí a motivação da Nota Técnica 03/2004 do Procon Estadual Minas Gerais, com a seguinte ementa:

Constitui prática abusiva prevista no art. 39, I, CDC, a conduta do fornecedor-produtor que, em desconformidade com os usos e costumes, disponibiliza ao mercado tão-somente apresentação ou embalagem contendo múltiplas unidades autônomas de produto, de modo a ensejar aquisições superiores às necessidades dos consumidores ou impingir, em caso de fracionamento, a violação da embalagem com o comprometimento do dever de informação contido no art. 31 do CDC.

4 CONSUMAÇÃO MÍNIMA

Bares, danceterias e casas noturnas são os grandes responsáveis por uma das modalidades de prática abusiva mais disseminadas no País: a cobrança da chamada *consumação mínima*.

O descumprimento é tão flagrante que, em alguns Estados, editou-se legislação que expressamente reforça a vedação à prática de *consumação mínima*⁹.

É o mesmo inciso I do art. 31 do CDC, tantas vezes invocado neste texto, que contém o preceito expressamente desconsiderado por quem pratica tal abuso: o condicionamento do fornecimento de produto ou serviço a limites quantitativos.

A hipótese ainda é pior do que a do varejista que busca impingir a aquisição em quantidade superior à pretendida pelo cliente: enquanto nesta sempre ocorre a aquisição real dos produtos, no caso da *consumação mínima* nem sempre se terá o efetivo consumo dos bens adquiridos (de certo mesmo, apenas a cobrança).

Tem-se adicionalmente caracterizada, portanto, a conduta repelida pelo inciso V do art. 39, que proíbe "exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva."

O máximo que alguns estabelecimentos podem fazer, desde que devidamente autorizados ou licenciados, é cobrar um valor fixo a título de ingresso dos interessados¹⁰. Do contrário, não se pode restringir acesso do consumidor a um estabelecimento comercial, tampouco obrigá-lo a consumir o que não deseja e, menos ainda, obrigá-lo a pagar pelo que não consumiu.

Em geral, o consumidor, ainda que consciente da ilicitude da prática, vê-se constrangido a efetuar o pagamento da *consumação mínima* em face dos óbices colocados no momento de sua saída de tais estabelecimentos. Nesse caso lhe é lícito invocar o concurso policial. Alternativa é buscar a documentação do abuso (pelo recibo ou nota fiscal), para seqüente postulação junto aos juizados especiais da devolução em dobro do *quantum* cobrado ilicitamente (parágrafo único do art. 42 do CDC). Mas o melhor mesmo é boicotar esses locais até que passem a respeitar as normas consumeristas.

⁹ No Rio de Janeiro, imediatamente após a edição de lei que reforça a proibição de cobrança de *consumação mínima* e impõe limites na cobrança de multa por extravio de cartela de ingresso, sancionada em 16 de outubro de 2003, alguns estabelecimentos, em flagrante afronta, cunharam a eufêmica expressão *bônus consumível* (jornal *O Globo* de 22/10/03).

¹⁰ Ao qual não se pode agregar qualquer valor para fins de *consumação mínima*.

5 CONCLUSÃO

As práticas abusivas aqui comentadas, todas fundadas no foco legal de *atendimento das necessidades quantitativas dos consumidores*, têm por característica a difusão dos danos que pulverizadamente provocam.

A atuação individual, em tais casos, praticamente se resume à possibilidade de repúdio, por boicote, aos fornecedores abusadores. Trata-se de medida de extrema utilidade, reveladora de um elevado nível de consciência cidadã que cada um de nós deve lutar para atingir. Seus resultados, muito embora duradouros, somente geram frutos a médio ou longo prazo.

Entretanto, para resultados imediatos em situações concretas, mais que nunca se faz mister a eficiente intervenção dos organismos públicos e privados de defesa do consumidor, incluídas as Curadorias de Defesa do Consumidor.

Fornecedores que praticam a consumação mínima, o *marketing* do chamariz ou o não-fracionamento de produtos individualizáveis, devem ser investigados, autuados, multados e/ou processados pelas autoridades competentes, ressalvada a possibilidade da lavratura de termos de ajustamento de conduta.

Somando-se o incremento da consciência de cidadania à efetiva atuação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, certamente rumaremos para um mercado mais transparente, sadio e respeitador da vontade e necessidades do consumidor brasileiro.

Referências Bibliográficas

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. In: PELLEGRINI, Ada Grinover *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. Cap. 5, p. 215-440.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*: direito material (arts. 1 a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

PELLEGRINI, Ada Grinover *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. Cap. 5, p. 215-440.

PROCON ESTADUAL DE MINAS GERAIS. *Nota Técnica 01/2004*. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/procon/notas/>>.

_____. *Nota Técnica 02/2004*. Disponível em:
<<http://www.mp.mg.gov.br/procon/notas/>>.

_____. *Nota Técnica 03/2004*. Disponível em:
<<http://www.mp.mg.gov.br/procon/notas/>>.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2000.

A DESNECESSIDADE DA POSSE TRANQUÍLA PARA CONFIGURAR O CRIME DE ROUBO

ADRIANO BOTELHO ESTRELA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Do momento da consumação no roubo próprio – 3 Da consumação no roubo impróprio – 4 Da consumação do roubo qualificado do § 3º do art. 157 do Código Penal – 5 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

Determinar o momento consumativo do crime é operação que possui extrema relevância, pois se reflete na fixação da competência territorial e no termo inicial da prescrição.

Pelo que se extrai do texto expresso do art. 14, I, do Código Penal – CP “Diz-se o crime: consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.”

Assim, em linhas gerais, consuma-se o crime quando o agente realiza todos os elementos que compõem a descrição do tipo legal, ou seja, quando o fato concreto se subsume ao tipo abstrato da lei penal. Quando são preenchidos todos os elementos do tipo objetivo, pelo fato natural, ocorre a consumação.

Para Jesus (1988, v. 1, p. 281), a noção de consumação delitiva “[...] expressa a total conformidade do fato praticado pelo agente com a hipótese abstrata descrita pela norma penal incriminadora.”

Na lapidar lição de Bruno (1996, p. 254), “[...] a consumação é a fase última do atuar criminoso. É o momento em que o agente realiza em todos os seus termos o tipo legal da figura delituosa, em que o bem jurídico penalmente protegido sofre a lesão efetiva ou a ameaça que se exprime no núcleo do tipo.”

Por derradeiro, vale lembrar que a consumação não se confunde com o crime exaurido, pois neste, após a consumação, outros resultados lesivos ocorrem. No entanto, o *iter criminis*, encerra-se com a consumação.

Feita essa primeira análise do conceito de consumação delitiva, podemos adentrar, de forma direta, em qual seria o exato momento consumativo do crime de roubo em todas as suas formas, sobretudo no que tange à necessidade ou não da posse tranqüila da *res furtiva*, por parte do agente, tendo por norte a consolidação da jurisprudência majoritária sobre o tema, sem perder de vista as principais posições adotadas pelos nossos Pretórios sobre a matéria em comento.

2 DO MOMENTO DA CONSUMAÇÃO NO ROUBO PRÓPRIO

Primeiramente, cumpre consignar que o *crime de roubo* em qualquer de suas formas é infração tipicamente material, cuja consumação ocorre com o evento ou resultado. É um crime complexo, cujo núcleo é o verbo subtrair, sendo a grave ameaça e a violência os meios empregados para que ocorra a subtração do bem jurídico (crime meio). Tanto isto é verdade que esta figura típica está inserida no Título II do CP, que trata dos crimes contra o patrimônio.

O entendimento consolidado pela maioria dos doutrinadores pátrios (Delmanto, Mirabete, Damásio, Regis Prado, entre outros) é que, no *crime de roubo próprio*, a violência ou a grave ameaça constituem o início da execução do crime, que, contudo, só se consumará com efetivo apossamento da coisa, ainda que por lapso temporal exíguo, na posse mais ou menos tranqüila do sujeito ativo, que dela pode dispor.

Delmanto (1998, p. 306) preleciona que, no *roubo próprio*, a consumação “É semelhante à do furto, ou seja, o roubo próprio (*caput*) consuma-se quando a coisa é retirada da esfera de disponibilidade do ofendido e fica em poder tranqüilo, ainda que passageiro, do agente.” Enquanto no *roubo impróprio*, a consumação ocorre “com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, após a subtração.”

Para Mirabete (2003, p. 1160):

O crime de roubo somente se consuma, como no furto, com a inversão da posse, ou seja, nos termos da jurisprudência francamente predominante, se o agente tem a posse mais ou menos tranqüila da coisa, ainda que por breve momento, fora da esfera de vigilância da vítima. Não merece apoio a orientação minoritária que tem o roubo por consumado com a prática da violência ou ameaça, pois o núcleo do tipo é a subtração da coisa.

Malgrado o entendimento jurisprudencial tenha se mostrado, por vezes, vacilante para apontar se a posse tranqüila se faz necessária para configurar o *crime de roubo*, torrencial construção jurisprudencial vinha se firmando, inclusive no Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ, que a melhor regra para se verificar se o *roubo próprio* foi apenas tentado ou consumado é constatar se a coisa subtraída saiu da esfera de vigilância da vítima, pois este fato e a posse tranqüila do objeto roubado, ainda que por breve tempo, dão o acento tônico na distinção entre consumação e tentativa.

No sentido do posicionamento esposado acima, podem ser apontados os seguintes julgados do STF: *Habeas corpus* nº 70.681-9-SP e *Habeas corpus* nº 70.427-1-RJ¹.

Porém, em recentes julgados, o STF e o STJ consolidaram novo posicionamento jurisprudencial no qual, no *crime de roubo*, o autor torna-se

possuidor da coisa subtraída, no momento em que cessa a clandestinidade ou violência, não sendo necessário que o bem saia da esfera de vigilância do antigo possuidor.

Para melhor elucidar o entendimento acima consignado, transcrevemos algumas ementas recém-editadas pelo STF:

HABEAS CORPUS – CONSUMAÇÃO DO ROUBO. A partir do julgamento do Recurso Extraordinário Criminal n. 102.490 pelo Plenário, firmou-se o entendimento dessa Corte no sentido assim expresso na ementa do acórdão então prolatado:

“Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torne possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência.

Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocadamente a existência de posse. E a perseguição – não fosse a legitimidade do desforço imediato – seria ato de turbacão (ameaça) à posse do ladrão. (RTJ 135/161 e segs.).” (STF – Habeas Corpus nº 77.710-2-SP – 1ª Turma Rel. Min. Moreira Alves – j. 13.10.1998 DJ04.12.1998).

No mesmo diapasão, o STJ assim tem se manifestado:

PENAL – RECURSO ESPECIAL – ROUBO – CONSUMAÇÃO E TENTATIVA. I – O delito de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da *res subtraída* mediante grave ameaça ou violência. II Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que ele saia da esfera da vigilância do antigo possuidor, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência (Precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal – RTJ 135/161-192. Sessão Plenária).

O roubo está consumado no instante em que o agente se torna, mesmo que por pouco tempo, possuidor da *res subtraída* mediante grave ameaça ou violência. A rápida recuperação da coisa e a prisão do autor do delito não caracterizam a tentativa. (RT 609/448).

Infere-se pela exegese jurisprudencial sobre o tema que a consumação

¹ STF – Habeas corpus nº 70.681-9-SP – 2ª Turma Rel. Min. Francisco Rezak – j. 07.06.1994 – DJ 04.08.1995 e STF – Habeas corpus nº 70.427-1-RJ – 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 17.08.1993 – DJ 21.09.1993, p. 19576.

do crime de roubo se dá no momento do despojamento, ou seja, da subtração do bem da vítima, com a sua apreensão pelo autor, pouco importando se o agente tenha exercido ou não a posse tranqüila ou duradoura sobre a coisa, pois o lapso temporal em que ocorreu a posse, a continuidade e imperturbabilidade dela são apenas dados contingentes que não possuem o condão de afastar o ato substancial do crime em comento.

Na mesma seara, é o entendimento arrimado nos seguintes arestos:

TJAP: Penal – Roubo – Emprego de arma – Subtração realizada – Consumação. Consuma-se o roubo pela subtração efetiva mediante emprego de violência, pouco importando se o agente teve ou não posse tranqüila do bem. (RDJ 22/370).

TACRSP: O momento consumativo do crime de roubo se esgota com e na apreensão da coisa pelo agente, não importando que tenha ou não exercido sobre a coisa posse duradoura e tranqüila. (RJD TACRIM 22/363).

TACRSP: Para ocorrer a consumação, tudo quanto venha a ocorrer após o despojamento – perseguição imediata, demorada busca etc. –, não afeta o dado essencial de que o momento consumativo se esgotou com e na apreensão da coisa pelo agente; pouco importa, ainda que o agente tenha ou não exercido sobre a coisa posse duradoura e tranqüila (noções de Direito Civil indevidamente transplantadas para o Direito Penal); o coeficiente de continuidade e o grau de imperturbabilidade da posse exercida pelo agente não têm relação substancial com a consumação do crime; são dados contingentes. (RJSTACR).

Para melhor compreendermos as assertivas acima relacionadas, peguemos como exemplo prático o mesmo fato, porém, com abordagens diferentes, como no caso muito comum em que dois delinquentes entram em um ônibus com poucos, ou nenhum passageiro, e um deles posiciona-se ao lado do motorista, observando os seus movimentos, e o segundo aproxima-se do cobrador e aponta-lhe uma arma de fogo subtraindo-lhe todo o dinheiro da roleta. Assim, se nesse exato momento os assaltantes são abordados e dominados pelas vítimas, pela polícia ou qualquer dos passageiros, ocorre a tentativa do crime de roubo, pois o agente estava em plena execução do núcleo do tipo, ou seja, ele estava subtraindo o dinheiro. Porém, se no mesmo exemplo, os dois comparsas abordam o motorista e o cobrador e subtraem o dinheiro e, logo em seguida, empreendem fuga, mas são abordados pela polícia na porta do coletivo, contudo, sem deixarem o interior do mesmo, o crime de roubo foi consumado, porque muito embora o lapso temporal tenha sido exíguo, o núcleo do tipo do roubo (subtrair) já foi plenamente concretizado pelos agentes, estando esta ação no pretérito, ou seja, no momento em que foram presos pela

polícia os autores já tinham *subtraído* o valor em dinheiro das vítimas e, nesse caso, não há de se falar em posse tranqüila ou duradoura, já que os autores ainda se encontravam no interior do ônibus, sob os olhares das vítimas e foram presos antes mesmo de deixarem a cena do crime, embora todo *iter criminis* já houvesse sido percorrido, com a configuração de toda a figura típica do crime, no momento da ação policial, sendo os demais dados apenas acessórios ou secundários, que por si só não desfiguram o delito de roubo.

3 DA CONSUMAÇÃO NO ROUBO IMPRÓPRIO

O roubo *impróprio* é o previsto no § 1º do art. 157 do CP, em que o agente emprega a violência ou grave ameaça, logo depois de subtraída a coisa, com o escopo de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa par si ou para terceiro.

Nesse caso, existe forte controvérsia sobre a admissibilidade da tentativa ou do momento consumativo do crime, existindo a respeito dois posicionamentos: a) o crime não comporta o *conatus*, porque a tentativa de usar a violência ou a grave ameaça é juridicamente irrelevante nessas circunstâncias: ou ocorre o emprego da violência, e o roubo se consuma, ou haverá apenas furto; b) configura-se a tentativa se o autor é flagrado no momento em que emprega a violência ou a grave ameaça, mesmo já tendo subtraído a coisa. Porém para ambas as correntes, se a subtração é apenas tentada, e existindo violência ou grave ameaça na fuga, instaura-se concurso material entre o furto tentado e o delito contra a pessoa, porque falta a vontade de usar violência ou grave ameaça para obter a coisa ou assegurar a impunidade do crime.

Não obstante o dissenso sobre o tema, adotamos o entendimento de que no roubo *impróprio* é perfeitamente possível o *conatus*, já que o momento consumativo ocorre com o emprego da violência após a subtração. Assim, se o agente for preso no momento em que tenta usar a violência ou grave ameaça para assegurar a posse do objeto ou sua impunidade, já existe o início da execução do crime, que é complexo e instantâneo, na forma do art. 14, II, do CP.

4 DA CONSUMAÇÃO DO ROUBO QUALIFICADO DO § 3º DO ART. 157 DO CP

A primeira parte do § 3º do art. 157 refere-se ao roubo agravado pelo advento do resultado lesão corporal grave, sendo tipicamente um delito preterdoloso; todavia, não se imputa sobredito resultado se o agente não atuou, ao menos culposamente, a rigor do art. 19 do CP. A qualificadora em comento aplica-se tanto ao roubo *próprio* quanto ao *impróprio*. Além disso, a violência pode ser exercida contra a vítima da subtração ou terceira pessoa, como

acontece no roubo previsto no art. 157, §§ 1º e 2º, do CP.

No tocante ao momento consumativo dessa figura penal, a perda da coisa implica a consumação do crime, porque a objetividade jurídica é a inviolabilidade patrimonial e não a vantagem pretendida pelo agente.

Quanto ao crime de latrocínio previsto na parte final do § 3º do art. 157, a Súmula 610 do STF firmou o seguinte entendimento quanto à sua consumação: “Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.”

5 CONCLUSÃO

Pelo que se conclui no estudo em voga, embora em julgados anteriores tanto o STF quanto o STJ tenham oscilado quanto à posse tranqüila do produto do roubo, por parte do seu agente, para a consumação dessa figura delitiva, seus recentes julgados apontam para um novo entendimento que vem se formando, em forte esteio de alguns tribunais estaduais, sobretudo do Tribunal de Alçada de São Paulo – TASP, de que não se faz necessária a posse tranqüila do bem subtraído pelos agentes e de que simplesmente cesse a clandestinidade e violência para que o crime de roubo esteja consumado.

O entendimento acima narrado vem encontrando agasalho também entre os doutrinadores pátrios, em destaque para Mirabete. Para outros autores, porém, como Regis Prado o crime de roubo só se consumará com o efetivo apossamento da coisa, ainda que por lapso temporal exíguo, na posse tranqüila do sujeito ativo, que dela pode dispor.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O DIREITO DE NASCER DO VENTRE DE MÃE MORTA

LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Rede de surfistas no mar, ligados no computador, novas maravilhas pra se admirar, não me venha com a velha dor. O trem da juventude é veloz, quando foi olhar já passou, os trilhos do destino cruzando entre nós pela vida trazendo o novo.

Herbert Vianna

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido.

Maria Helena Diniz

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 A proteção à vida e à dignidade humana como limite aos avanços científicos – 3 A personalidade jurídica – 4 O início da personalidade jurídica – 4.1 Breves noções acerca do nascituro – 4.2 Teorias acerca do início da personalidade jurídica – 4.3 A teoria adotada pelo Código Civil – 4.4 Crítica à teoria adotada pelo Código Civil – 4.5 Definição de conceitos necessários à adoção da teoria concepcionista – 4.5.1 Conceito de concepção – 4.5.2 A representação processual como forma de suprir a incapacidade do nascituro – 4.5.3 Aplicação da teoria concepcionista ao caso *Marion Ploch* – 5 O direito de nascer e o aborto – 6 A proteção à integridade física e a doação de órgãos – 7 O direito à morte digna – Questões polêmicas – 8 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a pretensão de responder à indagação um tanto quanto tormentosa e que interessa à toda a sociedade, especialmente àqueles preocupados com o progresso científico da humanidade sem prejuízo da vida e do bem-estar de cada indivíduo: é juridicamente possível ser mãe depois de morta?

Para tanto, parte-se da análise de um caso verídico bastante conhecido no meio acadêmico e que instigou os juristas a apresentarem uma solução pacífica para o litígio em jogo, o que acabou não acontecendo. Em 5 de outubro

de 1992, *Marion Ploch*, grávida de 13 semanas, sofreu um grave acidente de carro, o que provocou fratura de crânio. Seus pais receberam a notícia de que não havia chances de sobrevivência. Em um primeiro momento, os médicos pretendiam obter da família a permissão para a doação de órgãos, visto que não acreditavam na sobrevivência do feto. Entretanto, os pais recusaram o pedido. Em seguida, outro grupo de médicos não confiava na recuperação de *Marion Ploch*, mas apontava chances de sobrevivência para o feto. Esses médicos conseguiram o consentimento dos pais da paciente para mantê-la com os aparelhos que permitiriam o funcionamento de suas funções vitais. Em 8 de outubro, foi confirmada a morte cerebral, mas o respirador não foi desligado. Com todo o esforço possível, os médicos tentaram manter o feto vivo. Em virtude disso, o nascimento, por meio de operação cesariana, foi planejado para março de 1993. Em 16 de novembro de 1992, um aborto espontâneo aconteceu a *Marion Ploch* e o feto nasceu morto. Os pais recusaram a autópsia da mãe e do feto. Caso fosse realizada, mostraria os motivos do aborto espontâneo.

Inicialmente, devem ser feitos esclarecimentos acerca dos conceitos básicos para a discussão da matéria, tais como personalidade jurídica, nascituro, direito ao nascimento, à vida digna e à integridade física, à morte digna, o aborto e a doação de órgãos. A seguir, os bens jurídicos em questão são postos em conflito para que se conclua qual o de maior relevância e que, por isso, merece prevalecer. Assim, por exemplo, já há de se indagar: é preponderante a integridade física do cadáver materno, seu direito à morte digna, ou a vida de um ser que está pronto para nascer? Inúmeras outras questões incidentais vão surgir ao longo deste trabalho, todas ligadas, direta ou indiretamente, ao tema principal. Põe-se em discussão, nesse contexto, se é cabível a doação de órgãos ou mesmo a prática da eutanásia da genitora com morte cerebral enquanto o seu filho persiste com chances de ser gerado com vida.

Ressalte-se, ainda, que todas as considerações aqui explicitadas têm como base o ordenamento jurídico brasileiro, independentemente do local de ocorrência do fato.

2 A PROTEÇÃO À VIDA E À DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE AOS AVANÇOS CIENTÍFICOS

A sociedade industrial, descendente da máquina, produtora de artigos em série padronizados, celebra as núpcias da ciência com a liberdade individual do burguês capitalista para gerar o progresso, a expansão, a explosão, o *boom*, e cria o chamado projeto iluminista da modernidade: o desenvolvimento material e moral do homem pelo conhecimento. (SANTOS, 2000, p. 21-23).

A essa sociedade pode ser creditado o imenso progresso das nações capitalistas, fundado nas grandes fábricas, ferrovias, navegação e exploração. Com ela vieram o automóvel, o avião, o telégrafo, o telefone, o rádio, a

televisão, a TV a cabo, o computador doméstico, o petróleo, a eletricidade, o crédito ao consumidor, a publicidade, a cibernética, a robótica industrial, a astronáutica, as terapias psicológicas, a climatização, técnicas de embelezamento, trânsito computadorizado, internet, videogame etc. No campo das ciências biológicas, as inúmeras inovações revolucionaram o cenário mundial, merecendo destaque a tecnologia dos alimentos (incluindo os transgênicos), a medicina nuclear e a biologia molecular (a descoberta do DNA, o projeto Genoma, as inseminações artificiais, a fertilização *in vitro* e a clonagem). A perspectiva de alcançar novos horizontes (cada vez mais próximos) por meio da ciência faz o homem sonhar com um mundo perfeito, sem sofrimentos ou doenças, onde até mesmo a morte está posta em xeque.¹

Provoca a celebração máxima e sublime da existência humana neste planeta um otimismo incomensurável e ilimitado a ponto de cada indivíduo realmente acreditar em um final feliz e eterno da História, idéia tão bem ilustrada nas telas do cinema, como na obra prima de Stanley Kubrick, *2001 – Uma Odisseia no Espaço*. Para que sonhos e utopias sejam concretizados, entretanto, muitas vezes privilegia-se o resultado, o fim, em detrimento dos meios utilizados, o que mais denota uma prática de cunho maquiavélico. Com a intenção de frear certas práticas de consequências perenes e deletérias ao homem, indaga-se: há limite para os avanços científicos? Há réquiem para estes sonhos? Os avanços que os diversos ramos da ciência promovem são todos do homem, pelo homem e para o homem. Ilógico é tratar o ser humano como meio e não como fim dessa atividade. Nada pode estar além dele, tudo deve voltar-se para ele. Que sentido existirá em uma inovação que viole a condição humana? Não é admissível que a criatura vença o criador. Por isso, indubitável que o limite aos avanços científicos é a própria *vida humana*. O primado da bioética e do biodireito é a realização do máximo direito da personalidade, o início e a razão de ser de tudo que há neste mundo.

O ponto de partida para o estudo de qualquer outro direito é a inviolabilidade da vida, é o primeiro direito que todos nós adquirimos com o nascimento, com a obtenção da personalidade jurídica, é a fonte originária de todas as outras faculdades subjetivas. Bastante elucidativa, neste contexto, é a lição de Gebler² ao estatuir que “[...] o direito deve aceitar as descobertas científicas cuja utilização não se demonstre contrária à natureza do homem e de sua dignidade. Devem ignorar as ciências tudo que estiver em detrimento do homem.” De nada adiantaria a proteção a direitos fundamentais como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana em um desses direitos. (SILVA, 1998, p. 201). Somente nesse contexto é que se compreende a proibição e punição ao aborto, à eutanásia, ao erro ou

¹ Interessante tratamento ao tema é dado pelo filme *Vanilla Sky*, uma regravação do espanhol *Abra Los Ojos*, que merece ser assistido.

² GEBLER, Marie-Josephe *apud* DINIZ, 2001, p. 18.

imprudência terapêutica, à pena de morte e à não-aceitação do suicídio. No dizer de Robert³, “[...] o respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica.” Como direito da personalidade, trata-se de direito absoluto, cogente, indisponível, irrenunciável e intransmissível que, nas palavras de Miranda (2000, p. 15-16), “[...] se manifesta desde a concepção ainda que artificialmente até a morte.” Além disso, possui nítido caráter negativo, ou seja, em semelhança aos direitos reais, é oponível *erga omnes*, toda a coletividade está obrigada a respeitá-lo. Nem mesmo o próprio titular da faculdade *sub oculis* pode desrespeitá-la, pois é cediço que não se vive apenas para si mesmo mas também para a sociedade.

O direito à vida é protegido por normas jurídicas de todo o mundo em razão de ser comum a todo e qualquer ser humano.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, já proclamava: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, *foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.*” (grifo nosso).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, no seu Preâmbulo, assevera: “Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, *sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana*, e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.” (grifo nosso). E, no art. III, assim dispõe: “Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.” (grifo nosso).

A Declaração da ONU sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, de 10 de novembro de 1975, no seu art. 6º, esclarece que:

Todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais quanto morais, das possíveis consequências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do indivíduo ou do grupo, *em particular relativamente ao respeito à vida privada e à proteção da pessoa humana e de sua integridade física e intelectual.* (grifo nosso).

A Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina, no seu art. 2º, reitera: “Os interesses e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o

³ ROBERT, Jacques *apud* SILVA, 1998, p. 201.

interesse isolado da sociedade ou da ciência.”

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 – CF/88 estabelece, no art. 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida como garantia fundamental de todo cidadão: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, *garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (grifo nosso). Por força do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a matéria ora em discussão. Trata-se, pois, de cláusula pétrea, só podendo ser alterada pela feitura de uma nova Constituição.

A Carta Magna vai além da proteção à vida e estipula, como princípio vetor da República Federativa do Brasil, no seu art. 1º, III, o direito a uma vida digna (“a dignidade da pessoa humana”). Assim, não se tutela tão-somente a existência do indivíduo, mas a ele será assegurado o direito de viver dignamente, respeitando sua condição de ser humano. Não se pode admitir, em virtude deste princípio, que o homem seja tratado como *res*, objeto de direito. Em verdade, a todo e qualquer instante, ele é sempre sujeito de direito, titular de faculdades subjetivas. A dignidade da pessoa humana vem a caracterizar aquilo que Bobbio⁴ denominou de verdadeira *personalização do Direito*.

É com fulcro nos princípios insculpidos nos arts. 1º, III, e 5º, *caput*, que a CF/88, ao longo do seu corpo, elenca diversos outros, os quais também servirão como limites aos avanços científicos, tais como a prestação de alimentos (arts. 5º, LXVII, e 229), a tutela da saúde (arts. 194 e 196), da ciência e tecnologia (art. 218), do patrimônio genético (art. 225, § 1º, II), dos deficientes físicos (arts. 203, IV, e 227, § 1º, II), do nascituro, da criança e do adolescente (art. 227) e do idoso (art. 230). E mais, estabeleceu como um dos pilares de sustentação da ordem econômica nacional a valorização do trabalho, com a finalidade de propiciar existência digna e distribuir justiça social, através da redução das desigualdades sociais (art. 170). Um dos objetivos fundamentais da República Federativa é construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), bem como promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Há, ainda, a prevalência dos direitos humanos e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, II e IX) e a não submissão a tratamento desumano ou degradante, inviolabilidade da consciência e livre expressão da atividade científica (art. 5º, III, VI e IX).

No plano infraconstitucional, há consideráveis aplicações dos princípios supramencionados. No Código Civil – CC de 1917, pertinente ressaltar a proteção ao nascituro (art. 4º) e à existência (arts. 396 a 405, 1537 e

⁴ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano, Ed. di Comunità, 1977. E especialmente, *Verso una teoria funzionale del diritto*, p. 63 et seq.

1539). As Leis nº 5.478, de 25 de julho de 1968, nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 (art. 1º e parágrafo único) e nº 9.278, de 10 de maio de 1996 (art. 7º) reforçam o direito à existência. A Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995, art. 13 e §§, também é nesse sentido. O novo CC de 2002 protege o nascituro (art. 2º), além de regulamentar os direitos da personalidade (arts. 11 a 21). O Código Penal – CP elenca, dos arts. 121 ao 128, os crimes contra a vida, incluindo as formas específicas do aborto.

O Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.246, de 08 de janeiro de 1988), no art. 6º, estatui que o médico deve sempre garantir respeito absoluto à vida humana: *“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 e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.”* (grifo nosso).

Assim, sempre que estiverem em jogo a vida e qualquer outro direito, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, prevalecerá aquela. Dessa forma ensina Diniz (2001, p. 25-26):

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Conseqüentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc. Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante. Assim, por exemplo, se se precisar mutilar alguém para salvar sua vida, ofendendo sua integridade física, mesmo que não haja seu consenso, não haverá ilícito nem responsabilidade penal médica.

Apesar desta comprovação cabal da primazia absoluta do direito à vida, no caso *Marion Ploch* a opinião pública entendeu não ser possível o nascimento do bebê ao fundamento de que a mãe deveria prevalecer sobre seu próprio filho, pois este seria parte do corpo daquela, além do que o feto não seria, ainda, titular de direitos em face da inexistência de vida, a qual só estaria configurada com o nascimento. O raciocínio é recheado de equívocos e, para mitigá-los, fundamental é obter a resposta a uma nova questão: juridicamente, quando se inicia a vida humana? Em outros termos: em que momento o homem adquire personalidade para titularizar direitos e obrigações? É o que será visto a seguir.

3 A PERSONALIDADE JURÍDICA

Persona, máscara utilizada pelos atores na Antiguidade, mas que, por um desvio de significado, passou a identificar o próprio papel representado,

provavelmente é a origem do termo *pessoa*.

Nos dias atuais, é juridicamente considerado *pessoa* todo aquele ente suscetível de contrair direitos e obrigações. Nesse contexto, define-se a personalidade jurídica como sendo a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações na órbita civil. Assim, toda pessoa é sujeito de direito, ou seja, tem personalidade jurídica, conforme apregoa o art. 1º do CC. Essa capacidade de direito ou de gozo pode não ser exercida pessoalmente pelo seu titular, surgindo, desse modo, a capacidade de fato ou de exercício.

O maior de 18 anos, em regra, é capaz para exercer pessoalmente os atos da vida civil. Além disso, o instituto da emancipação, disciplinada no art. 5º, parágrafo único, do CC, permite a antecipação da capacidade civil plena. Por outro lado, são incapazes, absoluta ou relativamente, os indivíduos elencados, nessa ordem, nos arts. 3º e 4º do CC, incapacidade suprida pelos institutos protetivos da representação e da assistência.⁵

Destarte, há que se indagar: quando ocorre o início da personalidade jurídica no direito civil brasileiro? É tema a ser explorado, de forma minuciosa, nos tópicos seguintes.

4 O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.1 Breves noções acerca do nascituro

Sob uma visão biológica, não há de se olvidar que o nascituro é o ente já concebido, mas ainda não nascido, ou seja, aquele que há de nascer. Dúvidas residem somente nos seus caracteres jurídicos: tem o nascituro personalidade jurídica? Ou melhor, retomando o questionamento realizado no item anterior: afinal, quando se inicia a personalidade?

4.2 Teorias acerca do início da personalidade jurídica

A doutrina civilista pátria diverge quanto ao início da personalidade jurídica. Três foram as teorias formuladas para determinar esse ponto de partida.

A primeira, mais antiga, foi a teoria *negativista* ou *natalista*, que apregoa o começo da personalidade a partir do nascimento com vida, não reconhecendo nenhum direito ao nascituro. É entendimento pouco adotado nas legislações modernas, havendo poucas notícias no direito comparado.

⁵ Capítulo baseado no resumo de aula do Professor Pablo Stolze Gagliano, disponível em: <www.direitofb.com.br>.

Em reação diametralmente oposta, engendrou-se a segunda teoria, denominada *afirmativista, concepcionista* ou *conceptualista*. Ao contrário da anterior, sustentava que o nascituro já possuía natureza jurídica de sujeito de direito, pessoa no seu sentido técnico, pois a personalidade era plenamente adquirida, sem qualquer distinção, no momento da *concepção*. Esta doutrina encontra adeptos como Teixeira de Freitas que, no seu famigerado *Esboço*, entendia que a concepção era o início da personalidade. Assim também Clóvis Beviláqua, que, no art. 3º do seu Projeto de Código Civil, adotou o *conceptualismo* como regra. Modernamente, citam-se ainda Francisco Amarale Limongi França. No direito alienígena, Massimo Bianca.

Como ponto de equilíbrio entre as duas teses acima aludidas, fomenta-se a teoria da *personalidade condicional* (personalidade desde a concepção sob a condição suspensiva do nascimento com vida, nos dizeres de Arnaldo Wald). É aplicação dos ensinamentos do direito romano, sintetizados no brocardo *nasciturus pro iam natu habetur quoties de eius commodis agitur*.

4.3 A teoria adotada pelo Código Civil

Praticamente repetindo o seu antecessor, o atual CC, no seu art. 2º, preferiu a tese da *personalidade condicional*, assim como toda a doutrina tradicional (Orlando Gomes, Sílvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro).

Nas palavras de Pereira (2001, p. 171), “[...] embora exista um ente, não tem ainda personalidade, vale dizer, ainda não é pessoa.”

Dessa forma, a personalidade só seria obtida com o nascimento com vida, não obstante o falecimento momentos (até segundos) depois, mas, uma vez realizada tal condição, retroagiria ao nascituro.

Essa aparente contradição é esclarecida por Diniz (2001, p. 113-114):

Na vida intra-uterina, ou mesmo “*in vitro*”, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.

Por esse raciocínio, o nascituro, enquanto permanecesse dentro da barriga materna (ou ainda *in vitro*), teria *direitos atuais (adquiridos)*, de natureza jurídica somente de direitos da personalidade. O direito à vida, por exemplo, já seria tutelado desde a concepção. Em razão disso, aplicar-se-ia a este pequeno ser o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

É a própria Diniz (2001, 116-126), com sua competência ímpar, quem cita casos na lei e na jurisprudência que autorizam o nascituro a pleitear danos extrapatrimoniais por violação a um ou alguns dos seus direitos da personalidade:

Em proteção à sua integridade física, o nascituro pode requerer danos morais por ter sido objeto de manipulações genéticas e experiências científicas de toda sorte, tais como uso de espermatozóide, reprogramação celular, congelamento ou comercialização de embriões excedentes, erro em cirurgias intra-uterinas, eritroblastose fetal, ausência de vacinação, transfusão de sangue contaminado no feto, recusa à transfusão sanguínea por motivo de crença religiosa dos pais, transmissão de doenças (AIDS, sífilis), omissões em terapias genéticas, medicação inadequada ministrada à gestante (exemplo clássico é o da talidomida), radiações (raio-X), uso de fumo, bebidas alcoólicas e tóxicos pelos pais, aplicação errônea de hormônios, inocuidade de pílula anticoncepcional, problema ocorrido no parto por falha médica, uso de abortivos (como o DIU), a recusa da gestante de ingerir medicamento ou de se submeter a uma intervenção cirúrgica ou médica para preservar a saúde ou integridade física do nascituro etc.

Cabível, ainda, dano moral contra atos que violem a condição digna de pessoa do nascituro, como, por exemplo, no emblemático episódio denunciado pelo jornal católico italiano *Avvenire*: a empresa americana *VipAdoption* colocou à venda nascituros na Internet ao preço de doze mil dólares como forma alternativa à adoção.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já julgou caso semelhante ao entender que o tipo penal previsto no art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (“prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa”) também englobaria o nascituro:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CRIME DE PROMESSA DE ENTREGA DE FILHO MEDIANTE PAGA OU RECOMPENSA. O vocábulo “filho”, empregado no tipo penal do art. 238 da Lei 8.069/90, abrange tanto os nascidos como os nascituros [...]. (STJ – Recurso Especial nº 48119-RS – 5ª Turma – Rel. Min. Assis Toledo – j. 20.03.95 – DJ 17.04.95, p. 9.587, grifo nosso).

O nascituro também tem direito à filiação. Nesse contexto, o mesmo STJ decidiu que há interesse de agir na ação de indenização por danos morais em face da morte em acidente de seu pai, já que a ausência do genitor ao longo da

sua vida trará transtornos de ordem psíquica incalculáveis:

DIREITO CIVIL – DANOS MORAIS – MORTE ATROPELAMENTO. – COMPOSIÇÃO FÉRREA – AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO – PRESCRIÇÃO INEXISTENTE – INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM – PRECEDENTES DA TURMA – *NASCITURO* – DIREITO AOS DANOS MORAIS – DOCTRINA – ATENUAÇÃO – FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II – *Nascituro* também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. (STJ – Recurso Especial nº 399028-SP Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 26.02.02 – DJ 15.04.02, p. 232, grifo nosso).

O CC, em algumas passagens, firma outros direitos relativos à filiação, tais como aquele insculpido no art. 1.609, parágrafo único. Ainda pertinente a esse estado da pessoa, pode o nascituro interpor ação de investigação de paternidade, consoante acórdãos do sempre avançado Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – *NASCITURO*. A genitora, como representante do nascituro, tem legitimidade para propor ação investigatória de paternidade. Apelo provido. (TJRS – Apelação Cível nº 70000134635 – 7ª Câmara Cível – Rel. Des. Maria Berenice Dias – j. 17.11.99).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – *NASCITURO* – CAPACIDADE PARA SER PARTE. Ao nascituro assiste, no plano do direito processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. Ação personalíssima, a investigatória somente pode ser proposta pelo próprio investigante, representado ou

assistido, se for o caso; mas, uma vez iniciada, falecendo o autor, seus sucessores têm direito de, habilitando-se, prosseguir na demanda. Inaplicabilidade da regra do art. 1621 do Código Civil. (TJRS – Apelação Cível nº 583052204 – 1ª Câmara Cível – Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro – j. 24.04.84).

Esclarecida a personalidade formal do nascituro, cumpre observar pontos relevantes daquilo que Diniz denominou *personalidade jurídica material*. Esta só seria obtida a partir do nascimento com vida, inexistindo na fase *intra* uterina ou *in vitro*. Realizada aquela condição, entretanto, retroagir-se-ia a este momento. Diz respeito aos direitos patrimoniais. Para o nascituro, terão natureza jurídica de direitos futuros não deferidos, pois sua aquisição pende de evento futuro e incerto, qual seja, o próprio nascimento. Há, em verdade, mera expectativa de direito. Nascendo com vida, mesmo por poucos segundos, e morrendo logo em seguida, transmitiria seus bens aos herdeiros. Se natimorto, nenhum direito patrimonial subsistiria.

Pereira (2001, p. 19), novamente, esclarece que ao nascituro são reconhecidos *direitos em estado potencial*: se nasce (adquire personalidade), constitui-se o direito, o que não acontecerá ocorrendo o evento morte, situação em que não se fala em personalidade jurídica.

4.4 Crítica à teoria adotada pelo Código Civil

Não obstante ser esse o posicionamento atual do CC, cresce cada vez mais na doutrina e na jurisprudência a teoria *concepcionista* para permitir que o nascituro adquira, de logo, direitos de ordem patrimonial.

Assim, a concepção seria o marco para a aquisição da personalidade jurídica plena, não mais a condição suspensiva do nascimento com vida. Ora, é no mínimo ilógico admitir a fração da personalidade em duas. Ela é uma e plena: ou está configurada em um único momento ou ainda não existe. Não há meio termo. *Data maxima venia*, inadmissível a dicotomia entre personalidade formal e material. O conjunto dos direitos da personalidade configura uma *universitas juris*, um todo ilimitado. Na verdade, desde a concepção já é possível a aquisição de direitos patrimoniais. Nesse trilhar, já decidiu o TJRS:

SEGURO-OBIGATÓRIO – ACIDENTE – ABORTAMENTO – DIREITO À PERCEPÇÃO DA INDENIZAÇÃO O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Apelação a que se dá provimento. (TJRS – Apelação Cível nº 70002027910 – 6ª Câmara Cível – Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira – j. 28.3.01, grifo nosso).

Depreende-se que ele possui capacidade de direito, mas não de fato (exercício), o que será realizado pelos pais ou, na falta ou impossibilidade, pelo curador (ao ventre ou ao nascituro). Se assim não fosse, como então aceitar o fato de que o nascituro pode receber bens por doação (art. 542 do CC) ou por herança (art. 1799, I, do CC)? Miranda (2000, p. 29) já alertava que os pais ou o curador são meros guardiões ou depositários desses bens, dos frutos e produtos, não podendo usar, gozar ou dispor. E mais: haveria lógica o Código de Processo Civil CPC regular, nos arts. 877 e 878, o procedimento cautelar denominado *posse em nome do nascituro*? Reitere-se: trata-se de ação designada a proteger a posse de bens (patrimoniais) que lhe pertencem. O nascituro também faz jus a alimentos para uma adequada assistência pré-natal. (RT 650/220).

4.5 Definição de conceitos necessários à adoção da teoria concepcionista

4.5.1 Conceito de concepção

O que é, afinal, *concepção*? Define o *Dictionnaire de Médecine*, de Émile Littré, como substantivo feminino, derivado do latim *conceptio*, *concupere*, de *cum*, junção de *com* e *capere*, que denota uma ação de natureza orgânica ou vital da qual resulta a produção de um novo ser, nas entranhas de uma fêmea animal, como fruto do contato do espermatozóide com o óvulo, denominado *ontogenia humana*⁶.

É esse o entender de Diniz (2001, p. 10):

Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidificação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher.

Como já referido, é um conceito fundamental para os adeptos da teoria *conceptionista*, a exemplo da multicitada autora (2003, p. 10): “Com isso, parece-nos que a razão está com a ‘teoria concepcionista’, uma vez que o Código Civil resguarda desde a ‘concepção’ os direitos do nascituro.”

⁶ Definição encontrada no resumo de aula do Professor Pablo Stolze Gagliano, disponível em: <www.direitofba.com.br>.

⁷ Isso explicaria a existência de vida (personalidade jurídica) já na fecundação na proveta ou embriões humanos congelados e vedaria, por exemplo, a manipulação genética de células germinais humanas.

4.5.2 A representação processual como forma de suprir a incapacidade do nascituro

Um breve comentário acerca de pressupostos processuais merece ser feito neste momento. É cediço que “[...] as pessoas naturais, o homem, inclusive o nascituro” têm capacidade de ser parte, conforme lição de Santos (1999, v. 1, p. 353).

Entretanto, nem todos possuem capacidade de estar em juízo (*legitimatío ad processum*), como, por exemplo, o próprio nascituro. *Tal incapacidade pode ser suprida por um representante legal*. Em regra, o pai ou a mãe assume essa posição. Na hipótese de pai falecido e mãe grávida, o art. 1.779 do CC permite a figura do *curador ao nascituro*. E “Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro (parágrafo único do art. 1.779) para que não deixe de ter lógica o exposto no art. 1.778: “A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado [...]” Diniz (2002, p. 125), citando diversos julgados, ainda ventila a possibilidade de nomeação de um *curador ao ventre*.

Theodoro Júnior (2001, v. 2, p. 484) faz lembrança extremamente feliz quando afirma que “O Ministério Público atuará na causa como custos legis, na defesa de interesse de incapaz (art. 82, I, do CPC), e, caso a mãe seja incapaz ou inexistente e não haja curador, pode legitimar-se a propor a ação.” Por qualquer desses modos, estará o nascituro apto a pleitear em juízo direitos patrimoniais, confirmando, assim, que, em verdade, a personalidade jurídica é obtida desde a concepção, como preceitua a teoria concepcionista.

4.5.3 Aplicação da teoria concepcionista ao caso *Marion Ploch*

No ao caso *Marion Ploch*, como não era conhecido o pai do feto, o que poderia provocar problemas financeiros na sua assistência, possível era a propositura de ação investigatória, inclusive cumulada com alimentos, com base na teoria concepcionista. Para tanto, o nascituro deveria ser representado em juízo pelo seu curador ante a falta ou impossibilidade de sua genitora ou, ainda, ser substituído processualmente pelo *Parquet*.

Superadas essas primeiras questões (direito à vida e proteção ao nascituro), *mister* se faz analisar outros incidentes direta ou indiretamente ligados ao tema principal desta pesquisa, tais como o aborto, a doação de órgãos e a eutanásia.

5 O DIREITO DE NASCER E O ABORTO

Já foi visto e revisto neste trabalho que a inviolabilidade da vida é um direito também oferecido ao nascituro. Ora, se há tutela à vida, por óbvio, resguarda-se ao ser intra-uterino o direito de nascer, mesmo em detrimento da integridade física da genitora. No conflito de interesses e entrosque de valores da personalidade, escolhe-se, a todo instante, a vida, até mesmo porque o feto não faz parte do corpo da mãe (*pars viscerum matris*). O bem maior do ser humano supera qualquer direito da mulher sobre seu próprio corpo, além do que, reitera-se, o nascituro não o integra.

Merece destaque mais uma decisão do sempre lúcido TJRS:

PEDIDO DE ABORTO – ESTUPRO VIOLÊNCIA INDEMONSTRADA – DIREITO DO FETO À VIDA – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – DIREITO NATURAL. Diante da ausência de elementos seguros de convicção acerca da ocorrência de violência sexual, não se mostra recomendável nem indicada a interrupção da gravidez pretendida, visto que maiores seriam os malefícios. *Destaco que merece maior proteção o interesse do nascituro em viver, conforme o art. 227 da CF. O fato de existir e de permanecer vivo, enquanto as funções biológicas permitirem, constitui direito natural inalienável de todo ser humano e, em si mesmo, o ponto de partida para todos os demais direitos que o ordenamento jurídico possa conceber. Recurso desprovido.* (TJRS – Apelação Cível nº 70001010446 – 7ª Câmara Cível – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 03.05.00, grifo nosso).

A Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, determinava que: “[...] a criança, dada a sua imaturidade física e mental, precisa de proteção legal apropriada, tanto antes como depois do nascimento.” O direito à vida não exige nenhum pressuposto, sendo integralmente tutelado desde a concepção, inclusive para o nascituro. Fica cada vez mais claro, portanto, que o bebê de *Marton Ploch* deveria realmente nascer, independentemente de ela estar morta. A perda de uma vida jamais poderá justificar a retirada de outra. Ao contrário, é missão do Direito e da Medicina priorizar a vida como valor maior.

Com esse intuito, inclusive, os médicos poderiam suprir a vontade contrária dos pais da paciente mediante um alvará judicial, o qual isentaria os profissionais de qualquer responsabilidade. Apesar de clareza tão meridiana, registre-se que Diniz (2001, p. 124) tem posição contrária:

Poderá também haver responsabilidade médica por dano moral ao nascituro na cesárea “*post mortem*”, para resgatar feto vivo do cadáver de sua mãe, mas, para tanto, será necessário que o médico esteja certo do óbito da gestante, que deverá ser confirmado por outro médico, ante o direito de viver do novo ser, sob

pena de omissão de socorro. Tal intervenção não poderá ser feita em gestante agonizante.

Não obstante o douto entendimento, *concessa venia*, nem mesmo o dano à moral do feto é obstáculo para que ele venha a nascer. Nesse trilhar é que decorre a punição, na ordem jurídica brasileira, do aborto, considerado ilícito civil e penal. Jesus (1998, v. 2, p. 115) define aborto como uma “[...] interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção).” Etimologicamente, aborto é a junção de *ab* (privação) e *ortus* (nascimento), ou seja, privação de nascimento.

Tomando-se como critério a causa, há três diferentes espécies de aborto. A primeira é o aborto *natural* ou *espontâneo*. Não é considerado crime nem mesmo ilícito civil porque a gravidez foi interrompida de forma não intencional (ausência de dolo ou culpa), em razão de doenças da mãe por exemplo. Outra espécie é o aborto *acidental*, decorrente, em regra, de um trauma físico (exemplo: queda) ou psicológico (exemplo: susto). Também não configura tipo penal e, desde que não haja imprudência, negligência ou imperícia, inexistente o ilícito civil. Já o aborto *provocado* pode configurar crime e/ou ilícito civil, sendo duas as suas subespécies: o *criminoso* e o *permitido*. O aborto *criminoso* constitui tipo penal, conforme as hipóteses previstas nos arts. 124 a 127 do CP. Por força do art. 91, I, do mesmo estatuto e do art. 63 do CPP, há caracterização, na mesma medida, do ilícito civil. O aborto *permitido* não é crime, ao contrário, são hipóteses trazidas no bojo do art. 128 do CP que excluem a ilicitude do ato. Excluído o ilícito, a maioria da doutrina e jurisprudência entende que nenhuma consequência permanecerá na seara civil.

No episódio de *Marion Ploch*, restou delineada a primeira espécie de aborto, qual seja, o espontâneo ou natural. Logo, não haverá qualquer responsabilização civil ou criminal dos médicos nem dos pais da falecida.

6 A PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E À DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

Os primeiros médicos que atenderam *Marion Ploch* pretendiam obter da família a permissão para a doação de órgãos, visto que não acreditavam na sobrevivência do feto. Entretanto, os pais recusaram o pedido.

Indaga-se: é possível a doação de órgãos neste caso e, se afirmativa a resposta, em quais termos? O direito ao próprio corpo como um todo e em separado (órgãos e tecidos) integra o rol dos ditos direitos da personalidade. Como tal, é bem indisponível, coisa fora do comércio, enfim, guarda tom eminentemente extrapatrimonial. Em um conflito com outro valor da personalidade de maior importância ou abrangência, de acordo com o princípio da proporcionalidade, o direito ao corpo próprio pode ser relevado a segundo

plano. Isso acontece quando a integridade física cede espaço a um estado de necessidade. Assim, admite-se a disponibilidade para salvar a saúde do interessado ou de terceiro ou para fins científicos ou terapêuticos.

Portanto, com o escopo nobre e ímpar, o titular pode dispor do seu direito. Mas são impostos limites pela Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997. Os médicos que pretendiam conseguir a doação de órgãos fizeram a proposta antes mesmo do diagnóstico de morte encefálica³ da paciente. Assim, necessário é verificar, em apertada síntese, se estavam presentes os principais requisitos exigidos no seu art. 9º para a doação *inter vivos*. *Ab initio*, a disposição, qualquer que seja a espécie, só é autorizada quando realizada de forma *gratuita*. É norma que visa ao combate ao mercado de órgãos e tecidos humanos. Além disso, a finalidade da doação é terapêutica ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau ou, ainda, para qualquer pessoa, desde que haja autorização judicial. O órgão ou tecido não deve ser essencial para a vida ou saúde do doador. Requer, ainda, a expressa e voluntária autorização do proprietário dos bens ou, se incapaz, dos seus representantes legais. Em tese, preenchidos todos os requisitos *supra*, seria cabível a doação de órgãos, desde que os pais de Marion Ploch consentissem.

Contudo, em virtude da gravidez, em nenhuma hipótese os médicos poderiam lograr êxito na sua pretensão, como esclarece o § 7º do artigo em debate, segundo o qual *"É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto."* (grifo nosso). É de clareza solar que o dispositivo transcrito é aplicação do princípio da inviolabilidade da vida humana. Mais uma vez ela (a vida) prevalece sobre outro bem jurídico. E é correta a vedação. Os fins a que a doação se destina não superam o direito de nascer. *Mesmo que os pais de Marion Ploch aceitassem, impossível a doação de órgãos em face da existência do nascituro.*

Confirmada a morte cerebral (encefálica) da genitora em 8 de outubro de 1992, haveria alguma alteração na solução apresentada? A doação *post mortem* tem requisitos semelhantes à *inter vivos*, quais sejam, a gratuidade (art. 1º) e a finalidade terapêutica ou humanitária (art. 3º). *Só que se verifica um terceiro pressuposto, o consentimento dos parentes apontados no art. 4º, in casu, a proibição dos pais da falecida impede a doação. E, da mesma forma, a vida do nascituro desautoriza o postulado pelos médicos. Concluindo, os médicos não poderiam obter a doação de órgãos de Marion Ploch, seja em vida, seja após a morte, em face da vontade contrária dos pais da paciente e, especialmente, da inviolabilidade da vida do nascituro.*

³ Para fins de doação de órgãos *post mortem* adota-se, como critério, a morte encefálica e não a parada cardio-respiratória.

7 O DIREITO À MORTE DIGNA – QUESTÕES POLÊMICAS

Falecidos mãe e filho, não foi realizada a autópsia para apurar a causa do evento por ordem dos parentes que sobreviveram. O respeito à integridade física, mesmo do corpo morto, por si só, já sustenta a posição dos pais de *Marion Ploch*. Entretanto, além disso, também é garantido o direito a uma morte digna, o que será visto neste capítulo. No fato *sub oculis*, jamais se olvidou acerca da irreversibilidade do quadro de *Marion Ploch*. Todos os médicos diagnosticaram como impossível a sobrevivência da paciente. Todavia, os aparelhos que permitiam o funcionamento das funções vitais em nenhum momento foram desligados, mesmo após a morte encefálica. Pode-se afirmar, então, que houve violação do direito à morte digna? Em caso afirmativo, de que espécie?

Novamente é imperioso fazer alusão à inviolabilidade (art. 5º, *caput*, da CF/88) e à dignidade (art. 1º, III, da CF/88) da vida humana. Desses princípios é que decorre, ontologicamente, o *direito à morte digna*. É mais um dos direitos da personalidade. Discute-se a possibilidade do titular escolher o momento da sua morte e qual a melhor forma de esperá-la.

Apura-se o debate em época que cada vez mais as técnicas científicas avançam em duas frentes opostas e com limites tênues. Tanto percorrem o caminho da garantia de melhor qualidade de vida (durante maior tempo) aos pacientes como o do prolongamento, de forma abusiva, tão-somente com fins de experimentos terapêuticos, do sofrimento de quem não possui qualquer perspectiva de sobrevida. Nesse contexto, questões polêmicas afligem juristas, médicos, pacientes e familiares, tais como a *eutanásia*, a *mistanásia*, o *suicídio assistido*, a *distanásia* e a *ortotanásia*.

A *eutanásia* é o chamado homicídio por piedade: encurta-se a vida de quem sofre por estar acometido de doença incurável. É permitida na Holanda. Em alguns países latinos, a exemplo do Paraguai, Uruguai e Colômbia, constitui crime de homicídio privilegiado. No Brasil, a depender do caso, o CP caracteriza homicídio simples (art. 121, *caput*) ou privilegiado (art. 121, § 1º – “relevante valor social ou moral”) ou até qualificado (art. 121, § 2º, II – “motivo fútil”). A conduta comissiva (não se define a *eutanásia* por omissão) do profissional de saúde que abrevia a vida do paciente a seu pedido ou por piedade viola um direito tratado como indisponível.

O Código de Ética Médica, por isso, no seu art. 6º, obriga o médico a promover, sempre e de forma absoluta, a vida. E no § 2º do art. 61, assevera: “Salvo por justa causa, comunicada ao paciente ou aos seus familiares, o médico não pode abandonar o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável, mas deve continuar a assisti-lo ainda que apenas para mitigar o sofrimento físico ou psíquico.”

A *mistanásia* é a dita *eutanásia social*. Frequente em países pobres como o Brasil, ela se dá, por exemplo, em hospitais públicos, por insuficiência

de leitos e médicos, obrigando o profissional a optar por salvar pacientes com muitas chances de sobreviver em vez de manter aquele ali instalado, mas em estado vegetativo. Não deve o médico ser responsabilizado, mas o Estado pela sua omissão na prestação de serviço público. O TJRS, tratando a *mistanásia* como eutanásia indireta, condenou o município a indenizar os prejuízos decorrentes da falta de leitos:

ASSUNTO: 1. Ação Civil Pública – Ação proposta contra o município. 2. Hospital – Compra de vagas – Leito em UTI pediátrica – Obrigação do município Tutela antecipada – Cabimento. 3. Saúde Pública. 4. Eutanásia indireta. (TJRS – Agravo de instrumento nº 598293223 – 4ª Câmara Cível – Rel. Des. Wellington Pacheco Barros – j. 17.03.99).

Ocorre o *suicídio assistido* quando a parte quer se matar e o médico presta auxílio para tanto. Permitido na Holanda e na Suíça, é conduta tipificada como crime no CP (art. 122).

Já a *distanásia* e a *ortotanásia* precisam ser analisadas em conjunto, pois são as duas faces de uma mesma moeda. Deixemos a Professora Borges (2001, p.286-288) defini-las com brilhantismo:

‘Chama-se de *distanásia* o prolongamento artificial do processo de morte, com sofrimento do doente. É uma ocasião em que se prolonga a agonia, artificialmente, mesmo que os conhecimentos médicos, no momento, não prevejam possibilidade de cura ou de melhoria. É expressão da obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, sem a devida atenção em relação ao ser humano.

[...]

Etimologicamente, *ortotanásia* significa morte correta: “orto”: certo, “thanatos”: morte. Significa o não prolongamento artificial do processo de morte, além do que seria o processo natural, feito pelo médico [...]. A *ortotanásia* serviria, então, para evitar a *distanásia*. Em vez de se prolongar artificialmente o processo de morte (*distanásia*), deixa-se que este se desenvolva naturalmente (*ortotanásia*).’

A *distanásia* é fato típico (o Código de Ética Médica veda ao médico, no art. 130, “Realizar experiências com novos tratamentos clínicos ou cirúrgicos em paciente com afecção incurável ou terminal sem que haja esperança razoável de utilidade para o mesmo, não lhe impondo sofrimentos adicionais.”), enquanto que a *ortotanásia*, para a maioria da doutrina, é atípico, apesar de respeitáveis posições em contrário que se baseiam nas constantes descobertas científicas de métodos que venham a reverter um quadro de saúde até então tido como perdido e na falibilidade humana.

Do exposto, voltemos ao caso de *Marion Ploch*. Em face da completa impossibilidade de sobrevida da paciente, por que os médicos insistiram em conservar os aparelhos ligados? Primeiro porque, se tivesse ocorrido esta ação, mesmo a pedido dos pais, restaria delineada a *eutanásia*. Acertaram, pois, quando não desligaram os aparelhos. Por outro lado, caso fosse mantido o tratamento terapêutico, sem qualquer perspectiva de êxito, configurar-se-ia a *distanásia* e os profissionais liberais seriam punidos? A resposta é negativa diante da peculiaridade do caso. Apesar de, em tese, o incentivo ao tratamento de *Marion Ploch* ser condenável (*distanásia*), já que a sua morte era apenas uma questão de tempo, também agiram corretamente os médicos ao tentarem, a todo custo, sustentar qualquer suspiro da enferma em razão de um escopo maior, a proteção à vida do nascituro. Entre a cruz e a espada, a solução escolhida foi correta: entre um moribundo e um ser intra-uterino prestes a nascer, inequivocamente, privilegia-se o feto. Não se vislumbra, portanto, erro médico *in casu*.

8 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico pátrio distingue-se pela proteção absoluta e suprema da vida e da dignidade da pessoa humana. Corolário disso é a tutela concedida ao nascituro, pois, conforme a teoria concepcionista, defendida nesse trabalho, é adquirida a personalidade jurídica desde a concepção.

Dentre os direitos da personalidade pertencentes ao nascituro, destaca-se o direito de nascer, o qual é o fundamento da proibição do aborto no Brasil.

Por isso, em caso de um feto alojar-se em ventre de mãe já falecida, imperativa é a proibição da prática da *eutanásia* ou ainda da *distanásia*, sob pena de crime de homicídio, do mesmo modo que se censura a doação de órgãos da gestante, seja em vida ou *post mortem*.

Por tudo isso, a conclusão é inevitável e irrefutável: é possível que uma mãe morta dê a luz a um bebê.

Assim, independentemente da integridade física de *Marion Ploch*, do respeito ao seu corpo, ainda que morto, e mesmo contra a vontade dos seus pais, deveria o feto nascer. Não importa o valor que se contrapõe à vida: sempre esta vencerá.

Além disso, ainda em relação ao multicitado caso verídico, era cabível a ação de investigação de paternidade, inclusive cumulada com alimentos, desde que o nascituro fosse representado pelo seu curador ou pelo Ministério Público.

Os médicos, por outro lado, não deveriam ser responsabilizados pelo aborto, visto que ele foi espontâneo, nem pela *distanásia* porventura praticada em virtude da peculiaridade do caso (existência do feto).

Por fim, deveria ser atendida a vontade dos pais da paciente quanto à

não-realização da autópsia nela e no feto em atendimento à inviolabilidade da integridade física.

Referências Bibliográficas

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os nossos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. São Paulo: Bookseller, 2000. t. 7.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2000 (Coleção Primeiros Passos, 165).

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2.

DIREITO DO CONSUMIDOR: ÔNUS DA REALIZAÇÃO DA PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ALEXANDRE OLAVO CARVALHO DE OLIVEIRA

Advogado

Pós-graduado em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho-RJ

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Conceito de princípio – 2.1 Princípio da igualdade – 2.2 Princípio do devido processo legal – 3 O Código de Defesa do Consumidor – 4 O ônus da realização da prova – 5 A inversão do ônus da prova – 5.1 Momento processual adequado para o juiz se manifestar – 6 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do séc. XX, segundo Farias (2001), o mundo passou por profundas transformações, entre elas o surgimento da chamada *sociedade de consumo* (*masss consumption society* ou *Konsumgesellschaft*). As relações comerciais foram massificadas, o que resultou no rompimento da relativa posição de equilíbrio até então existente entre consumidor e fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante), o qual, fortalecido pela concentração de seu poder econômico, passou a “ditar as regras” do mercado.

Conforme Grinover *et al.* (2001), com o intuito de restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, surgiram normas de proteção ao consumidor na legislação de todos os povos. Entre nós, a Constituição Federal de 1988 – CF/88 trata da matéria no art. 5º, XXXII, 170, V, e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ainda em conformidade com a *vontade política* de se proteger o consumidor¹, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) cujas normas são de ordem pública e interesse social (art. 1º). De fato, no modelo de sociedade capitalista contemporâneo, é impossível haver inclusão social sem levar em conta as relações de consumo, pois quem está fora do mercado de consumo não consegue reunir as condições materiais necessárias para se viver com dignidade.

Cavaliere Filho (2002) sustenta que o CDC não é uma lei geral, nem

¹ “[...] a vontade política de uma comunidade jurídica [...] é a expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de situações de interesses dados e de fins pragmaticamente escolhidos.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 191).

uma lei especial, mas uma lei específica que traz os princípios cardiais do direito do consumidor, os conceitos fundamentais e todas as normas e cláusulas gerais para a sua interpretação e aplicação. Segundo este posicionamento, “[...] o Código do Consumidor deve ser interpretado e aplicado a partir dele mesmo e não com base em princípios do direito tradicional [...]” (CAVALIERI FILHO, 2002, p.99).

Sem embargo, apesar de o CDC ter um campo de incidência próprio, objeto próprio, e princípios próprios, a sua interpretação deve ser feita à luz do paradigma² do Estado democrático de direito, já que o art. 1º, *caput*, da CF/88 diz expressamente que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, o que, segundo Galuppo (2003), bem demonstra a incongruência de se utilizar os paradigmas do estado liberal e do estado social na fundamentação dos direitos.

O Estado democrático de direito “[...] reconhece como constitutiva da própria democracia contemporânea o fenômeno do pluralismo e do multiculturalismo, recorrendo preferencialmente à técnica da inclusão do que da integração”. (GALUPPO, 2002, p. 20-21).

Galuppo (2002) assevera que, em razão de o Estado democrático de direito reconhecer o pluralismo dos projetos de vida, inclusive os minoritários, as normas (princípios e regras) não podem ser assimiladas a valores, pois os valores dizem respeito ao que é bom para determinado grupo social. Os valores não permitem que o Direito seja compreendido de forma deontológica, ou seja, “[...] em termos racionais definitivos [...]” (GALUPPO, 2002, p. 181), segundo critérios imparciais, incondicionais e universais: “[...] o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos”. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 316). Para Galuppo (2003), sob o paradigma do Estado democrático de direito, a legitimidade do Direito está diretamente relacionada com a possibilidade de o mesmo ser justificado de forma racional, o que só se torna possível quando todos os envolvidos pelas normas jurídicas tiverem a possibilidade de reconhecerem-se mutuamente como seus autores, segundo um discurso intersubjetivo capaz de promover a inclusão do outro.

Pretende-se interpretar o CDC, em especial o tema a ser abordado: as regras do ônus da realização da prova e da inversão do ônus da prova, à luz da Teoria Discursiva do Direito, por ser a mais adequada para fundamentar a existência de uma sociedade pluralista, na qual os direitos fundamentais possam ser compreendidos como “[...] direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se

² Os paradigmas do direito “[...] abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior.” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 181).

quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático.” (GALUPPO, 2003, p. 236). Note-se que nos referimos aos direitos que os cidadãos precisam reconhecer uns aos outros, e não aos direitos que o Estado precisa atribuir aos cidadãos. Esta distinção faz-se necessária porque o Estado democrático de direito “[...] não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas [...]” (GALUPPO, 2003, p. 237), já que a democracia é um processo de vida compartilhada onde existe uma interpenetração entre a autonomia pública e privada.

Note-se que a Teoria Discursiva do Direito procura assegurar a existência de uma liberdade comunicativa, de modo que sempre se possa proceder de acordo com as “[...] melhores razões que se põem na dança entre a *facticidade* das objeções e proposições e a *idealidade* contida em pretensão à aceitabilidade universal.” (MOREIRA, 2003, p. 151). Assim, ao construir sua própria normatividade através de um processo decisório constante que cria e constitui seu próprio sentido, a Teoria Discursiva do Direito possibilita a descoberta de novos horizontes.

A problematização será feita em torno de duas questões de direito que têm recebido interpretações dispares pela doutrina e jurisprudência. A primeira questão tem pertinência ao ônus da realização da prova: o fornecedor pode ser compelido a arcar com os custos da prova pericial requerida pelo consumidor? A segunda questão refere-se ao momento processual adequado para o Juiz se manifestar sobre a inversão do ônus da prova: antes do início da fase probatória ou no momento da prolação da sentença? Esta segunda questão enseja outra indagação: a necessidade de se proteger o consumidor, em razão de sua hipossuficiência, justifica dar ao fornecedor um tratamento processual desigual? Objetivar-se-á encontrar uma resposta adequada, de modo a compatibilizar o princípio da facilitação da defesa do consumidor com o princípio jurídico da igualdade e do devido processo legal.

Para responder a estas questões, faz-se necessário interpretar, de forma construtiva, os princípios da igualdade, do devido processo legal e da vulnerabilidade do consumidor. A interpretação construtiva visa extrair o propósito do objeto interpretado, partindo-se do referencial do intérprete, “[...] a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”. (DWORKIN, 1999, p. 65).

A matéria a ser abordada, além de ter relevância jurídica, tem relevância social, já que a maioria dos negócios jurídicos, entabulados no campo da saúde, educação, transporte, alimentação, vestuário, habitação, lazer etc., refletem uma relação de consumo. Além disso, verificada a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor na sociedade brasileira, a qual apresenta grande déficit na área social, o equilíbrio nas relações de consumo torna-se “[...] um dos mais importantes aspectos da garantia do exercício da cidadania plena.” (FARIAS, 2001, p. 85).

O presente estudo não tem a pretensão de prevalecer sobre as diversas

posições doutrinárias e jurisprudenciais aqui enumeradas já que, considerando que o universo social não é estático, o argumento que melhor resiste às críticas em contrário é sempre provisório, mas de suscitar a pluralidade de posicionamentos e contribuir para jogar luzes sobre a importância de se analisar o CDC sob o paradigma do Estado democrático de direito, porque, ao final, o que está em jogo é o futuro da própria democracia.

2 CONCEITO DE PRINCÍPIO

As normas jurídicas, segundo Dworkin (2002, p. 36), subdividem-se em *regras* e *princípios*. Em uma acepção genérica, o termo *princípio* corresponde a “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”

Tanto as regras como os *princípios* “[...] apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.” (DWORKIN, 2002, p. 39). Os princípios, em razão da impossibilidade de se enumerar os casos aos quais não se aplicariam, são insusceptíveis de enumeração. As *regras*, pelo contrário, “[...] apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas [...]” (DWORKIN, 2002, p. 40).

Para uma melhor compreensão da questão, abordar-se-ão as três teorias apresentadas por Galuppo (2002) consideradas contemporâneas sobre a natureza jurídica dos *princípios*.

A primeira teoria, sustenta que os princípios são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema. Esta teoria dificilmente é sustentável: considerando que o sistema jurídico é dinâmico, não seria possível deduzir de um conteúdo *mais geral* um conteúdo *mais particular*. Apesar de os princípios serem normas que apresentam elevado grau de abstração, eles não se formam por um processo de generalização (abstração) crescente: “[...] a generalidade não é uma *causa*, mas, quando muito, uma consequência do conceito de princípio.” (GALUPPO, 2002, p. 171). Segundo este posicionamento, a generalidade (abstração) não é uma característica essencial dos princípios que possa distingui-los das regras. Outro problema apontado, decorre da constatação de que, na prática jurisdicional, a “[...] aplicação universal dos princípios é irrealizável.” (GALUPPO, 2002, p. 172).

A segunda teoria (teoria dos valores desenvolvida por Robert Alexy) defende a tese de que os princípios devem ser entendidos como mandados de otimização que dizem respeito a algo que deve ser realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, o que daria

ensejo ao seu cumprimento em diferentes graus. Conforme esta concepção axiológica dos princípios, a diferença entre princípios e regras consistiria no fato de que os princípios seriam razões *prima facie*, ao passo que as regras seriam razões definitivas. Assim, o conflito entre princípios seria resolvido pela maior aplicação de um e não-aplicação de outro, ou seja, segundo as suas dimensões de peso (hierarquia), as quais só poderiam ser aferidas tendo em vista o caso concreto. O conflito entre regras, pelo contrário, seria solucionado conforme as suas dimensões de validade. Sob este enfoque, a ponderação da dimensão de peso dos princípios poderia ser expressa mediante uma lei da ponderação: “Quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.” (GALUPPO, 2002, p. 176). Essa lei da ponderação implica uma lei de colisão que pode ser assim expressa: “As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.” (GALUPPO, 2002, p. 177).

Sob este prisma, a aplicação da lei de colisão, em conformidade com uma relação de preferência, resultaria no estabelecimento de uma regra válida somente para a situação fática considerada. A teoria dos valores defende que um princípio é preferível a outro (leis da ponderação e da colisão) segundo um código gradual (os seres só podem ser objeto de mensuração e preferência se concebidos como valores mais ou menos estimados ou desejados). Logo, para Galuppo (2002), a concepção axiológica dos princípios fundamenta o agir sob uma perspectiva ligada à racionalidade instrumental, ou seja, como uma ponderação do que é *bom* para que determinada comunidade realize seus próprios fins. Em outros termos, o direito é fundamentado segundo um modelo axiológico-gradual (função de preferência condicionada ao peso – conceito de valor – referência ao agir teleológico – obrigatoriedade relativa – codificação gradual), o que acaba por esvaziar o caráter normativo dos princípios.

A terceira teoria foi elaborada pelos autores ligados à ética do discurso, os quais negam a possibilidade de aplicação gradual dos princípios, por entenderem que os princípios têm um código de aplicação binário. Esta teoria refuta a compreensão dos princípios como mandados de otimização e tece severa crítica à anterior: sob o pretexto de proporcionar segurança ao Direito, a aludida racionalidade instrumental defendida pela teoria dos valores renuncia – ainda que de forma implícita – “[...] à questão acerca da justiça, e portanto, à questão acerca do fundamento ético ou moral do próprio direito.” (GALUPPO, 2002, p. 179).

Essa crítica à concepção axiológica dos princípios é procedente, pois nem sempre aquilo que é bom para que determinada comunidade realize seus próprios fins (fundamentação histórica) é devido sob uma perspectiva deontológica (função prescritiva – conceito de dever – referência ao agir obrigatório – codificação binária). A fundamentação deontológica do Direito leva em conta a correção normativa, que pressupõe, exatamente, a possibilidade

de fundamentá-lo “[...] em termos racionais definitivos [...]” (GALUPPO, 2002, p. 181), segundo critérios de imparcialidade, como uma obrigação incondicional e universal: “o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 316). Galuppo (2002) sustenta que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional sobre outros valores.

Logo, um conflito entre princípios não pode ser resolvido pela ponderação de valores, mas através de exceções à aplicação de determinado princípio ao caso concreto (as exceções à aplicação de um princípio não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência). Assim, diante de um conflito de princípios, ao invés de considerá-los contraditórios, deve-se considerá-los concorrentes.

O Direito, entendido como sistema, deve “[...] domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da *primazia* estrita conferida a pontos de vista normativos.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 318). Nesse sentido, “[...] os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias e não segundo o modelo de bens atraentes.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 318). Aqui cabe ressaltar, com fundamento em Galuppo (2002), que as considerações morais requerem uma perspectiva livre de todo egocentrismo ou etnocentrismo. As considerações éticas, pelo contrário, são orientadas pelo telos da minha/nossa boa vida. Portanto,

[...] nós devemos (*sollen*) obedecer a preceitos morais porque nós sabemos que são corretos, e não porque esperamos da realização desta ação determinados fins. [...] Questões de justiça dizem respeito às pretensões discutíveis em conflitos interpessoais. Nós podemos julgá-las imparcialmente à luz de normas válidas. [...] Por esta razão, justiça não é um valor no meio de outros valores. Valores sempre concorrem com outros valores. Eles dizem quais bens, pessoas ou coletividades específicas buscam ou preferem sob circunstâncias específicas. Apenas da perspectiva delas podem os valores ser temporariamente apresentados em uma ordem transitiva. Pois enquanto os valores pretendem uma validade relativa, a justiça formula uma validade absoluta: preceitos morais pretendem ser válidos para toda e qualquer pessoa. (GALUPPO, 2002, p. 182).

Galuppo (2002) afirma que o indivíduo só encontra proteção contra a sociedade e o Estado se o Direito for compreendido como um sistema de normas (as normas indicam o que é mandado fazer, conforme o modelo binário de validade e invalidade). Os valores não podem ser invocados pelos indivíduos que tenham seus direitos violados, uma vez que somente indicam qual comportamento é recomendado (conforme sua preferibilidade, peso e gradualidade).

Portanto, com fundamento na terceira teoria, dir-se-á que os princípios

são “[...] normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas.” (GALUPPO, 2002, p. 178).

2.1 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade (arts. 3º, IV, 5º, *caput*, 7º, XXX, XXXI, XXXII, e 14 da CF/88) é o alicerce de todos os direitos fundamentais. De acordo com Magalhães (2003), este princípio reflete a convicção de que todas as pessoas devem ser iguais perante a lei, independentemente da religião, sexo, raça, ideologia ou qualquer distinção que se queira estabelecer. Já para Galuppo (2002), o princípio da igualdade permite justificar o direito no interior da própria realidade jurídica, o que o torna essencial para a compreensão do Estado democrático de direito. Moreira (2003, p. 145) acrescenta que:

Para que o Estado seja *democrático*, isto é, *universal*, é preciso que o poder emane não de um apenas, mas de todos. É mister que o poder emane de cidadãos, *co-autores livres e iguais*, criadores dessa normatividade que agora não é apenas formal, mas materialmente universal, visto que fundada na igualdade e na liberdade, emanando o monopólio estatal da força de leis que os cidadãos dão a si mesmos.

Neste sentido, “[...] não haverá jamais a liberdade onde não haja a igualdade.” (MAGALHÃES, 2003, p. 89) De acordo com o paradigma adotado, quais sejam, do Estado liberal, do Estado social e do Estado democrático de direito, o princípio da igualdade apresenta diferentes conformações.

Sob o paradigma do estado liberal, predominou uma concepção formal de Constituição, segundo a qual a existência de direitos universais e inatos de igualdade e liberdade era reconhecida a todos de forma abstrata (igualdade formal). Acreditava-se que a Constituição pudesse traduzir mecanicamente “[...] a verdade universal e evidente dos direitos racionais, inegáveis a qualquer ser humano.” (CARVALHO NETO, 2003, p. 148). Galuppo (2002) aduz que o estado liberal, do ponto de vista teórico, defendia a tolerância de crença e de culto, mas do ponto de vista político e econômico, procurava eliminar os projetos divergentes pela imposição dos valores dominantes.

Segundo Carvalho Neto (2003), sob o paradigma do Estado social, predominou a concepção material de Constituição proposta por Carl Schmitt, a qual se mostra contrária à idéia da existência de direitos humanos universais previstos em uma Constituição universal e ideal. De acordo com esse paradigma, a Constituição era compreendida como realidade viva (orgânica) e concreta de cada povo. Essa mudança de paradigma, verificada na segunda década do séc. XX, decorreu do surgimento da sociedade de massas e seu contingente de desvalidos, o que propiciou o afloramento da idéia de que só um

Estado forte e unitário (Estado encarnado na pessoa de um líder, de preferência um *Führer*), que fosse capaz de encarnar a identidade entre governante e governado, seria capaz de manipular as massas e promover as mudanças sociais necessárias (pelo menos politicamente) para assegurar a todos as condições materiais necessárias ao exercício da cidadania (igualdade material).

O Estado social exteriorizou-se como um projeto alternativo e arbitrário ao poder econômico, o qual não foi capaz de *incluir* “[...] aqueles historicamente excluídos do projeto majoritário.” (GALUPPO, 2002, p. 20). Sob esse paradigma, predomina o entendimento de que o Estado deve propiciar iguais oportunidades para todos: adota-se o modelo de igualdade geométrica (proporcional), segundo o qual o Direito deve proporcionar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Portanto, conforme Brito (2000), sob o paradigma do estado social, a observância estrita da lei cede espaço para uma interpretação conforme os valores fundamentais.

Sob o paradigma do Estado democrático de direito, segundo Carvalho Neto (2003), deve haver uma relação de complementariedade entre Constituição formal e Constituição material, de modo a se reconhecer a formalidade constitucional em uma relação de interdependência com a exigência de materialidade (concretude) dos direitos fundamentais na vida dos cidadãos. A Constituição formal positiva os direitos humanos em normas gerais e abstratas e os transforma em direitos fundamentais, dotando-os de coercibilidade. A Constituição material, traduzida pela exigência moral, abstrata e universal de igualdade e liberdade de todos, dá concretude e legitimidade ao funcionamento do Direito e da política em uma sociedade moderna.

No Estado democrático de direito, não pode prevalecer a visão dicotômica predominante no estado liberal e no Estado social de Constituição formal e Constituição material, respectivamente, já que a construção da auto-identidade de uma sociedade pluralista repousa na igual liberdade de todos os cidadãos. Assim, um ordenamento jurídico só pode ser considerado legítimo na medida em que possibilite mecanismos de garantia de igual participação na produção do próprio direito, “[...] de forma que os destinatários se percebam, simultaneamente, como seus próprios autores.” (GALUPPO, 2002, p. 205). Assim, o direito ao processo, compreendido como o direito de dizer e contradizer, em regime de simétrica paridade (direito de participação construtiva no procedimento) não pode ser restringido pela situação de desigualdade das partes. (Brito, 2000).

Logo, o Estado democrático de direito pressupõe a existência de uma sociedade pluralista e democrática, conforme o modelo de igualdade aritmética, segundo o qual os seres humanos têm (aritimeticamente) o mesmo valor e cujos projetos individuais “[...] concorrem em igualdade de condições por sua própria realização.” (GALUPPO, 2002, p. 16). Ainda conforme Galuppo, este modelo de igualdade, por pressupor uma mesma quantidade de direitos e a aplicação da

lei de forma geral e abstrata, possibilita que o dever jurídico seja fundamentado de forma racional e abstrata.

A possibilidade de se fundamentar o Direito de forma racional e abstrata decorre do fato de que, na Modernidade, o ser humano deixou de ser mero destinatário das normas práticas para ser, também, autor (por meio da legislação) dessas mesmas normas. Em outros termos, o Direito deixou de ser fundamentado de forma metafísica (atribuição do Direito a Deus ou à natureza) e passou a ser fundamentado na razão (uma pessoa é racional se puder apresentar fundamentos para sua ação). Portanto, para que o Direito seja fundamentado de forma racional, as normas jurídicas devem ter “[...] como critério último de legitimidade uma igual liberdade de todos os cidadãos.” (GALUPPO, 2002, p. 16).

Verifica-se, portanto, que o princípio jurídico da igualdade está relacionado às condições materiais e culturais indispensáveis para a inserção de cada falante no discurso, de modo a permitir a implantação de uma sociedade democrática e pluralista que respeite os direitos fundamentais das pessoas, os quais “[...] se relacionam às condições para concretizar a competência comunicativa dos envolvidos.” (GALUPPO, 2002, p. 203-204).

A prática do discurso jurídico pressupõe que cada falante seja *igualmente* reconhecido como pessoa, e também, que a fundamentação das normas se faça de forma transparente, “[...] com base na força ilocucionariamente convincente de argumentos que resistam às críticas contrárias.” (GALUPPO, 2002, p. 204). Os discursos devem ser realizados, “[...] na medida do possível, sem interferência de violência ou de ideologias.” (GALUPPO, 2002, p. 204), o que demonstra que a fundamentação ilocucionária está relacionada à produção de consenso, à possibilidade de entendimento/convencimento do outro.

Aqui se faz necessário esclarecer que os atos de linguagem possuem um conteúdo *locucionário*, *ilocucionário* e *perlocucionário*.

O conteúdo *locucionário* corresponde à mensagem emanada sintática e semanticamente; o conteúdo *ilocucionário* (também chamado de performativo, derivado do inglês *to perform*) refere-se ao nível pragmático da comunicação, ou seja, “[...] ele realiza uma ação diferente da própria comunicação, apesar de geralmente ligada a esta.” (GALUPPO, 2002, p. 111). Nesse sentido, o *sim* proferido pelos nubentes no casamento tem conteúdo ilocucionário.

O conteúdo *perlocucionário* opõe-se aos dois primeiros: ao invés de procurar convencer por meio da prevalência do melhor argumento, procura influenciar o destinatário a atuar de determinada forma mediante a exposição de falsos motivos (o agente realiza um engodo, pois indica um fim como objetivo de sua ação, mas deseja subjetivamente um fim diverso). É próprio do agir estratégico (ação instrumental), mediante o qual uma pessoa “utiliza outra pessoa como meio (instrumento) adequado à realização de um fim (sucesso

peçoal).” (GALUPPO, 2002, p. 124).

No entanto, somente o conteúdo ilocucionário permite a fundamentação do direito de forma racional, pois a “[...] a racionalidade da própria argumentação está assentada em se acatar o melhor argumento (ou seja, aquele que possui melhores razões para resistir às críticas opostas).” (GALUPPO, 2002, p. 131).

A teoria que compreende o Direito como comunicação, chamada por Galuppo (2002) de Teoria do Direito Contemporânea, tem como referencial o problema hermenêutico e pragmático envolvido pela linguagem. Sob este entendimento, “[...] a fundamentação do direito se desloca de uma racionalidade abstrata e subjetiva (como aquela presente na obra Kantiana) para uma racionalidade inerente à linguagem e expressa por meio desta, e por isso mesmo, intersubjetiva, discursiva.” (GALUPPO, 2002, p. 17). Logo, a racionalidade passa a ser vista essencialmente como linguagem:

E como a linguagem integra o mundo-da-vida (ou seja, aquele horizonte que possibilita toda compreensão e diálogo), somente partindo deste mundo-da-vida lingüisticamente estruturado é que podemos encontrar uma resposta para a questão do fundamento de legitimidade do direito moderno, que é um direito essencialmente positivado e coercitivo. (GALUPPO, 2002, p. 17-18).

Sem embargo, nas incisivas palavras de Sampaio (2003), o Brasil está em uma situação desconfortável nos índices de desenvolvimento social e apresenta uma vergonhosa marca de desigualdade econômica. Uma sociedade na qual a maioria das pessoas não consegue reunir as condições necessárias para se viver com dignidade, reflete uma situação de injustiça social. Cabe ressaltar, com Silva (2002), que igualdade não significa nivelamento entre ricos e pobres, no entanto, não se pode aceitar que a pobreza revista o caráter de uma irremediável maldição. O ser humano privado de sua dignidade, em razão de um insuperável estado de pobreza, fica aliado da sociedade e sem a mínima condição de participar de qualquer discurso.

Percebe-se que a interpretação do princípio jurídico da igualdade é particularmente relevante para a sociedade brasileira, porque a perversa desigualdade material e cultural existente em nosso meio não permite que as pessoas reúnam condições mínimas de participação discursiva, o que torna inoperante a aplicação da Teoria Discursiva do Direito.

Não obstante, é preciso frisar que a correção normativa (enunciados normativos/mundo intersubjetivo/moral/direito) não pode ser verificada no mesmo sentido que a verdade (enunciados descritivos/mundo objetivo/desigualdade social verificada no Brasil/hipossuficiência do consumidor). Em outros termos, a correção normativa não pode ser verificada por meio de experimentos. Os enunciados normativos podem ser corretos ou

incorretos, mas não podem ser verdadeiros ou falsos, nem sinceros ou insinceros. O que se pode averiguar são apenas as razões que os sustentam, “[...] o que nunca pode ser feito de forma definitiva e absoluta.” (GALUPPO, 2002, p. 121).

Portanto, a desigualdade social verificada na sociedade brasileira e a vulnerabilidade do consumidor (enunciados descritivos/mundo objetivo) não podem se sobrepor às questões de correção normativa (enunciados normativos/aplicação do devido processo legal com os consectários do contraditório e da ampla defesa). Galuppo (2002) declara que identificar as duas pretensões representa uma forma contemporânea de positivismo, o que é inaceitável em face do Estado democrático de direito.

Oportuno frisar que não se está a defender uma forma contemporânea de positivismo, segundo a qual a desigualdade social e a hipossuficiência do consumidor verificada no mundo objetivo justificaria a equiparação dos enunciados normativos e descritivos. No entanto, se não conseguirmos aplicar a Teoria Discursiva do Direito, negar-se-á a existência do Estado democrático de direito.

2.2 Princípio do devido processo legal

Gonçalves (2001) assegura que Chiovenda, ao lançar as bases da ciência do direito processual civil, conceituou o processo como relação jurídica. A noção de relação jurídica processual traduz a idéia de vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma conduta determinada. Nesse sentido, haveria direitos das partes sobre a conduta do Juiz, e direitos do Juiz sobre a conduta das partes.

No entanto, o conceito de processo como relação jurídica é inadequado para explicar as posições dos sujeitos envolvidos no processo, pois é inadmissível que “[...] uma das partes possa exigir da outra o cumprimento de qualquer conduta, por um vínculo entre sujeito ativo e sujeito passivo.” (GONÇALVES, 2001, p. 66). As partes não podem impor umas às outras qualquer ato processual, nem têm a faculdade de exigir qualquer conduta do Juiz: “Não há relação jurídica entre o juiz e a parte, ou ambas as partes, porque ele não pode exigir delas qualquer conduta, ou a prática de qualquer ato, podendo, qualquer das partes, resolver suas faculdades, poderes e deveres em ônus, ao suportar as consequências desfavoráveis que possam advir de sua omissão.” (GONÇALVES, 2001, p. 98-99).

Há de se ressaltar que os deveres do Juiz, inerentes à função jurisdicional, decorrem das próprias normas que disciplinam a jurisdição e o processo. A atividade judicante “[...] é a realização do poder de cumprir o dever, o dever pelo qual o Estado se obrigou, quando assumiu a função de se substituir ao particular para garantir seus direitos.” (GONÇALVES, 2001, p. 99-100).

Neste sentido, o conceito de direito subjetivo não pode ser entendido como um poder sobre a conduta alheia, ou como um direito à prestação decorrente de relação jurídica. Pelo contrário, deve ser entendido “[...] como uma posição de vantagem do sujeito assegurada pela norma, posição que se apreende pelo “objeto do comportamento” descrito na norma relacionado ao sujeito. Se da norma decorre uma faculdade ou um poder, para o sujeito, sua posição de vantagem incide sobre o objeto daquela faculdade ou daquele poder que a norma lhe conferiu.” (GONÇALVES, 2001, p. 106).

Superada a concepção de processo como mero instrumento da jurisdição, segundo o modelo da relação jurídica, o processo deve ser compreendido como “[...] instituição-eixo do princípio do existir do sistema (aberto) normativo constitucional-democrático.” (LEAL, 2002, p. 69). Em outros termos, o processo seria uma “[...] estrutura normativa de um procedimento que prepara um ato final, de caráter imperativo, um provimento, realizado em contraditório entre as partes.” (GONÇALVES, 2001, p. 101).

A caracterização do processo como uma espécie de procedimento exigiu a reformulação do conceito de procedimento. Em uma acepção moderna, o procedimento, entendido como a atividade preparatória do provimento, é “[...] estrutura técnica, orientada pelo modelo normativo (lei), de atos jurídicos sequenciais em uma relação espaço-temporal em que o ato inicial é pressuposto do ato conseqüente e este extensão do ato antecedente, e assim sucessivamente, até final provimento (ato estatal: sentença, lei, ato administrativo).” (FONSECA, 2000, p. 14-15).

O processo é espécie de procedimento em contraditório, “[...] cuja essência estaria na simétrica paridade de participação na construção do provimento pelos interessados.” (FONSECA, 2000, p. 14-15). O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, que nada mais é que o ato final do procedimento, a sua conclusão: “O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento.” (GONÇALVES, 2001, p. 102-103).

Percebe-se que as características do procedimento e do processo (conforme um critério lógico) não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. Sob este enfoque, não existe uma relação de antagonismo entre procedimento e processo, mas uma relação de inclusão, já que o processo é uma espécie do gênero procedimento. O que distingue o processo (espécie) do procedimento (gênero) é a diferença específica do contraditório. O contraditório, “[...] em sua concepção moderna de direito-garantia, tem como principal e indissociável componente a simétrica paridade de participação dos interessados no ato imperativo final do Estado.” (FONSECA, 2000, p. 19). Em outros termos, não existe processo sem

contraditório, o contraditório é justamente o elemento que especifica o processo.

Repita-se, o processo é um procedimento de caráter imperativo caracterizado pela possibilidade de participação dos interessados no ato final, ou seja, um procedimento caracterizado pelo contraditório entre os interessados (os interesses das partes em relação ao ato final são opostos).

Logo, não se pode mais aceitar que o processo seja regido pelo modelo de igualdade geométrica, como se fosse possível garantir que o tratamento desigual aos desiguais pudesse garantir um mecanismo de inclusão (conforme demonstrado, o modelo de igualdade geométrica, ao invés de gerar inclusão, gera exclusão).

É inaceitável o posicionamento que defende o tratamento desigual das partes no processo, sob a consideração de que seria “[...] utópica a igualdade de armas no processo, já que as diferenças entre as partes não podem ser suprimidas.” (FONSECA, 2000, p. 19). Nesse sentido, o processo não pode ser a panaceia dos males que afligem o cidadão, e não pode ter a finalidade de solucionar os problemas sociais, econômicos, políticos e culturais que nos afligem, conforme preconizado pela teoria instrumentalista. Pelo contrário, a função do processo é possibilitar a formação do provimento pelos interessados, em contraditório.

Percebe-se, portanto, que sob o paradigma do Estado democrático de direito, a adequada compreensão do processo é imprescindível à aplicação da Teoria Discursiva do Direito, pois o processo não pode ser compreendido como um instrumento político voltado para efetivar a igualdade entre os homens (os direitos protegidos no processo não são os direitos materiais). Pelo contrário, o processo deve ser compreendido como direito-garantia constitucional de “[...] igualitária participação na formação do provimento, em contraditório, independentemente de se ter ou não direito material.” (FONSECA, 2000, p. 18).

3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O CDC, segundo Marques (2000), sistematiza suas normas a partir da idéia básica de proteção do consumidor. Trata-se de legislação que trouxe consideráveis avanços no plano processual (ações coletivas para a defesa de direitos e interesses coletivos e difusos, legitimação ativa de grupos sociais, inversão do ônus da prova, eficácia *erga omnes* e *ultra partes* da coisa julgada).

A Política Nacional das Relações de Consumo – PNRC (CDC, art. 4º) tem por princípios a boa-fé objetiva e o equilíbrio nas relações de consumo: além de proteger os interesses do consumidor, “[...] deve conciliar interesses da sociedade ou do cidadão com as demandas da economia e do livre comércio.” (BOURGOIGNIE, 2002, p. 31).

O princípio da boa-fé objetiva (CDC, art. 51, IV), como afirma Fiúza

(2002), deve ser interpretado no sentido de que as partes devem agir com honestidade, segundo padrões de correção e lealdade, de modo a desenvolver uma relação de confiança recíproca. Conforme Rosenvald (2001), os deveres anexos de informação, lealdade, segurança e cooperação também se inserem na noção da boa-fé objetiva. Ocorrendo falhas no adimplemento de tais deveres secundários, o consumidor poderá, alternativamente, ajuizar ação de cumprimento (tutela específica) ou pedir a resolução contratual, em razão de um adimplemento insatisfatório ou ruim (CDC, art. 35):

Se a crise de massificação das relações de consumo significou uma despersonalização da relação, contratos de serviços elaborados às dúzias, semelhantes e elaborados prévia e unilateralmente, não deve causar espanto que os princípios escolhidos pelo Código de Defesa do Consumidor para regular a “conduta” contratual dos parceiros, de forma a tornar efetivos os novos direitos do consumidor fossem justamente o da boa-fé e do equilíbrio contratual (*Vertragsgerechtigkeit*): princípios de re-personalização *standart* da relação de consumo. Especialmente o princípio da boa-fé em sua visão objetiva é um grande patamar de respeito ao outro co-contratante, mesmo que despersonalizado. Trata-se quase da inversão da lógica despersonalizante da massificação: se não conheces teu parceiro contratual, terás que tratar a todos com lealdade, desde o terceiro que entra em tua loja, aquele que viaja em teu avião, aquele que não contrata e se beneficia, aquele que recebe teus “serviços” de presente etc. A todos deverás informar, cuidar de seu patrimônio, nome e dignidade, cooperar para que realizem suas expectativas legítimas [...] que talvez nem saibas quais são. (MARQUES, 2000, p. 86).

Considerando, com fundamento em Oliveira (2002), que sob o paradigma do Estado democrático de direito, o direito deve corresponder às exigências funcionais de uma sociedade complexa e pluralista e também promover a inclusão social por meio da adoção de uma linguagem dialógica que possibilite a sua fundamentação, de modo que possa haver um entendimento mútuo entre os sujeitos comunicativamente atuantes, verifica-se que a interpretação do CDC não pode se afastar desse enfoque.

Assim, pode-se dizer, de acordo com Grinover *et al.* (2001), que o CDC tem por finalidade imediata possibilitar o entendimento mútuo entre consumidores e fornecedores (segundo um consenso racional), e por finalidade mediata a harmonização das relações de consumo com o crescimento da economia e do livre comércio.

Considera-se relação de consumo aquela existente entre fornecedor (CDC, art. 3º, *caput*) e consumidor como destinatário final (CDC, art. 2º, *caput*), cujo objeto seja o fornecimento de um produto ou serviço (CDC, art. 3º, §§ 1º e 2º). Além do conceito padrão de consumidor (CDC, art. 2º, *caput*), o Código traz

o conceito de consumidor por equiparação (arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29).

O CDC adota, como regra geral, a teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor (arts. 12 e 14). Para configurar a responsabilidade objetiva do fornecer, é necessária a presença dos seguintes pressupostos: a existência de uma conduta do fornecedor, o dano injusto sofrido pela vítima (patrimonial ou extrapatrimonial), a relação de causalidade entre o dano e a ação do fornecedor e o fator de atribuição (de natureza objetiva) da responsabilidade pelo dano ao fornecedor. Este fator de atribuição, para Aguiar Júnior (2000), poderá ser o risco, a equidade etc. Segundo Rosenvald (2001), no sistema da responsabilidade objetiva, existe presunção *juris et de jure* de culpa do fornecedor.

Excepcionando a regra geral, o CDC prevê a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais (art. 14, § 4º), cujo fator de atribuição da responsabilidade pelo dano é de natureza subjetiva (culpa ou dolo).

Considerando a difusão das relações de consumo, constata-se que houve um aumento substancial no campo de aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, a qual não é sinônima de responsabilidade sem culpa. Na responsabilidade objetiva, a indenização é devida apenas pelo aspecto objetivo da lesão (não importa se o agente praticou ato lícito ou ilícito, basta que o dano se relacione materialmente à conduta). A responsabilidade sem culpa é modalidade de responsabilidade subjetiva que consiste na “[...] hipótese excepcional de ressarcimento pela prática de atos lícitos, em consideração ao interesse maior da vítima” (ROSENVALD, 2001, p. 172), como ocorre com o dever de o agente indenizar o dano causado em estado de necessidade. (Código Civil, art. 929 e 930).

O CDC prevê as hipóteses de rompimento do nexo causal na responsabilidade civil pelo fato do produto: quando o fabricante não houver colocado o produto no mercado, quando o produto não apresentar defeito ou quando o fato do produto decorrer de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, § 3º, I, II e III). As hipóteses de rompimento do nexo causal pelo fato do serviço estão previstas no art. 14, § 3º.

Ainda para Rosenvald (2001), a ocorrência de caso fortuito interno não afasta o dever de indenizar, já que aquele se relaciona a um evento que se liga à organização da empresa, inerente aos riscos da própria atividade desenvolvida. A ocorrência de caso fortuito externo, entendido como o evento exterior à atuação ordinária do agente, rompe o nexo causal.

4 O ÔNUS DA REALIZAÇÃO DA PROVA

Rosenvald (2001) leciona que o Código adotou, como regra geral, o sistema da responsabilidade objetiva, segundo o qual a culpa do fornecedor é presumida de forma absoluta (presunção *juris et de jure*). No entanto, a prova do

dano injusto deve ficar a cargo do consumidor (incluindo-se o consumidor por equiparação ou *by-stander*), sob pena de se desestabilizar a harmonia das relações de consumo.

Watanabe (2001) entende que o Juiz pode determinar que o fornecedor suporte as despesas com a prova pericial, desde que verificados a verossimilhança da alegação e a impossibilidade de o consumidor arcar com os respectivos custos. Referido doutrinador sustenta que essa solução seria compatível com o art. 6º, VIII, do CDC e seria menos rigorosa que a de inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, parte da jurisprudência considera que, nos casos em que estiverem presentes os requisitos da verossimilhança ou hipossuficiência – e o Juiz entender que a prova pericial é imprescindível ao deslinde da causa – cabe ao fornecedor responder pelo adiantamento dos honorários do perito:

QUESTÃO – PROCESSUAL IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA PERICIAL – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA – CARACTERIZADA RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICABILIDADE. Requerida a prova pericial pelos autores da ação ordinária cujo objetivo é a revisão de cláusulas contratuais que entendem abusivas, e determinada a realização de prova pericial pelo Juiz, envolvendo a demanda questões de direito consumerista, é de se inverter o ônus da prova em favor do consumidor, como ditado pelo art. 6º, VIII, do CDC, se verossímil a alegação ou for a parte hipossuficiente, visando assegurar-lhe o direito fundamental ao contraditório e a facilitação da defesa dos seus interesses, que tem natureza constitucional, quando deve responder o fornecedor do serviço bancário pelo depósito prévio dos honorários do perito [...]. (TAMG – Agravo de Instrumento nº 0290036-1 – 3ª Câmara Cível – Comarca de Belo Horizonte – Rel. Juiz Duarte de Paula – j. 17.11.1999).

Também neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já decidiu que a inversão do ônus da prova “[...] significa, também, transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas que o autor não pode suportar, quando indispensável a realização da perícia”. (STJ – Recurso especial nº 383276-RJ – 4ª Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 18.06.2002 – DJ 12.08.2002, p. 219).

Não obstante a autoridade da doutrina e dos julgados mencionados, defender-se-á posição contrária: ainda que o Juiz tenha invertido o ônus da prova, o fornecedor não pode ser obrigado a custear a perícia requerida pelo consumidor. O ônus da realização da prova é, nos termos do art. 19 do Código de Processo Civil – CPC, do requerente. Quando o juízo determinar a realização da prova pericial, cabe ao autor arcar com os custos da mesma, nos termos do art. 33 do CPC. Há de se frisar que não existe no ordenamento jurídico pátrio uma regra determinando a obrigatoriedade de o fornecedor arcar com os custos da perícia

requerida pelo consumidor. A regra da inversão do ônus da prova visa, justamente, transferir ao fornecedor o ônus de afastar o fato constitutivo do direito do consumidor, e não a obrigá-lo a custear prova pericial requerida pelo consumidor:

IMPOSSIBILIDADE – INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO PROVIDO. [...] Aqui, a inversão é mais ampla e abrange a prova do fato constitutivo do direito do consumidor, de modo que a obrigação que se transfere à outra parte é especificamente a de elidir a presunção de veracidade que vigora em favor do consumidor, ou seja, a de produzir provas bastantes à desconstituição de tal presunção. (TAMG – Agravo de Instrumento nº 0297203-0 – 7ª Câmara Cível – Belo Horizonte – Rel. Juiz Lauro Bracarense – j. 10.02.2000 – RJTAMG 78/84).

Este posicionamento não causa prejuízo ao consumidor. Com a aplicação da regra da inversão do ônus da prova o consumidor não precisa produzir prova pericial para provar o fato constitutivo de seu direito:

PROCESSO CIVIL, RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A regra probatória, quando a demanda versa sobre relação de consumo, é a da inversão do respectivo ônus. Daí não se segue que o réu esteja obrigado a antecipar os honorários do perito; efetivamente não está, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor [...]. (STJ – Recurso Especial nº 466604-RJ – 3ª Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 07.04.2003 – DJ 02.06.2003, p. 297).

Verifica-se, portanto, que a aplicação da regra da inversão do ônus da prova é suficiente para compensar a situação de vulnerabilidade do consumidor, já que a não-realização da prova pericial de responsabilidade do fornecedor acarretar-lhe-á uma decisão desfavorável (se o fornecedor não se desincumbir de afastar o nexo de causalidade entre a conduta que lhe é imputada e o dano injusto sofrido pelo consumidor, fatalmente a sentença lhe será desfavorável). Não se pode confundir o ônus da prova, que é o ônus processual de provar os fatos alegados (CPC, art. 333), com o ônus da realização da prova, que é a obrigação processual do requerente de adiantar os honorários do perito (CPC, art. 33).

Se no direito processual penal o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo (CF/88, art. 5º, LXIII), com muito mais razão, o mesmo princípio se aplica ao direito processual civil, porque o direito penal tutela os bens mais importantes para a vida em sociedade, considerados, em regra, indisponíveis. Logo, sob o paradigma do Estado democrático de direito, o fornecedor não pode ser compelido a custear a prova pericial requerida pelo

consumidor.

5 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O CDC prevê duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova.

A inversão *ope legis* (art. 38), segundo Grinover *et al.* (2001), é uma regra pertinente ao ônus probatório, segundo a qual cabe ao fornecedor provar a veracidade e correção de uma publicação, nos casos em que o consumidor alegar a sua falta de veracidade ou incorreção.

A inversão *ope iudicis* (art. 6º, VIII), por ter natureza jurídica de regra processual estrutural da fase probatória, aplica-se aos feitos em curso, ainda que a relação jurídica entre consumidor e fornecedor tenha sido entabulada antes da vigência do CDC. Esta regra é aplicável quando for verificada pelo Juiz a verossimilhança da alegação, ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Para Zapater (2001, p. 180), a hipossuficiência do consumidor se manifesta através das seguintes espécies de vulnerabilidade:

[...] a técnica, quando faltasse ao consumidor conhecimentos sobre o produto ou serviço que está adquirindo; a vulnerabilidade jurídica, que ocorreria pela falta de conhecimento do consumidor na área jurídica, econômica ou contábil, no momento, por exemplo, de comprar a prestações; e, por fim, a vulnerabilidade fática, ou socioeconômica, resultado da posição do fornecedor no mercado.

Adotar-se-á posição distinta, pois o conceito de hipossuficiência diz respeito somente à dificuldade técnica de o consumidor provar o nexo causal entre o dano por ele sofrido e a conduta imputada ao fornecedor (comissiva ou omissiva), conforme as regras processuais comuns do art. 333 do CPC, que é dever do Estado, por meio da Defensoria Pública (CF/88, art. 134), prestar “[...] assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” (CF/88, art. 5º, LXXIV):

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESPACHO QUE, DEFERINDO A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, DETERMINOU QUE OS AGRAVANTES ARCASSEM COM OS HONORÁRIOS PERICIAIS- HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA NÃO CONFIGURADA- AGRAVADOS QUE SÃO BENEFICIÁRIOS DA JUSTIÇA GRATUITA- ÔNUS QUE NÃO COMPETE AOS AGRAVANTES – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [...] O ônus da prova só há de ser invertido quando a parte requerente tiver dificuldades para a demonstração de seu direito

dentro do que estabelecem as regras processuais comuns ditadas pelo art. 333 e incisos do CPC, presentes a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência. Não se vislumbra essa dificuldade na realização da prova pericial, na medida em que não há dificuldade técnica para a averiguação e comprovação dos fatos alegados. Não socorre a agravada sua alegação de hipossuficiência por ausência de condições econômicas para custear os honorários do perito, já que o significado do aludido dispositivo legal não é econômico, e sim técnico. (TAPR – Agravo de Instrumento nº 0192414-1 – 6ª Câmara Cível – Comarca de São José dos Pinhais – Rel. Juíza Anny Mary Kuss – j. 29.04.2002 – DJ 17.05.2002).

Nesse sentido, considere-se uma hipotética lide de consumo, na qual o consumidor alega um vício de fabricação no motor de um veículo, cujo projeto de fabricação lhe é inacessível. Verificada a hipossuficiência técnica do consumidor, e invertido o ônus da prova, o fornecedor fica com o ônus de provar a inoccorrência do vício de fabricação, ou seja, a ausência do nexo causal:

No caso de se identificar a dificuldade do demandante em produzir determinada prova que está em poder do demandado, a distribuição do ônus da prova (art. 333 do CPC) pode ser flexibilizada com a aplicação do art. 6º, VIII do CDC [...]. (TAPR – Agravo de Instrumento nº 0192414-1 – 6ª Câmara Cível – Comarca de São José dos Pinhais – Rel. Juíza Anny Mary Kuss – j. 29.04.2002 – DJ 17.05.2002)

Portanto, o conceito de hipossuficiência independe da situação econômica ou da assistência jurídica do consumidor. Sempre que o fornecedor detiver “[...] o domínio do conhecimento técnico especializado [...]” (WATANABE, 2001, p. 734), a hipossuficiência do consumidor será manifesta.

A hipossuficiência econômica e jurídica do consumidor, por estar ligada a valores que são adotados conforme o ponto de vista exclusivo do consumidor, segundo o modelo de igualdade geométrica, não justificam, sob o paradigma do Estado democrático de direito, a inversão do ônus da prova. Sob esse paradigma de Direito, adota-se o modelo de igualdade aritmética, cujo critério último de legitimidade é uma *igual* liberdade de todos, o que pressupõe a inclusão de todos os grupos sociais (consumidor e fornecedor), e não a inserção de apenas um grupo pré-determinado (consumidor) às custas da exclusão do fornecedor.

Watanabe (2001, p. 735) sustenta que a verossimilhança da alegação do consumidor não constitui uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova. Segundo seu posicionamento, a verossimilhança seria um critério de julgamento relacionado à regra inscrita no art. 335 do CPC. Assim, o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, consideraria produzida a prova de um fato, quando verificasse ser ele

ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato já provado:

Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considera-se demonstrado o fato afirmado pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova. Por isso mesmo, como ficou anotado, não se tem verdadeiramente uma inversão do ônus da prova em semelhante hipótese.

Com a devida *vênia*, defender-se-á posição contrária, uma vez que o art. 335 do CPC tem aplicação restrita aos casos em que se verifica a “[...] falta de normas jurídicas particulares”. Por outro lado, o art. 6º, VIII, do CDC prevê ainda que, de forma implícita, o seu campo de aplicação é a regra processual do ônus da prova (CPC, art. 333). Portanto, adotar-se-á a posição de Cavalieri Filho (2000, p. 106), segundo a qual o conceito de verossimilhança tem pertinência com a probabilidade da existência do direito invocado, o que enseja uma verdadeira hipótese de inversão do ônus da prova:

Convém ressaltar que mesmo em relação ao nexo causal não se exige da vítima uma prova robusta e definitiva, eis que essa prova é praticamente impossível. Bastará, por isso, a chamada *prova de primeira aparência*, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permita um juízo de probabilidade, como, por exemplo, a repetição de determinado evento em relação a um certo produto. Por isso, o Código do Consumidor presume o defeito do produto, só permitindo ao fornecedor afastar o seu dever de indenizar se provar, ônus seu, que o defeito não existe (art. 12, § 3º, II). Se cabe ao fornecedor provar que o defeito não existe, então ele é presumido até prova em contrário.

5.1 Momento processual adequado para o Juiz se manifestar

Grinover *et al.* (2001) considera que a inversão do ônus da prova deve ser aplicada no momento da prolação da sentença, nos casos em que o Juiz verificar o *non liquet*. Segundo esse posicionamento, o Juiz só teria condições de avaliar a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor após analisar o contexto probatório já produzido, ou seja, no momento da prolação da sentença:

A inversão do ônus da prova dá-se *ope judicis*, isto é, por obra do juiz, e não *ope legis* como ocorre na distribuição do ônus da prova pelo CPC 333. Cabe ao magistrado verificar se estão presentes os requisitos legais para que se proceda à inversão. Como se trata de *regra de juízo*,

quer dizer, de julgamento, apenas quando o juiz verificar o *non liquet* é que deverá proceder à inversão do ônus da prova, fazendo-o na sentença, quando for proferir o julgamento de mérito [...]. (NERY JUNIOR; NERY, 1999, p. 1.805).

Watanabe (2001, p. 735) adota o mesmo posicionamento:

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa..

Neste sentido, veja-se decisão do Tribunal de Justiça do Paraná TJPR:

PROCESSUAL CIVIL AGRADO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PRETENSÃO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COM BASE NO ART. 6º, VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR FALTA DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA OU VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO AFIRMADO INADMISSIBILIDADE DA INVERSÃO DECISÃO MANTIDA RECURSO IMPROVIDO. A inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento, que vai incidir se presentes os seus pressupostos no momento da sentença, desde que, a critério do julgador, seja necessária a adoção da regra protetiva do consumidor. (TJPR – Agravo de Instrumento nº 0182024 – 4ª Câmara Cível – Comarca de Curitiba – Rel. Des. Sydney Zappa – j. 20.03.2002).

Os adeptos desse posicionamento sustentam que a inversão do ônus da prova realizada no momento da prolação da sentença não viola os princípios da igualdade e do devido processo legal, em razão da prévia ciência do fornecedor de que a lide versa uma relação de consumo. Assim, Gaulia (2001, p. 86) entende que não há necessidade de o Juiz avisar ou alertar a parte contrária sobre a regra da inversão do ônus da prova:

Pretendeu, por conseguinte, a lei, criar com a regra do inc. VIII, um direito subjetivo do consumidor (mais um dentre outros tantos que pelo Digesto de Proteção ao Consumidor se espalham). Dessa forma é de se concluir que não está o Juiz obrigado a avisar ou alertar a parte contrária para a inversão do *onus probandi*, se a lide versar sobre relação de consumo.

Ainda sob esta perspectiva, veja-se decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais – TAMG:

INDENIZAÇÃO – DEFEITO DE FABRICAÇÃO EM VEÍCULO – MOTORISTA DE TAXI – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – REGRA DE JULGAMENTO – DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO ANTERIOR ÀS PARTES – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – SOLIDARIEDADE PASSIVA DO FABRICANTE IMPOSTA PELO VÍCIO DE QUALIDADE DO PRODUTO – LEGITIMIDADE PASSIVA – LUCROS CESSANTES – QUANTIFICAÇÃO EM PROCESSO DE CONHECIMENTO. [...] Diante do conhecimento anterior do fornecedor de que se trata de ação fundada em relação de consumo, cabe a ele, prevendo a possibilidade de inversão do ônus da prova, agir, durante a fase instrutória, no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito do consumidor, produzindo todas as provas que lhe forem oportunizadas, pois não poderá baixar o juiz os autos em diligência para que produza provas após o encerramento da instrução. (TAMG – Apelação Cível nº 0296776-4 – 3ª Câmara Cível – Comarca de Contagem – Rel. Juiz Duarte de Paula – j. 05.04.2000 – RJTAMG 79/146).

Em que pese à autoridade da doutrina e jurisprudência retro apresentadas, defender-se-á posicionamento no sentido de que o Juiz deve se manifestar sobre a inversão do ônus da prova antes do início da fase probatória, de modo a possibilitar o prévio conhecimento das partes (fornecedor e consumidor) a respeito das regras do ônus da prova que serão consideradas por ocasião da prolação da sentença:

AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO – COMPRA E VENDA DE “KIT” DE CASA PRÉ-FABRICADA – CONTRATO CUMPRIDO – ALEGAÇÃO DE DEFEITOS NA CONSTRUÇÃO – LUCROS CESSANTES INDEVIDOS – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ART. 6º, INC. VIII – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – NECESSIDADE DE PRÉVIA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. [...] Para que seja configurada a hipótese de inversão do ônus da prova, é necessário que, sob pena de nulidade, haja a expressa e prévia determinação judicial à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido, pois a inversão sem essa cautela processual implicaria em surpresa e cerceamento de defesa. (TAMG – Apelação Cível nº 0292148-4 – 6ª Câmara Cível – Comarca de Belo Horizonte – Rel. Juiz Paulo César Dias – j. 04.11.1999).

Veja-se, também, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS:

CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO – PROVA – AUSÊNCIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – MOMENTO – DANO MORAL E MATERIAL – PROVA PERICIAL – NECESSIDADE – SUBSTITUIÇÃO POR PROVA TESTEMUNHAL – COROLÁRIO LÓGICO E DESACOLHIMENTO DO PEDIDO. Questão relativa à inversão do ônus da prova deve ser suscitada e decidida antes do início da fase probatória. Indevida a utilização do instituto na sentença ou por ocasião do julgamento do recurso, causando evidente cerceamento de defesa à parte adversa. [...]. (TJRS – Apelação Cível nº 70000809301 – 10ª Câmara Cível – Comarca de Porto Alegre – Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana – j. 28.09.2000 – RJRGs 203/373).

Há de se frisar que a ampla defesa e o contraditório materializam o suporte do devido processo legal. Este posicionamento parte da premissa de que ambas as partes têm o direito fundamental à tutela jurisdicional, a qual pode ser entendida como “[...] a garantia de meios jurídicos-processuais mediante os quais cada pessoa que acredite que seus direitos foram violados possa afirmar suas pretensões, direitos de agir em juízo, a um devido processo legal, a igual proteção jurídica, ao contraditório e à ampla defesa, a um igual direito à tutela jurisdicional.” (OLIVEIRA, 2002, p. 71).

Sob o paradigma do Estado democrático de direito, o contraditório deve ser compreendido como uma garantia dos destinatários da decisão de participar do processo, em simétrica igualdade, na etapa preparatória da sentença. O contraditório, segundo Gonçalves (2001, p. 127), já não pode mais ser compreendido como o direito da parte de ser ouvida e de se defender sobre a matéria controvertida (a relação de direito material é o seu conteúdo possível). O contraditório “[...] é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório como garantia de simétrica paridade de participação no processo.”

Logo, o Juiz deve se manifestar acerca dos requisitos da inversão do ônus da prova antes do início da fase probatória, de modo a possibilitar a ambas as partes (consumidor e fornecedor) a oportunidade de participar do processo, em simétrica igualdade. O fornecedor não pode ter seus direitos fundamentais à igualdade e ao devido processo legal violados sob o pretexto de se aplicar a diretriz política de defesa do consumidor (conforme demonstrado, a diretriz política, por refletir um valor, não pode prevalecer sobre um princípio).

Repita-se que o modelo de igualdade a ser observado, sob o paradigma do Estado democrático de direito, é o da igualdade aritmética, ou seja, a igualdade de todos os homens. A legitimidade do Estado democrático de direito está diretamente vinculada à observância dos direitos fundamentais, os quais “[...] exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca

da institucionalização das normas do agir.” (OLIVEIRA, 2002, p. 72).

Sob esse enfoque, somente se a inversão do ônus da prova for manifestada antes do início da fase probatória é que as partes podem chegar a um consenso racional. Só assim, pode haver uma participação igualitária das partes no processo, conforme o modelo de igualdade aritmética. Para Galuppo (2002), o modelo de igualdade geométrica, preconizado por Aristóteles e baseado na hierarquia, é incompatível com o Estado democrático de direito. Este modelo de igualdade foi construído para justificar uma comunidade estruturada, tendo em vista os fins comuns de seus membros, o que pressupõe um projeto de vida comum a todos os habitantes, e não uma sociedade pluralista, fundada nos interesses divergentes de seus membros, como na sociedade existente no Estado democrático de direito.

A necessidade de pressupor a igualdade aritmética no processo de fundamentação do direito decorre, basicamente, de dois fatores: a consideração da legislação como obra humana, e o reconhecimento de que a fundamentação do direito não pode ser atribuída seja a Deus, seja à natureza:

[...] *justiça e injustiça, legitimidade e ilegitimidade* são produzidas por ações humanas, sejam as ações de criação da legislação, sejam as ações de sua aplicação. Se não se pode mais recorrer a uma realidade *meta-física* (seja ela Natural ou Teológica) para fundamentar as normas de ação, só será possível fazê-lo recorrendo-se à Razão. E a única possibilidade que resta para fundamentar racionalmente o direito, como já demonstrava Kant, é fazendo que as normas jurídicas tenham como critério último de legitimidade uma *igual liberdade* de todos os cidadãos. (GALUPPO, 2002, p. 16).

Afastada a fundamentação teológica ou natural, as normas de ação devem ser fundamentadas recorrendo-se à razão. Destaca-se que “[...] a aquisição da linguagem e a aquisição da Razão são dois fenômenos congêntos, e o ser humano se descobre um ser racional no momento em que se descobre um ser de linguagem.” (GALUPPO, 2002, p. 105-106). Conforme a Teoria Discursiva do Direito,

[...] a fundamentação do Direito se desloca de uma racionalidade abstrata e subjetiva (como aquela presente na obra kantiana) para uma racionalidade inerente à linguagem e expressa por meio dela, e, por isso mesmo, intersubjetiva, discursiva. A consequência desse deslocamento é que a racionalidade, uma vez que passa a ser vista essencialmente como linguagem, já não é entendida como transcendente ao mundo, mas como imanente a ele. E como a linguagem integra o mundo-da-vida (ou seja, aquele horizonte que possibilita toda compreensão e diálogo), somente partindo deste mundo-da-vida linguisticamente estruturado é que podemos encontrar uma resposta para a questão do

fundamento de legitimidade do direito moderno, que é um direito essencialmente positivado e coercitivo. (GALUPPO, 2002, p. 18).

A inversão do ônus da prova procedida no momento da prolação da sentença viola os direitos fundamentais do fornecedor à igualdade e ao devido processo legal, o que acaba por resultar (por intermédio do direito) aquilo que, com o direito, queria-se evitar: “[...] que por meio de desigualdades, a liberdade fosse conferida e assegurada apenas a uma parcela da sociedade, [...]”. (GALUPPO, 2002, p. 95-96).

Logo, a inversão do ônus da prova operada no momento da prolação da sentença acarreta uma discriminação inversa, o que é incompatível com o paradigma do Estado democrático de direito. A exclusão de determinado grupo social (no caso em questão, o fornecedor) é incompatível com o Estado democrático de direito. Segundo Habermas (1997, v. 1), o cerne desse modelo de Estado repousa, justamente, no reconhecimento da existência de uma pluralidade de projetos de vida. Sob esse paradigma, a legitimidade do direito está ligada à sua capacidade de proporcionar aos cidadãos a possibilidade de enxergarem-se ao mesmo tempo como destinatários e autores (participantes) da norma jurídica, segundo um discurso dialógico e racional.

Habermas (2002) afirma que as pessoas só podem ser autônomas na medida em que lhes seja possível enxergar a si próprias como autoras dos direitos aos quais todos (inclusive elas próprias) devem obediência. Esse enfoque é importante porque as teorias do direito racional fundamentam a legitimidade do direito segundo a sua capacidade de garantir a autonomia pública (soberania popular) e privada (direitos fundamentais) dos cidadãos. A autonomia política dos cidadãos diz respeito à capacidade de auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos revela-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis.

Logo, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, “[...] não haveria tampouco um médium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado.” (HABERMAS, 2002, p. 293). Assim, a autonomia pública pressupõe a privada, e a autonomia privada pressupõe a pública, sem que nenhuma delas possa reivindicar uma primazia sobre a outra.

Destaca-se que a “[...] natureza do *logos*, termo que tanto pode ser traduzido por razão como por linguagem, é dialógica, e não monológica, e por isso o *logos* nos é dado não como uma característica do ser subjetivo ou do ser objetivo, mas do ser intersubjetivo que somos [...]”. (GALUPPO, 2003, p. 228). O discurso racional

[...] é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído por obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que são reguladas pelos procedimentos fundamentados discursivamente. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 142).

Portanto, se a inversão do ônus da prova for manifestada no momento da prolação da sentença, o fornecedor não poderá sentir-se autor (participante) da norma jurídica, pois não seria razoável esperar que ele pudesse aceitar-se autor de uma norma que lhe acarreta surpresa processual e prejudica seu direito fundamental ao contraditório e ampla defesa.

O Estado democrático de direito, repita-se, tem por fundamento a existência de uma sociedade pluralista, na qual os direitos fundamentais devem ser compreendidos como “[...] direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico [...]” (GALUPPO, 2003, p. 236), caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo. Em uma democracia, os cidadãos não podem chegar a um acordo ou mesmo aproximar-se da compreensão mútua se adotarem pontos de vista irreconciliáveis. Logo, os cidadãos devem ver um ao outro como livres e iguais em um sistema de cooperação social, ou seja, devem estar preparados para “[...] oferecer um ao outro termos justos de cooperação segundo o que consideram ser a concepção mais razoável de justiça política. [...]” (RAWLS, 2001, p. 180).

Além disso, o argumento a respeito da prévia ciência do fornecedor de que a lide versa uma relação de consumo é improcedente, pois a delimitação do conceito de relação de consumo não é pacífica. Conforme a teoria adotada pelo intérprete, teríamos um conceito diferente para relação de consumo.

Segundo Grinover *et al.* (2001), para a teoria finalista, ocorreria relação de consumo quando houvesse um negócio jurídico entre fornecedor e consumidor destinatário final. De acordo com esta teoria, os princípios básicos do CDC (arts. 4º e 6º) orientam no sentido de que a expressão *destinatário final* (CDC, art. 2º) seja interpretada de maneira restrita. Logo, consumidor seria aquele que adquire um produto ou serviço para uso próprio (para satisfazer uma necessidade pessoal), sem intuito de revenda, vedada a sua utilização como insumo na cadeia produtiva. Para a teoria maximalista, o conceito de consumidor é objetivo (prescinde da idéia de lucro) e deve ser interpretado de maneira extensiva, o que possibilitaria a sua aplicação a um número maior de

relações de mercado. Segundo essa teoria, destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza: a fábrica que compra um veículo para transporte de seus funcionários, o advogado que adquire um computador para o seu escritório.

O consumidor também poderá sentir-se lesado se o Juiz indeferir a inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença. Na suposta lide de consumo, citada no tópico anterior, em que o consumidor alega um defeito de fabricação no motor de um veículo, se o consumidor já soubesse de antemão que o Juiz não iria inverter o ônus da prova, aquele iria se desdobrar para provar o nexo causal entre a conduta do fornecedor (fabricação/venda de veículo com falha de projeto no motor) e o dano alegado (conserto do motor/desvalorização do veículo).

No entanto, se o consumidor está na justa expectativa de que o Juiz irá inverter o ônus da prova, muito provavelmente o primeiro não irá se desdobrar para provar o aludido nexo causal, o que acabará por lhe acarretar uma sentença desfavorável. Nesse sentido, veja-se decisão do TJMG que confirmou caso de indeferimento da inversão do ônus da prova manifestado no momento da prolação da sentença:

PROVA - CONSUMO DE ÁGUA ALTERADO POR VAZAMENTO - ÔNUS DO CONSUMIDOR PELA FACILIDADE DA PRODUÇÃO DAS PROVAS - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INVERSÃO. Ao consumidor cabia provar a ausência de vazamento de água em sua residência, que teria resultado na alteração do consumo, pois a Copasa era difícil fazer tal prova. Aplica-se o princípio da inversão do ônus da prova somente nos casos de difícil demonstração dos direitos do consumidor. (TJMG - Apelação Cível nº 142.544/6 - 5ª Câmara Cível - Comarca de Belo Horizonte - Rel. Des. Campos Oliveira - j. 02.09.1999).

Sem embargo da autoridade desse julgado, se o consumidor soubesse desde o início da fase probatória - que não haveria inversão do ônus da prova, o mesmo iria diligenciar no sentido de provar o fato constitutivo de seu direito (pedir a realização de uma prova pericial que demonstrasse a efetiva quantidade de água fornecida pela Copasa). Neste caso em questão, como o Juiz negou a inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença, houve uma subversão da finalidade da regra do art. 6º, VIII, do CDC, que é a facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Assim, ao invés de facilitada, a defesa do consumidor foi dificultada, uma vez que, na legítima expectativa de que haveria inversão do ônus da prova, acabou por negligenciar a prova do fato constitutivo de seu direito.

6 CONCLUSÃO

As normas têm validade deontológica em sentido absoluto, ou seja, exprimem uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Nesse sentido, “[...] obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 316). Logo, seguem um código binário de validade (são válidas ou inválidas).

Os valores – ao contrário das normas – exprimem “[...] preferências compartilhadas intersubjetivamente [...]” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 316), ou seja, aquilo que, visto no todo, é bom para nós ou para mim. Referidas preferências são realizadas por meio de um agir teleológico e gradual, conforme o nosso assentimento seja maior ou menor.

Logo, a defesa do consumidor, a qual reflete um fim coletivo, não pode destruir a forma jurídica (princípios da igualdade e do devido processo legal) que é a função própria do direito. Ao admitir-se que a inversão do ônus da prova pode ser deferida no momento da prolação da sentença, e que o fornecedor pode ser compelido a custear prova pericial requerida pelo consumidor, estar-se-á aceitando a diluição do direito na política, o que faz desaparecer “[...] a tensão entre facticidade e validade, delineada no direito moderno.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 192).

O argumento de que a inversão do ônus da prova deve ser deferida no momento da prolação da sentença, sob a fundamentação de que é neste momento processual que o Juiz irá apreciar se o consumidor conseguiu provar ou não o seu direito, reflete uma decisão política. Essa fundamentação está dissociada da normatividade do art. 6º, VIII, do CDC, segundo a qual a aplicação da inversão do ônus da prova é condicionada à verificação, pelo Juiz, de dois requisitos legais: a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor.

O objetivo comum de defender o consumidor não configura uma justificativa suficiente para negar os direitos fundamentais do fornecedor à igualdade e ao devido processo legal. A observância dos direitos fundamentais (compreendidos como orientação e como diretriz moral para o agir político dos países democráticos) “[...] é essencial para a sobrevivência da sociedade moderna, cada vez mais complexa e descentrada.” (HABERMAS, 2003, p. 10).

Ressalte-se, que a “[...] decisão política provoca injustiça, por mais eqüitativos que sejam os procedimentos que a produziram, quando nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias sobre a justiça lhes dão o direito de ter.” (DWORKIN, 1999, p. 218).

Logo, o art. 6º, VIII, do CDC não pode ser interpretado – sob pena de se esvaziar a sua normatividade – no sentido de que a inversão do ônus da prova deva ser operada no momento da prolação da sentença. Pelo contrário, a regra estruturante da fase probatória deve ser interpretada tendo em vista o

ordenamento jurídico considerado como sistema.

A interpretação de que o fornecedor não é obrigado a custear prova pericial requerida pelo consumidor, e que a inversão do ônus da prova deve ser operada antes do início da fase probatória é compatível com o princípio da defesa do consumidor, com os direitos fundamentais do fornecedor e com a necessidade de se harmonizar as relações de consumo.

Conforme a Teoria Discursiva do Direito, a legitimidade do direito só é alcançada se todos os envolvidos por suas normas puderem reconhecer-se simultaneamente como seus autores. O direito do fornecedor e do consumidor ao devido processo legal precisa ser garantido, sob pena de se negar aos mesmos a possibilidade de se reconhecerem como autores e participantes dos discursos jurídicos. Esse posicionamento está em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, segundo o qual a relação entre consumidor e fornecedor deve se pautar pelo respeito mútuo e cooperação. Sob esse enfoque, consumidor e fornecedor devem conjugar esforços para alcançar a realização das expectativas legítimas de ambas as partes.

O entendimento de que o Juiz pode se manifestar sobre a inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença pode resultar em prejuízo para o próprio consumidor. Na eventualidade de o Juiz negar a inversão do ônus da prova, o consumidor seria surpreendido. Nesse caso, haveria uma subversão de todo o sistema, em que o consumidor – na justa expectativa de que o juiz iria inverter o ônus da prova – muito provavelmente tivesse negligenciado a prova do fato constitutivo de seu direito.

Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOURGOIGNIE, Thierry. A política de proteção do consumidor: desafios à frente. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 30-38, jan./mar. 2002.

BRITO, Fernanda Alves de. Ação contra a fazenda pública e efetividade processual: aspectos de isonomia. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000. v. 1.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica consitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O Direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 97-108, jul./set. 2000.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 81-95, jan./mar. 2002.

FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FONSECA, Rodrigo Rigamonte. Isonomia e contraditório na teoria do processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Porto Alegre: Síntese, 2000. v. 1.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAULIA, Cristina Tereza. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 76-92, out./dez. 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio, *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

_____. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, São Paulo: Loyola, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000, v. 1.

_____. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

_____. *Teoria processual da decisão jurídica*, São Paulo: Landy, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Curso de direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MARINHO, Guilherme. Tutela jurisdicional e tutela legal: aspectos antecipatórios. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000. v. 1.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: v. 9, n. 35, p. 61-96, jul./set. 2000.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

MOREIRA, Luiz. Direito e normatividade. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 145-157.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

RAWLS, John. *O Direito dos povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Praetorium, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 722-784.

ZAPATER, Tiago Cardoso. A interpretação constitucional do Código de Defesa do Consumidor e a pessoa jurídica como consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 170-198, out./dez. 2001.

O ENVELHECIMENTO POPULACIONAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

SIMONE MONTEZ PINTO MONTEIRO

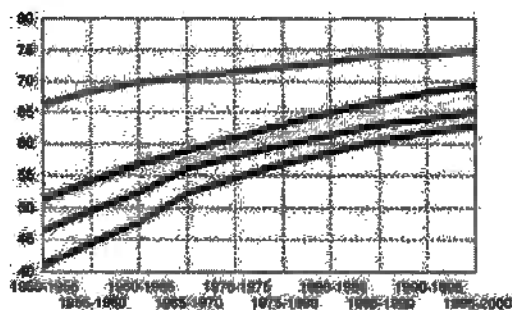
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais
Coordenadora Estadual do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de
Justiça de Defesa dos
Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência e Idosos do Estado de Minas
Gerais – CAOPPD

O mundo está envelhecendo

O aumento da proporção de idosos na população é um fenômeno mundial tão profundo, que muitos o têm chamado de *revolução demográfica*. No último meio século, a expectativa de vida aumentou em cerca de 20 anos.

Segundo dados da Organização das Nações Unidas – ONU, a expectativa de vida ao nascer aumentou de 46,5 anos, em 1950-1955, para 65 anos, em 1995-2000 (gráfico 1). O Brasil acompanhou essa evolução, estando sempre um pouco acima da média mundial: de 50,9 anos, em 1950-1955 para 67,2 anos, em 1995-2000, mas um pouco abaixo da média da América Latina (de 51,4 a 59,3 anos). A diferença entre os países mais e menos desenvolvidos vem diminuindo: de uma distância de 25,2 anos entre as expectativas de vida dos dois grupos, em 1950-1955 (41 contra 66,2 anos), a diferença caiu para 12 anos, menos da metade (62,9 contra 74,9). Na verdade, essa queda é inevitável, dada a tendência de envelhecimento global. O país recordista de expectativa de vida é o Japão, com 80,8 anos atualmente.

Gráfico 1 – Expectativa de Vida, em anos:



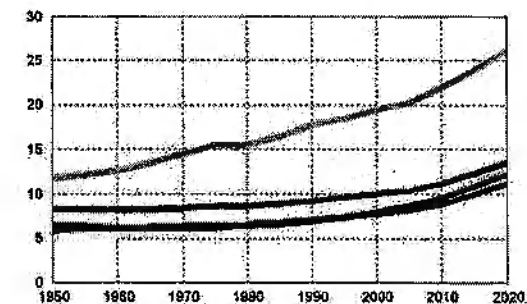
azul = Mundo; marrom = América Latina; vermelho = Países mais desenvolvidos; verde = Países menos desenvolvidos; amarelo = Brasil. Fonte: ONU.

Conclui-se, portanto, que houve um aumento sensível na quantidade de idosos na população em geral.

Em nível mundial, segundo dados da ONU, a população com mais de 65 anos aumentou de 5,2% em 1950-1955 para 6,9% em 2000, um aumento de 33% nesse índice (gráficos 2 e 3). Salienta-se que é nos países desenvolvidos onde o fenômeno se mostra mais agudo: com 7,9% de idosos em 1950-1955, hoje 14,3% da população têm mais de 65 anos, um aumento de 81% – enquanto, nos menos desenvolvidos, o aumento foi de 31% (de 3,9% em 1950-1955 para 5,1% em 2000).

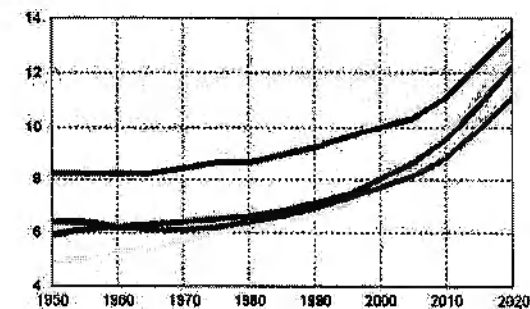
O Brasil não fica muito longe dos países desenvolvidos: aqui, a proporção de idosos aumentou em 70% de 1950-1955 para 2000 (de 3% para 5,1%).

Gráfico 2 – Proporção de idosos
(População com mais de 60 anos, em % da população total)



azul = Mundo; marrom = América Latina; vermelho = Países mais desenvolvidos; verde = Países menos desenvolvidos; amarelo = Brasil. Fonte: ONU.

Gráfico 3 – Proporção de idosos, sem curva dos mais desenvolvidos
(População com mais de 60 anos, em % da população total)



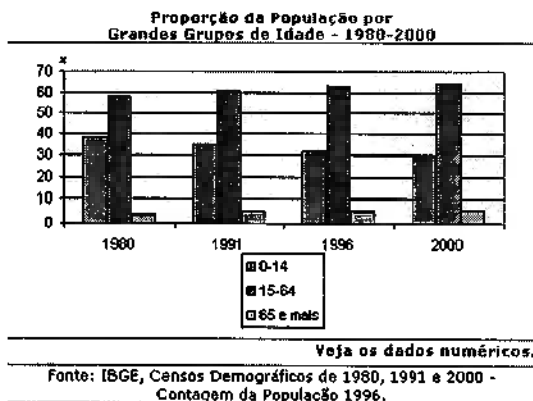
azul = Mundo; marrom = América Latina; verde = Países menos desenvolvidos; amarelo = Brasil. Fonte: ONU.

Em uma análise mais detalhada sobre o envelhecimento da população no nosso País, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA desenvolveu estudo coordenado pela demógrafa Ana Amélia Caramano, que evidencia ser o segmento populacional que mais cresceu, nos últimos anos, o das pessoas acima de 80 anos. Isso significa que a população considerada idosa também está envelhecendo.

Segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 1980, o País possuía 7 milhões de pessoas com mais de 60 anos de idade. No ano de 2000, esse número dobrou, chegando a 14 milhões de pessoas idosas no Brasil.

No Estado de Minas Gerais, 1,18 milhões de pessoas estão na terceira idade, isto é, cerca de 7,3% da população é idosa.

No município de Belo Horizonte, esse número chega a 224 mil pessoas, ou seja, 9,4% da população belorizontina, possui 60 anos ou mais.



Dados estatísticos do Ministério da Previdência Social apontam que o País irá chegar ao ano de 2025 com uma população próxima de 34 milhões de pessoas acima de 60 anos e seremos o 6º colocado, em âmbito mundial, quanto ao número de idosos.

Segundo projeção anual do IBGE, a brasileira que nascer hoje tem tudo para viver até, pelo menos, 72 anos de idade. O homem, um pouco menos, 68 anos de idade.

Portanto, é absolutamente irreal achar que para os idosos não há futuro.

Atento a essas mudanças, o Poder Legislativo garantiu assento constitucional aos direitos dos idosos. A Constituição Federal de 1988 – CF/88, logo no seu art. 3º, IV, estipula como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceito ou discriminação em face da idade do cidadão. O constituinte demonstrou especial atenção com o

idoso em diversos momentos da Carta Constitucional como, por exemplo, no campo familiar, previdenciário e assistencial. Objetivando implementar as garantias constitucionais, o legislador ordinário criou leis federais de proteção ao idoso. Dentre elas destacam-se a Política Nacional do Idoso – PNI (Lei Federal nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994, regulamentada pelo Decreto Federal nº 1.948, de 03 de julho de 1996) e a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei Federal nº 8.742, de 07 de dezembro de 2003). Recentemente, outra grande conquista da sociedade foi a promulgação do Estatuto do Idoso (Lei Federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003) em vigor desde 1º de janeiro de 2004.

Na esfera estadual, o Poder Legislativo tem elaborado leis específicas de proteção à pessoa idosa, o mesmo ocorrendo em nível municipal.

Ocorre, entretanto, que a legislação, apesar de farta, muitas vezes não é cumprida pelo poder público e nem pela própria sociedade. Se para grande parte da população, a garantia dos direitos sociais básicos ainda precisa ser conquistada, para os idosos o desafio é maior. Com o passar dos anos, o direito de igualdade assegurado pela legislação passa a ser letra morta por não ser, muitas vezes, exercido pelo cidadão. Hoje vivenciamos, no Brasil, a árdua tarefa de implementação dos direitos sociais conquistados, por meio da criação de políticas públicas de atenção à pessoa idosa.

Verifica-se, pois, a necessidade de planejamento de medidas capazes de atuar nas causas da exclusão, para transformação da realidade. Toma-se primordial a criação de políticas públicas voltadas especialmente para as pessoas idosas, por meio de propostas inclusivas que fortaleçam os vínculos familiares, estabeleçam interfaces entre as secretarias para uma abrangência global e integrada do idoso e promovam a qualificação dos recursos humanos nas instituições e programas de apoio à pessoa idosa. Somente uma mobilização social para exigir que seja respeitado o idoso, principalmente pelo poder público, em todos os níveis, com a implementação das políticas nacional, estadual e municipal do idoso, e com o cumprimento do Estatuto do Idoso, garantirá uma mudança de postura.

Assevere-se que no estado de Minas Gerais, a maioria dos municípios não possuem, ao menos, a legislação que cria a política municipal do idoso. Urge, como primeiro passo, sua criação. O Poder Executivo municipal deve criar programas específicos para este segmento crescente da população. Entendo que, se a observação da política de atenção ao idoso se faz importante pela União e pelos Estados, ela é vital quando se refere aos Municípios. A LOAS prevê a municipalização da assistência social, sendo pois, de responsabilidade primordial dos Municípios, a assistência ao idoso desamparado socialmente.

Ações eficazes e oportunas do poder público devem ser adotadas para que essa faixa etária cresça não só em termos quantitativos mas também com a melhor qualidade de vida possível. O objetivo é mudar o modelo para um envelhecimento saudável, implementando e ampliando a rede de cobertura dos serviços e programas de atenção à população idosa.

Urge salientar que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MPMG, visando atender à enorme demanda jurídica advinda do envelhecimento populacional criou, no mês de março de 2000, a Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência e Idosos na Capital, para atuação na defesa dos direitos difusos e coletivos das pessoas idosas e pessoas portadoras de deficiência.

Dando uma amplitude estadual a esse trabalho, no mês de setembro de 2001, foi criado o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência e dos Idosos – CAOPPDI, com o objetivo de coordenar as atividades dos Promotores de Justiça, em todo o Estado de Minas Gerais, nesta área de atuação.

Foi priorizada a atuação ministerial para implementação de políticas públicas, firmando-se Termos de Ajustamento de Conduta – TACs com Prefeituras Municipais, tais como o recente Termo firmado com a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, no mês de agosto de 2003, para garantir melhor atendimento aos idosos abrigados nas instituições asilares filantrópicas de longa permanência. O acordo tem por objetivo garantir assistência médica, no mínimo, quinzenalmente, fornecimento de medicamentos de uso contínuo, de escova e creme dental e de gêneros alimentícios perecíveis e não-perecíveis que a alimentação básica requer, atendimento prioritário nos consultórios odontológicos e realização de cursos de alfabetização. O Termo firmado garante a realização de cursos de aperfeiçoamento para os funcionários e dirigentes das entidades, reformas arquitetônicas para assegurar a acessibilidade nos asilos e a ampliação do programa *Vida Ativa* da Secretaria Municipal de Esportes.¹

Por outro lado, o Ministério Público Estadual tem efetuado parcerias com órgãos, para melhoria das condições das entidades asilares no interior do Estado, como recente Termo de Cooperação firmado com o Servas, no dia 16 de outubro de 2004, para elaboração de programa de revitalização de instituições asilares, com a capacitação dos funcionários e dirigentes e com aquisição de equipamentos necessários.

Concluimos que, diante destas breves considerações, muitos são os direitos do idoso a serem resguardados. Faz-se mister uma articulação de toda a sociedade para sua implementação, pois, como já dizia Bernard Shaw: “O maior pecado contra nossos semelhantes não é o de odiá-los, mas de ser indiferentes para com eles.”

¹ Disponível em <<http://www.pgj.mg.gov.br/caoppdi>>.

INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL

SANDRA REGINA REMONDI

Mestre em Direito das Relações Econômico-empresariais pela Universidade de Franca – UNIFRAN-SP

Professora de Direito Civil e Coordenadora da Faculdade de Direito da Universidade

José do Rosário Vellano – UNIFENAS – Alfenas-MG

SUMÁRIO: 1 – Introdução – 2 Controle quanto ao reconhecimento de cursos e credenciamento das instituições – 3 Controle quanto às informações sobre os serviços educacionais – 4 Controle sobre as mensalidades escolares – 5 A defesa dos direitos assegurados pela Lei nº 9.870/99 – 6 Cobrança do débito – 7 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

A atividade educacional é função pública, mas não é privativa do Estado (arts. 205 e 206, III, da Constituição Federal de 1988 – CF/88).

Os constituintes de 1988, reconhecendo a incapacidade do Estado em oferecer a todos o ensino, admitem a coexistência dos sistemas público e privado na área educacional.

Constata-se que, tanto no nível médio como no superior, o ensino particular tem prevalência, demonstrando a incapacidade do Estado de cumprir sua função social e, principalmente, a aceitação da política educacional imposta pelo Banco Mundial, que será analisada no próximo item.

De acordo com o Censo da Educação Superior de 2002, divulgado pelo Ministério da Educação e Cultura/Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – MEC/INEP, no que se refere aos cursos de graduação, há 73 instituições federais, 65 estaduais, 57 municipais e 1.442 privadas. Há 1.051.655 alunos matriculados nas escolas públicas e 2.428.258 nas escolas privadas de ensino superior (INSTITUTO..., 2002).

Em muitas leituras, os autores referem-se à existência de delegação do serviço educacional do Estado para o particular. É importante, neste trabalho, analisar se, do ponto de vista do direito administrativo, há realmente delegação ou se o particular tem o direito de exercer tal função ao lado do Estado.

Meirelles (2004, p. 383-385) ensina que há delegação quando há transpasse da execução de serviços a particulares mediante regulamentação e controle do poder público. A delegação pode ser feita sob as modalidades de

concessão, permissão ou autorização.

Serviços concedidos são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerado por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do poder público concedente. Toda concessão fica submetida a duas categorias de normas: as de natureza regulamentar (disciplinam o modo e a forma de prestação de serviço) e as de ordem contratual (fixam as condições de regulamentação do concessionário).

Quanto aos serviços permitidos, são todos aqueles em que a administração estabelece os requisitos para sua execução aos particulares que demonstrarem capacidade para o seu desempenho. O serviço permitido é serviço de utilidade pública e, como tal, sempre sujeito às normas do direito público.

Os serviços autorizados, por sua vez, são aqueles que o poder público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular. Seus executores não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos; prestam, apenas, um serviço de interesse da comunidade, por isso mesmo controlado pela administração e sujeito à sua autorização.

Mello (1998, p. 442) destaca a necessidade de se distinguir entre serviços públicos privativos do Estado, previstos no art. 21, XI e XII, da CF/88, e os serviços públicos não-privativos do Estado, tais como os serviços educacionais e de saúde.

No caso de serviço educacional, os particulares submetem-se à autorização e a uma fiscalização do poder público, que a efetua no exercício de seu poder de polícia.

O texto constitucional estatui que:

.....
Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II – autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.
.....

Mello (1998, p. 442-443) expõe, em nota explicativa:

A Carta Constitucional expressamente indica ser dever do Estado a prestação de serviços de ensino, saúde e previdência, o que não significa, entretanto, haja proscrito destas esferas a iniciativa privada. Por outro lado, a circunstância de deixar tal campo aberto aos particulares não autoriza a ilação de que, por tal motivo, estarão descaracterizados da categoria serviço público quando prestados pelo Estado sob regime peculiar, uma vez que seu desempenho se constitui em um dever para o Poder público.

Por sua vez Andrada (1991, p. 156) faz uma retrospectiva das legislações constitucionais anteriores, expondo que, na Constituição Federal de 1967/1969, prevalecia o entendimento jurídico de que a educação era monopólio do Estado e que delegava o ensino ao particular porque não tinha condições físicas e financeiras de sozinho abarcar toda atividade educativa. Este precedente não houve na vigência da Constituição de 1946 que, em seu art. 167, estabelecia: "O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos poderes públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulam."

Conclui que a escola particular, ao exercer a sua atividade, não o faz mais em nome do Estado, mas ao seu lado, coexistindo com a escola pública, inclusive com garantia do pluralismo de idéias e concepções preconizadas no próprio texto constitucional.

A coexistência de instituições públicas e privadas de ensino assegura a liberdade de escolha em relação à educação que o educando ou suas famílias desejam. O pluralismo permite também que se faça a escolha da escola, com base na qualidade do ensino ou na metodologia adotada.

A educação é pública, nos limites de sua obrigatoriedade e gratuidade, de onde advém o dever do Estado de promovê-la, porém o ensino é livre à iniciativa privada, respeitada a prerrogativa do Estado em fiscalizar e normatizar as regras gerais da educação.

Em qualquer situação, prevalece a atuação controladora do Estado, para garantia das finalidades de desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Ranieri (2000, p. 130) escreve:

As prescrições educacionais estão contidas na Lei de Diretrizes e Bases, de competência da União (CF, art. 22, XXIV), nas normas gerais editadas pela União, e a suplementação que venha a ser promovida pelos Estados e Distrito Federal (CF, art. 24, IX). De todas derivam atos regulatórios e interpretativos, emanados pelos diversos órgãos normativos dos sistemas de ensino (Ministério da Educação etc.); bem como estatutos e regimentos institucionais, que encontram fundamento na autonomia universitária (CF, art. 207).

A prestação da atividade educacional pelo particular não elide a incidência dos princípios constitucionais especiais (art. 206 da CF/88); a atividade do Estado, neste caso, é principalmente de autorização e controle (arts. 170, parágrafo único e 209 da CF/88).

A natureza pública da atividade educacional na esfera privada determina a derrogação parcial de prerrogativas inerentes ao regime privatístico por normas de direito público, dada a prevalência da finalidade pública sobre o interesse particular, muito embora ambos se confundam em face dos fins da atividade educacional.

O art. 209 da CF/88 estabelece condições para o exercício da atividade educacional pela iniciativa privada, o que vem ao encontro da restrição prevista no art. 170, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Portanto, os meios e fins, na atividade educacional privada, são controlados pelo poder público, inclusive no que diz respeito às mensalidades escolares, sob o abrigo do § 4º do art. 173 da CF/88: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

2 CONTROLE QUANTO AO RECONHECIMENTO DE CURSOS E CREDENCIAMENTO DAS INSTITUIÇÕES

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996) faz distinção entre *reconhecimento* e *credenciamento*. O *credenciamento* é um ato de natureza constitutiva, pelo qual se atribui uma qualidade às instituições que preencham os requisitos necessários e identifica as organizações aptas a atuarem na área educacional. O *reconhecimento* é um ato declaratório de confirmação da autorização já existente para o funcionamento do curso. Assim, o *credenciamento* é para a instituição e o *reconhecimento* para o curso.

O art. 46 da Lei nº 9.394/96 estabelece que a autorização, o reconhecimento de cursos e o credenciamento de instituições de educação superior terão prazos limitados, renovados periodicamente, após processo regular de avaliação. Seu § 1º admite a desativação de cursos e habilitações, a intervenção na instituição, a suspensão temporária de prerrogativas da autonomia e até o descredenciamento, se, na reavaliação, constatar-se que as deficiências graves apontadas na avaliação não foram sanadas.

A função avaliadora do poder público, para fins de credenciamento e credenciamento, abrange o desempenho individual das instituições de educação superior, considerando, entre outros, o plano de desenvolvimento institucional, a estrutura curricular adotada, os programas e ações de integração social, a produção científica, tecnológica e cultural, a qualificação do docente, os resultados de avaliações coordenadas pelo MEC e do Exame Nacional de Cursos, as condições de oferta etc. (arts. 17 e 18 do Decreto nº 3.860, de 09 de julho de 2001).

O art. 88 da Lei nº 9.394/96 determinou o prazo máximo de um ano para que a União, os Estados e o Distrito Federal adaptassem suas legislações educacionais. No § 2º, concedeu às universidades o prazo de 8 anos para que seu corpo docente seja constituído de, pelo menos, um terço de professores em regime de tempo integral e com titulação de mestre ou doutor.

No art. 22 do Decreto nº 3.860/2001, tem-se que também deverá ocorrer o processo de credenciamento de universidades autorizadas ou

credenciadas antes da vigência da Lei nº 9.394/96.

A Portaria MEC nº 877, de 30 de julho de 1997, dispõe sobre os procedimentos para o reconhecimento de cursos/habilitações de nível superior e sua renovação. O art. 1º, § 3º, estabelece a documentação que acompanhará o pedido de reconhecimento, referindo-se, entre outras informações, ao currículo adotado, ao ementário das disciplinas, às informações sobre o corpo docente e seu regime de trabalho, à descrição da biblioteca e sua estrutura física. A Secretaria de Educação Superior designará a equipe de especialistas que analisará o pedido. O art. 7º trata do prazo de validade do reconhecimento que é, no máximo, de cinco anos.

A Portaria MEC nº 1.985, de 10 de setembro de 2001, “Estabelece critérios e procedimentos para a suspensão do reconhecimento e a desativação de cursos de graduação e dispõe sobre a suspensão temporária de prerrogativas de autonomia de universidades e centros universitários do sistema federal de ensino” por ato do Ministro da Educação. Seu art. 7º estipula o critério em que as universidades terão suspensas, temporariamente, suas prerrogativas para abertura de novos cursos superiores e ampliação de vagas nos cursos existentes.

Analisar-se-á se esta Portaria contraria o *caput* do art. 207 da CF/88, que concede autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial às universidades, sem qualquer condicionamento à legislação infraconstitucional, pelo que a legislação inferior não pode impor restrições a uma autonomia que decorre da Constituição Federal.

Martins (2001, p. 387), ao redigir seu parecer em consulta formulada pelo Conselho de Reitores das Universidades Brasileira – CRUB, posiciona-se:

[...] onde o constituinte pretendeu restringir, restringiu, e onde não pretendeu fazê-lo não o fez. Criou limitações no § 1º, e não as criou no § 2º e no *caput* do artigo.

Esta autonomia, portanto, não pode ser limitada, vedada ou maculada por qualquer órgão governamental.

Posicionamento diferente é o de Ferreira Filho (1998, v. 4, p. 72):

Claro está, portanto, que é a lei, no caso a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (art. 22, XXIV, da CF/88), que vai definir a extensão desse poder de autodeterminação. Entretanto, não poderá negá-la, numa medida mínima que seja, quanto às matérias anunciadas neste artigo: didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial.

Desta forma, admite Ferreira Filho que haja restrições da autonomia universitária pela LDB, em razão do poder de controle da administração pública.

Ao se analisar, conjuntamente, os arts. 207 e 209 da CF/88 depreende-

se que a autonomia prevista no art. 207 não seja ampla e irrestrita, porque o art. 209 estabelece condições à iniciativa privada quanto ao cumprimento das normas gerais da educação nacional e à autorização e avaliação de qualidade pelo poder público:

Martins (2001, p. 388) afirma que, se o ensino é livre para a iniciativa privada desse trabalho, não há delegação, concessão, nem permissão de serviço público, mas sim o exercício da atividade pelo particular, ao lado do Estado e, portanto, a palavra *autorização* não deve ser interpretada no âmbito do direito administrativo, mas no âmbito do direito constitucional.

Assim, se as normas gerais de educação e a qualidade de ensino estiverem sendo asseguradas e cumpridas, a *autorização* deverá ser necessariamente concedida, cabendo ao poder público, apenas, homologá-la. Cabe, pois, dentro da *liberdade* prevista na CF/88 para a iniciativa privada, ser apenas fiscalizada pelo poder público.

Ofertando ensino de qualidade à luz das condições do estabelecimento, a autorização se impõe, não sendo o seu deferimento uma faculdade outorgada ao Estado, mas uma imposição.

Segundo o entendimento de Martins (2001, p. 391), uma vez autorizado um curso, ele somente poderá ser desautorizado se os requisitos mencionados no art. 209 da CF/88 não estiverem sendo cumpridos.

Portarias, resoluções ou quaisquer outras espécies de atos administrativos, não são leis. A Constituição Federal diz que apenas a lei pode impor obrigações e deve-se observar o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

O Decreto nº 3.860/2001 ultrapassou as forças da LDB e a Portaria nº 1.985/2001 introduziu penalidades não constantes em leis reguladoras do assunto. As inovações, portanto, são ilegais e indiretamente inconstitucionais.

3 CONTROLE QUANTO ÀS INFORMAÇÕES SOBRE OS SERVIÇOS EDUCACIONAIS

O inciso VII do art. 9º da Lei nº 9.394/96 atribui à União a competência para baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação.

O Plano Nacional de Educação (Lei nº 10.172, de 09 de janeiro de 2001), definiu entre os objetivos e metas:

Estabelecer, em nível nacional, diretrizes curriculares que assegurem a necessária flexibilidade e diversidade nos programas oferecidos pelas diferentes instituições de ensino superior, de forma a melhor atender às necessidades diferenciais de suas clientelas e às peculiaridades das regiões nas quais se inserem.

Assim, ao aprovar diretrizes comuns a todos os cursos, a intenção foi garantir a flexibilidade, a criatividade e a responsabilidade das instituições ao elaborarem suas propostas curriculares.

Isso tornou essencial a observância do § 1º do art. 47 da LDB, que determina que as instituições informem aos interessados, antes de cada período letivo, os programas dos cursos e demais componentes curriculares, sua duração, requisitos, qualificação dos professores, recursos disponíveis e critérios de avaliação.

O art. 15 do Decreto nº 3.860/2001, em seu inciso I, acrescenta aos itens especificados, a informação sobre os resultados do Exame Nacional de Cursos e das condições de oferta dos cursos superiores, realizados pelo INEP, o valor dos encargos financeiros a serem assumidos pelos alunos e as normas de reajustes aplicáveis ao período letivo a que se refere o processo seletivo.

Ao publicar essas informações, a instituição está obrigando-se a cumpri-las; o não-cumprimento das condições divulgadas dá aos estudantes o direito de exigi-las, tanto administrativa quanto judicialmente. O contratante do serviço educacional poderá utilizar-se de toda legislação disponível e pertinente, na defesa de seus direitos.

4 CONTROLE SOBRE AS MENSALIDADES ESCOLARES

Em 1989, depois de acirrada discussão na imprensa e no Judiciário, entre associações de pais e escolas particulares, o Conselho Federal de Educação editou a Resolução CFE nº 3, de 13 de outubro de 1989, para disciplinar a cobrança de encargos educacionais nas instituições do Sistema Federal de Educação.

O art. 1º da citada Resolução previu o intervalo de tempo em que as mensalidades poderiam ser reajustadas. O art. 2º trouxe a fórmula a ser aplicada para se encontrar o valor das mensalidades. O art. 3º estabeleceu o indexador a ser aplicado para correção das mensalidades a partir de julho de 1990. No art. 4º, § 1º, define-se:

Mensalidade escolar constitui a contraprestação pecuniária correspondente à educação ministrada e à prestação de serviços a ela diretamente vinculados como matrícula, estágios obrigatórios, utilização de laboratórios e biblioteca, material de ensino de uso coletivo, material destinado a provas e exames, de certificados de conclusão de cursos, de identidade estudantil, de boletins de notas, cronogramas, de horários escolares, de currículos e de programas.

O art. 7º estabeleceu que a falta de pagamento da mensalidade escolar

até a data do vencimento implicaria o acréscimo da multa de 10% (hoje esse percentual foi reduzido para 2%) e correção monetária *pro rata die* sobre o principal a partir do dia subsequente ao vencimento.

O art. 13 determinou que a instituição deveria devolver ao aluno qualquer valor cobrado em excesso ou em desacordo com a referida Resolução ou com decisões do Conselho Federal de Educação, na mesma forma do art. 7º.

Posteriormente a essa Resolução, o Congresso Nacional editou a Lei nº 8.170, de 17 de janeiro de 1991, que estabeleceu regras para a renegociação de reajustes das mensalidades escolares e vinculou o seu art. 3º, que trata de contratos de prestação de serviços educacionais ao Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Várias portarias da Secretaria de Direito Econômico – SDE do Ministério da Justiça complementam a matéria tratada em abstrato pelo CDC.

A Portaria SDE nº 3, de 19 de março de 1999, indica cláusulas que são nulas de pleno direito, por contrariar a Lei nº 8.078/90 e o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. Especificamente sobre *prestação de serviço educacional*, têm-se as seguintes cláusulas:

.....
5. Imponham o pagamento antecipado referente a períodos superiores a 30 dias pela prestação de serviços educacionais ou similares;

6. Estabeçam, nos contratos de prestação de serviços educacionais, a vinculação à aquisição de outros produtos ou serviços;

.....
11. Estabeçam, nos contratos de prestação de serviços educacionais e similares, multa moratória superior a 2% (dois por cento);
.....

Em 19 de março de 1999, a própria SDE, por meio do Despacho nº 170 do Secretário, divulgou notas explicativas relativas às cláusulas acima citadas. Sobre a cláusula 5 explica:

Esta prática desencadeada no setor privado de ensino, revela-se abusiva no momento em que instituições exigem do contratante pagamento antecipado de mensalidades, cuja prestação de serviço não se realizou. (educação fundamental, ensino médio, ensino superior, e cursos livres).

Ressalva deve ser feita a essa declaração à medida que a *prestação de serviço educacional* não se restringe a atividades desenvolvidas em sala de aula, durante o semestre letivo, mas inicia-se com o planejamento escolar, a elaboração dos diários de freqüências e as matrículas nas disciplinas, que deverão ocorrer antes do início das aulas. Essas atividades são partes

importantes da prestação de serviço educacional.

A cláusula 6 é explicada:

O consumidor não está obrigado a ter que se submeter a adquirir ou contratar outro produto ou serviços ofertados pela contratada, sob pena de configurar prática abusiva, conhecida como "venda casada" (ex.: aquisição de material escolar e uniforme em fornecedor indicado e exclusivo da contratada; de vincular disciplinas oferecidas no programa pedagógico à exigência de contratação de outras opcionais), bem como na prestação de transporte escolar, alimentação e outras modalidades.

A matéria da cláusula 11 assim é explicada:

A relação que se estabelece entre o fornecedor de serviços educacionais e consumidor de serviços escolares são relações de consumo que se regem pela lei de defesa do consumidor e, só excepcionalmente, na ausência de norma específica do consumidor, por legislação complementar. Por conseguinte, conclui-se que os contratos de prestação de serviço educacional são contratos de outorga de crédito, têm valor anual, divisível em prestações mensais, parcelas iguais ou mensalidades, que podem ser pagas com multas quando ocorrer atraso. Finalmente, se o Código de Defesa do Consumidor estava válido para definir o percentual de 10% (dez por cento) e sobre ele se apoiavam todos os contratos indicados, conclui-se que a alteração do fundamento legal influiu, diretamente, sem qualquer sombra de dúvidas, sobre o valor percentual incidente, reduzindo-se, por imperativo, o valor percentual de 10% (dez) para 2% (dois por cento).

O Congresso Nacional editou a Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, que dispôs sobre o valor total das anuidades escolares e revogou a Lei nº 8.170/91. O § 3º do art. 1º dessa Lei informa:

.....
Art. 1º

.....
§ 3º O valor total, anual ou semestral, apurado na forma dos parágrafos precedentes terá vigência por um ano e será dividido em doze ou seis parcelas mensais iguais, facultada a apresentação de planos de pagamento alternativos, desde que não excedam ao valor total anual ou semestral apurado na forma dos parágrafos anteriores.
.....

Portanto, o valor anual ou semestral das mensalidades escolares deve

ser fixado no ato da matrícula, entre o estabelecimento de ensino e o aluno, seu pai ou responsável, ficando proibido o reajuste da mensalidade no decorrer do ano letivo. A cláusula contratual que contrariar essa regra é nula (art. 1º, § 4º).

O estabelecimento de ensino deverá divulgar, em local de fácil acesso ao público, 45 dias antes da data final para matrícula, o texto da proposta de contrato, o novo valor da mensalidade e o número de vagas por sala-classe (art. 2º).

O aluno inadimplente não pode ser submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça, nem sofrer sanções pedagógicas, como a suspensão de provas ou a retenção de documentos escolares mesmo para transferência (art. 6º). Neste mesmo artigo, cita-se o CDC e o Código Civil – CC, como diplomas legais para garantir a penalidade ao contratante que descumprir tais determinações.

Posteriormente a essa Lei, veio a Medida Provisória nº 1.968, de 09 de dezembro de 1999, que, em sua terceira reedição, publicada em 03 de fevereiro de 2000, alterou dispositivos da Lei nº 9.870/99, cujo § 1º do art. 1º ficou assim redigido:

.....
Art. 1º O art. 1º da Lei 9.870, de 23 de novembro de 1999, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 3º e 4º, renumerando-se os atuais §§ 3º e 4º para §§ 5º e 6º:

“§ 3º Poderá ser acrescido ao valor total anual de que trata o § 1º montante proporcional à variação de custos a título de pessoal e de custeio, comprovado mediante apresentação de planilha de custo, mesmo quando esta variação resulte da introdução de aprimoramentos no processo didático-pedagógico.

§ 4º A planilha de que trata o parágrafo anterior será editada em ato do Poder Executivo.”
.....

O Decreto nº 3.860/2001 dispõe:

.....
Art. 25. O credenciamento e o recredenciamento de instituições de ensino superior, cumpridas todas as exigências legais, ficam condicionados a formalização de termo de compromisso entre a entidade mantenedora e o Ministério da Educação.

Parágrafo único. Integrarão o termo de compromisso de que trata o caput, os seguintes documentos:

.....
IV – valor dos encargos financeiros assumidos pelos alunos e as normas de reajuste aplicáveis durante o desenvolvimento dos cursos;

.....
VI – minuta de contrato de prestação de serviços educacionais a ser firmado entre a instituição e seus alunos, visando garantir o atendimento dos padrões de qualidade definidos pelo Ministério da Educação e a regularidade da oferta de ensino superior de qualidade.
.....

Pela legislação vigente, tem-se que o CDC é indicado quando se trata do valor excessivo de mensalidade ou de práticas abusivas de cobrança e não em todas as cláusulas, como nos contratos de consumo.

Quanto à multa pactuada, poderá ser exigida quando o pagamento for efetuado após o vencimento da mensalidade; a cobrança de correção monetária só pode ser exigida *pro rata*. Quanto aos juros moratórios, não há previsão legal para a sua exigência, na legislação específica, porém, o art. 407 do CC admite o juro de mora.

5 A DEFESA DOS DIREITOS ASSEGURADOS PELA LEI Nº 9.870/99

A Lei nº 9.870/99 dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e estabelece:

.....
Art. 7º São legitimados à propositura das ações previstas na Lei 8.078, de 1990, para a defesa dos direitos assegurados por esta Lei e legislação vigente, as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso, o apoio de, pelo menos, vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior.
.....

O Ministério Público – MP é instituição vocacionada para a promoção dos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal. Para isso detém o MP capacidade postulatória para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 129, III, da CF/88).

O art. 82 do CDC dispõe, expressamente, a respeito da legitimidade do MP para a defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Como explica Oliveira (2001, p. 382):

Tanto os interesses difusos e coletivos quanto os individuais homogêneos possuem reflexo social. É difuso o direito ou interesse que atinge número

indeterminado de pessoas, ligadas por relação de fato, enquanto coletivo é aquele pertencente a um grupo ou categoria de pessoas determináveis, ligadas por uma relação jurídica base. Ambos são indivisíveis e de natureza nitidamente coletiva. Os direitos individuais homogêneos são aqueles de origem comum, divisíveis, cujos titulares são identificáveis, mas que, pela possibilidade de tutela judicial coletiva, assumem caráter também coletivo.

Quando se trata de ofensa a um direito, na área da Educação, mesmo que ligada a mensalidades escolares abusivas, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Ministério Público, porque, ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, destinam-se à proteção de grupos, categorias ou classes de pessoas, constituindo, portanto, subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual, estando o MP investido da capacidade postulatória.

A posição esposada está de acordo com a jurisprudência dominante e, como exemplo, cita-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONSTITUCIONAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS - MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATORIA DO PARQUET PARA DISCUTIR EM JUÍZO. (STF - Recurso Extraordinário nº 163.231-3-SP - Plenário - Rel. Min. Maurício Corrêa - j. 26.02.1997 - DJ 29.06.2001).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AUMENTO NAS MENSALIDADES ESCOLARES - LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DO MP.

1. As Turmas que compõem a 2ª Seção deste Tribunal são competentes para decidir questões relativas a reajustes de mensalidades escolares por estabelecimentos de ensino particulares. Precedente da Corte Especial.

2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública, para impedir aumentos abusivos nas mensalidades escolares, havendo, nessa hipótese, interesse coletivo definido no art. 81, II, do Código de Defesa do Consumidor.

3. A atuação do Ministério Público justifica-se, ainda, por se tratar de direito à educação, fundamental à comunidade e definido pela própria Constituição Federal como direito social.

4. Recurso especial conhecido e provido (STJ - Recurso Especial nº 108.577-PI - 3ª Turma - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - j. 04.03.1997 - DJ 26.05.1997, p. 22532).

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL
PÚBLICA - MENSALIDADES ESCOLARES -
MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERESSE COLETIVO
- LEGITIMAÇÃO ATIVA - DOCTRINA -
PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO.

I - Sob o enfoque de uma interpretação teleológica, tem o Ministério Público, em sua destinação institucional, legitimidade ativa para a ação civil pública versando mensalidades escolares, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social.

II - Na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania. (STJ - Recurso Especial nº 34.155 - 4ª Turma - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. 14.10.1996 - DJ 11.11.1996, p. 43713).

As ações coletivas ajuizadas, de acordo com o art. 104 do CDC, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Além das ações judiciais, poderão os interessados defender seus direitos administrativamente, nos órgãos federais de ensino, que também possuem delegações estaduais.

Cabe ao MEC informar, orientar, encaminhar, acolher reclamações, promover sindicâncias, tomar medidas administrativas em favor dos direitos dos estudantes.

No plano constitucional, têm-se vários remédios para defesa de interesses coletivos, dentre eles o *mandado de segurança* e o *mandado de segurança coletivo* (arts. 5º, LXIX e LXX, da CF/88):

.....
Art. 5º.....
.....

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento

há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

A Súmula nº 510 do Supremo Tribunal Federal – STF admite a utilização do *mandamus* contra ato praticado por autoridade, no exercício de competência delegada; assim a doutrina e a jurisprudência admitem esses remédios constitucionais na atividade educacional.

A Lei nº 9.870/99, em seu art. 6º, também proíbe a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento.

Na prática, o mandado de segurança é utilizado quando há retenção de documentos escolares, seja para transferência, seja para exercício profissional, como forma de coação para cobrança de débito de mensalidades pendentes. É entendimento unânime dos Tribunais que há ofensa a direito líquido e certo do aluno, quando a instituição retém seu documento, visto que a mesma dispõe de meios legais para a cobrança, não se justificando a autotutela, a qual é incompatível com o sistema constitucional vigente.

6 COBRANÇA DO DÉBITO

No caso de inadimplemento, a cobrança do débito não pode ser abusiva, por contrariar garantia constitucional da inviolabilidade da vida privada, honra e imagem das pessoas.

O art. 42 do CDC expressamente declara que, na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. O art. 71 do mesmo diploma legal estipula:

Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:

Pena: Detenção de três meses a um ano e multa.

A cobrança de uma dívida é ação regular do credor em relação ao devedor, inclusive o direito de propriedade é, também, uma garantia constitucional (art. 5º, XII, da CF/88), porém o que está proibida é a cobrança abusiva.

O art. 153 do CC estabelece que “Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito [...]”. O art. 188, I, prescreve que não constituem atos ilícitos “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.” E, o art. 187, prevê ainda que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Rodrigues (2003, v. I, p. 321), ao dissertar sobre a Teoria do Abuso de Direito de Josserand, escreve:

Acredito que a teoria atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois, como diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição.

Assim, o credor está autorizado a cobrar, porém as ações que lhe estão permitidas praticar são somente aquelas que não configurem abuso do seu direito. Ele pode efetuar cobrança por telefone ou por carta, inclusive *ameaçar* de executar o cheque sem fundos, de protestar a nota promissória, de propor ações judiciais e até de negativar o devedor em cadastro ou serviços de proteção de crédito (se estiver previsto no contrato), caso não pague a dívida já vencida no novo prazo que ele (credor) fixa.

Não há ilegalidade nesse tipo de ameaça, porque o credor está notificando que exercerá um direito seu. Alguns doutrinadores, inclusive Gomes (1999, p. 18), incluem entre os pressupostos da mora esta certeza por parte do devedor, de que o credor quer ser satisfeito prontamente.

O que a legislação constitucional e infraconstitucional proíbe são os abusos, tais como: ameaçar de contar aos amigos, de ligar para seu serviço, de ligar para seus familiares. O credor não pode, também, utilizar-se de artifícios enganosos (apresentar-se como advogado, agente da polícia ou da justiça, sem sê-lo) e incorretos (aumentar a dívida, oferecendo *descontos* que levam ao valor real).

Constituem, também, abuso de direito a exposição do devedor ao ridículo, colocando seu nome ou fotografias em listas fixadas em paredes ou quadros, como remetendo correspondência não lacrada, de cobrança, para o local do trabalho.

No caso da prestação de serviço educacional, é abusivo fixar listas nas paredes do estabelecimento de ensino ou em salas de aula com o nome dos inadimplentes, retirar seus nomes de listas de chamada ou de cadastro de alunos matriculados, tomar qualquer atitude ou colar qualquer sinal que discrimine o

aluno devedor.

O art. 940 do CC estatui que: "Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição."

O parágrafo único do art. 42 do CDC ameniza esta regra: "O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável."

Para caracterização da repetição do indébito, há de ter a cobrança indevida e o pagamento pelo consumidor do valor indevido cobrado.

Se for justificável o engano, ou de acordo com a teoria civilista escusável, o credor não pagará em dobro o cobrado, mas o valor simples, acrescido de correção monetária e juros legais. A prova do engano justificável é ônus do credor.

7 CONCLUSÃO

O ensino, no Brasil, é livre à iniciativa privada, de acordo com disposições constitucionais, portanto a oferta de cursos superiores faz-se tanto pelo Estado como pelo particular. Embora esteja garantida às universidades autonomia didático-científica, administrativa, de gestão financeira e patrimonial, o poder público detém a importante função de cancelamento das atividades exercidas, mesmo no setor privado. Toda autorização e reconhecimento, credenciamento e credenciamento são feitos pelo Estado.

O Estado coordena a política educacional nacional, garante o cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais e fiscaliza a qualidade dos serviços ofertados. A intervenção do Estado, prevista na Constituição e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, restringe-se à autorização e avaliação, não podendo extrapolar, porque, no Estado democrático de direito, não há limite que não esteja previsto em lei, mesmo quando se trata de atividade voltada ao interesse público.

No caso de inadimplência, a cobrança do débito não pode ser abusiva como se discutiu.

Sendo o contrato de prestação de serviço educacional de adesão e tendo a sua finalidade social como premissa, justificam-se as intervenções do Estado que deve cumprir sua função social, além de satisfazer os interesses individuais.

Referências Bibliográficas

ANDRADA, José Bonifácio Borges de. A Constituição de 1988 e a liberdade de ensino. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 25, n. 100, out./dez. 1991.

BRASIL. *Código Civil*. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

_____. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Sinopse jurídica da educação superior. Brasília: INEP, 2003.

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

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípios de direito constitucional para o ensino universitário: direito adquirido e princípios da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 381-396, out./dez. 2001. (Parecer).

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

OLIVEIRA, Patrícia Pimentel. A efetividade da tutela jurídica do consumidor através da atuação do Ministério Público. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, Direito e Estado: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96)*. São Paulo: EDUSP, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

_____. *Direito civil: parte geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MINISTÉRIO PÚBLICO: POR UMA VERDADEIRA AUTONOMIA FUNCIONAL

BERNARDO MONTALVÃO VARIÃO DE AZEVEDO

Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Católica do
Salvador – UCSal

e da Faculdade Baiana de Ciências – FABAC

Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público do
Estado da Bahia

Professor convidado de Direito Penal da Faculdade de Tecnologia e
Ciências – FTC-BA

Analista Previdenciário do INSS-BA

Sumário: 1 Introdução – 2 Pressupostos para uma verdadeira independência funcional – 3 O problema da não-personalidade jurídica do Ministério Público – 4 Consequências pragmáticas no ordenamento jurídico vigente e sua necessária releitura constitucional – 5 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

Como é sabido, desde a Constituição Federal de 1988 – CF/88, o Ministério Público – MP, além de ter se desvinculado institucionalmente do Poder Executivo, foi elevado à condição de órgão detentor de *autonomia funcional* e administrativa, conforme a redação do art. 127, § 2º, que assim dispõe:

.....
Art. 127.

.....
§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, -os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.
.....

Necessário será que se tenha a exata noção do que se deve entender por *autonomia funcional*, já que, no momento, não iremos tratar da autonomia administrativa. Mister será que se responda pelo menos às duas indagações a seguir: quais os pressupostos da verdadeira autonomia funcional e quais as suas consequências na própria forma de atuação do Ministério Público?

Esse é o objeto de estudo e ênfase do presente texto, ou seja, tentar responder satisfatoriamente a estas duas indagações e, com isso, aproximar-se do verdadeiro significado e extensão da expressão *autonomia funcional*.

2 PRESSUPOSTOS PARA UMA VERDADEIRA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Para que possamos admitir que um determinado ente (usamos a expressão *ente*, em vez de *órgão*, porque entendemos que denomina melhor a verdadeira natureza jurídica do MP), seja ele qual for, detenha *autonomia funcional* (autonomia para desempenhar a sua função institucional) é necessário que ele reúna, em torno de si, três pressupostos básicos: uma lei, conforme os ditames da Constituição, que o institua juridicamente, uma dotação orçamentária própria, que seja a ele designada, e uma função específica que seja por ele desempenhada, isto é, uma função peculiar.

Com efeito, o primeiro dos pressupostos e, de todos, o mais importante, pois lhe confere existência jurídica, é o de haver uma lei que o institua, obedecendo-se, por óbvio que é, aos princípios e regras do ordenamento jurídico. Caso contrário, tal ente não terá qualquer significação para o mundo jurídico.

Insta salientar, consoante se nota na redação do § 2º do art. 127 da CF/88, que tal lei será de iniciativa do MP, que poderá propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos e *serviços auxiliares*, estabelecer a política remuneratória e os planos de carreira e disciplinar a sua organização e funcionamento.

Vê-se, portanto, que o espectro de atuação do Poder Legislativo é, neste caso, de natureza reduzida, não tendo tal Poder a discricionariedade para regular toda e qualquer matéria acerca do *Parquet*.

A dotação orçamentária é um dos pressupostos, não com a exigência de que seja criada e aprovada pelo próprio ente, mas que seja aprovada e criada em função de um determinado ente, de forma obrigatória, sem que, por qualquer razão, mesquinha ou não, uma pessoa jurídica de direito público possa não direcionar uma determinada verba em prol de determinado ente. A porção do orçamento destinada àquele determinado ente não poderá ser redirecionada para qualquer outro fim, de maneira a comprometer o desempenho das funções por parte dele, pois se o fizer restará configurada improbidade administrativa e desvio de finalidade.

Convém ressaltar que o segundo pressuposto também é deveras relevante, visto que, conquanto exista juridicamente um determinado ente, fundamental é que tenha recursos para desempenhar a função para a qual foi concebido.

Cumprе destacar que a CF/88, em seu art. 127, § 3º, determinou,

expressamente, que o MP elaborará a sua proposta orçamentária. Nota-se, de forma insofismável, que o espírito do legislador constituinte foi o de atribuir o máximo de liberdade possível a esse órgão no que concerne à configuração de seu orçamento. Tanto é assim que a Constituição impôs como único limite no ato de elaboração da proposta orçamentária a obediência do *Parquet* aos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO.

Por fim, mas não menos importante, o terceiro pressuposto é o que estabelece como ente aquela figura jurídica que tem uma função peculiar, ou seja, uma função que lhe seja específica e que, por isso, o diferencie entre os demais órgãos e instituições. Se o Estado cria dois ou mais entes para desempenhar uma mesma função, o que não é, em princípio, impossível, temos um Estado certamente ocioso, que se presta a destinar recursos e criar normas que, além de redundantes, acabam por ser, também, inúteis.

3 O PROBLEMA DA NÃO-PERSONALIDADE JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antes de adentrarmos propriamente nas consequências pragmáticas do princípio constitucional da independência funcional no ordenamento jurídico vigente, releva assentar, inicialmente, que o MP, como a doutrina nacional na sua totalidade assevera, não possui personalidade jurídica, cuidando-se, na realidade, de um órgão.

Todavia, interessante é notar que, apesar disso, tal órgão, não só pratica atos em nome próprio, seja fora ou dentro da relação processual, como os membros que o compõem, isto é, os Promotores e Procuradores de Justiça, verdadeira personalização do MP, respondem, civil (Código de Processo Civil – CPC, art. 85) penal e administrativamente (CF/88, art. 37, § 6º), por seus atos. (FACHIN, 2001).

Diante disso, poderia parecer, à primeira vista, que o ordenamento jurídico tivesse criado uma situação inteiramente anômala no que tange ao *Parquet*, uma vez que, a um só tempo, não lhe conferiu personalidade jurídica, mas atribuiu-lhe responsabilidade. Em outras palavras, estabeleceu a consequência (responsabilidade pelos atos praticados) sem assentar seu pressuposto, qual seja, atribuir-lhe uma personalidade jurídica.

Não fosse isso suficiente, a CF/88 ainda lhe atribuiu autonomia funcional, ou seja, autonomia para que desempenhe a função para a qual foi criado e instituído. Para que possamos resolver essa aparente difícil equação jurídica, faz-se necessário ter em mente os pressupostos, já mencionados, da verdadeira autonomia funcional.

Inicialmente, não há qualquer contradição no ordenamento jurídico pátrio ao definir um ente, o qual não é dotado de personalidade jurídica, mas pode ser responsabilizado juridicamente por seus atos (assim como os seus

membros) porque a idéia que marca a constituição do MP é a de conceber o Estado um ente, mantido e criado por ele, mas que tenha, ao mesmo tempo independência para atuar até mesmo, conforme o caso, contra ele.

Dentro dessa concepção, tomando-se o MP como um fiscal da lei e como parte em um processo, não poderia se encontrar vinculado juridicamente a qualquer dos Poderes do Estado – Executivo, Legislativo, ou Judiciário (MONTESQUIEU, 2000)¹ – para manter a igualdade de independência e autonomia entre eles e para garantir a sua máxima autonomia, tudo em prol da manutenção do ordenamento jurídico.

Sendo assim, optou o Estado por não conferir personalidade jurídica ao MP, como forma de não vinculá-lo juridicamente a si, pois, de outro modo, isto é, conferida tal personalidade jurídica ao MP, este seria, ao menos, uma pessoa jurídica de direito público, seja como autarquia, seja como fundação pública, ou, quando menos, estaria (considerado, neste caso, como órgão, em sentido estrito) submetido ao Estado e, portanto, nesses casos, acabaria por restar, jurídica e institucionalmente, atrelado ao Estado.

Pensamos, assim, que o MP, apesar de ser considerado pela maior parte da doutrina (MAZZILLI, 2000) como um órgão, ou seja, como um ente sem personalidade jurídica que se encontra submetido aos comandos da pessoa jurídica de direito público à qual está subordinado, numa visão essencialmente administrativa (DI PIETRO, 2002; MELLO, 2002), não se enquadra, a rigor, dentro da moldura pré-fabricada do direito administrativo, já que possui características peculiares que o diferenciam desse direito.

Servem de exemplo, para evidenciar tais características peculiares, o fato de o MP possuir um regime jurídico próprio (MAZZILLI, 2001), com uma lei orgânica própria², algo que não é comum, no ordenamento jurídico pátrio, à maioria dos órgãos.

Outra marca distintiva do *Parquet* é a própria independência funcional, princípio constitucional institucional (PINHO, 2000), e administrativa proclamada pela CF/88. Como se sabe, segundo a doutrina administrativista clássica (MELLO, 1959), os órgãos, em geral, não possuem independência funcional nem, muito menos, uma independência elevada a um patamar constitucional. Normalmente, são meras figuras auxiliares das pessoas jurídicas de direito público. São corpos auxiliares que colaboram no exercício e desempenho das atividades essenciais ou de alguma forma relacionadas com os

¹ Note-se que não há na doutrina um posicionamento pacífico quanto à *divisão de poderes*, havendo entendimentos que defendem dois poderes ou funções: *administrativa e jurisdicional* (MELLO, 1979, v. 1, p. 24-33) ou o poder de *criar o direito* e o poder de *executar o direito*, (KELSEN, 1950, p. 268-269) e ainda outros que defendem quatro “atividades”: *executiva, legislativa, judicial e de governo*. (MAYER, Otto *apud* MELLO, 2002, p. 17-18).

² Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que deve ser analisada com o auxílio da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

fins daquela pessoa jurídica de direito público. Em uma só palavra, os órgãos, tomados à luz do direito administrativo, são corpos sem vida própria, pois são acessórios que seguem o principal, a pessoa jurídica de direito público.

Sendo assim, resta evidente, por conseguinte, que o MP não se enquadra dentro da figura de órgão que o direito administrativo nos ensina. Desta forma, entendemos que a única solução para o deslinde dessa problemática reside em considerarmos o MP como um órgão *sui generis*, um órgão especial, ou seja, como um órgão em sentido amplo, uma vez que não se enquadra no conceito clássico de órgão e não possui uma personalidade jurídica própria.

Note-se a esse respeito que defendemos este posicionamento doutrinário, pois valendo-se do mecanismo da analogia (ATIENZA RODRIGUEZ, 1986), – método integrativo de aplicação do direito (CAMARGO, 2001; MAXIMILIANO, 1999; STRECK, 1999), utilizado quando não se encontra no ordenamento jurídico um instituto jurídico adequado para regulamentação de uma situação jurídica –, o instituto jurídico existente mais próximo (ou melhor, menos distinto) do MP é exatamente o órgão.

Dessa forma, é possível conceber o MP como um órgão *sui generis* e, ao mesmo tempo, contemplar uma solução para a pseudo contradição em que teria supostamente incorrido o ordenamento jurídico constitucional, pois, utilizando-se de tal explicação, podemos admitir, a um só tempo, um ente sem personalidade jurídica, mas dotado de responsabilidade jurídica. Diga-se, então, que, por meio de tal raciocínio, podemos encontrar uma solução que preserve a unidade e harmonia do sistema jurídico (CANARIS, 2002).

4 CONSEQUÊNCIAS PRAGMÁTICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE E SUA NECESSÁRIA RELEITURA CONSTITUCIONAL

Estabelecidos os pressupostos básicos de constituição do MP e analisado o problema da sua falta de personalidade jurídica, cumpre assinalar, agora, quais são as suas consequências na própria forma de atuação do MP.

Assentadas essas premissas e dirimidas essas falsas problemáticas, passemos, então, a tratar das consequências da independência funcional na própria forma de atuação do MP. (CHAUI, 1986).

A primeira das consequências pragmáticas decorrentes da aplicação do princípio constitucional da independência funcional consiste em ter o MP um melhor amparo, no que concerne a certas atividades secundárias que dão base ao desempenho de suas funções essenciais.

Vejamos o seguinte exemplo. Em um dado processo, ou inquérito policial, ou procedimento administrativo, vê-se o membro do *Parquet* com a obrigação de emitir um parecer acerca de determinada perícia contábil, a qual se

encontrava anexada aos autos de um processo que apura a possível prática do crime de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998).³ Poderá, realmente, diante desta situação, o membro do MP formular a sua *opinio delicti* com tal consciência dos fatos?

Parece-nos, certamente, que não. E o motivo é óbvio: falta ao membro do *Parquet* capacidade técnica *real* para emitir o aludido parecer.

Ora, como se sabe, um Promotor de Justiça tem formação em letras jurídicas, não tendo sequer noção de conhecimentos básicos de contabilidade. Sendo assim, para que o MP possa, realmente, desempenhar com autonomia processual as suas funções constitucionais, mister se faz que o mesmo se encontre amparado por uma boa equipe de profissionais técnicos, com formação nas mais diversas áreas do conhecimento científico, que integre os quadros permanentes da Instituição, pois, somente desta forma, o membro do *Parquet* poderá formar com segurança o seu juízo de convencimento em torno dos fatos que são apurados no processo.

Não se diga, por sinal, que essa última proposta é dispendiosa ou inovadora, pois na verdade não o é, uma vez que o próprio constituinte a previu ao se referir a serviços auxiliares no art. 127, § 2º, da CF/88:

.....
Art. 127.
.....

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada a autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e *serviços auxiliares*, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento (grifo nosso).
.....

A segunda consequência é a do estabelecimento de uma nova regra para eleição do Procurador-Geral de Justiça que deve ser marcada pelos seguintes aspectos: a elaboração de uma lista tríplice de força vinculante e a extensão do direito de voto a todos os Promotores de Justiça, não ficando mais assim, pois, tal eleição restrita aos votos dos Procuradores de Justiça⁴.

Esses novos aspectos certamente diminuirão em muito o grau de ingerência política do Poder Executivo no MP, credibilizando, desta forma,

³ Poderia se lembrar ainda o exemplo das desapropriações com fins de reforma agrária, nas quais o MP federal vê-se às voltas com o problema de como opinar com independência funcional em torno de qual seja, realmente, o laudo técnico de avaliação das terras que se encontra perfeitamente correto, ou seja, se é aquele elaborado pelo perito do Juízo ou se é o confeccionado pelo perito contratado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária INCRA.

⁴ Nesse sentido, aliás, é a Lei Orgânica do Ministério Público de outros Estados.

mais ainda, a função desempenhada pelos seus membros.

Não partilhámos do entendimento que sustenta a possibilidade de o próprio MP, por meio do voto exclusivo de seus membros, eleger seu Procurador-Geral de Justiça, pois admitida tal possibilidade, a rigor, resta concretizada, no nosso entender, uma ofensa ao princípio constitucional da autonomia e independência dos Poderes (BOBBIO, 1988, p.16-17; BONAVIDES, 1993, p. 27; SALDANHA, 1987) – art. 2º da CF/88 –, já que se estaria conferindo ao MP o *status* de um órgão³ que não estaria submetido à ingerência de quaisquer dos Poderes do Estado, ou seja, seria uma espécie de *Quarto Poder*, na medida que seria um Poder independente e autônomo.

Sendo assim, tal entendimento não merece prosperar, pois, além de o MP não ter sido alçado pela CF/88 ao *status* de *Quarto Poder*, a própria Magna Carta permite ingerências dos Três Poderes do Estado, seja do *Poder Executivo* autorizando a escolha do Procurador-Geral de Justiça, seja submetendo o projeto de lei orgânica do MP à aprovação do *Poder Legislativo*, apesar dele ser de iniciativa do próprio órgão, seja, por fim, admitindo ou não o controle desse órgão, de seus membros e de seus atos processuais por parte do *Poder Judiciário*.

Uma terceira consequência, ao nosso ver, é a mitigação do princípio da obrigatoriedade no processo penal. Afinal, parece-nos, no todo, incompatível a convivência do princípio da independência funcional (de patamar constitucional), com uma mordaca infraconstitucional (um limitador do pensamento e da livre consciência do Promotor de Justiça, o qual é considerado pelo ordenamento jurídico processual nacional, de origem fascista, como ser que não pensa, mas que cumpre ordens), erradamente confundida pela maior parte da doutrina processualista nacional com o princípio da legalidade.

Com efeito, não nos parece admissível que um princípio constitucional seja limitado e interpretado à luz de um princípio infraconstitucional, tanto por razões de hierarquia e harmonia do ordenamento jurídico quanto por ser impossível conviver com conceitos absolutos, no mundo moderno, marcado cada vez mais pela relatividade das definições.

Conceber o princípio da obrigatoriedade conforme os moldes atuais é tomar o Promotor de Justiça, ou seja, o ser pensante, como um mero cumpridor automático de ordens.

Com a CF/88, o membro do MP não se encontra mais obrigado a ter que oferecer, de regra, a denúncia, ou a não poder desistir do recurso interposto (art. 576 do Código de Processo Penal – CPP), pois tem *independência funcional* (a qual é diferente da independência administrativa).

Não se deve confundir o princípio da obrigatoriedade, de índole

³ Saliente-se que tal vocábulo deve ser entendido conforme os esclarecimentos desenvolvidos no terceiro tópico deste artigo.

infraconstitucional, com o princípio do sistema acusatório (PRADO, 2000), de feição constitucional, pois o fato de o MP deter, com exclusividade, o poder de promover a *persecutio criminis in iudicio*, ou seja, de propor a ação penal, não significa que deva fazer isso obrigatoriamente em todos os casos. Nesse sentido, a justa causa, entendida como uma das condições gerais da ação penal (CPP, art. 43), deve ser entendida como uma decorrência do princípio constitucional da motivação das decisões (CF/88, art. 93, IX)⁶, na medida em que se deve exigir do Promotor argumentos fáticos plausíveis para oferecer uma denúncia.

Aliás, movido também por esse princípio, já se identificam no ordenamento jurídico mitigações isoladas do princípio da obrigatoriedade (a exemplo dos arts. 72 a 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995)⁷, como é o caso, por exemplo, da transação penal.

Note-se, contudo, que grande parte da doutrina nacional diverge deste entendimento por nós aqui defendido, sob o argumento de que se trata de hipótese de aplicação do princípio da oportunidade (JARDIM, 1988), ou da discricionariedade regulada ou regrada (GRINOVER *et al.*, 2002, p. 97). Qualquer que seja o argumento, é indiscutível que o princípio da obrigatoriedade está por sofrer uma inicial e progressiva mitigação no campo processual penal.

Outra consequência da aplicação do princípio da independência funcional, desta feita exercendo suas influências no campo processual civil (Código de Processo Civil – CPC, arts. 81 a 85), é a flexibilização da intervenção do MP nas causas em que há interesse de incapazes (CPC, art. 82, I), porque não é em todos os processos em que há interesse de incapaz que se pode identificar uma das finalidades constitucionais de atuação do MP (CF/88, art. 127, *caput*), ou seja, defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tomemos o seguinte exemplo. Uma jovem de 17 anos presta concurso vestibular para a faculdade de Medicina de Alfenas-MG. Passados três meses, ela impetra um mandado de segurança pleiteando a sua transferência para a Faculdade de Medicina de Salvador-BA, alegando motivos de ordem familiar e econômica. Pergunta-se: é realmente necessário, nesse caso, a intervenção do MP no processo, somente por se tratar a jovem de menor relativamente incapaz?

Decididamente, pensamos que não. Não há na presente hipótese qualquer interesse individual indisponível em jogo, mas apenas o interesse individual disponível exclusivo da jovem que deseja obter a transferência. Vê-se, então, que não é caso de atuação do MP. Essa é, aliás, uma conclusão a que se

⁶ Apesar de termos citado dispositivo constitucional relativo ao Poder Judiciário, ressalte-se que assim o fizemos, com o escopo de nos valermos de um recurso de analogia processual, expressamente permitido pelo art. 2º do CPP.

⁷ GRINOVER *et al.* (2002).

pode chegar por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade⁸ ao caso concreto dado como exemplo, já que é necessário se fazer uma ponderação de todos os valores envolvidos na determinação legal de intervenção ou não do MP.

Outra consequência encontra-se na designação do segundo Promotor de Justiça pelo Procurador-Geral de Justiça para que aquele ofereça *obrigatoriamente* a denúncia, nos moldes do art. 28 do CPP.

No que concerne especificamente a essa providência, há uma acirrada discussão doutrinária.

Para a grande maioria da doutrina (Espínola Filho, 1960, v. 1; Faria, 1942, v. 2; Garcia, 1945, v. 3; Greco Filho, 1999; Jesus, 2000; Marques, 1999, v. 2; Mirabete, 1999; Noronha, 1996; Tornaghi, 1997, v. 2; Tourinho Filho, 2000, v. 2), não pode o Promotor designado pelo Procurador-Geral de Justiça recusar-se a oferecer a denúncia determinada em razão de um imperativo de hierarquia previsto em lei (Lei nº 8.625/93, art. 10, IX, *d*), porque não há qualquer ofensa à consciência do Promotor, pois o mesmo age por delegação do chefe do MP.

Contudo, no nosso entender, e também dos professores Tovo (1986) e Boschi (1995), o Promotor, apesar de designado pelo Procurador-Geral de Justiça, não deve estar obrigado a oferecer a denúncia, pois tal exigência, além de ofender o princípio da independência funcional (CF/88, art. 127, § 1º), é de todo desnecessária, já que, se o Procurador-Geral de Justiça está tão convicto do oferecimento da denúncia, nada impede que ele mesmo a faça.

Com efeito, a própria denúncia fica muito comprometida se o Promotor estiver em dúvida acerca dos elementos que devem compor a exordial acusatória como, por exemplo, a *justa causa*, em obediência ao princípio constitucional do *in dubio pro reo* (CF/88, art. 5º, LVII). Como quer o professor Jardim (2000), não deve ser oferecida denúncia, uma vez que, em razão do aludido princípio, cabe ao MP o ônus da prova, ou seja, o ônus de demonstrar que o acusado realmente é o autor de um determinado delito, na sua inteireza – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade –, como decorrência do princípio constitucional da presunção de inocência (CF/88, art. 5º, LVII).⁹

Não há que se justificar tal exigência com base na hierarquia, uma vez que o Promotor, no desempenho de sua função ministerial, não está submetido a qualquer ingerência do Procurador-Geral de Justiça, pois, se assim fosse, forçoso

⁸ Acerca do princípio da proporcionalidade é salutar o estudo dos seus subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Sobre o assunto consulte-se Bonavides (2000, p. 356-397).

⁹ Sobre o assunto é de grande importância a leitura do terceiro capítulo (*Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência*) da obra de Gomes (1999). Note-se, por oportuno, que o autor diverge do posicionamento por nós defendido no presente artigo, sustentando que da aplicação deste princípio não resulta tal consequência (GOMES, 1999, p. 110 a 114).

é convir que poderiam ocorrer situações que distorceriam a atividade do Promotor, como, por exemplo, a do membro que, para conseguir gratificação ou remoção para uma comarca mais próxima da Capital, promovesse uma determinada ação penal para agradar o Procurador-Geral de Justiça que, por excesso de trabalho ou por ter interesse pessoal no desfecho da ação penal, não a quisesse promover pessoalmente.

Note-se, ainda, que só há de se falar em hierarquia, no que concerne ao desempenho das atividades do Promotor na esfera interno-administrativa do MP, ou seja, *interna corporis*. Caso contrário, toda vez que o Promotor fosse oferecer alguma denúncia, teria a *obrigação institucional* de consultar o Procurador-Geral de Justiça, para obter dele a sua *opinio delicti*.

Por fim, sustentamos, ainda, que não assiste razão àqueles que defendem o posicionamento contrário sob o argumento de que se viesse a se permitir que o Promotor designado pudesse divergir da instrução do Procurador-Geral de Justiça, demorar-se-ia demasiadamente para se oferecer a denúncia, correndo-se, desta forma, o risco de vir a prescrever o delito. Contudo, isso não é verdade, pois, como já foi destacado, o próprio Procurador-Geral de Justiça pode oferecer a denúncia, evitando, assim, uma possível prescrição.

Saliente-se, por fim, acerca das consequências pragmáticas, que as que foram por nós aqui lembradas não são e não devem ser as únicas vislumbradas no ordenamento jurídico, havendo, a esse respeito, muitas outras. Os casos aqui destacados devem ser tomados exemplificativamente.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, torna-se imprescindível uma releitura de toda a legislação infraconstitucional relativa à atuação do MP com espêque nos novos princípios e finalidades estipulados pela Constituição Federal de 1988 e, mais notadamente, com base no princípio da independência funcional.

É necessário pensarmos o MP conforme a Constituição, pois é ela que deve constituir a sua ação. (LARENZ, 1997, p. 439-517).

Se o MP foi reinventado, regenerado e fortalecido pela atual Magna Carta para que tenha uma atuação muito mais eficaz na sociedade (PASUKANIS, 1976), esta mesma Magna Carta deve pautar e orientar todas as suas atividades intra e extraprocessuais, pois, somente desta forma, poderá alcançar a defesa do ordenamento jurídico pátrio e do Estado democrático de direito, ainda que, dessa maneira, não se desvincule da manutenção da ordem constituída e, por consequência, da defesa, direta ou indireta, dos interesses da classe social predominante, servindo assim como instrumento *jurídico de controle* (LOCKE, 1965; MARX, 1964; NIETZCHE, 1964), *socioeconômico* (BARATTA, 1999; BATISTA, 2001; CASTRO, 1983) e *político-cultural* (ZAFFARONI, 1991), impregnado pelo seu *poder simbólico* (FOUCAULT,

1979; SANTANA, 1997, p. 82¹⁰).

Referências Bibliográficas

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Sobre la analogia en el Derecho: ensayo de analysis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1986.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. (Coleção pensamento criminológico, 1).

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁰ Nesse sentido, vale transcrever o seguinte trecho: "O que importa ressaltar é que o Ministério Público, enquanto defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais, detém uma enorme gama de poderes, já que: a) como um delegado de polícia investiga ilimitadamente qualquer ofensa ao direito (por exemplo, instaura e preside o inquérito civil); b) como um juiz, homologa a conciliação dos interesses ou decide pelo arquivamento das investigações, independentemente de pronunciamento do Poder Judiciário; c) ou como um advogado da sociedade, é legitimado, com relatividade exclusividade, a propor ações civis ou penais públicas, perante o judiciário, visando a condenação de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada a submeter-se às sanções previstas na lei, nos casos de ilegalidade. Com efeito, é este papel amplo e diversificado, aliado a um concurso público tradicionalmente sério e difícil (trazendo para os seus quadros boa parte dos melhores advogados do país) que, nos parece, determina o prestígio (*status, poder simbólico*) de que gozam os agentes do Ministério Público no campo jurídico, a despeito do relativo desconhecimento do seu papel pelo senso comum."

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CHAUI, Marilena. *Conformismo e resistência: aspectos da cultura popular no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. 1.

FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, Antônio Bento de. *Código de Processo Penal: Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942. v. 2.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal: Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. 3.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juízados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Direito processual penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho e del Estado*. Tradução de Eduardo García Maynes. México: Imprenta Universitária, 1950.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. Tradução de João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 1965. (Textos filosóficos).

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1964. (Textos filosóficos).

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1964. (Textos filosóficos).

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 24. ed. atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1996.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *Teoría general del Derecho y marxismo*. Tradução de Virgílio Zapateiro. Barcelona: Labor, 1976.

PINHO, Humberto Dalla. *Princípios institucionais do Ministério Público: legislação compilada*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTANA, Heron José de. Ministério Público e poder simbólico. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, Salvador, v. 6, n. 8, p. 72-83, jan./dez. 1997.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

TOVO, Paulo Cláudio. *Apontamentos e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

ELAINE MARTINS PARISE

Procuradora de Justiça do Estado de Minas Gerais
Pós-graduada *latu sensu* em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia
Universidade Católica – PUC-MG

Sumário: 1 Introdução – 2 As políticas públicas e a omissão do Estado – 3 A implementação das políticas públicas e a vinculação do administrador – 4 A judicialização da política e a separação dos Poderes – 5 A atuação do Ministério Público judicial e extrajudicial – 6 A posição atual dos Tribunais – 7 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

Inegavelmente a Constituição Federal de 1988 – CF/88 trouxe profundas inovações para a ordem jurídica e, dentre essas inovações, destaca-se a transformação do perfil do Ministério Público – MP, instituição que estava, tradicionalmente, incumbida da persecução penal e cuja atuação, na esfera cível, estava restrita àquelas causas em que havia interesses de incapazes ou interesse público.

Embora a transformação e o fortalecimento do MP tenham se iniciado com a entrada em vigor da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), que lhe atribuiu a titularidade da ação de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a relevância do papel exercido pela Instituição foi consagrada pelo art. 127 da CF/88, que dispõe que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Na mesma oportunidade, o constituinte assegurou que, dentre as atribuições do *Parquet*, está a de “promover o inquérito civil público e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos,” (art. 129, III da CF/88).

Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), além de conferir ao MP legitimação ativa para a defesa coletiva dos consumidores, definiu os conceitos dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81) e, ainda, ampliou o campo de incidência da LACP acrescentando o inciso IV ao seu art. 1º (art. 110), que permitiu a tutela de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”,

mesmo que não especificamente previstos em texto legal, mas defluentes do sistema.

Recentemente, também a ordem urbanística, a ordem econômica e a economia popular passaram a ser passíveis de tutela por meio da ação civil pública (art. 6º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, em vigor por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001).

Essas novas atribuições no âmbito cível exigiram que os membros do MP, além de exercerem a função de *fiscais da lei*, passassem a ser *órgãos agentes*.

Além disso, convém salientar que, a partir de 1988, não só o MP passou por transformações, mas também a sociedade brasileira, pois a nova ordem constitucional, após duas décadas de autoritarismo, instaurou a democracia no País e previu expressamente os direitos sociais coletivos: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º da CF/88). Enfim, a nova Carta deu ênfase à dignidade do ser humano, sujeito de direitos, e à cidadania. Consagrou, também, os interesses e direitos coletivos.

Os direitos sociais previstos na CF/88 são dirigidos a todos os habitantes do País e, embora as políticas públicas para sua implementação já estejam, em grande parte, estabelecidas por legislação infraconstitucional, sua efetividade nem sempre é levada a cabo pelos administradores públicos, o que conduz os cidadãos, por si ou por seus substitutos processuais, à busca de sua implementação.

Nesse contexto, o *Parquet* passou, dentre outras atribuições, a ser a Instituição mediadora dos conflitos e interesses sociais. Age, assim, quando envia esforços para que o poder público observe as imposições legais que vêm sendo descumpridas, por exemplo, a previsão de construção de escadas especiais em prédios públicos para atender a idosos e deficientes físicos, regularização de loteamentos, construção de creche e abrigo para menores, fornecimento de medicamentos, implementação de medidas que visem propiciar segurança aos cidadãos etc.

O MP, ao atuar na busca da concretização dos preceitos constitucionais, por meio dos instrumentos colocados ao seu alcance, está no exercício de função administrativa, que deve ser compreendida como o manejo de deveres e poderes para o atendimento de certo fim, no caso, a realização do bem comum.

Daí a sua importância, pois está incumbido de exercer a função de controle sobre os atos do poder público, fazendo com que este observe e cumpra a lei. No exercício dessa relevante função, o MP promove a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade. Sua atuação está intimamente ligada à defesa do Estado social democrático de direito. Pode atuar judicial ou extrajudicialmente. Judicialmente, quando propõe ações judiciais, em especial, ações civis públicas,

provocando o Poder Judiciário a fim de obter resultado prático para o controle da administração, e extrajudicialmente, quando instaura inquérito civil público ou outros procedimentos administrativos, os quais poderão servir de subsídio para futura ação.

Em outras palavras: a omissão do Estado na efetivação das políticas públicas constitucionalmente asseguradas tem levado o MP, na condição de defensor da sociedade, a atuar em prol da implementação daquelas políticas.

Essas questões levadas ao conhecimento do Poder Judiciário fizeram surgir o fenômeno denominado de *politização do Judiciário* ou de *judicialização da política*.

A doutrina e a jurisprudência têm-se debruçado sobre o tema – ainda novo e polêmico – e discutem se o Poder Judiciário, ao determinar que o administrador público efetive direitos sociais, está ou não adentrando o mérito do ato administrativo ou substituindo o administrador; se há ou não invasão do Poder Judiciário na esfera de um outro Poder, o que caracterizaria violação ao princípio da separação dos poderes; se o administrador está ou não vinculado às políticas públicas já estabelecidas na Constituição e na legislação infraconstitucional e, ainda, se para a implementação dessas políticas haveria ou não necessidade de previsão orçamentária.

O presente artigo, sem a pretensão de esgotar a matéria, abordará o instigante tema, analisando o posicionamento atual dos Tribunais pátrios em relação à legitimidade do MP para a propositura de ações civis públicas que visam à implementação de políticas públicas e buscará contribuir para a contínua e necessária discussão sobre o papel do *Parquet* e do Poder Judiciário no seio da sociedade brasileira.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A OMISSÃO DO ESTADO

As Constituições de diversos países ocidentais, em especial aquelas promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, passaram a dispor sobre os direitos sociais dos cidadãos e a prever mecanismos de participação popular e instrumentos capazes de garantir a efetividade desses direitos.

Segundo essa tendência mundial, no Brasil, após mais de vinte anos de ditadura, os quais foram marcados pela luta e ampla participação popular para a redemocratização do País, veio a lume a Constituição Federal de 1988, que, na expressão cunhada pelo Deputado Ulysses Guimarães, é a *Constituição Cidadã*, porque está voltada à redução das desigualdades socioeconômicas e à plena realização da cidadania.

Contudo, malgrado a CF/88 haja assegurado aos cidadãos diversos direitos sociais e coletivos, muitos desses ainda não se tornaram efetivos, não foram colocados à disposição da população ou estão à disposição de apenas uma parcela.

Não é novidade afirmar que o Brasil é um país onde são encontradas enormes desigualdades sociais cujas causas não serão objeto de estudo neste artigo e assim, faz-se imperiosa a efetividade dos direitos sociais e coletivos, pois, em geral, são os pobres que têm menos acesso, por exemplo, à saúde, à educação, à moradia e à Justiça.

Faria (1998, p. 95) expõe:

Esse tem sido o grande paradoxo dos direitos humanos – e também sociais – no Brasil: apesar de formalmente consagrados pela Constituição, em termos concretos eles quase nada valem quando homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de 'humanidade'; portanto, sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento.

Salienta ainda o autor:

Em sociedades com essas características, as declarações em favor dos direitos humanos e sociais tendem a ficar apenas enunciadas e/ou propostas, uma vez que costumam ser utilizadas para exercer o papel de instrumento ideológico de controle das expectativas sociais. Em vez de tutelar o Executivo, condicionando suas políticas públicas, disciplinando seus gastos sociais e evitando distorções clientelísticas, tais declarações se limitam a propósitos meramente legitimadores. A concreção dos direitos humanos e sociais previstos pelos textos constitucionais muitas vezes é negada pelos diferentes braços – diretos e indiretos – do poder público. Trata-se de uma negação sutil, que costuma se dar por via de uma "interpretação dogmática" do direito, enfatizando-se, por exemplo, a inexistência de leis complementares que regulamentem os direitos e as prerrogativas assegurados pela Constituição. Sem a devida "regulamentação" por meio de uma lei complementar, esses direitos e essas prerrogativas têm vigência formal, mas são materialmente ineficazes. Em termos práticos, servem para conquistar o silêncio, o apoio, a lealdade e a subserviência dos segmentos sociais menos favorecidos, pouco dando em contrapartida, em termos de efetivação de seus direitos humanos e sociais. (FARIA, 1998, p. 98-99).

Pois bem. Considerando que a CF/88 estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual esteja garantido o desenvolvimento nacional, sejam erradicadas a pobreza e a marginalização, sejam reduzidas as

desigualdades sociais e regionais e, ainda, que se promovia o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º e seus incisos), pode-se concluir que as normas constitucionais garantidoras dos direitos coletivos e sociais, embora programáticas, são dotadas de eficácia jurídica. Do contrário, os cidadãos estariam impedidos de reivindicar o que já está assegurado na Constituição.

Observa Canotilho (1995, p. 183) que, embora a garantia da normatividade da Constituição não seja tarefa fácil, deve-se lembrar que o direito constitucional é direito positivo, que a Constituição vale como lei e, assim sendo, as regras e princípios devem obter força normativa, a fim de regular as relações da vida.

Sobre as denominadas normas constitucionais programáticas, o eminente constitucionalista português adverte:

As “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (CRISAFULLI). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. (CANOTILHO, 1996, p. 184).

No mesmo sentido, a lição do Professor Mello (1981), que, após anotar que a Constituição é a lei máxima do Estado, à qual todos os Poderes devem obediência, aduz:

Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.

[...]

Uma norma jurídica é desobedecida quer quando se faz o que ela proíbe quer quando não se faz o que ela determina. Sendo a Constituição um plexo de normas jurídicas – e normas de nível supremo – é inevitável concluir-se que há violação à Constituição tanto quando se faz o que ela inadmitte como quando se

omite fazer o que ela impõe. E se omissão houver ficará configurada uma inconstitucionalidade.

Manifestando-se acerca da eficácia das normas constitucionais programáticas e sua importância para a implementação das políticas públicas, Sakamori (1999, v. 3, p. 243) assevera:

Parte-se, destarte, da premissa de que as normas constitucionais programáticas são evidentemente dotadas de imperatividade, essência genérica da norma de Direito, e têm eficácia imediata, obrigando e vinculando o Poder Público. Essa força vinculante dos direitos difusos é que, portanto, deverá dirigir o processo de implementação das políticas públicas e implica, em contrapartida, ao sujeito do benefício, a faculdade de exigir do Estado o cumprimento do seu dever jurídico de efetivamente viabilizar os pressupostos materiais indispensáveis ao pleno exercício daqueles.

Assim, considerando que as normas garantidoras dos direitos sociais e coletivos são válidas, eficazes e vinculam o poder público, os cidadãos têm direito a obter prestações positivas, ou seja, podem exigir que o Estado promova a implementação das políticas públicas que, em última análise, lhes propiciarão melhores condições de vida.

Mas o que são políticas públicas?

Mancuso (2002, p. 776-777) traz o seguinte conceito:

No atual estágio de prospecção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pensamos que a política pública pode ser considerada a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Os direitos sociais estão previstos no art. 6º da CF/88 e são os seguintes: direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

Além disso, também são direitos sociais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os dos consumidores, os das comunidades remanescentes dos quilombos, os das pessoas portadores de deficiência. No título da Ordem Econômica e Financeira há, ainda, dispositivos concernentes às política urbana, agrícola e fundiária e à reforma agrária.

Convém salientar que a forma de implementação desses direitos, em sua maioria, já está prevista em legislação infraconstitucional em diversas áreas.

À guisa de exemplo, podem ser citados os seguintes:

- *Seguridade social* (art. 194-204 da CF/88 e Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, 8.142, de 28 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 07 de dezembro de 1993 e 8.909, de 06 de julho de 1994);
- *educação* (arts. 205-214 da CF/88 e Leis nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 e 9.424, de 24 de dezembro de 1996);
- *família, criança, adolescente e idoso* (arts. 226-230 da CF/88 e Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 e 8.842, de 04 de janeiro de 1994);
- *defesa do consumidor* (art. 5º, XXXII, da CF/88 e Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990);
- *meio ambiente* (art. 225 da CF/88 e Lei nº 9.605, de 12 de janeiro de 1998).

Portanto, a implementação dessas políticas públicas, como ressalta Frischeisen (2000, p. 83), “[...] cabe muito mais aos administradores, do que aos legisladores.” E adverte (2000, p. 84) que:

[...] em algumas hipóteses, as normas infraconstitucionais integradoras das políticas públicas sociais criaram fundos específicos com fontes de custeio e controle social (conselhos com participação popular), sendo certo que o administrador não pode usar tais recursos para outra finalidade, sob pena de ser responsabilizado por desvio de finalidade.

Omitindo-se o Estado, surge para o cidadão o direito de exigir a concretização dos direitos sociais, a fim de que o princípio da igualdade seja observado. Para o Professor Silva (1991, p. 253), os direitos sociais estão relacionados com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Com efeito, a intenção do constituinte foi a de transformar o Estado brasileiro em um Estado mais justo e solidário. Porém, se não for efetivado o denominado mínimo social, restará sem sentido a participação dos indivíduos na vida pública através do voto.¹

A realização desse mínimo social dá-se por meio da implementação de

¹ Nesse sentido, em artigo – ainda inédito – denominado *Democratização e republicanização do Estado*, o Professor de Sociologia da Universidade de São Paulo, Francisco de Oliveira, afirma que “[...] o voto popular é supérfluo, economicamente irrelevante e até um estorvo, que as instituições democráticas e republicanas são o pão – escasso – do circo – amplo – para manter as energias cidadãs entretidas enquanto grupos econômicos decidem o que é relevante.”

políticas públicas que, nas palavras de Grau ((2002, p. 26), legitimam o estado social.

O constituinte preocupou-se, ainda, em possibilitar a defesa dos direitos fundamentais, sociais e coletivos, tanto assim, que previu a ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de injunção e, mais, constitucionalizou o inquérito civil público e a ação civil pública, conferindo ao Ministério Público novas e relevantes atribuições.

Não é demais lembrar que, após divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à utilização do mandado de injunção², acabou por prevalecer “[...] a posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o mandado de injunção destina-se tão-somente a notificar o Poder Legislativo competente a elaborar norma necessária ao exercício regular de um determinado direito constitucional.” (CASAGRANDE, 2002, p. 25).

No mesmo sentido, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão limita-se a determinar que o Poder Legislativo ou Executivo edite norma que vise conferir plena eficácia à norma constitucional. A decisão não traz sanção, mas apenas a indicação da carência da norma, o que, em última análise, não soluciona o problema dos cidadãos privados dos direitos sociais previstos na Constituição.

Nessa ordem de idéias, podemos afirmar que resta aos cidadãos, então, a ação civil pública, a qual se transformou, como apontado por Casagrande (2002, p. 26), “[...] no mais importante e eficaz instrumento de concreção dos direitos sociais constitucionais, cumprindo de alguma forma o papel que originariamente fora imaginado pelos constituintes para o mandado de injunção.”

Com fulcro no que dispõem os arts. 127 e 129, II, III e IX, da CF/88, o MP está legitimado a buscar a implementação de políticas públicas e os instrumentos existentes para essa defesa são os inquéritos civis públicos e os procedimentos administrativos correlatos e as ações civis públicas.

Embora a sociedade, por meio das associações civis, também esteja legitimada à propositura da ação civil pública, a experiência mostra que é o *Parquet* quem propõe o maior número de ações civis públicas, em especial, aquelas objetivando a implementação de políticas públicas.

Muitas dessas ações civis públicas propostas pelo MP têm origem em representações ou denúncias formuladas por cidadãos, entidades civis e organizações não-governamentais. Assim, embora haja atuação de ofício, em muitas ocasiões, o MP age por provocação de um determinado setor da sociedade civil que, privado de seus direitos sociais, procura-o para que promova a efetivação de tais direitos.

² Dispõe o inciso LXXXI do art. 5º da CF/88 que “conceder-se-á mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Porém, antes de analisar as formas de atuação do MP, convém enfrentar o tema ligado à discricionariedade do administrador público na implementação das políticas públicas.

3 A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR

A omissão do Estado na efetivação das políticas públicas constitucionalmente asseguradas, tem levado o cidadão, por si ou por seus substitutos processuais, em especial pelo MP, a exigir do Estado sua implementação.

Contudo, discute-se, na doutrina e na jurisprudência, se o Poder Judiciário, ao determinar que o administrador público efetive direitos sociais que visem a concretizar uma política pública, estaria adentrando o mérito do ato administrativo. Argumenta-se que a discricionariedade do ato somente poderia ser avaliada pela própria administração e, portanto, refugiria à apreciação pelo Poder Judiciário.

A corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a impossibilidade de o Poder Judiciário pronunciar-se em relação às políticas públicas escuda-se, quase sempre, na alegação de que os atos discricionários não são passíveis de controle judicial e no princípio da tripartição dos Poderes.

Já os que sustentam não só a possibilidade, mas o dever de o Judiciário apreciar as demandas coletivas que versem sobre a efetivação dos direitos sociais, apontam a ligação intrínseca dos fundamentos e objetivos da República previstos nos arts. 1º e 3º da CF/88, em especial, àqueles referentes à dignidade da pessoa humana, à concretização para todos da cidadania e à igualdade com a realização das normas de ordem social, razão pela qual ao administrador público restaria uma parcela mínima de discricionariedade.

Posicionamo-nos ao lado daqueles que entendem que a previsão constitucional dos direitos sociais restringiu a discricionariedade do administrador, que somente poderá escolher, se a lei assim permitir, a melhor forma de atingir a finalidade da norma constitucional e da legislação integradora, adequando-lhes ao caso concreto.

Comparato (1997, p. 19) averba:

Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade.[...].

Escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado. A juridicidade das normas que simplesmente declararam tais fins (as

Zielnormen dos alemães), ou que impõem a realização de determinado programa de atividades – as normas propriamente programáticas –, já não pode ser posta em dúvida nesta altura da evolução jurídica.

Em outras palavras: o administrador está vinculado às disposições constitucionais, em especial àquelas metas relacionadas no art. 3º da CF/88, e à implementação das políticas públicas e, nesse sentido, não há margem para a omissão que, se verificada, poderá ensejar sua responsabilização.

Segundo Ackel Filho (1990, p. 55):

[...] o bem comum não se erige em um conceito particular que pertença, de modo exclusivo, a esse ou aquele agente político do Poder ou a quem quer que seja. Como valor fundamental da República, proclamado desde o preâmbulo da Carta Magna, desdobrando-se através de seu texto constrói-se por múltiplas avaliações (subjetivas) que deve sempre se louvar, o quanto possível, em elementos objetivos, que revelem a sua efetiva natureza.

Não é, pois, o administrador o alvitrante discricionário do que é e do que não é bem público, razão pela qual deve pautar a sua ação pelos princípios já acima estudados [os princípios fundamentais insculpidos no art. 3º], que inspiram o bem comum, além de sujeitar-se ao devido controle.

Vale transcrever a lição de Mancuso (2002, p. 772):

É dizer, no plano das políticas públicas, onde e quando a Constituição estabelece um *fazer*, ou uma *abstenção*, automaticamente, fica assegurada a possibilidade de *cobrança* dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente [...].

É preciso ter em mente, de um lado que a regra é a *sindicabilidade judicial* dos danos sofridos ou temidos por pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas (CF, art. 5º, XXXV), respondendo o Estado "pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (CF, art. 37, § 6º); de outro lado, o interesse de agir, que pavimenta o acesso à Justiça, é, como se sabe, *abstrato e autônomo*, e, pois, independe, para ser exercitado que a pretensão material seja efetivamente fundada. De consequente, os atos e fatos de gestão pública que se apresentam judicialmente insindicaíveis apresentam-se como *excepcionais* dentro do sistema, até porque, como aduz Celso Antônio Bandeira de Melo, invocando Afonso Rodrigues de Queirós, "em certos casos não será possível dizer qual o comportamento único obrigatório para atender o interesse público, mas será possível dizer que aquele comportamento específico adotado não é o que o atende".

Outro não é o magistério de Frischeisen (2000, p. 92-93), para quem a responsabilização do administrador pela omissão da implementação de políticas públicas pode se dar pelos seguintes motivos:

1 – as normas constitucionais que estabelecem os direitos sociais são eficazes e vinculam a administração para sua implementação;

2 – por serem os direitos sociais dotados de eficácia, e para alguns constituindo mesmo direitos fundamentais, que não seriam passíveis de abolição por emenda constitucional, o seu não reconhecimento possibilita aos interessados/legitimados demandarem judicialmente por sua implementação;

3 – a ausência de políticas públicas voltadas para a implementação dos direitos sociais constituem atos omissivos da administração e são passíveis de controle pelo Judiciário, pois existe o juízo de inconstitucionalidade e ilegalidade na omissão da administração;

4 – o não cumprimento das políticas públicas da ordem social fixadas na Constituição atenta contra o devido processo legal que deve ser observado pela administração, bem como contra a finalidade da administração, que é atender o interesse público e

5 – determinadas políticas públicas dependem da atuação de entes e instituições prévias (como a adaptação de prédios e transporte coletivos às necessidades das pessoas portadoras de deficiência), nessa hipótese, a administração poderá ser responsabilizada por ausência de fiscalização, em conjunto com o particular.

Convém frisar que o administrador deve observar o princípio da legalidade. Na clássica lição de Meirelles (2001, p. 82), “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.” Esse princípio, na condição de pressuposto do Estado social democrático de direito, impõe ao poder público uma série de deveres destinados à consecução do bem-estar dos cidadãos.

Mesmo sem aprofundarmo-nos no assunto, vale registrar que a doutrina moderna questiona a nomenclatura *poder discricionário*. Alguns autores, como Mello (1996, p. 548-567) e Figueiredo (2000, p. 189-209), identificam a *discricionariedade* com a idéia de dever. Já para Paula (2001, p. 333), a *discricionariedade* compreende “[...] um direito-dever do administrador. Direito de escolher entre aquelas que podem ser escolhidas e por delegação do voto, as prioridades de governo, inclusive quanto a custos de investimento e manutenção, e o dever de submeter-se às obrigações públicas, aquelas relacionadas aos objetivos fundamentais do Estado.”

Ora, se a República brasileira constitui-se em Estado social

democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual esteja garantido o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, e, por fim, seja promovido o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor, sexo e idade, resta claro, a não mais poder, que a consecução de tais objetivos somente será possível por meio da implementação das políticas públicas, daí porque ao administrador não é facultado deliberar sobre a conveniência e oportunidade da implementação das políticas públicas, pois sua discricionariedade encontra limites naquelas ações de Estado já consideradas constitucional e/ou legalmente prioritárias. Do contrário, ficaria livre para descumprir normas constitucionais sem poder ser compelido judicialmente ao respectivo cumprimento.

Nessa ordem de idéias, podemos afirmar que, em um Estado social democrático de direito, a omissão do administrador na implementação de políticas públicas, já eleitas como prioritárias, é ilegítima e inconstitucional e, portanto, suscetível de controle pelo Poder Judiciário.

Meireles (2001, p. 106) recorda que “A inércia da Administração, retardando ato ou fato que deva praticar, caracteriza, também, *abuso de poder*, que enseja correção judicial e indenização ao prejudicado.”

Assim, em que pese a seriedade dos argumentos daqueles que sustentam a impossibilidade de controle judicial das condutas omissivas do poder público, tal posicionamento, em face do novo contexto constitucional e da realidade social, está a merecer revisão, pois, o ordenamento jurídico é enfático ao exigir do administrador público a realização de atividades que promovam o bem comum, restringindo, portanto, sua liberdade de atuação. O administrador não tem discricionariedade para deliberar quanto à conveniência e oportunidade da efetivação das políticas públicas previstas no ordenamento constitucional.

Concluimos, portanto, que o administrador está vinculado a realizar as políticas públicas previstas na CF/88 e a sua inércia sujeita-se à apreciação do Poder Judiciário.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Outro argumento, largamente utilizado pelo Judiciário para rechaçar demandas propostas pelo MP, visando a obrigar o administrador a efetivar políticas públicas, é o da independência dos Poderes.

Sustenta-se que ao Poder Judiciário seria vedado interferir nas opções políticas e técnicas inerentes à Administração, sob pena de invasão da competência própria do Poder Executivo, o que acarretaria a violação do princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2º da CF/88).

A tripartição dos Poderes já foi objeto de estudo dos maiores vultos do pensamento na história, mas foi Montesquieu na obra *O Espírito das leis*, o grande sistematizador da teoria da separação de Poderes. Não podemos olvidar que a concepção do Estado moderno, exposta pelos pensadores políticos europeus nos fins do séc. XVII, buscava pôr fim ao absolutismo monárquico. O cenário político de então era completamente diverso do atual, já que, hoje, vivemos, em uma sociedade industrializada e democrática, centrada em uma economia de massa. Para Mancuso (2002, p. 777), o mais correto seria “[...] falar numa *interdependência* entre as funções ou atividades estatais [...].”

Comparato (1997, p. 19) entende que aquela divisão clássica deixava evidente a prevalência do Poder Legislativo e, naquele tempo, a promulgação de uma lei significava o fim precípua da atividade estatal. Porém, no Estado social de direito, a promulgação de uma lei é apenas começo de obrigações a serem adimplidas pela administração pública.

Assim, no mundo moderno, como ensina Mancuso (2002, p. 781) “[...] o Estado nomocrático (=editor de normas) vai sendo suplantado pelo *Estado telocrático*, ao qual impende implementar, *eficazmente*, as declarações contidas nas normas, para que estas desçam do plano teórico ou formal e se convertam em *políticas públicas* idôneas e operantes.”

Portanto, neste contexto atual, não há mais como se aceitar o argumento da inviabilidade do controle judicial das políticas públicas em razão do princípio da separação dos Poderes, pois os princípios constitucionais têm de ser interpretados de forma que sejam compatibilizados entre si.

Dentre os princípios da interpretação constitucional encontramos o da máxima efetividade, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva que, na lição de Canotilho (1995, p. 227):

[...] pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Sobre o tema, com argúcia, Passos (2002, p. 507) assevera:

O compromisso com a efetividade evidencia-se, ainda, nas disposições dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Carta Constitucional, que estabelecem a aplicação imediata e incondicional das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como que estes direitos e garantias não excluem outros, eventualmente não expressos no corpo da Constituição, *mas que sejam compatíveis com os princípios democráticos que a*

normas, ou que decorram dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.

Neste contexto, só se pode compreender a disposição do art. 2º da ordem constitucional mediante a consideração de seus princípios sociais fundamentais: mais do que mera "divisão funcional" do poder soberano, tendente à garantia *instrumental* contra a tirania ou o autoritarismo político, trata-se aqui de adotar o mecanismo de *garantia material das finalidades* e princípios assegurados pelo legislador ordinário."

Lembra Silva (1991, p. 402) que "[...] o princípio é o da eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos."

Além disso, vale transcrever a parte da crítica que Grau (2002, p. 235) faz à *separação dos poderes*:

A desimportância atribuída por Montesquieu ao poder de julgar decorre da circunstância de, à época, ser ele efetivamente menor. Aqui desejo traçar, desde logo, paralelismo entre essa desimportância e a de outro poder (função), àquela época inconcebível e, ainda hoje, injustificadamente tido desimportante. Refiro-me a um novo poder (função) empalmado pelo Estado, o de implantar políticas públicas.

Portanto, a concepção do Judiciário e dos demais poderes como compartimentos estanques entre si deve ser abandonada, porque, como visto, os princípios constitucionais devem se harmonizar e, assim, se ao Judiciário está incumbida a responsabilidade de aplicar o ordenamento jurídico e de propiciar a efetividade dos direitos individuais e coletivos, há de enfrentar as questões postas e prestar a tutela jurisdicional que garanta a paz e a justiça social.

Não pode o Judiciário furtar-se ao seu dever de dizer o direito, em especial, quando se trata de questão tão relevante quanto à efetividade dos direitos sociais previstos na CF/88.

Salientamos que, a fim de afastar sua condenação na obrigação de implementar políticas públicas, o poder público, usualmente, alega a ausência de previsão orçamentária para o atendimento do pleito.

Falacioso tal argumento, pois as políticas públicas já estão previstas constitucionalmente e, assim, pressupõe-se que o poder público as preveja em seu orçamento.

A matéria foi analisada pela Professora Figueiredo (1996, p. 27), em palestra proferida na Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que assim se manifestou:

O orçamento não é uma peça livre para o Administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também, por

vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que, no Brasil e no Estado de São Paulo, foi constitucionalmente fixada.

Para Mancuso (2002, p. 787), essa moderna concepção de políticas públicas e o reconhecimento da possibilidade da apreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário requer dos julgadores espírito inovador, crítico e conciliador, além de compromisso com o valor do justo e com uma prestação jurisdicional idônea em seu grau de eficácia social.

Portanto, feitas essas considerações quanto à impossibilidade de invocar a tripartição dos Poderes, a discricionariedade da administração e a ausência de previsão orçamentária como manto protetor da omissão do poder público em relação às políticas públicas, passaremos, no próximo tópico, a discorrer sobre a atuação do MP no que tange à implementação das políticas públicas.

5 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Como visto nos tópicos anteriores, se a administração pública não implementa as políticas públicas previstas na CF/88, os cidadãos, que têm direito a tais prestações positivas, podem, por si ou por seus substitutos processuais, provocar o Poder Judiciário.

Bobbio (1992, p. 25 e 63), expressa sua preocupação quanto à efetividade dos direitos sociais:

[...] o problema que temos, diante de nós, não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

[...]

[...] descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade.

Consoante já mencionado neste artigo, a defesa dos direitos sociais

pelos co-legitimados do MP, até o presente momento, ainda é tímida.

Assim, o *Parquet*, que se encontra legitimado a promover medidas que visem à concretização dos direitos sociais – sua legitimidade está prevista nos arts. 127 e 129, II, III e IX, da CF/88 e nos arts. 5º e 6º, VIII, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 – é o responsável pelo maior número de ações propostas com tal finalidade.

No Estado de Minas Gerais, a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994) prevê em seu art. 66, VI, a, a possibilidade de o *Parquet* manejar a ação civil pública para a “proteção, prevenção e reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e aos direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”.

Podemos dizer, então, que o MP, após a CF/88, assumiu relevante papel, pois deixou de ser apenas defensor do Estado para ser também defensor da sociedade.

Goulart e Machado³ resumem a nova atuação da instituição da seguinte forma:

‘A evolução histórica do Ministério Público revela essa gradativa mudança de função como o sinal inequívoco do seu deslocamento institucional na superestrutura do Estado. Passando de procuradoria do rei à defensoria do povo, o Ministério Público brasileiro, com estruturação jurídico-formal das mais modernas, hoje é organismo que integra e representa a sociedade civil.’

A atuação do MP poderá ocorrer judicial ou extrajudicialmente.

Extrajudicialmente, a sua atuação se dá por meio da instauração de inquéritos civis públicos e outros procedimentos administrativos.

Sem dúvida, o inquérito civil público, dada sua relevância, é importantíssimo instrumento para a atuação do MP, que poderá colher elementos de convicção que darão ou não ensejo à propositura de ação civil pública. E, mais, no curso de procedimento administrativo ou inquérito civil público, o *Parquet* e o poder público poderão firmar Termo de Ajustamento de Conduta – TAC.⁴ Assim, no que tange à implantação das políticas públicas, o

³ GOURLART, Marcelo Pedrosa; MACHADO, Antônio Alberto *apud* ARANTES, 1999.

⁴ Mazzilli (1999, p. 295), explica que “Ao contrário de uma transação vera e própria do direito civil, na qual as partes transigentes fazem concessões mútuas para terminarem o litígio, já na área dos interesses metaindividuais temos o *compromisso* exclusivo do causador do dano (compromitente) a *ajustar* sua conduta de modo a submetê-la às exigências legais (objeto). De sua parte, o órgão público legitimado que toma o compromisso (compromissário), não se obriga a conduta alguma, exceto, como decorrência implícita, a não agir judicialmente contra o compromitente em relação

inquérito civil público permite negociação direta do Promotor de Justiça com a administração, o que conduz, em não raras oportunidades, a bom termo.

Como exemplos podemos citar os TACs firmados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais MPMG com os diversos órgãos da administração pública:

1. TAC firmado entre o MPMG, pela Promotoria de Justiça da Comarca de Formiga e o Município de Formiga para implantação do projeto de rede coletora e interceptores de efluentes e construção de estação de tratamento de efluentes, no município de Formiga;
2. TAC firmado entre o MPMG, pela Promotoria de Justiça de Defesa das Pessoas Portadoras de Deficiência e Idosos de Belo Horizonte e a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTrans com a finalidade de aumentar o número de estacionamentos reservados para pessoas portadoras de deficiência no município de Belo Horizonte, nos termos do art. 7º da Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000;
3. TAC firmado entre o MPMG, pela Promotoria de Justiça de Defesa das Pessoas Portadoras de Deficiência e Idosos de Belo Horizonte e o Estado de Minas Gerais com o objetivo de garantir as condições mínimas de acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência, em conformidade com o disposto na Lei Federal nº 10.098/2000, a Lei Estadual nº 11.666, de 09 de dezembro de 1994, a Resolução CNE/CEB nº 02, de 11 de setembro de 2001 e critérios definidos na NBR 9050 da ABNT. O Estado de Minas Gerais assumiu, dentre outras, a obrigação de exigir, em todos os convênios com as Prefeituras Municipais, para a construção, ampliação ou reforma de escolas públicas, condições mínimas de acessibilidade aos alunos portadores de deficiência, garantindo-lhe o acesso adequado e digno a todos os espaços de uso comum das escolas, como sanitários, refeitórios, bibliotecas, auditórios, pátio, quadras e outros e, pelo menos, parte das salas de aula;
4. TAC firmado entre o MPMG, pela Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Histórico e Cultural e de Habitação e Urbanismo da Comarca de Belo Horizonte, e o Município de Belo Horizonte a fim de garantir o cumprimento, pelo Município de Belo Horizonte, de política de atendimento emergencial e prioritário às populações desabrigadas pelas chuvas e residentes em áreas de alto e médio risco, em vilas e favelas, nos termos do disposto nos arts. 12 e 210 da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte e nos arts. 28, 29 e 30 do Plano Diretor do Município de Belo Horizonte (Lei Municipal nº 7.165, de 27 de

aquilo que foi objeto do ajuste, exceto sob alteração da situação de fato (cláusula *rebus sic stantibus* implícita), ou em caso de interesse público indisponível.” Além disso, hoje se reconhece qualidade de título executivo extrajudicial às transações referendadas pelo MP.

agosto de 1996);

5. TAC firmado entre o MPMG, pela Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e o Departamento de Obras Públicas do Estado de Minas Gerais – DEOP/MG, a Superintendência de Desenvolvimento da Capital – SUDECAP, o Consórcio ÁPIA/ECP e a empresa Via Engenharia S/A para recompor o pavimento da Rodovia 240.

Os exemplos mencionados demonstram que o MP, por meio dos TACs, tem obtido sucesso em compelir o poder público a implementar políticas públicas.

Em razão disso e descontentes com as respostas obtidas no Poder Judiciário, muitos Promotores de Justiça, consoante revela Silva (2001), estão evitando a via judicial e utilizam-se, cada vez mais, de sua atuação extrajudicial para articular forças, mobilizar recursos da sociedade e, assim, conseguir entabular acordos com o poder público.

Outro instrumento de atuação extrajudicial do MP é a expedição de recomendações prevista no art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93:

.....
Art. 6º – Compete ao Ministério Público da
União:

.....
XX – expedir recomendações, visando à
melhoria dos serviços públicos e de relevância pública,
bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens
cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável
para a adoção das providências cabíveis.
.....

Para Frischeisen (2000, p. 138-139), tal instrumento será eficaz à medida que o administrador público reconhecer o MP como agente da transformação social. Esclarece a autora:

A Recomendação, na área dos direitos sociais, permite a administração incorporar em seu ordenamento e planejamento de políticas públicas linhas de atuação que auxiliam o efetivo exercício dos direitos assegurados na Constituição, possibilitando também a conciliação de interesses, que foram levados pela Sociedade Civil ao Ministério Público, ou que surgiram da própria ação de fiscal da lei do *Parquet*.

Afastada a possibilidade de negociação com o poder público e, havendo indícios suficientes de sua omissão em relação a determinada política pública, o MP poderá, então, atuar judicialmente, propondo ação civil pública.

A Lei nº 7.347/85 disciplinou a ação civil pública, que pode ser ajuizada pelo MP e demais legitimados (art. 5º), para a defesa de danos causados

ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico.

Referida ação foi consagrada pela CF/88 (art. 129, III), oportunidade em que o constituinte conferiu novo perfil ao MP e incumbiu-lhe a promoção do inquérito civil público e da ação civil pública, “[...] para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Por sua vez, o CDC ampliou o campo da ação civil pública, dispondo que ela poderia tutelar os interesses ou direitos individuais homogêneos.

Além disso, como lembra Almeida (2001, p. 47), outros diplomas legais a previram como o instrumento legal apto a assegurar a proteção de diversos bens tutelados, como as pessoas portadoras de deficiência (Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989), os titulares e os investidores nos mercados de valores imobiliários (Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989), a criança e o adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), a probidade administrativa (Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992). Recentemente também a ordem urbanística, a ordem econômica e a economia popular foram incluídas no rol dos objetos da ação civil pública (art. 6º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, em vigor por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001).

É esse instrumento constitucionalmente previsto que pode ser manejado pelo Ministério Público, a fim de compelir o poder público a implementar políticas públicas. Em geral, tais ações têm como objeto a condenação do poder público à obrigação de fazer.

Ressalta Frischeisen (2000, p. 127) que a ação civil pública visando à concretização de políticas públicas, às vezes, deverá ser proposta também contra particulares, os quais figuraram no pólo passivo da relação processual na condição de litisconsortes dos órgãos de fiscalização da administração.

Em razão desse novo perfil constitucional e na certeza de que o MP e o Poder Judiciário poderão promover profundas alterações na realidade social brasileira, Promotores de Justiça estão buscando romper bases tradicionais do ordenamento jurídico, propondo ações civis públicas, como observa Arantes (1999), às vezes, invocando diretamente a Constituição.

À guisa de exemplo, podemos citar ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais que, por intermédio do Promotor de Justiça Nívio Leandro Previato, em exercício na Comarca de Andradas, após argumentar – e demonstrar com dados estatísticos – que a insuficiência de policiais civis e militares, naquela comarca, estava acarretando o aumento da criminalidade, invocou os arts. 144 da CF/88 e 136 da Constituição do Estado de Minas Gerais, os quais dispõem que a segurança pública é dever do Estado e direito de todos e requereu a condenação do Estado de Minas Gerais na obrigação de fazer, consistente na nomeação e designação de policiais civis e militares para os municípios de Andradas e Ibiritura de Minas em números

condizentes com a necessidade da população e no fornecimento de material e de combustível necessários ao trabalho policial.

Em primeira instância, o processo foi extinto sem julgamento do mérito porque a Magistrada entendeu que o *Parquet* seria carecedor de ação, pois faltava-lhe interesse de agir. O combativo Promotor de Justiça avioou recurso de apelação, ao qual foi dado provimento.

A ementa do acórdão é a seguinte:

SEGURANÇA PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE SE CONSTITUIR OBJETIVAMENTE NUM INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO DA SOCIEDADE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E INTERESSE DE AGIR. Havendo divergência entre o interesse público primário da sociedade, reconhecido em norma jurídica, e o interesse público secundário do Estado – conveniência e oportunidade do ente governamental, prepondera o amparo do primeiro sobre o do segundo, eis que aquele passa a constituir-se numa obrigação do Estado, e não mera oportunidade ou conveniência política do governo. O dever de oferecer segurança pública, constatado objetivamente na instrução processual é, em tese, interesse público primário da sociedade passível de ser amparado por ação civil pública ajuizada, pelo Ministério Público, a quem se confere, em lei, legitimidade ativa ad causam e interesse de agir. (TJMG – Apelação Cível nº 280.735-2/00 – 5ª Câmara cível – Comarca de Andradas – Rel. Des. Maria Elza – j. 19.12.2002 – DJ 18.02.2003).

Do voto proferido pela eminente Desembargadora Relatora Maria Elza colhe-se:

[...] havendo indícios de possível omissão do Estado quanto a dever jurídico a ele imposto no sentido de suprir a segurança pública nos municípios localizados em seu território, em caráter objetivamente constatável, restariam caracterizados, em tese, o interesse e a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público em ajuizar a ação civil pública, nos termos do artigo 127 c/c artigo 129, III, da Constituição do Brasil, regulamentados no artigo 1., inciso IV, no artigo 3. e no artigo 5. da Lei Federal nº 7.347, de 24/7/85, que foi recepcionada pela vigente Constituição.

A experiência mostra, todavia, que decisões como essa ainda são escassas, pois nem sempre o *Parquet* obtém sucesso nas demandas propostas que visam à concretização das políticas públicas.

Podemos dizer, então, que estamos diante de um paradoxo, pois, enquanto na esfera extrajudicial, o MP vem colhendo bons e positivos resultados, porque consegue, como nos exemplos citados, entabular acordos

com o poder público, a fim de que ele implemente políticas públicas, o mesmo não ocorre no âmbito judicial, pois quando é compelido a propor ação civil pública, em raras oportunidades tem logrado êxito, porque o Poder Judiciário, com o argumento de que a atividade discricionária caracteriza-se pelo direito de escolha do administrador entre diversas alternativas, todas válidas e/ou porque a substituição do administrador fere o princípio da separação dos Poderes ou, ainda, porque não há previsão orçamentária, não acolhe sua pretensão.

Após essas breves considerações quanto à atuação do MP, analisaremos o posicionamento atual de nossos Tribunais em face desses novos conflitos.

6 A POSIÇÃO ATUAL DOS TRIBUNAIS

Embora possamos afirmar que o MP é o órgão naturalmente vocacionado para a defesa da sociedade, já que os arts. 127 e 129, II, III e IX, da Carta Magna, lhe outorgam essa atribuição, nem sempre a Instituição obtém o resultado esperado nas ações civis públicas que propõe em desfavor do poder público almejando a implementação de políticas públicas.

E isso se dá porque, consoante explicitado anteriormente, o Poder Judiciário, ao argumento de que a condenação do Poder Executivo à obrigação de fazer constitui invasão na esfera de outro Poder, em algumas oportunidades extingue o processo sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido e, em outras, julga improcedentes as ações civis públicas propostas pelo *Parquet*.

Para ilustrar, transcreve-se a seguinte ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Esgotos domésticos – Lançamento em córrego sem tratamento – Ação visando a que a prefeitura construísse sistema de tratamento – Impossibilidade jurídica – Ato administrativo condicionado à conveniência e oportunidade – Impossibilidade de substituição do Poder Judiciário de tais atos. Decisão reformada. (TJSP – Apelação Cível nº 166.981-1/1 – Comarca de Marília – 5ª Câmara cível – Rel. Des. Marco César – j. 07.05.1992 – RT 685/84-85).⁵

No mesmo sentido, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça – STJ, pois, ao julgar Recurso Especial aviado contra acórdão proferido pelo

⁵ Na oportunidade, o eminente Relator fundamentou seu voto, afirmando que a pretensão do Ministério Público em ver compelida a Prefeitura local à construção de sistemas de esgotos ou de contenção de seus detritos e tratamento, antes de serem lançados às águas fluviais, não tinha “cabida (sic) ao prisma da ordem político-social, como também ante a CF, desde seu art. 2º, nem é da letra ou do sentido da legislação específica das ações civis públicas.”

Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, no qual se reconhecia a obrigatoriedade do Município de São Paulo de regularizar loteamento, deu provimento ao recurso. Na oportunidade, o eminente Relator Ministro José Delgado consignou:

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nosso ordenamento jurídico, não permite que o Executivo seja substituído, na execução das atividades de administração, pelo Poder Judiciário. Este, no exercício de sua função constitucional, exerce, apenas, controle sobre a competência, forma, finalidade, motivo e objeto do ato administrativo. Nunca, porém, no concernente à execução de atos de administração, haja vista que, no particular deve ser respeitada a autonomia do Executivo em definir no uso de sua atividade discricionária, da conveniência e oportunidade de atuar, tudo vinculado à previsão orçamentária e ao programa de governo.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre tais atos e sobre seu conteúdo, isto é, se, ao serem executados os princípios da legalidade, moralidade, transparência, impessoalidade, formalidade foram obedecidos. Poderá suspendê-las se ofensa aos mencionados princípios forem detectadas. Diferente, porém, é em substituição à atividade administrativa do Poder Executivo, determinar que sejam executados. (STJ – Recurso Especial nº 169.876-SP – 1ª Turma – Rel. Min. José Delgado – j. 16.06.1998 – DJ 21.09.1998).

* A ementa do acórdão é a seguinte:

ADMINISTRATIVO – PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.
2. Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infraestrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.
3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.
4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.
5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.
6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.
7. Recurso provido.

Idêntico entendimento adotou o ilustre Ministro Paulo Medina, que, no julgamento do Agravo Regimental interposto no Recurso Especial nº 261.144-SP, asseverou não ser possível ao Poder Judiciário substituir o poder público, elegendo, em seu lugar, prioridades. (STJ Agravo Regimental no Recurso Especial nº 261.144-SP 2ª Turma Rel. Min. Paulo Medina j. 06.09.2001 DJ 10.03.2003, p. 143).⁷

Essa cautela dos membros do Poder Judiciário, em delimitar sua própria atuação, decorre, em especial, da deficiente formação jurídica oferecida pelas faculdades de Direito, pois se enfatiza, de forma exacerbada, o normativismo e o positivismo.

Há excessivo apego aos ritos e procedimentos formais em detrimento de uma visão mais crítica da realidade social e da relevante função social que lhes cabe desempenhar.

Sobre a questão, Cintra (1979, p. 50-51) expõe:

[...] o Poder Judiciário muitas vezes refreia a extensão do seu controle natural sobre os atos administrativos, numa auto-restrição que importa, a final, na abertura de uma área de discricionariedade administrativa delimitada pela jurisprudência, mas informada por um certo casuismo que permite a interferência judicial sempre que a decisão executiva seja aberrante dos princípios da justiça. Esta atitude do Judiciário é que explica a existência de certos problemas puramente artificiais relativos ao controle jurisdicional sobre o ato administrativo, tais como o de saber se os fatos que condicionam sua edição são ou não suscetíveis de reexame pelo juiz ou, em caso afirmativo, em que medida o são quando se sabe que é função primordial do magistrado dizer qual é o direito in concreto, aplicar a norma jurídica abstrata a uma determinada situação de fato; ou o de retirar do juiz o poder (que lhe é inerente) de interpretar a lei sempre que esta empregue conceitos vagos, indeterminados, imprecisos ou suscetíveis de vários sentidos, por se considerar o poder discricionário como a liberdade de determinar-lhes o sentido.

É bom salientar que tal posicionamento – com menor frequência também é encontrado em Promotores de Justiça, os quais são denominados por

⁷ O acórdão proferido restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1. O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, deve observância aos princípios constitucionais, inclusive ao da independência e harmonia entre poderes (art. 2º, CF).
2. A observância das normas constitucionais delimita a interpretação e o âmbito de aplicação da legislação infraconstitucional.
3. Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administração.
4. Ao Poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas administrativas.
5. Agravo desprovido.

Silva (2001), de *promotores de gabinete* e que, tal como ocorre com alguns Magistrados, não se vêem como autoridade que deve exigir continuamente do poder público a implementação de políticas e programas sociais.

Muito embora o princípio da separação dos Poderes continue a ser utilizado por doutrinadores de escol e por grande número de membros do Poder Judiciário como fundamento para rechaçar as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, que tenham como objeto a implementação de políticas públicas, não se pode perder de vista que o direito também é política pública. Nesse sentido, lapidar é a lição de Grau (2002, p. 26): “A expressão *políticas públicas* designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública o direito é também, ele próprio, uma política pública.”

Dinamarco (1999, p. 61) aduz que tais regras, além de abstratas e ortodoxas, desprezam a realidade atual e assim renunciam a soluções práticas de utilidade geral.

Faria (1998, p. 109) avalia a atuação do Poder Judiciário da seguinte forma:

[...] o Judiciário assumiu uma postura relativamente contemporizadora diante do advento dos direitos sociais. Invocando a independência dos poderes na melhor tradição da democracia liberal clássica e esquecendo-se de que também é parte fundamental do Estado, ele se tem furtado a *enquadrar* o Executivo – uma inércia que se dá, justamente, no momento em que este poder, a pretexto da resolução de sua “crise fiscal”, vem promovendo cortes drásticos em suas políticas públicas e, sob a forma de programas de privatização nos campos de saúde, educação e previdência, procurando fugir de suas obrigações sociais.

Destarte, no estágio atual da evolução do direito, não se concebe que o positivismo exacerbado prevaleça sobre o bem comum, pois a efetivação dos direitos sociais é condição essencial para que o Brasil possa ser um país democrático e justo.⁸

O Poder Judiciário, ao garantir a efetivação dos direitos sociais, estará, em última análise, garantindo a supremacia da Constituição.

Canotilho (1995, p. 360-362) assevera que dos princípios da constitucionalidade e da supremacia da Constituição decorrem outros elementos, de significativa importância, a saber: a) vinculação do legislador à constituição; b) vinculação de todos os restantes atos do Estado à constituição;

⁸ Para Zaluar (1997), a implementação das políticas públicas no Brasil deve ocorrer “[...] não porque os pobres constituam um perigo permanente à segurança, não porque venham a ser as classes perigosas, mas porque um país democrático e justo não pode existir sem tais políticas.”

c) o princípio da reserva da constituição e d) força normativa da constituição. Aduz então que o princípio da conformidade dos atos do Estado com a Constituição é o mais amplo princípio relativo à constitucionalidade das leis, pois exige que todos os atos dos poderes públicos, aqui compreendido em sentido amplo (Estado, poderes autônomos e entidades públicas) devem estar em consonância com a constituição.

E finaliza, afirmando que “[...] o princípio da constitucionalidade não é apenas uma exigência de actos que não violem positivamente a constituição; também a *omissão* inconstitucional, por falta de cumprimento das imposições constitucionais ou das ordens de legislar, constitui uma violação do princípio da constitucionalidade.” (CANOTILHO, 1995, p. 361).

Portanto, atualmente, um dos desafios do Poder Judiciário é, sem dúvida, conferir efetividade aos direitos sociais.

No entanto, somente conseguirá desempenhar tão importante função à medida que se distanciar de antigos dogmas – e preconceitos – conscientizando-se de que passou a exercer papel ativo na construção da cidadania e da verdadeira justiça social, sob pena de tornar-se, na expressão de Cappelletti (1993, p. 53), um poder débil e confinado, essencialmente, aos conflitos privados.

Há juízes que têm consciência da relevância de sua função social. A Ministra do STJ Eliana Calmon (2002) sintetiza bem a questão:

A CF/88 colocou o Poder Judiciário dentro de contexto político extremamente delicado: atribuiu-lhe mecanismos moderníssimos para romper as amarras com os demais Poderes e assim emergir como a terceira e grande força de um mundo novo, veloz e democrático, em que o Estado vai perdendo a supremacia para colocar-se, efetivamente, a serviço da Nação. Mas manteve a instituição Estado-Juiz atrelada a uma estrutura arcaica, burocrática e incompatível com as suas competências e a velocidade da vida.

Incapaz de atender aos cidadãos e desautorizado a formar parcerias, o Judiciário desagrada a todos. Têm os seus integrantes consciência da impotência, mas não sabem o que fazer para sair desta armadura estrutural.

O Juiz do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo – TASP, José Renato Nalini, em artigo no qual analisa o Juiz e sua atuação na proteção dos interesses difusos, entende que os Magistrados deverão ser lúcidos na apreciação dessas causas, pois incumbe-lhes a conscientização quanto à realidade que os cerca. Adverte-os de que, segundo a lição de Raffaele Bertoni, “[...] onde falha o poder, não resta senão ao juiz defender os interesses dos cidadãos e de qualquer deles, como indivíduo ou como integrante de toda formação social.” (NALINI, 1992, p. 266).

Quanto à pretensa invasão na seara do outro poder, sugere-lhes

tranquilidade, pois ao julgar demandas que envolvem a tutela dos interesses difusos “Apenas cumprem o papel que lhes preordenou a própria ordem constitucional e suprem a omissão do Poder Público, incapaz de satisfazer integralmente a todos.” (NALINI, 1992, p. 265).

Ackel Filho (1990, p. 58), também Magistrado paulista, reconhece a propriedade da propositura da ação civil pública “[...] inclusive em casos em que a conduta administrativa é discricionária [...]”.

Esse posicionamento de integrantes do Poder Judiciário – ainda inovador – já é realidade e, à guisa de ilustração, além da decisão já mencionada no tópico anterior, podemos citar o Recurso Especial nº 442.693-RS, no qual foi assegurado a menor tratamento médico e psiquiátrico, a cargo do Município de Camaquã. Na oportunidade, o Ministro José Delgado salientou:

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – APLICAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-PROTETIVA MANUTENÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO E PSQUIÁTRICO OU PSICOLÓGICO A MENOR PELO ESTADO (MUNICÍPIO) – OBRIGATORIEDADE – AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES – DEVER CONSTITUCIONAL – ART. 70, C/C OS ARTS. 98, I, E 101, V, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ARTS. 196 E 227, DA CF/1988 – PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF. [...] O art. 7º, c/c os arts. 98, I, e 101, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente dão plena eficácia ao direito consagrado na Constituição Federal (arts. 196 e 227), à inibir a omissão do ente público (União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a menor necessitado, inclusive com fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida verificada no caso dos autos se impõe de maneira imediata, em vista da urgência e consequências que possam acarretar sua não-realização.

Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, há que se afastar delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de qualquer ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a continuidade de tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico de menor. (STJ – Recurso Especial nº 442.693-RS – 1ª Turma Rel. Min. José Delgado – j. 17.09.2002 – DJ 21.10.2002, p. 311).

No mesmo diapasão, as seguintes decisões:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Preliminares afastadas – Ação proposta que visa obtenção de recursos humanos e materiais da Administração Estadual para a aplicação de medicamentos quimioterápicos em crianças em hospital da rede pública – Inexistência de ofensa ao princípio da separação de poderes – Não se trata de intromissão na

condução política da saúde – Imperiosa necessidade de provação do Poder Judiciário para garantir a aplicação das leis – Imposição ao Estado do cumprimento de suas obrigações sociais – Manutenção da r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido – Improvimento dos recursos. (TJSP – Apelação Cível nº 195.593-5/6 – 7ª Câmara de Direito Público – Comarca de São Paulo – Rel. Des. Prado Ferreira – j. 03.02.2003).

ACÃO CIVIL PÚBLICA – DEMANDA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO VISANDO OBRIGAR A MUNICIPALIDADE A EFETUAR PREVIO TRATAMENTO ANTES DE LANÇAR O ESGOTO EM CURSOS D'ÁGUA, COM RESTAURAÇÃO DO AMBIENTE DEGRADADO – CARÊNCIA DA AÇÃO DECRETADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, SOB O FUNDAMENTO DE INTERFERÊNCIA NO PODER EXECUTIVO – POSSIBILIDADE DA DEMANDA E DA ATUAÇÃO MINISTERIAL NA FORMA DO ART. 129, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEI Nº 7.347/85 – PRETENSÃO BUSCANDO COIBIR DEGRADAÇÃO DE MEIO AMBIENTE E DE DANOS À SAÚDE PÚBLICA, NÃO PODENDO SER OBSTADA SOB O MANTO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA – SENTENÇA DE CARÊNCIA AFASTADA, COM DETERMINAÇÃO PARA PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO – Possível o ajuizamento de ação civil pública, pelo Ministério Público, visando obstar ato de Municipalidade de despejar esgoto, sem tratamento, em curso d'água, evitando-se a degradação do meio ambiente e danos à saúde pública. (TJSP – Apelação Cível nº 047.991-5 – 1ª Câmara de Direito Público – Rel.: Des. Luís Ganzleria – j. 16.11.1999).

ACÃO CIVIL PÚBLICA. OMISSÃO DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE, COM VISTAS À EDUCAÇÃO, SAÚDE, SEGURANÇA E OUTROS INSERIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ESTADUAL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Exsurge evidenciada a omissão do Poder Público Estadual em não cumprir integralmente o dever constitucional de fornecer ensino fundamental obrigatório e satisfatório, ao deixar de efetuar reparos urgentes em colégios públicos, dotá-los de instrumental necessário à melhoria da qualidade de ensino, com reposição de móveis, livros e materiais didáticos e de limpeza, dentre outros, além de não proceder a abertura de concurso público capaz de suprir a deficiência de professores habilitados. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – CONCEITO – NECESSIDADE DE MELHOR ADAPTAÇÃO AOS DIAS ATUAIS EM FACE DAS RECENTES MUDANÇAS PROCESSUAIS –

ADMISSIBILIDADE.

A inspiração do legislador brasileiro na legislação suíça, segundo preceitos já conhecidos no direito pátrio, autoriza o juiz a decidir as causas que lhe forem submetidas, mesmo sem expressa e específica previsão legislativa, sem que se possa negar sumariamente a pretensão, tomando o pronunciamento do pedido admissível em abstrato, podendo o juiz, nesse caso, recorrer a outros subsídios. Destarte, para manejar a tutela jurisdicional, é essencial que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício. Haverá, pois, possibilidade jurídica quando evidente a falta de impedimento. (TJSC - Apelação Cível nº 96.005489-8 - Comarca de Blumenau - 1ª Câmara Civil - Rel. Des. Carlos Prudêncio - j. 30.06.1997).

Para fundamentar seu posicionamento, o Relator transcreveu parte do voto proferido pelo Desembargador Ruy Ruben Ruschel, no qual critica a adoção do princípio da separação dos poderes com a rigidez que os Tribunais lhe atribuem:

Um dos maiores obstáculos à implementação prática dessa tese resulta de como se tem entendido o princípio da separação dos Poderes. Os juristas tradicionais inclinam-se a conferir ao princípio valor mais absoluto do que atualmente tem. Na verdade, a separação nunca assumiu um caráter rígido. Seu próprio criador Montesquieu admitiu algumas exceções, tais como: a fiscalização legislativa do Executivo "para ver se as (leis) que fez são bem executadas"; a prerrogativa do Poder Executivo de convocar e desconvocar a assembleia dos legisladores; a faculdade de os corpos legislativos julgarem os poderosos e os que violam direitos do povo; a competência executiva de fazer prisões em caso de perigo público; e o veto governamental às leis... Em síntese, há necessidade de comprometer-se o povo com a realidade constitucional, invocando-se a presença conivente do Judiciário como aquele apto a vocalizar a vontade da Lei Maior, influidas pelo clamor popular. Se faltarem a vontade política ou a eficiência fática dos demais Poderes, resta ao Judiciário ocupar o espaço aberto, conquistando-o até fixar seus próprios limites. Se não o fizer invocado caso a caso, estará tomando uma postura conservadora, timorata ante as "doutrinas consolidadas" (na verdade superáveis), cúmplice da histórica iniquidade que infelicita nosso povo... Por tudo isso, no caso acima figurado parece-me que a discricionariedade administrativa restringe-se ao conteúdo do decreto de instalação e aos detalhes das providências para cumpri-lo, mas não mais comporta a liberdade de protelar a concretização dos direitos sociais.'

Ainda nesse sentido, o STF, no julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286-8-RS, rejeitou a tese de que a efetivação de direito

social no caso, a saúde estaria condicionada à previsão orçamentária. Extrai-se do voto condutor do Acórdão, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUIDA DE RECUSOS FINANCEIROS - DIREITO A VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT E 196) - PRECEDENTES (STF) RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão constitucional em que este atue no plano de nossa organização federativa.

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

[...]

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSE CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item nº 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações

de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação – , que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. (STF – Agravo no Recurso Especial nº 271.286-RS – 2ª Turma – Comarca de Porto Alegre – Rel. Min. Celso de Mello – j. 12.09.2000 – DJ 24.11.2000).

São essas decisões que devem servir de estímulo aos operadores do Direito que atuam na defesa dos direitos difusos e coletivos a continuar buscando a implementação das políticas públicas.

O caminho é árduo, mas será compensador, porque, se pudermos, com nosso esforço, ver parcela da sociedade incluída, ou seja, se conseguirmos presenciar, em especial, a parcela mais pobre de nossa população atendida por políticas públicas que lhe garantam a existência digna, consoante a promessa feita pelo constituinte, nossa missão constitucional terá sido cumprida. Teremos a certeza de que a Constituição deixou de ser uma *carta de intenções* e tornou-se realidade, em especial, para os menos afortunados.

7 CONCLUSÃO

A concretização da sociedade almejada pelo constituinte – livre, justa e solidária, na qual esteja garantido o desenvolvimento nacional, sejam erradicadas a pobreza e a marginalização, sejam reduzidas as desigualdades sociais e regionais e, ainda, onde se promova o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – depende, sem dúvida, da efetivação dos direitos sociais assegurados no art. 6º da Carta Magna.

A omissão do Estado autoriza a atuação do MP e do Poder Judiciário, que poderão utilizar os instrumentos constitucionais colocados à sua disposição, com o objetivo de buscar a efetivação dos direitos sociais.

Não obstante a existência de expressa previsão constitucional para a atuação do MP, conferindo-lhe legitimidade para ajuizar ações civis públicas visando à implementação de políticas públicas, o Poder Judiciário ainda não vem dando a resposta aguardada pela sociedade, pois se escuda no art. 2º da CF/88, esquecendo-se, porém, de sua relevante função social.

Contudo, como demonstrado, o Poder Judiciário não só pode, como deve determinar a implementação de políticas públicas, cujo objetivo é a concessão do mínimo social aos cidadãos. O Poder Judiciário deve atuar na concretização dos direitos sociais e essa atuação encontra respaldo na própria Constituição, pois, como poder autônomo, independente e soberano que é, consoante exposto no art. 2º da CF/88, incumbe-lhe entre outras atribuições,

controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais.

Desta forma, deve exercer a parcela do poder que detém e contribuir para a consecução dos objetivos fundamentais da República, os quais estão expostos no art. 1º da Lei Fundamental, pois não se pode aceitar que tais princípios – fundamentais, diga-se de passagem – não tenham força normativa.

Além disso, pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o Poder Judiciário não pode se furtar à prestação jurisdicional. Acreditamos que a participação ativa do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais será possível desde que haja, por parte de seus integrantes, maior sensibilidade à realidade social e aos complexos problemas que afligem a sociedade brasileira. A solução – em longo prazo – será a reformulação do ensino jurídico, dando-se ênfase ao conceito de justiça distributiva. Entretanto, em curto e médio prazo, a transformação da sociedade poderá ocorrer, se Juízes e Desembargadores tiverem consciência de que o Judiciário é um poder autônomo, independente e soberano. E, mais, de fundamental importância na construção da sociedade idealizada pelo constituinte.

Esperamos que os integrantes do Poder Judiciário e do MP deixem de lado a visão formal e normativista, as conhecidas e ultrapassadas alegações da independência dos Poderes e da impossibilidade de controle judicial do ato discricionário. Esperamos que sejam priorizados os direitos sociais, a vinculação do administrador e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Enfim, a cidadania e a justiça social.

Os Juízes e os membros do MP, na condição de integrantes da sociedade brasileira, precisam conscientizar-se de que o Estado social democrático de direito e a sociedade mais igual política, social e economicamente, prevista na Carta Magna, dependem, além da atuação firme e corajosa dos membros do *Parquet*, de um Poder Judiciário transformador e cômico de sua função jurisdicional. A sociedade anseia pela prestação jurisdicional rápida e eficaz e anseia pelo reconhecimento de um mínimo social que lhe foi outorgado pela Carta Magna, mas, até agora, não concretizado.

Certamente, não se pretende atribuir ao Poder Judiciário responsabilidade exclusiva pelo estado caótico em que se encontra a sociedade brasileira. Buscamos alertar que argumentos arcaicos impedem a construção de um Estado mais justo, tolerante e solidário.

Além disso, como já mencionado, será bem-vinda reformulação nos currículos escolares das Faculdades de Direito, pois a formação de seus estudantes, mesmo após o advento da CF/88, ainda não prevê disciplinas nas quais se propicie o conhecimento e discussão dos direitos coletivos.

Vamos além. Se, já no ensino fundamental, forem introduzidas disciplinas nas quais sejam provocadas discussões sobre a sociedade, a política, o Estado e os problemas brasileiros, estar-se-á formando cidadãos conscientes de seus direitos, capazes de, no futuro, exigir efetiva mudança política e social da coletividade, ou seja, a própria sociedade participará, por meio dos co-

legitimados para a propositura da ação civil pública, das iniciativas judiciais.

Além disso, alterações nos programas dos concursos para ingresso nas carreiras jurídicas, em especial, na Magistratura e no Ministério Público seriam bem-vindas, porque poderiam ser incluídas ou, então, exigidas, com mais ênfase, matérias relacionadas aos direitos e interesses difusos, coletivos e sociais.

Contudo, enquanto as inovações não vêm, quer no âmbito da sociedade quer no âmbito do Judiciário, o MP tem à sua disposição importantíssimo instrumento – o inquérito civil público – por meio do qual pode, como visto nos exemplos mencionados, conseguir entabular acordos com o poder público e, assim, cumprir sua missão constitucional e contribuir com a efetiva justiça distributiva prevista constitucionalmente.

Referências Bibliográficas

ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 657, p. 51-59, jul. 1990.

ALMEIDA, João Batista. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 16 maio 2003.

ALVES, Aírton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antônio Franco da (Org.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BURLE FILHO, José Emmanuel. *Ação civil pública: instrumento de educação democrática*. In: MILARÉ, Êdis (coord.). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 402-413.

CALMON, Eliana. Responsabilidade tributária e penal dos administradores. *Juris Síntese Millennium*, Porto Alegre, nº 37, 2002. CD-ROM.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CASAGRANDE, Cássio. Ministério Público, ação civil pública e a judicialização da política: perspectivas para o seu estudo. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 21-34, abr./jun. 2002.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O controle dos atos de governo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 760, p. 49-63, fev. 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 737, p. 11-22, mar. 1997.

CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 13., 1999, Curitiba. *Livro de teses: o Ministério Público social*. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1999. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Stímulos vinculantes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 51-65, jul./set. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FARIA, José Eduardo (Org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 94-112.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública. ação popular. a defesa dos interesses difusos e coletivos, posição do Ministério Público. *Revista Trimestral de Direito de Público*, São Paulo, v. 16, p. 15-30, 1996.

_____. Ação civil pública: gizamento constitucional. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei nº 7.347/1985* 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 525-544.

_____. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANCO, Fábio Luís; MARTINS Antônio Darienso. Ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Juris Síntese Millennium*. Porto Alegre, nº 37, 2002. CD-ROM.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos poderes do Estado. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985* 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 713-752.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei nº 7.347/1985* 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 753-798.

_____. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 57-58, p. 233-256, jan./jun. 1981.

MELLO JUNIOR, João Cândio. *A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Líder, 2001.

MILARÉ, Édís (Coord). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 61-80, jul./set. 1999.

NALINI, José Renato. O juiz e a proteção dos interesses difusos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 680, p. 260-267, jun. 1992.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. O Ministério Público e os direitos da criança e do adolescente. In: ALVES, Airtton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antônio Franco da (Org.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 311-345.

PASSOS, Lidia Helena Ferreira da Costa. Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 493-524.

SAKAMORI, Mônica. O Ministério Público enquanto defensor da efetividade dos direitos fundamentais transindividuais e assim controlador ao ato omissivo do administrador. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 13., 1999, Curitiba. *Livro de Teses: o Ministério Público social*. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1999. v. 3, p. 241-246.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001. Disponível em

<<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 16 maio 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo. *Revista Trimestral de Direito de Público*, São Paulo, n. 8, p. 123-134, 1994.

ZALUAR, Alba. Exclusão e políticas públicas: dilemas teóricos e alternativas políticas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, p. 29-47, out. 1997.

REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO¹

ÁRLEN DE OLIVEIRA FERNANDES
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade verificar a legitimidade do Ministério Público – MP na concessão de *remissão* e a possibilidade de sua cumulação com aplicação de medidas socioeducativas em procedimentos de atos infracionais afetos à Promotoria da Infância e Juventude.

A discussão gira, numa análise inicial, em dois pólos: o primeiro dita que ao Promotor caberá apenas aplicar a remissão pura e simples, cumprindo ao Judiciário, após haver oferta de representação, a implementação de medidas por força do princípio do devido processo legal. Já a segunda corrente prega a legitimidade do *Parquet* com fundamento no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que, ao tratar da remissão, não restringiu apenas ao Juiz aplicá-la cumulada com medidas.

De longe, o tema não encontra campo pacífico de aplicação, pois são inúmeros os posicionamentos e decisões conflitantes. Daí o presente estudo para uma abordagem da matéria sob os diversos ângulos da legalidade, da doutrina e do pensamento dos Tribunais.

Espera-se, ao final, termos cumprido a meta indicada, permitindo uma visão ampla do instituto da remissão e sua cumulação pelo MP, com aplicação de medida socioeducativa.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGALIDADE

Remissão: forma de perdão. Do latim *remissio, onis*. Segundo Houaiss (2001, p. 2425): “1. ação de remir, perdoar [...]. 2. sentimento de misericórdia, de indulgência; compaixão [...]” Previsão legal: arts. 126 a 128 do ECA.

Remição: resgate de pena ou bens. Segundo Houaiss (2001, p. 2425): “[...] 2. liberação de pena, de ofensa, de dívida; perdão, quitação, resgate [...]” Previsão legal: no processo de execução arts. 651 e 787 a 790 do Código de Processo Civil-CPC e arts. 126 a 130 da Lei de Execução Penal.

¹ Texto elaborado enquanto o autor exercia atribuições perante a Promotoria da Infância e Juventude de Belo Horizonte.

A *remissão* de que se trata tem supedâneo no ECA, mais precisamente em seus arts. 126, 127 e 128.

A legitimidade do MP é indicada nos arts. 126 e 201 do ECA. Assim, antes de iniciado o procedimento judicial, pode o *Parquet* aplicá-la como forma de *exclusão do processo*. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão competirá à autoridade judiciária (arts. 126, parágrafo único, e 148, II, do ECA) e importará na *suspensão ou extinção do processo*.

De início, o primeiro entrave que se impôs à legitimação do MP consistiu em que a *remissão*, como forma de exclusão do processo, não deixaria que a lesão ou ameaça a direito fosse apreciada pelo Poder Judiciário, violando-se, assim, norma esculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 CF/88. A fragilidade da argumentação, todavia, foi rapidamente superada, já que a remissão operada pelo *Parquet* somente produz efeitos após ser homologada pelo Juiz. Neste sentido: “Pode o membro do ‘*Parquet*’ cumular a remissão com medida sócio-educativa, por se constituir em solução de natureza transacional, não dispensando a intervenção judicial, através de ato homologatório, para gerar efeitos.” (TJRN – Apelação Cível nº 01.002353-4-RN – Comarca de Pedro Velho – 1ª Câmara Cível – Rel. Des. Aécio Marinho – j. 22.04.2002 – DJ 13.06.2002).

Institutos semelhantes, com caráter *despenalizador* e com o objetivo de se evitar o processo, foram introduzidos pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. No ECA, a *remissão* é forma de exclusão do processo, igualmente como a transação prevista no Juizado Criminal. Se o processo já se iniciou, cabe ao Juiz oferecer a remissão como suspensão do processo, exatamente como o *sursis processual* previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Para Liberati (2000, p. 102), a *remissão* “[...] tem seu parâmetro na legislação penal que trata do perdão do ofendido (CP, art. 107, V) e do perdão judicial (CP, art. 107, IX), consideradas causas extintivas da punibilidade.”

Outra inovação trazida pelo instituto foi a mitigação da *obrigatoriedade* que rege a atuação do Promotor de Justiça na apuração do ato infracional. Para Albergaria (1991, p. 137), “A remissão do Estatuto é a *diversion* da moderna política penal, que derroga preceitos penais supérfluos [...]” e importa em *desjudicialização* que “[...] tem por objetivos manter os indivíduos fora da justiça penal.”

Chaves (1994, p. 490) afirma que o Estatuto adotou o *princípio da oportunidade*, permitindo ao MP dispor da ação socioeducativa pública através da remissão: “[...] A decisão nasce do confronto dos interesses sociais e individuais tutelados unitariamente pelas normas insertas no ECA (interessa à sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhes interessa proteger integralmente o adolescente, ainda que infrator).”

Os critérios legais que direcionam a concessão da remissão são as

circunstâncias e consequências do fato, o contexto social, personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional, assim previstos no art. 126 do ECA.

Na lição de Mirabete, a remissão “Reserva-se às hipóteses em que a infração não tem caráter grave, quando o menor não apresenta antecedentes e quando a família, a escola ou outras instituições de controle social não institucional já tiverem reagido de forma adequada e construtiva ou seja provável que venham a reagir desse modo [...]”²

Quanto à *natureza jurídica* da remissão concedida pelo MP, foi considerada pelo Desembargador Nigro Conceição, no Acórdão nº 16.809-0/4, como *ato administrativo*, a exemplo do que sucede, no processo penal, com o arquivamento do inquérito:

Consoante tem sido reiteradamente admitido por esta E. Câmara, a remissão pode ser concedida, antes de iniciado o procedimento judicial, pelo Dr. Promotor de Justiça, mediante um ato administrativo, preparatório de outro, principal e final, que é a homologação. Ao conceder a remissão como forma de exclusão do processo, o Ministério público não pratica ato jurisdicional, mas pleiteia que não se instaure o procedimento. É o que sucede, em termos assemelhados, no processo penal, com o arquivamento do inquérito (TJSP – Agravo de Instrumento nº 21.870-0 – Rel. Des. Lair Loureiro – j. 01.12.94).

Por fim, prescreve a legislação menorista que a remissão, uma vez aplicada, não importará no reconhecimento antecipado de culpa e, muito menos, prevalecerá para efeito de antecedentes. E mais: prevê o Estatuto a possibilidade de *cumulação da remissão com qualquer das medidas previstas no ECA*, à exceção da internação e semiliberdade, permitindo-se, a qualquer tempo, a revisão judicial da medida (arts. 127 e 128 do ECA).

3 DA REMISSÃO E SUA CUMULAÇÃO COM MEDIDA

Analizada a legitimidade concorrente do Judiciário e do MP para a concessão da remissão que dependerá apenas do momento procedimental, passamos para o ponto central de nosso estudo: o MP pode cumular a remissão com medida socioeducativa prevista no Estatuto?

A propósito, formaram-se correntes antagônicas, a saber: a) o MP não tem legitimidade para aplicação de qualquer espécie de medida socioeducativa, que se trataria de competência exclusiva do Juiz, após o oferecimento da

² Comentário feito por Júlio Fabbrini Mirabete ao art. 126 do ECA (CURY; SILVA; GARCÍA MENDEZ, 2000, p. 411).

representação e a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa; b) o *Parquet* está legitimado para cumular a remissão com medida, sendo certo que os adeptos desta última corrente subdividem-se em dois grupos: o primeiro prega a legitimidade do MP para a concessão da medida de forma irrestrita; o outro sustenta o entendimento de que a medida deve ser requerida ao Juiz que a implementará.

Ante o divórcio dos doutos e visando a remover o dissídio pretoriano acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça – STJ editou a Súmula nº 108, segundo a qual “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do Juiz.”

Abraçando a Súmula do STJ, uma parcela da doutrina tem sustentado a ilegitimidade do MP para a cumulação da remissão com medida socioeducativa:

Em vários pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça a questão foi encaminhada no sentido de que o Ministério Público é competente para conceder a remissão, mas impossibilitado de aplicar qualquer medida sócio-educativa, atividade, esta, exclusiva da autoridade judiciária. (LIBERATI, 2000, p. 104).

[...] a atribuição que lhe é conferida [ao Ministério Público] se restringe à concessão da remissão, ficando-lhe facultado representar ao Juiz da Infância e da Juventude, conforme o art. 180 do Estatuto. (ELIAS, 1994, p. 106).

Por outro lado, a possibilidade de concessão da remissão pelo Ministério Público (art. 126) acompanhada de aplicação de medidas socioeducativas, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação (art. 127), parecem-nos indevidas e até mesmo inconstitucionais por usurpação do poder jurisdicional, exclusivo do Judiciário. (NOGUEIRA, 1998, p. 208).

Sustentando tal posicionamento, seus adeptos invocam a norma do art. 148, I, do ECA, que confere competência à autoridade judiciária para a concessão de medidas. Já para o MP, argumenta-se, impera omissão legislativa quanto à sua legitimidade, sendo certo, por outro lado, que a concessão de medida socioeducativa pelo MP implicaria atribuição incompatível com a finalidade do Órgão.

Adotando essa postura, já foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC que falece ao agente ministerial legitimidade para aplicar medida sócioeducativa ao infrator. Todavia, homologada a remissão concedida pelo *Parquet*, o Juiz poderá determinar o cumprimento da medida:

JUIZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - REMISSÃO - ADVERTÊNCIA - MEDIDA APLICADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - INVIABILIDADE - RECURSO - DESPROVIDO. [...] Para aplicação de medida sócio-educativa o Ministério Público deve "representar à autoridade judiciária" (art. 180, III). Dentre as atribuições do Ministério Público (art. 201) não consta a aplicação de medida sócio-educativa ao adolescente. A ressalva do § 2º se refere ao inciso IX do art. 129 da CF: "São funções institucionais do Ministério Público: ... IX exercer outras funções que lhe foram conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade ...". De sorte que falece ao *Parquet* legitimidade para aplicar qualquer medida ao infrator. - Homologada a remissão a autoridade judiciária determinará o cumprimento da medida (art. 181, § 1º). (TJSC - Apelação Cível nº 38.102-SC - Comarca de Indaial - 2ª Câmara Cível - Rel. Des. Xavier Vieira - j. 07.04.1992 - DJ 05.05.1992, p. 5).

Frise-se a tendência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG, em que a aplicação de medida socioeducativa teria por pressuposto indeclinável a prévia representação do agente ministerial, em obséquio ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa:

ECA - REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - CUMULAÇÃO COM ADVERTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA PELO JUIZ ANTES DE OFERECIDA A REPRESENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. A remissão que pode ser concedida pelo Ministério Público, antes de oferecida representação, não pode ser cumulada com medida sócio-educativa. A aplicação de medida sócio-educativa pelo juiz pressupõe a realização de audiência de apresentação, com a oitiva do menor infrator e do Ministério Público. (TJMG - Apelação Criminal nº 000.318.908-1/00 - Comarca de Barbacena - 2ª Câmara Criminal - Rel. Des. José Antonino Baía Borges - j. 10.04.2003 - DJ 27.05.2003, grifo nosso).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL - REMISSÃO OFERTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, CUMULADA COM MEDIDA PROTETIVA - IMPROPRIEDADE - MENOR QUE NÃO FOI OUVIDO EM JUIZO. Não pode o órgão ministerial conceder a remissão e cumulá-la com medida protetiva e, de igual forma, ser esta decisão homologada pelo Juiz, cumulando-a com medida sócio-educativa, sem que antes seja ouvido o adolescente em juízo, evitando-se o desrespeito às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (TJMG - Apelação Criminal nº 000.242.734-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - 2ª Câmara Criminal - Rel. Des. Herculano Rodrigues - j. 08.11.2001 - DJ 20.11.2001, grifo nosso).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL ANALOGO À CONTRAÇÃO DE VIAS DE FATO – REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNITÁRIOS PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – HOMOLOGAÇÃO PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA, SEM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO – INADMISSIBILIDADE. *A aplicação de medida sócio-educativa na fase pré-processual fere de morte a garantia constitucional do devido processo legal* Assim, se ao Ministério Público é vedado impor ao adolescente medida sócio-educativa, ao Poder Judiciário, por igual, não cabe aplicar, de ofício, medidas que dependam, para sua aplicação, de representação do Ministério Público (no caso, o “dominus litis”) e de rigorosa observância do princípio do contraditório. Embargos acolhidos. (TJMG – Embargos infringentes nº 000.210.338-0/01 na Apelação Criminal nº 000.210.338-0/00 – Comarca de Bocaiuva – 1ª Câmara Criminal – Rel. Des. Márcia Milanez – j. 02.10.2001 – DJ09.10.2001. grifo nosso).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) – REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL – APLICAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA PRETENDIDA – INADMISSIBILIDADE. *Se, em sede de procedimento administrativo, o Ministério Público concede remissão ao adolescente infrator, ao Juiz compete, tão-somente, homologá-la, sem aplicar medida sócio-educativa, só cabível em procedimento judicial instaurado por representação do órgão ministerial, sob pena de afronta ao princípio constitucional do devido processo legal.* Recurso ministerial a que se nega provimento. (TJMG – Apelação criminal nº 000.204.451-9/00 – Comarca de Alfenas – 1ª Câmara criminal – Rel. Des. Edelberto Santiago – j. 05.12.2000 – DJ08.12.2000. grifo nosso).

Ressalte-se, porém, que o entendimento sufragado nos julgamentos suso referidos encontra divergência na própria Corte Mineira, destacando-se a Desembargadora Jane Silva, que assim vem decidindo:

ATO INFRACIONAL – REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA – CONSTITUCIONALIDADE – ECA – POSSIBILIDADE. [...] Portanto, excluído o caso em que há representação, o Ministério Público apenas poderá sugerir ao magistrado a necessidade da medida sócio-educativa, expondo as razões de seu entendimento. Este, por sua vez, não está obrigado a acatar a opinião do promotor de justiça, porém sua decisão deve ser fundamentada, nos termos do preceito constitucional. (TJMG – Apelação Criminal nº

ATO INFRACIONAL – REMISSÃO CUMULADA
COM MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA –
MINISTÉRIO PÚBLICO – IMPOSIÇÃO DE
MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA – COMPETÊNCIA –
IMPOSSIBILIDADE. [...] vejo que lhe assiste razão
parcial [ao Ministério Público], pois, detendo-se na
leitura do Capítulo V (artigos 126 e 127 do Estatuto da
Criança e do Adolescente), observa-se que, não se
cogitando de medidas constritivas do direito de
liberdade, inexistente empecilho à aplicação de *medida*
socio-educativa cumulada com a *remissão*.

[...]

Portanto, excluído o caso em que há representação, o
Ministério Público apenas poderá sugerir ao magistrado
a necessidade da *medida* socio-educativa, expondo as
razões de seu entendimento. Este, por sua vez, não está
obrigado a acatar a opinião do promotor de justiça,
porém sua decisão deve ser fundamentada, nos termos
do preceito constitucional. (TJMG – Apelação Criminal
nº 000.336.311-6/00 – Comarca de Barbacena – 3ª
Câmara Criminal – Rel. Des. Jane Silva j. 02.03.2004 –
DJ 30.03.2004. grifo nosso).

Ao representante do MP cabe a concessão da remissão devendo, na
forma das exigências do caso concreto, requerer ao Judiciário a aplicação de
medida socioeducativa. Tal atitude não desatende ao comando legal do ECA, à
Súmula 108 do STJ e tampouco ao princípio constitucional do devido processo
legal.

Prescreve o ECA que o Juiz, diante de uma promoção de arquivamento
ou remissão pelo MP, poderá determinar o cumprimento de medida (art. 181, §
1º): “Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária
determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.”

Sobre a garantia do devido processo legal, traz-se à colação o
magistério de Valente (2002, p. 42-43), Desembargador do Tribunal de Justiça
do Estado de São Paulo – TJSP:

Segundo lhe permitem os arts. 180 e 201 da
Lei Federal nº 8.069/90, após ouvir o adolescente, o
Promotor de Justiça pode propor a concessão de
remissão ao menor, como forma de exclusão do
processo, requerendo, também, a imposição de medida
socio-educativa, o que deve ser homologado pelo
magistrado para ter validade. [...] *A cumulação atende,
portanto, à exigência de expressa previsão legal para
sua admissão, não havendo que se falar, portanto, em
infração ao princípio do “devido processo legal”* (grifo
nosso).

No mesmo sentido, o STJ tem decidido que:

PROCESSO PENAL – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CUMULADA COM MEDIDA SOCIO-EDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA – HOMOLOGAÇÃO PELO MAGISTRADO – COMPATIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 108, DO STJ – CUMPRIMENTO DA MEDIDA. *Sentença extintiva da execução. Afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório. Inocorrência. Continuidade das providências para dar eficácia e cumprimento à medida de liberdade assistida, homologada pelo juiz. Recurso conhecido e provido.* (STJ – Recurso Especial nº 157012-SP – 5ª Turma – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. 10.11.1998 – DJ 07.12.1998 – p. 94. grifo nosso).

Ishida (2001, p. 198) também anota a diferença marcante entre pena e medida socioeducativa: a primeira teria um caráter punitivo, a outra teria uma função mais pedagógica do que sancionatória e visa à reeducação do adolescente, disso defluindo que, “[...] não se tratando, portanto, de pena, não haveria necessidade de se seguir o devido processo legal, através do contraditório e ampla defesa.”

Quanto à adequação da Súmula nº 108 do STJ à aplicação pelo Magistrado de medida socioeducativa em fase pré-processual, vale registrar, mais uma vez, o entendimento de Ishida (2001, p. 198): “Por fim, a Súmula 108 do STJ ficaria inatingida porquanto haveria homologação judicial.”

Dando significado à Súmula em apreço, o próprio STJ vem decidindo pela aplicabilidade de medida pelo Magistrado em fase pré-processual à vista de proposição do MP, não sendo demais rememorar:

CRIMINAL – RESP – ECA – REMISSÃO APLICADA DE MEDIDA SOCIO-EDUCATIVA – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO – I – É possível a cumulação da remissão do processo, concedida pelo Ministério Público, com a aplicação da medida sócio-educativa de prestação de serviços aplicada pelo Julgador, nos termos do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. II. Recurso conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido, cassar a decisão monocrática que julgou extinta a medida sócio-educativa de prestação de serviços à comunidade imposta ao recorrido, em remissão concedida pelo Parquet. (STJ – Recurso especial nº 242261-SP – 5ª Turma Rel. Min. Gilson Dipp – j. 18.05.2000, DJ 01.08.2000 – p. 309. grifo nosso).

LEI Nº 8.069/90 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ART. 127 – REMISSÃO MEDIDA

SÓCIO-EDUCATIVA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL. 1. *É possível a cumulação entre a remissão, concedida pelo Ministério Público, e medida sócio-educativa de prestação de serviços à comunidade, aplicada pelo juiz. Não há constrangimento ilegal daí decorrente.* 2. Recurso conhecido parcialmente e, nessa parte, provido. (STJ - Recurso Especial nº 253107-SP - 5ª Turma - Rel. Min. Edson Vidigal - j. 29.06.2000 - DJ 14.08.2000, p. 198. grifo nosso).

PENAL - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90) - ART. 127 - REMISSÃO - MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA - CUMULAÇÃO - AUSÊNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. *Não há falar em constrangimento ilegal decorrente da homologação pelo Juiz de remissão concedida pelo Ministério Público, simultaneamente à aplicação de medida sócio-educativa - prestação de serviços à comunidade, ante a possibilidade de sua cumulação, ex vi do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente.* Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Recurso Especial nº 226159-SP - 6ª Turma - Rel. Min. Fernando Gonçalves - j. 27.06.2000 - DJ 21.08.2000, p. 177. grifo nosso).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - RECURSO ESPECIAL - REMISSÃO E MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE. *Da exegese sistemática das normas componentes do Estatuto da Criança e do Adolescente extrai-se o entendimento de que a remissão concedida pelo Ministério Público pode ser cumulada com medida sócio-educativa que não implique restrição ou privação de liberdade (art. 127, do ECA) - Precedentes deste Tribunal - Recurso especial conhecido e provido.* (STJ - Recurso Especial nº 187811-SP - 6ª Turma - Rel. Min. Vicente Leal - j. 13.06.2000 - DJ 26.06.2000, p. 212. grifo nosso).

LEI Nº 8.069/90 - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ART. 127 - REMISSÃO MEDIDA SÓCIO - EDUCATIVA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - 1. *É possível a cumulação entre a remissão, concedida pelo Ministério Público, e medida sócio-educativa de prestação de serviços à comunidade, aplicada pelo juiz. Não há constrangimento ilegal daí decorrente.* 2. Recurso conhecido e provido. (STJ - Recurso Especial nº 141138-SP - 5ª Turma - Rel. Min. Edson Vidigal - j. 10.11.1998 - DJ 14.12.1998, p. 268. grifo nosso).

Analisando as recentes decisões do STJ, Silva (2003, p. 127) concluiu que o enunciado nº 108 pacificou o entendimento sobre a legitimidade do MP para conceder a remissão e, ao mesmo tempo, requerer à autoridade judiciária a

imposição da medida educativa:

Com isso, pode-se concluir que, salvo poucas exceções, as mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça têm admitido, sem qualquer ressalva, a constitucionalidade das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente que permitem a concessão da remissão, cumulada com a aplicação de medida sócio-educativa, bastando que a remissão seja concedida pelo Ministério Público e a medida sócio-educativa seja aplicada pelo Juiz.

Acompanhando a orientação que o STJ traçou para a remissão, Mirabete e Milano Filho prelecionam que:

É medida exclusiva do representante do Ministério Público, que, em lugar de pedir a instauração de procedimento, a concede (arts. 180, II e 201, I), podendo incluir a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei (art. 127).

[...]

Excluem-se as medidas de semiliberdade e internação diante do princípio do *devido processo legal*, consagrado na Constituição Federal (art. 5º, LIV).

Ao Dr. Curador, segundo orientação jurisprudencial, inclusive junto à Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, caberá, assim, conceder a remissão, propondo, ainda se entender necessário, sua aplicação cumulada de medida sócio-educativa, cuja competência, contudo, é da autoridade judiciária, como prevê o art. 146 do Estatuto (RT 674/96).” (MILANO FILHO, 1996, p. 153).

Sobre a legitimidade do MP para aplicação da remissão e medida socioeducativa, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul TJRS editou a Súmula nº 23, muito enfática em que:

O Ministério Público pode conceder remissão cumulativamente com medida sócio-educativa não privativa de liberdade, como forma de exclusão do processo. Não concordando a autoridade judicial com os termos da remissão remeterá ao Procurador-Geral de Justiça (grifo nosso).

Referência: Uniformização de Jurisprudência de nº 70006274559, em 08 de agosto de 2003. 4º Grupo Cível. Publ. DJE nº 2723, de 30.10.2003.

³ Comentários feitos por Júlio Fabbrini Mirabete aos arts. 126 e 127 do ECA (CURY; SILVA; GARCÍA MENDEZ, 2000, p. 411-413).

Outra questão que se impõe é saber se o Magistrado, na homologação da remissão proposta pelo *Parquet*, pode modificar a medida socioeducativa requerida, ou mesmo deixar de aplicá-la.

No Tribunal Mineiro, ainda que isoladamente, já se decidiu que, apresentada pelo *Parquet* remissão com medida educativa, competiria ao Juiz apenas homologar a remissão:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) – REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL – APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA PRETENDIDA – INADMISSIBILIDADE – Se, em sede de procedimento administrativo, o Ministério Público concede remissão ao adolescente infrator, ao Juiz compete, tão-somente, homologá-la, sem aplicar medida sócio-educativa, só cabível em procedimento judicial instaurado por representação do órgão ministerial, sob pena de afronta ao princípio constitucional do devido processo legal. Recurso ministerial a que se nega provimento (TJMG – Apelação Criminal nº 000.336.307-4/00 – Comarca de Barbacena – 1ª Câmara Criminal – Rel. Des. Edelberto Santiago – j. 30.09.2003 – DJ 03.10.2003)

Em sentido oposto, o TJRS firmou jurisprudência pela impossibilidade de o Magistrado mudar a medida socioeducativa proposta pelo MP. Havendo discordância, deverá o Juiz aplicar a norma do § 2º do art. 181 do ECA, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça:

INFRACIONAL – REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E ACEITA PELO INFRATOR – IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA MEDIDA PELO JULGADOR – SUMULA Nº 23 DO TJRS. 1. Cabe ao órgão do Ministério Público, titular da ação pública socioeducativa, conceder a remissão como forma de exclusão do processo, que pode ser cumulativa com medida socioeducativa não privativa de liberdade, caso em que deve haver anuência do adolescente e de seu representante legal, constituindo autêntica transação. 2. Compete ao julgador homologar a remissão, caso com ela concorde, ou remeter o feito ao Procurador-Geral de Justiça, a quem compete modificar ou convalidar o ato administrativo. Inteligência do art. 181, § 2º, do ECA. Incidência da *Sumula nº 23 do TJRS*. 3. Não pode o Juiz de Direito modificar os termos da remissão concedida, pois importa solução híbrida, *extra petita*, sendo nula. Recurso provido. (TJRS – Apelação Cível nº 70005893680 – Comarca de Camaqua – 7ª Câmara Cível – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 17.09.2003. grifo nosso).

ATO INFRACIONAL – REMISSÃO CUMULADA

COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE – HOMOLOGAÇÃO PELO MAGISTRADO DIVERSA DA AJUSTADA – NULIDADE – SÚMULA Nº 23 DO QUARTO GRUPO CÍVEL – *A remissão concedida ao adolescente pelo Ministério Público, in casu, na modalidade de transação com a concordância daquele e de seus representantes, não comporta alteração, modificação ou acolhimento em parte pelo Magistrado, porque a legislação menorista conferiu ao Ministério Público a titularidade da concessão da remissão, e, se a autoridade judiciária discordar da sua concessão ou modalidade, e ainda, da medida socioeducativa cumulada, deverá proceder na forma do que dispõe o § 2.º do art. 181 do ECA. Entendimento sumulado pelo Quarto Grupo Cível em incidente de uniformização de jurisprudência. NECESSIDADE DE ATUAÇÃO DE DEFENSOR. Não há falar em cerceamento de defesa se o ECA, ao regular o instituto da remissão, nada estabeleceu a respeito, mormente se considerado o fato de que nesse então sequer se pode falar em ação socioeducativa quando aí sim seria indispensável a atuação da defesa técnica. Sentença desconstituída. Apelação provida. (TJRS – Apelação Cível nº 70005978572 – Comarca de Santa Cruz do Sul – 8ª Câmara Cível – Rel. Des. José Ataides Siqueira Trindade – j. 16.10.2003. grifo nosso).*

APELAÇÃO CÍVEL – ATO INFRACIONAL – REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E LIBERDADE ASSISTIDA – HOMOLOGAÇÃO PELO MAGISTRADO APENAS DA REMISSÃO, SEM APLICAÇÃO DE QUALQUER MEDIDA – NULIDADE. *A remissão concedida ao adolescente pelo Ministério Público, no caso concreto, com a concordância daquele e de seus representantes, não comporta alteração, modificação ou acolhimento em parte pelo magistrado, visto conferir, a legislação menorista, ao Ministério Público, a titularidade da concessão da remissão, e, se a autoridade judiciária discordar da sua concessão ou modalidade, e, ainda, da medida socioeducativa cumulada, deverá proceder na forma do § 2.º do art. 181 do ECA. Precedentes da câmara. Recurso provido. (TJRS – Apelação Cível nº 70006680730 – Comarca de Santa Maria – 8ª Câmara Cível – Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert – j. 18.09.2003. grifo nosso).*

Adotando fundamento idêntico, assim se posicionaram o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJDFT e o TJSP nos arestos abaixo colacionados:

Remissão a ser homologada, com aplicação de medida ou não, ou, na discordância, remessa dos autos na forma

do artigo 181, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. (TJSP - Apelação Criminal nº 27.419-0 Comarca de Altinópolis - C. Esp. Rel. Des. Cerqueira Leite j. 05.11.1996).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - REMISSÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EXCLUSÃO DO PROCESSO (ARTIGO 126, CAPUT, DA LEI N. 8.069/90) - HOMOLOGAÇÃO PELO JUIZ NOS TERMOS DO ACORDO PROPOSTO PELO REPRESENTANTE MINISTERIAL, OU REMESSA DOS AUTOS AO PROCURADOR DE JUSTIÇA (ARTIGO 181, DA LEI N. 8.069/90) - CASSAÇÃO DA DECISÃO *A QUO* - VIABILIDADE. Ao juiz incumbe homologar a remissão, nos termos do acordo celebrado entre o menor e o Parquet, em caso de discordância, deverá proceder à remessa dos autos ao procurador-geral de justiça, que poderá oferecer representação, designar outro membro do Parquet para apresentá-la, ou ainda ratificar o arquivamento ou remissão, nos termos do artigo 181, § 2º, da Lei nº 8.069/90, caso em que a autoridade judiciária estará obrigada a homologar. Descabida, portanto, é a homologação pura e simples, desconsiderando a medida sócio-educativa proposta, constante do acordo celebrado. Provido o recurso. Maioria. (TJDFT - Apelação Criminal nº 36998-DF - Acórdão nº 114974 - 2ª Turma Criminal - Rel. Des. Vaz de Mello - j. 15.04.1999 - DJU 11.08.1999, p. 53. grifo nosso).

APELAÇÃO - MENOR - REMISSÃO PROPOSTA PELO MP COMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO - MODIFICAÇÃO DOS TERMOS DA TRANSACÇÃO PELO JUIZ NO MOMENTO DE SUA HOMOLOGAÇÃO. Nos termos do disposto no art. 181, §§ 1º e 2º do ECA, concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, condicionada ou não à aplicação de alguma medida sócio-educativa, mediante prévia aceitação do menor infrator e de seu representante legal, os autos serão conclusos ao juiz para homologação. Se a autoridade judiciária não concordar com a remissão, fará a remessa dos autos ao procurador-geral de justiça, não podendo de plano modificar os termos da transação. (TJDFT - Apelação Criminal nº 010557-DF - Acórdão nº 114558 - 2ª Turma Criminal - Rel. Des. Aparecida Fernandes - j. 15.04.1999 - DJU 11.08.1999, p. 25).

O mesmo entendimento foi adotado por Mirabete que, ao comentar a possibilidade do MP para cumular aplicação de medida com a remissão, defendeu que "[...] a manifestação deve ser fundamentada e o pedido homologado pela autoridade judiciária (art. 181, *caput*), que, não concordando com sua aplicação, deve remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça (art. 181, § 2º)."⁴

Sustentando que a remissão cumulada com proposta de medida é verdadeiro ato transacional, decidiu-se que, uma vez aceita pelo menor e representante, não caberia ao Magistrado qualquer alteração:

APELAÇÃO – MENOR INFRATOR – REMISSÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – HOMOLOGAÇÃO PELO JUIZ COM MODIFICAÇÃO – REFORMA DA SENTENÇA. *A remissão concedida pelo Ministério Público, condicionada à aplicação de medida sócio-educativa, importa em TRANSACÇÃO, de forma que, aceita pelo menor e seu representante legal, obsta a propositura da ação, não podendo ser alterada pelo juiz quando da homologação.* (TJDFT – Apelação Criminal nº 31298-DF – Acórdão nº 108756 – 2ª Turma Criminal – Rel. Des. Aparecida Fernandes – j. 21.05.1998 – DJU 21.10.1998, p. 70. grifo nosso).

No mesmo sentido:

ADOLESCENTE INFRATOR. – REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONDICIONADA À DOAÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS – HOMOLOGAÇÃO E APLICAÇÃO DE OUTRA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA PELO JUIZ. A remissão, com proposta de aplicação de medida sócio-educativa, insere-se nas atribuições do Ministério Público – Acordada com o menor a prestação de serviços à comunidade, é vedado ao juiz instituir outra medida; compete-lhe, porém, estabelecer o modo como deverá ser cumprida. (TJDFT – Reclamação nº 15238-DF – Acórdão nº 111830 – 2ª Turma Criminal – Rel. Des. Getúlio Pinheiro – j. 10.12.1998 – DJU 22.04.1999, p. 53).

Como ato transacional acordado com o MP, a remissão cumulada com medida educativa modificada pelo Magistrado importaria sucumbência para a parte a ser corrigida pela via recursal, conforme emerge de recorrente *decisum* do TJDFT:

VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE CONCESSÃO DE REMISSÃO, IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DIFERENTE DA AJUSTADA COM O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Evidente o interesse do apelante, que decorre da sucumbência na sentença que *homologa a transação*, se o magistrado impõe medida sócio-educativa diferente da ajustada com o representante do Ministério Público –

* Comentário feito por Júlio Fabbrini Mirabete ao art. 126 do ECA (CURY; SILVA; GARCIA MENDEZ, 2000, p. 412).

Recurso em sentido estrito provido determinando a subida do recurso de apelação, à unanimidade. (TJDFT – Recurso em Sentido Estrito nº 188298-DF – Acórdão nº 109213 – 2ª Turma Criminal – Rel. Des. Aparecida Fernandes – j. 20.08.1998 – DJU 03.11.1998, p. 142. grifo nosso).

Posição diferente foi defendida doutrinariamente por Ishida (2001, p. 288) que dividiu o ato em duas partes: quanto à concessão da remissão pelo MP e quanto à aplicação da medida socioeducativa. No primeiro caso, aplicada a remissão pelo MP e, discordando o Magistrado, este deve enviar os autos ao Procurador-Geral de Justiça por imposição legal (art. 181, § 2º, do ECA). No segundo, quando o julgador discordar apenas da cumulação da remissão com medida socioeducativa, ou mesmo da medida escolhida, deverá rejeitar a homologação, não enviando os autos ao Procurador-Geral de Justiça. E conclui: esta discordância não se traduz na conveniência da concessão da remissão, mas quanto ao mérito e legitimidade do MP que apenas requer a aplicação da medida. Assim, o caminho seria a não-homologação, que se sujeitará a recurso próprio para a instância *ad quem*.

À vista dos diversos posicionamentos sobre o assunto, permanecemos no entendimento de que, havendo discordância do Juiz somente quanto à remissão, deve fazer a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça.

Do ponto de vista da legalidade e em semelhança com o art. 28 do Código de Processo Penal – CPP, cabe ao Procurador-Geral de Justiça, em *ultima ratio*, o exame da remissão como forma de exclusão do processo. O § 2º do art. 181 do ECA prescreve que, *discordando* o Magistrado da remissão aplicada pelo MP, fará a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça que poderá ratificar a remissão ou determinar que seja oferecida representação por outro membro do *Parquet*.

Mas se a discordância for apenas quanto à medida socioeducativa requerida, deve o magistrado devolver os autos para que o MP possa oferecer representação, posição esta que respeita as condições transacionadas anteriormente entre as partes.

Dispõe o art. 181, *caput*, do ECA que a remissão há de ser aplicada mediante termo *fundamentado*.

Assim, quando se cumula a remissão a aplicação de *medida socioeducativa*, os fundamentos do perdão e da medida se mesclam, sendo inviável ao Julgador a escolha de apenas um.

Quando o MP propõe uma medida pedagógica em cumulação com remissão, é visível que o perdão puro e simples não surtiria os efeitos pedagógicos que se pretende ao adolescente. Embora ocioso dizer, não custa sublinhar a necessidade – que se mostra evidente em alguns casos – da adoção de um acompanhamento institucional do menor infrator e sua família, visando à reeducação do mesmo.

Assim, a reestruturação do adolescente constitui o objeto da medida educativa que se requer e, ao mesmo tempo, alicerça o fundamento da remissão requerida pelo *Parquet* que, ao invés de representar, aplicou o perdão.

Não é despropositada a lembrança de que tanto a remissão quanto a medida, na fase pré-processual, são frutos de verdadeira *transação* entre as partes. Aliás, nesse fiel entendimento Mirabete assim se posicionou:

A remissão pode ser concedida como *perdão* puro e simples, sem a aplicação de qualquer medida, ou, a critério do representante do Ministério Público ou da autoridade judiciária, como uma espécie de *transação*, como mitigação das consequências do ato infracional. Nesta última hipótese ocorre a aplicação de medida específica de proteção ou sócio-educativa, excluídas as que implicam em privação da liberdade [...]. (grifo nosso).

Manifestando pela impossibilidade de mudança pelo Magistrado da medida socioeducativa, por ser fruto de ato transacional das partes, vem em socorro a jurisprudência:

APELAÇÃO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – REMISSÃO CONDICIONADA A MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – HOMOLOGAÇÃO PELO JUIZ. A remissão concedida pelo Ministério Público, condicionada à aplicação de medida sócio-educativa, importa em transação e, uma vez havendo aceitação pelo menor e seu representante legal, os autos serão conclusos ao juiz que o homologará determinando, conforme o caso, o cumprimento da medida ajustada. Se a autoridade não concordar, fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, e este, por sua vez, oferecerá representação, designará outro membro do MP ou ratificará o arquivamento ou a remissão, caso então que o juiz estará obrigado a atender. (TJDFT – Apelação Criminal nº 11362-DF, acórdão nº 130041 – 2ª Turma Criminal – Des. Aparecida Fernandes – j. 29.06.2000 – DJU 18.10.2000).

APELAÇÃO – MENOR INFRATOR – REMISSÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – HOMOLOGAÇÃO PELO JUIZ COM MODIFICAÇÃO – REFORMA DA SENTENÇA. A remissão concedida pelo Ministério Público, condicionada à aplicação de medida sócio-educativa, importa em *TRANSAÇÃO*, de forma que, aceita pelo menor e seu representante legal, obsta a propositura da ação, não podendo ser alterada pelo Juiz quando da homologação. (TJDFT – Apelação Criminal nº 31298-DF – Acórdão nº 108765 – 2ª Turma Criminal – Rel. Des. Aparecida Fernandes – j. 21.05.1998 – DJU 21.10.1998, p. 70. grifo nosso).

Mutatis mutandis, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro TJRJ já se pronunciou que a remissão pura e simples aplicada pelo MP não pode sofrer acréscimo de medida educativa pelo Magistrado:

HABEAS-CORPUS – MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE APLICADA EM PEDIDO DE REMISSÃO SEM A PROVOCACÃO MINISTERIAL CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – ORDEM QUE SE CONCEDE NA FORMA DO PARECER DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA. Se conforme se demonstrou nos presentes autos de habeas-corpus, o pedido de remissão do Ministério Público se fez sem nenhuma restrição, não poderia o MM. Dr. Juiz a quo, de ofício, aplicá-la, e, assim mesmo, de forma desfundamentada. Ordem pois, que se concede, acolhendo-se como razões de decidir o parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça. (TJRJ – Habeas Corpus nº 2001.059.01894 – 2ª Câmara Criminal – Rel. Des. Murta Ribeiro – j. 21.08.2001. grifo nosso).

Por essas razões, entendemos ser indevida a alteração pelo Magistrado da medida socioeducativa cumulada com a remissão. Não concordando com os termos do requerimento, deve devolver os autos ao *Parquet* para apresentação de representação.

Outra questão que se impõe é saber se a remissão é ato unilateral ou dependeria do consentimento do menor e seu representante para que surta efeitos jurídicos.

Sem maiores questionamentos, é de entendimento pacífico na doutrina que a mercê legal da remissão, sobretudo quando cumulada com medida socioeducativa, depende do consentimento do menor infrator e de seu representante. Neste sentido:

A remissão, mesmo cumulada com medida socioeducativa, não deixa de ser uma espécie de transação, consubstanciando-se num ato bilateral, que implica na aceitação da outra parte. (ISHIDA, 2001, p. 197).

No entanto, também recentemente, o Superior Tribunal de Justiça determinou, ao menos, que o adolescente fosse ouvido antes da concessão da remissão, tendo em vista o caráter educacional das disposições do Estatuto da Criança e do adolescente, bem como o respeito ao princípio constitucional da ampla defesa. (SILVA, 2003, p. 127).

Vale ressaltar que a cumulação de remissão com medida sócio-educativa, quando aplicada pelo órgão do Ministério Público no procedimento de

jurisdição voluntária, só se justifica se o adolescente e seu representante legal concordarem.

No mesmo sentido, vêm decidindo nossos Pretórios:

CRIMINAL – RHC – ECA – REMISSÃO AUSÊNCIA DE OITIVA DO MENOR – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A concessão de remissão, possível a qualquer tempo antes da sentença, reclama a oitiva do menor infrator, em observância ao caráter educacional de exceção da legislação incidente e ao princípio constitucional da ampla defesa. (STJ – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 11830-MG – 5ª Turma – Rel. Min. Gilson Dipp – j. 16.10.2001 DJ 19.11.2001, p. 290).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E APLICAÇÃO POR ESTE DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DA ADVERTÊNCIA – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. O princípio da brevidade indica que o representante do Ministério Público ao conceder a remissão pode aplicar qualquer medida sócio-educativa (salvo a de semi-liberdade e a de internação) desde que o adolescente e seu representante legal concordem com a posição Ministerial. (TJSC – Apelação Cível nº 39.129 – Comarca de Indaial – Rel. Des. Eduardo Luz – j. 11.08.1992 – DJ 11.08.1992, p. 9: grifo nosso).

MENOR – REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. A competência para aplicar medida sócio-educativa a menor é do Juiz e não do Ministério Público – Medida aplicada sem a prévia aceitação do menor e de seu representante legal – Exclusão de ofício da v. sentença da medida de prestação de serviços à comunidade. (TJMG – Apelação Criminal nº 000.129.977-5/00 – Comarca de Belo Horizonte – 3ª Câmara Criminal – Rel. Des. Mercêdo Moreira – j. 23.02.1999).

Frise-se, entretanto, a postura minoritária defendida no aresto abaixo colacionado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS-CORPUS – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – REMISSÃO E MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE, AUSÊNCIA DE OITIVA DO MENOR – VIOLAÇÃO AO DEVIDO

³ Comentário feito por Paulo Afonso Garrido de Paula ao art. 181 do ECA (CURY; SILVA; GARCIA MENDEZ, 2000, p. 536).

PROCESSO LEGAL – INOCORRÊNCIA. Da exegese sistemática das normas componentes do Estatuto da Criança e do Adolescente extrai-se o entendimento de que a remissão concedida pelo Ministério Público pode ser cumulada com medida sócio-educativa que não implique restrição ou privação de liberdade (art. 127, do ECA). *Não ocorre violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa na hipótese em que, embora ausente a oitiva do menor infrator, é homologada a concessão de remissão*, determinando-se a aplicação de medida sócio-educativa de liberdade assistida. (STJ – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 11099-RJ – 6ª Turma – Rel. Min. Vicente Leal – j. 03.12.2001 – DJ 18.02.2002, p 496. grifo nosso).

Mais um questionamento é de ser feito quanto à possibilidade de internação pelo descumprimento de medida socioeducativa imposta na concessão da remissão.

No ECA, encontramos a proibição de cumulação da remissão com as medidas socioeducativas da internação e da semiliberdade (art. 127). Doutro lado, prescreve o inciso III do art. 122 do ECA a possibilidade de aplicação da internação “por descumprimento reiterado e injustificado da medida anteriormente imposta”, ou seja, a *internação-sanção*, como a designa a doutrina.

A primeira posição prega a impossibilidade da aplicação de qualquer espécie de internação quando a medida socioeducativa for concedida junto com a remissão. Para seus defensores, a *internação-sanção* também é forma de internação e contraria a proibição contida no art. 127 do ECA.

Em sentido oposto, predomina o entendimento pela viabilidade de se aplicar a internação-sanção no caso de descumprimento injustificável de medida socioeducativa, quando for imposta concomitantemente à remissão.

Nesta razão, argumenta-se que a internação-sanção não decorre do preceito do art. 128 do ECA, que dispõe sobre a revisão ou modificação da medida socioeducativa aplicada. Logo, não teria a natureza de medida socioeducativa, mas de verdadeira sanção, punição, cujo objetivo precípuo é forçar o cumprimento da medida socioeducativa anteriormente aplicada, através da imposição de outra mais rigorosa. Neste sentido, vale conferir o entendimento da doutrina:

Ao contrário do que se verifica na imposição da internação sem prazo determinado com fundamento nos incisos I e II, a “internação-sanção” não é medida destinada à reabilitação do menor infrator, mas forma de coação para que o adolescente, inserido em medida mais branda, cumpra suas regras a contento. Por isso mesmo, não pode ser confundida com a substituição autorizada pelos arts. 99 e 113. Não há limitação para o alcance da imposição que poderá ter lugar no cumprimento de todas as demais medidas socioeducativas, com exceção da

advertência que, segundo lembra Roberto João Elias, “se esgota em si mesma.” (VALENTE, 2002, p. 56).

A privação de liberdade ainda pode ser aplicada por “descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta”. Trata-se, aqui, de uma ação dissuasora em relação à disposição revelada pelo adolescente de não acatar medida sócio-educativa a ele imposta por decisão judicial. Neste caso, a privação da liberdade não poderá exceder a três meses.⁶

Argumenta-se, ainda, que a internação-sanção tem prazo determinado para sua duração, ao contrário da medida socioeducativa da internação com previsão no art. 121 do ECA. Assim, cumprida pelo menor a *punição*, permanecerá inatingível a medida socioeducativa, que terá seu prosseguimento.

Seguindo a orientação pelo cabimento da internação-sanção, o Tribunal de Justiça mineiro vem decidindo na forma dos arestos colacionados abaixo:

HABEAS CORPUS – MENOR INFRATOR – REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA – APLICAÇÃO DE INTERNAÇÃO POR PRAZO DETERMINADO – POSSIBILIDADE – NATUREZA SANCIONATORIA – ORDEM DENEGADA. (TJMG – *Habeas corpus* nº 000.314.863-2/00 – Comarca de Belo Horizonte – 2ª Câmara Criminal – Rel. Des. Herculano Rodrigues – j. 05.12.2002 – DJ 20.12.2002).

ECA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA ANTERIORMENTE APLICADA – ADOLESCENTE QUE ESTÁ INSERIDO EM LAR INSTÁVEL – REMISSÃO PARA INTERNAÇÃO – POSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

[...]

Com efeito, despida de qualquer razão a insurgência da defesa quanto à aplicação ao menor apelante da *medida* sócio-educativa de *internação*, sob o fundamento de que fora concedida a *remissão* cumulada com a *medida* sócio-educativa de liberdade assistida, que pelo motivo de o menor descumprir as medidas foi determinada sua *internação* o que não poderia acontecer em sede de *remissão*, que a *internação* viria, em verdade, prejudicá-lo.

Todavia, a despeito destas alegações, estou a entender que andou bem a i. Magistrada Singular ao determinar a *internação* do apelante, ainda que em caráter provisório, porquanto infere-se dos autos que realmente o menor não cumpriu nenhuma das medidas anteriormente

⁶ Comentário feito por Antônio Carlos Gomes da Costa ao art. 122 do ECA (CURY; SILVA; GARCIA MENDEZ, 2000, p. 403).

aplicadas, não tendo qualquer efeito prático do ponto de vista da ressocialização e recuperação, inclusive com notícias de uso de entorpecentes e provocando perigo para a vida ou saúde de outrem. (TJMG – Agravo nº 000.353.319-7/00 – Comarca de Belo Horizonte – 2ª Câmara Criminal – Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro – j. 01.04.2004 – DJ 10.05.2004. grifo nosso).

Questão derradeira consiste em examinar a viabilidade da aplicação de medida socioeducativa, cumulada com remissão, quando o processo *não* ficar suspenso.

Para alguns, salvo quando a medida se esgotar em si mesma como, por exemplo, a advertência, o processo ficaria suspenso até que se cumprisse a medida que se cumulou com a remissão.

Dessa premissa, criaram-se dois entendimentos. O primeiro defende a inviabilidade de cumulação de medida socioeducativa, à exceção da advertência, na fase pré-processual; o segundo prega que a homologação da remissão, ainda quando aplicada pelo MP, ficaria suspensa até que fosse efetivamente cumprida a medida educativa.

Ousamos discordar dos entendimentos acima.

Na forma do ECA, a remissão operada pelo MP é forma de exclusão do procedimento judicial e, quando aplicada pelo Juiz, extingue ou suspende o processo (art. 126, *caput*, e parágrafo único).

Ainda sob o prisma da legalidade, há vedação legal (art. 127 do ECA) para a cumulação da internação ou semiliberdade com a remissão, porque tais medidas, por restringirem a liberdade, necessitam do devido processo legal.

Logo, a remissão suspensiva é somente permitida na fase judicial porque, no descumprimento da medida educativa cumulativamente aplicada, permite-se a continuidade do feito, que poderá resultar na aplicação de medida educativa mais drástica como a semiliberdade ou internação.

Já para a remissão extintiva – ou mesmo a que exclui o processo – impossível será *modificar* a medida com a finalidade de se aplicar outra que restrinja a liberdade do adolescente. Todavia, como alavanca para forçar seu cumprimento, prescreve a norma do art. 122, III, do ECA a imposição de uma penalidade, de uma sanção pelo descumprimento injustificado da medida que, como anteriormente defendido, difere-se de medida socioeducativa.

3 CONCLUSÃO

Iniciou-se o presente estudo com a conceituação da remissão, passando pela natureza jurídica do instituto e legalidade, chegando-se aos questionamentos do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial.

Sobre o prisma da legalidade, examinaram-se os requisitos que

fundamentam a remissão e a previsão normativa de sua cumulatividade com medida socioeducativa, à exceção da semiliberdade e internação.

Focalizando a legitimidade do MP, posicionamo-nos favoravelmente à concessão da remissão como exclusão do processo, que receberá a chancela do Judiciário por meio da homologação. Nesta ordem de idéias, a cumulação de medidas, em fase pré-processual, é possível, mas dependerá de requerimento para a autoridade judiciária que detém competência para sua aplicação.

Sustentamos também que a não-homologação da remissão se sujeita à remessa dos autos para o Procurador-Geral de Justiça e que ao Magistrado não compete a mudança da medida educativa que se requer, por ser fruto de transação entre as partes.

Por último, defendemos a viabilidade da *internação-sanção* com previsão no art. 122, III, do ECA, oportunidade em que a diferenciamos da medida socioeducativa da internação nos seguintes pontos: prazo de duração, objetivos, uma sanção e outra reeducação, momento próprio para aplicação e outros.

À vista das ponderações acima resumidas, encerramos o estudo com a pretensão de termos contribuído para o esclarecimento do tema que se reveste de mais alta relevância para o direito minorista.

Referências Bibliográficas

ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1994.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCIA MENDEZ, Emílio (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 2000.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. São Paulo: Saraiva, 1994.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MILANO FILHO, Nazir David. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado e interpretado*. São Paulo: Leud, 1996.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. *A remissão para exclusão do processo como direito dos adolescentes: uma interpretação conforme a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

VALENTE, José Jacob. *Estatuto da Criança e do Adolescente: apuração do ato infracional à luz da jurisprudência: Lei federal n. 8069, de 13-7-1990*. São Paulo: Atlas, 2002.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A REVISÃO DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL

GLAUBER TATAGIBA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Direito do Estado

Professor de Direito Constitucional

No Recurso Extraordinário nº 387.974-DF¹, de 2003, a Relatora Ministra Ellen Gracie, traz à tona novamente a questão do *promotor natural*, debatida originariamente no *Habeas Corpus* nº 67.759-2-RJ², de 1992. Naquela ocasião assentou a Suprema Corte, nas posições sustentadas pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello e Sidney Sanches (estes dois ainda que parcialmente), a existência do *princípio do promotor natural*, contra as posições dos Ministros Paulo Brossard, Octavio Gallotti, Néri da Silveira e Moreira Alves.

Na época, os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso acatarem a tese do *promotor natural*, enquanto o Ministro Celso de Mello, embora admitindo sua existência constitucional, sustentava que só se tornaria efetivo após alteração legislativa infraconstitucional³, já o Ministro Sidney Sanches não aceitou sua previsão constitucional, mas admitiu que a Lei Orgânica do Ministério Público (à época em tramitação no Congresso Nacional) viesse a adotá-lo⁴.

¹ STF – Recurso Extraordinário nº 387.974-DF – 2ª Turma – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 14.10.2003 – DJ 26.03.2004, p. 25, cujo voto parcial foi publicado no STF Informativo, Brasília, n. 328, p. 3-4, 3 a 7 nov. 2003.

² STF – *Habeas Corpus* nº 67.759-2-RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 06.08.1992 – DJ 01.07.1993.

³ Em seu voto Sua Excelência se reporta aos fundamentos lançados pelo Ministro Francisco Assis Toledo, no Superior Tribunal de Justiça – STJ: “Pelo princípio da recepção (...) vige, naquilo que não contrariar a Carta Constitucional, a legislação anterior. E, com efeito, existe a Lei Orgânica do Ministério Público – a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. E o que diz essa Lei Complementar? Diz o seguinte no art. 7º, V: ‘ao Procurador-Geral da Justiça incumbe, além de outras atribuições, designar, na forma da lei, membros do Ministério Público do Estado para o desempenho de funções administrativas ou processuais afetas à Instituição’. Portanto, até que seja substituída essa Lei Complementar, o Procurador-Geral da Justiça pode, mesmo no curso do processo, designar outro membro do Ministério Público para prosseguir na ação penal, dando-lhe a orientação que for cabível no caso concreto. Portanto, cabe ao chefe do Ministério Público, no sistema processual vigente, substituir o Promotor que não exercita o poder-dever de oferecer denúncia, se dele discordar, na hipótese em exame [...]”

⁴ Eis parte de seu voto: “A meu ver, a Constituição Federal de 1988 não contém explícito, nem implícito, o princípio do “Promotor Natural” não resultando ele, necessariamente, dos princípios da independência funcional e da inamovibilidade dos membros do Ministério Público. [...] Nada

A lei a que se referem os Ministros supra citados transformou-se na Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, denominada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público LONMP, que, entre outros artigos⁵, prescreve⁶:

.....
Art. 10. Compete ao Procurador-Geral da
Justiça:

.....
IX – designar membros do Ministério Público
para:

.....
g) por ato excepcional e fundamentado,
exercer as funções processuais afetas a outro membro da
instituição, submetendo sua decisão previamente ao
Conselho Superior do Ministério Público;

.....
Art. 15. Ao Conselho Superior do Ministério
Público compete:

.....
VIII – determinar por voto de dois terços de
seus integrantes a disponibilidade ou remoção de
membros do Ministério Público, por interesse público,
assegurada a ampla defesa;

Desta forma, hodiernamente não pode restar dúvida sobre a existência do princípio do promotor natural ou legal no nosso ordenamento jurídico, principalmente após a sua previsão na LONMP, conforme já reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal – STF em outras oportunidades.⁷

Dito princípio pode ser conceituado como a garantia constitucional de livre atuação do Promotor ou Procurador de Justiça de acordo com as atribuições legais predeterminadas do órgão de execução em que é titular.

Como esposado por Carneiro (2001, p. 48):

impede, porém, que a Lei Orgânica do Ministério Público venha a adotar o princípio (do “Promotor Natural”), o que, aliás, me parece salutar para a instituição e para os jurisdicionados.”

⁵ A adoção infraconstitucional do princípio do promotor natural denota de outros artigos da referida lei, *verbi gratia*: arts. 10, IX, e ef. 21, 24 e 33, V, dentre outros mais.

⁶ Através da ADIn nº 2.854, de 07 de abril de 2003, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, pede a declaração da inconstitucionalidade de tal norma sob o fundamento de que seu teor prevê a possibilidade de avocação de qualquer processo pelo Procurador-Geral de Justiça – PGJ, ainda que previamente autorizado pelo Conselho Superior do Ministério Público – CSMP, e que a ressalva consistente na possibilidade de afastamento da inamovibilidade “[...] por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa” já está prevista no art. 15, VIII, da LONMP.

⁷ Vide STF – *Habeas Corpus* nº 81998-GO – 1ª Turma – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 04.06.2002 – DJ 28.06.2002 e STF – Recurso Especial nº 255639-SC – 1ª Turma Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 13.02.2001 – DJ 18.05.2001.

O princípio do promotor natural pressupõe que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá officiar no processo correspondente, salvo as exceções previstas em lei, vedado em qualquer hipótese, o exercício das funções por pessoas estranhas aos quadros do *Parquet*.

Antes mesmo da previsão legal do princípio do promotor natural, a Constituição Federal de 1988 – CF/88, em várias passagens, mostra-nos que a garantia de livre atuação do membro do Ministério Público – MP no seu órgão de execução é consectário lógico da Instituição e do sistema constitucional. Assim, o art. 5º, LIII, o princípio da independência funcional (art. 127, § 2º) e a garantia da inamovibilidade (art. 128, § 5º, I, b) já foram exaustivamente dissecados pela Corte Constitucional por ocasião do *Habeas Corpus* nº 67.759-2-RJ (1992) e em outras oportunidades, como em diversos trabalhos doutrinários.

Agora, a Ministra Ellen Gracie, ao relatar o Recurso Extraordinário nº 387.974-DF (2003), negando a existência do princípio do promotor natural, ampara-se no caráter hierárquico da instituição, nos princípios da unidade e indivisibilidade e nas características peculiares do MP, que o diferem do Poder Judiciário:

Estabelece o § 1º do art. 127 da Constituição Federal: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.” Essa é a regência fundamental, o arcabouço normativo sobre o qual repousa toda edificação jurídica e doutrinária do Órgão que a história denominou de Ministério Público.

Sobredito alicerce constitucional do império normativo, da concepção de Kelsen, cria um parâmetro jurídico-ideológico que limita e conduz toda conceituação do Ministério Público em suas esferas ônticas do exercício funcional.

Essa diretiva fundamental, elevada a nível constitucional, não só define o órgão, como o distingue e o separa dos Poderes constituídos, sobressaindo características inominadas e próprias. Tais predicamentos constitucionais individualizadores separam e distinguem o Ministério Público do Poder Judiciário, evitando que as normas nucleares de ambos sejam confundidas, na dimensão do desempenho

¹ E, em outra passagem, Carneiro (2001, p. 47) assevera: “Este princípio, na realidade, é verdadeira garantia constitucional, menos dos membros do *Parquet* e mais da própria sociedade, do próprio cidadão, que tem assegurado, nos diversos processos em que o MP atua, que nenhuma autoridade ou poder poderá escolher Promotor ou Procurador específico para determinada causa, bem como que o pronunciamento deste membro do MP dar-se-á livremente, sem qualquer tipo de interferência de terceiros.”

funcional. [...].

[...]

Do sobredito paralelo entre as funções judicante e ministerial avulta a diferença que se irradia entre o poder de iniciativa e o poder de decisão. Se ambos não se identificam em sua estrutura formal, também não o fazem em seus princípios regentes. A Teoria Fixista do Juiz Natural, que emana do inciso LIII do art. 5º da Constituição Federal se contrapõe ao princípio constitucional da indivisibilidade que compõe o Ministério Público (§ 1º do art. 127).

Pelo princípio da indivisibilidade, todos os membros do Ministério Público são reciprocamente substituíveis, tornando o órgão uma totalidade homogênea, o que se contradiz com a noção de Promotor Natural, que traduz uma prefixação unitária.

São dois princípios constitucionais de regência diferente e que se contrapõem em termos e finalidade. O Juiz Natural é garantia individual de julgamento independente. A indivisibilidade é postulado de garantia coletiva da defesa de bens sociais e públicos, que não pode ser fixado em apenas um Membro, mas em todo o Órgão.

A eminente Ministra sustenta seus argumentos nas lições de renomados doutrinadores alienígenas, do porte de Claus Roxim, Bruzzone, Eberhard Schmidt e do nosso Magalhães Noronha para estabelecer as diferenças entre a atividade do Ministério Público e a do Juiz na seara penal, para, logo após, concluir que a atividade de persecução criminal do *Parquet* se contrapõe aos princípios constitucionais da magistratura, mormente ao do *juiz natural*, com a seguinte lição:

A diferença sobranceira que se estabelece entre o Poder Judiciário e o Ministério Público, na lição de Bruzzone é a conotação política de suas funções. Ao Ministério Público compete a realização da política criminal da sociedade organizada. A missão do Poder Judiciário, dizia ele, reside no controle e interpretação da lei penal, material e formal, mecanismo pelo qual se ampliará ou se limitará o campo de punibilidade e, em consequência, a perseguição e investigação. [...] Investigar um delito assumindo funções policiais ou quase policiais é tarefa de órgãos administrativos, não do órgão jurisdicional. [...].

Essa conotação constitui a diferença que conduz SIEGERT a afirmar a impossibilidade de aplicação dos princípios que regem o Juiz ao Ministério Público. [...].

Se dois postulados constitucionais, o do Juiz Natural e o do Princípio da Indivisibilidade, estruturam fundamentalmente dois órgãos, não é razoável, nem jurídica, a aplicação inversa das regras, conferindo à estrutura de um órgão o alicerce normativo do outro. [...].

Por fim, escora-se nos ensinamentos de Kelsen para afirmar que não existe regra em nosso ordenamento jurídico que estabeleça o *princípio do promotor natural*, como ocorre com o Poder Judiciário, nem norma que preveja a nulidade por sua inobservância.

Não se pode anular ou preponderar nenhum dos princípios institucionais (unidade, indivisibilidade e independência funcional) em detrimento dos demais, aniquilando sua eficácia, mas conciliá-los e delimitar o âmbito de sua atuação. Seguindo esse raciocínio, o Ministro Sepúlveda Pertence, em trecho de voto proferido no julgamento do *Habeas Corpus* nº 67.759-2-RJ (1992), foi preciso:

O problema está, a meu ver, repito, não em vedar a advocação e a designação especial — que são instrumentos da unidade e indivisibilidade da instituição, que a Constituição preservou —, mas, sim, em dar-lhes disciplina legal cerceadora do arbítrio. Nela, como acentuou o Relator, o exercício desses poderes, pelo Procurador-Geral, “só se justificará, pois, nos limites estritos da lei e com respeito absoluto às atribuições funcionais do membro do Ministério Público, as quais constituem objeto de precisa discriminação legal.”

Dessarte, inconcebível interpretar os princípios institucionais da unidade e indivisibilidade de modo a reduzir o alcance do princípio da independência funcional, além de outros mandamentos constitucionais, como a garantia da inamovibilidade, e o que é mais grave, ferindo letalmente a natureza da nossa instituição.

Ao mesmo tempo em que a insigne Ministra assevera que não se podem confundir princípios e características próprias de uma instituição e aplicá-los a outra, utilizando tal assertiva como premissa, sucumbe no erro que pretende evitar.

Da mesma forma que a instituição MP se difere do Poder Judiciário, com características e estrutura próprias, o Ministério Público brasileiro também se distingue dos Ministérios Públicos de outros Estados: enquanto na Alemanha e na França a instituição é considerada parte do Poder Executivo, na Itália é parte do Poder Judiciário.

Todos sabemos que o *Parquet* brasileiro, após a CF/88, adquiriu contornos próprios tornando-se autônomo e independente dos demais poderes. Assim é, que o constituinte o colocou em capítulo separado e o munuiu de certas garantias comuns aos demais poderes, como a independência funcional, administrativa, financeira e orçamentária, tornando-o único e distanciando-o das instituições alienígenas do mesmo nome da qual se originou.

Cada Estado encontra uma forma particular de se desenvolver, tomando particular também as instituições que compõem sua estrutura. Assim

foi com o Ministério Público brasileiro que, além das funções criminais que se assemelham aos seus congêneres, possui outras que o tornaram defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁹, cabendo-lhe hoje, *verbi gratia*, a proteção e a defesa do patrimônio público, do consumidor, do meio ambiente, zelando para que os poderes públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados pela Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

Não se pode considerar os ensinamentos lançados por doutrinadores estrangeiros, ainda mais limitados à seara criminal, para conceituar e delimitar o Ministério Público brasileiro, apenas pela coincidência de sua denominação, pois, como vimos, trata-se de instituições díspares. A relatora é traída pelo equívoco que pretende evitar ao aplicar ao Ministério Público brasileiro as lições ministradas aos Ministérios Públicos de outros Estados.

O princípio do promotor natural não pode ser analisado somente pelo aspecto criminal da Instituição, já que pelo princípio constitucional da unidade, tão aclamada por Sua Excelência, a Instituição é una e deve ser levada em conta a totalidade de suas funções. Portanto, constitui uma visão por demais niilista considerar o Ministério Público pátrio somente como órgão administrativo encarregado de realizar o programa do governo de combate à criminalidade, conforme trecho transcrito acima, para, a partir daí, desconsiderar a independência funcional em prol da unidade institucional e por fim solapar o princípio do promotor natural.

Diferente de seus congêneres, o Ministério Público brasileiro não está adstrito à subordinação hierárquica funcional e cada Promotor ou Procurador de Justiça não é um singelo mandatário do chefe da Instituição, nem poderia ser diferente: como confiar a defesa da ordem jurídica e do regime democrático a uma instituição infectada pelo autoritarismo com o poder de atuação concentrada nas mãos de um só homem? Inconcebível! Certamente não foi esse o desígnio do legislador constituinte.

Hodiernamente, o MP não se limita a um mero fiscal da lei, como outrora, mas em agente transformador da realidade social em prol do desenvolvimento do Estado, pugnando para que a Constituição, na expressão de Peter Häberle, seja o espelho da realidade. Como agir em favor dos interesses dos desvalidos, daqueles grupos econômicos e socialmente débeis que se prostram de joelhos diante dos interesses privados se toda a atuação institucional estiver hierarquizada naquele que hoje é escolhido pelo chefe do Executivo?

⁹ No segundo e definitivo texto substitutivo da Constituição, apresentado pelo Relator Deputado Bernardo Cabral na Constituinte de 1987/1988, foi suprimido o órgão denominado *Defensoria do Povo* e transferida sua função de zelador dos interesses sociais diante dos poderes políticos e econômicos para o *Ministério Público*.

Além de tudo, prende-se a relatora ao positivismo formalista obsoleto de Kelsen¹⁰, que negava normatividade jurídica aos princípios, jogando por terra o evoluir constitucional dos últimos cinquenta anos e os ensinamentos de doutrinadores do porte de Vezio Crisafulli, Robert Alexy e Ronald Dworkin (que constituem hoje verdadeiro dogma de que as normas compreendem igualmente os princípios e as regras), para negar existência ao *princípio do promotor natural* pelo fato de não existir regra no ordenamento jurídico fixando a figura do promotor natural.

Ora, os arts. 5º, LIII, 127, § 2º, e 128, § 5º, I, b, da CF/88 e os arts. 10, IX, g, 15, VIII, 24 e 33, V, entre tantos outros da LONMP, são regras embebidas pelo *princípio do promotor natural*. Todas elas possuem um sentido nuclear: o de que não é possível extirpar as atribuições de um órgão de execução ou substituir um membro da instituição titular de um órgão de execução por outro, salvo exceções expressas.

Então, as regras dispostas na LONMP são consectários lógicos do mandamento constitucional contido, entre outras regras, no art. 5º, LIII. Titular de parcela da soberania do Estado, o agente ministerial (Promotor ou Procurador de Justiça) há de ser *natural*, pois todo processado (penal ou civilmente) tem o direito de o ser pelo agente titular do cargo criado pela lei, independentemente de influências estranhas ao exercício de suas atribuições. É o que Canotilho (2000, p. 1041) denomina *princípio-garantia*: “[...] que visa instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos; é-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante positiva e negativa.” E essa força determinante foi condensada em diversas regras constitucionais (arts. 127, § 2º, e 128, § 5º, I, b da CF/88) e infraconstitucionais (como as da LONMP), efetivando aquela garantia constitucional que está protegida pela cláusula do § 4º do art. 60 da *Lex Mater*.

Assim, embora acreditando na Corte Constitucional e nos votos dos augustos Ministros que enxergam o verdadeiro sentido e natureza do MP, padroeiro da sociedade no embate contra interesses espúrios, é preciso que fiquemos atentos e alertas a mais essa tentativa de fragilização institucional.

Referências Bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo:

¹⁰ Próprio das Constituições liberais – em que a realidade coincidia com os textos constitucionais – e que, nas palavras do mestre Bonavides (2000, p. 114), negava “a lacunosidade do ordenamento jurídico, todos os problemas que não encontram uma solução lógica contida no sistema são comodamente afastados como pseudoproblemas, acarretando assim, sobretudo na esfera constitucional, um alheamento da realidade, um verdadeiro abismo de contradições entre o rigor dedutivista da Constituição formal e as exigências vitais e inarredáveis da Constituição real.”

Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural: atribuição e conflito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

A SUPRESSÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO COMO (MAIS UM) OBSTÁCULO À EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO PENAL – REVISITANDO O PARADIGMA BEHAVIORISTA¹

RODRIGO IENNACO DE MORAES

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais
UFMG

SUMÁRIO: 1 A moderna criminologia – uma ciência empírica e transdisciplinar – 2 A vertente psicológica da criminologia – breve nota sobre o comportamentalismo – 2.1 Alguns aspectos da execução penal no Brasil – a supressão do exame criminológico – 3 Conclusão

1 A MODERNA CRIMINOLOGIA – UMA CIÊNCIA EMPÍRICA E TRANSDISCIPLINAR

Na conferência que inaugurou o 1º Congresso Nacional do Ministério Público, em junho de 1942, no Teatro Municipal de São Paulo, Nelson Hungria defendeu, com o brilho que lhe era peculiar, o divórcio irremediável entre os saberes criminológicos e jurídico-penais, influenciando, desde então, diversas gerações – no foro e na academia. De lá para cá, seja sob as brumas neokantistas (BATISTA, 2001, p. 27 et seq.) da época, seja por reminiscências positivistas no modelo científico, verificou-se entre nós não apenas a dissociação entre o direito penal e essa *Teta de Penélope* que se intitula *Criminologia* mas também a afirmação do tecnicismo jurídico no estudo do direito penal positivo². A Criminologia, a seu turno, foi relegada a um plano secundário, sobretudo nos programas dos cursos de Direito, que prestigiavam o dogmatismo em detrimento do saber empírico, em contato com os acontecimentos, preocupados em conhecer e transformar a realidade social.

O discurso dominante encontrou campo fecundo no solo do ensino superior brasileiro, em que o curso de Direito foi *reservado*, tradicionalmente, para a formação elitista das camadas privilegiadas da população. Erigiu-se, assim, um saber acessível exclusivamente à classe dominante que, recorrendo a

¹ Texto adaptado de trabalho apresentado em *workshop* (*Sanções penais e políticas penitenciárias: da necessidade de superação da abordagem behaviorista na aplicação dos institutos da execução penal*), no XIII Congresso Mundial de Criminologia, promovido pela *Société Internationale de Criminologie*. Cf. ainda, MORAES (Do paradigma..., 2003).

² BATISTA, Nilo *apud* SANTOS, 2000, p. X-XI.

abstrações normativas, *aplicava* o Direito e, mantendo-se longe da realidade da maioria do povo, despersonalizava os conflitos.³ Fora o componente ideológico de tais observações, pode-se diagnosticar entre os que atuamos na seara do Direito Penal, atualmente, o autêntico desconhecimento dos matizes que a criminalidade moderna apresenta. Noutras palavras, apesar de identificarmos o crescimento da criminalidade e procurarmos explicá-la e compreendê-la, recorremos tão-somente ao exercício nato da *intuição*, exercício filosófico, não-científico. Somos capazes de perceber a realidade, acumulando dados, não de conhecê-la. Daí nossa dificuldade, no desenvolvimento de pesquisas de campo, em estabelecer padrões estatísticos confiáveis e em interpretá-los com eficiência. Se não conhecemos o problema social, não podemos apresentar soluções ou, quando as apresentamos, recorremos ao modelo de ciência que temos sedimentado em nossa formação. Nesse caso, as *soluções* repousam, com destaque, no plano legislativo (normativo), como fruto do raciocínio hegemônico da dogmática jurídica. A realidade não se altera.

Enquanto no Brasil a formação jurídico-penal permaneceu, como regra, atrelada a uma visão epistemológica positivista, técnico-jurídica e eminentemente dogmática, preterindo-se a efetiva contribuição do saber criminológico à formação do *jurista*, a criminologia, paradoxalmente, ganhava fôlego. A moderna criminologia, com efeito, ampliou seu objeto e, com isso, seu campo de atuação, para incluir entre seu domínio, inclusive, a problematização do sistema (de controle) social.

A criminologia, encarando o crime como problema individual e social, ilumina-se com uma postura crítica para a investigação e compreensão dos *fatores variáveis e correlações* que envolvem o comportamento criminoso, deixando para traz a postura causal, etiológico-explicativa do modelo clássico de ciência. Admitindo a limitação do próprio saber científico, a natureza empírica da criminologia significa que se baseia mais em *fatos* que em opiniões, mais na *observação* que nos discursos ou silogismos⁴. A criminologia, porque pretende explicar a realidade (e transformá-la), procura conhecê-la. Para tal desiderato, compartilha dos saberes de outras disciplinas (interdisciplinariedade), figurando como instância superior que corrige as conclusões particulares, compartimentadas, conferindo-se uma visão peculiar, criminológica (transdisciplinar).

Verificando os modelos teórico-explicativos do comportamento criminoso, podemos identificar o destaque de três correntes, quanto à influência característica de outros ramos do saber: a *biologia*, a *psicologia* e a *sociologia*. (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 215). Quanto aos modelos de

³ Sobre a crítica ao modelo clássico de justiça penal ver GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 119 et seq.

⁴ KAISER, Günther *apud* GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 44.

cunho *psicológico*, temos ainda uma sub-divisão, também em três níveis: *psicologia*, *psicopatologia* e *psicanálise criminal*. (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 252). No presente estudo, procuramos colocar em relevo, no âmbito das teorias psicológicas da aprendizagem, a origem do movimento comportamentalista e sua influência na afirmação da *psicologia conductista* – seguindo-se, por último, o exercício crítico em prol da recuperação dos postulados da *psicanálise criminal* em sede de execução penal. (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 260 e 280 et seq.).

2 A VERTENTE PSICOLÓGICA DA CRIMINOLOGIA – BREVE NOTA SOBRE O COMPORTAMENTALISMO

Aproximadamente quarenta anos após o advento da psicologia, operou-se, sobretudo nos Estados Unidos, profunda evolução no modelo científico, passando-se de uma visão estruturalista para funcionalista.⁵ Nesse contexto, nos idos de 1913, como reação às escolas estruturalista e funcionalista, eclode o movimento behaviorista⁶ que assume, então, papel preponderante na vida cultural e social da época. Seus princípios básicos indicavam uma psicologia preocupada unicamente com atos observáveis de conduta, objetivamente descritos em termos de estímulo e resposta – uma ciência do comportamento⁷, experimental, demonstrável empiricamente⁸.

⁵ A fundação de uma ciência da psicologia é atribuída a Wilhelm WUNDT, que reuniu, à luz do espírito positivista, os métodos da ciência natural que estavam sendo utilizados, em meados do séc. XIX, para explicar os fenômenos mentais e o modelo empirista para a descrição do funcionamento dos sentidos. A partir dos estudos de Wundt, assinalou-se o início da primeira posição sistemática ou escola de pensamento em psicologia: o estruturalismo, sistematizado pelos estudos de Edward Bradford TITCHENER. Os funcionalistas re-escreveram as regras da psicologia, afastando-se gradativamente dos conceitos estabelecidos por Wundt e Titchener: o valor da introspecção e a existência de elementos mentais foram sendo questionados, defendendo-se a necessidade de a psicologia manter-se *pura* (SCHULTZ; SCHULTZ, 1994, p. 72 e 75-76).

⁶ O líder do movimento behaviorista foi o psicólogo americano John Broadus WATSON, sendo marcante a influência exercida pela filosofia objetivista e mecanicista, pelo funcionalismo e, com destaque, pela psicologia animal (Edward Lee THORNDIKE e Ivan Petrovich PAVLOV). (SCHULTZ, 1990, p. 198).

⁷ Watson usou as descobertas e os métodos da psicologia animal como base para o desenvolvimento de uma ciência do comportamento (objetiva e empírica). Seu objetivo é a predição e o controle do comportamento, compreendido este em termos de estímulo e resposta, de formação de hábito, integrações de hábito etc.

⁸ O pesquisador estabelece as condições do experimento e observa como o sujeito responde às condições. Para melhor compreensão do método, em que o homem passa a ser visto como objeto de observação, *uma máquina estímulo-resposta*, (SCHULTZ, 1990, p. 232). Sobre as teses fundamentais do behaviorismo, ver Moraes (Behaviorismo..., 2003). Sobre as teorias da aprendizagem social (ou sócio-comportamentalistas), em que se nota *uma ênfase mais flexível* nos

O behaviorismo tem como ponto de partida o fato observável de que os organismos (animais ou humanos) se ajustam ao ambiente a partir do equipamento hereditário e do hábito. Em segundo momento, alguns estímulos levam os organismos a apresentar determinadas respostas. Conhecendo-se a resposta, portanto, é possível prever o estímulo; dado o estímulo, é possível prever a resposta. Reduzido ao nível de estímulo e resposta (visão mecanicista), o comportamento poderia, então, ser compreendido, antevisto e, principalmente, controlado objetivamente, em detrimento de variáveis mentais não-demonstráveis⁹. Todo esse ideário, agrupado como sistema, aponta a relevância dos trabalhos de Watson ao propor o behaviorismo metodológico (perspectiva de uma ciência do comportamento objetiva). A transição para o behaviorismo radical completa-se com Skinner¹⁰, a partir de um programa para o *controle comportamental da sociedade* e da introdução de técnicas de *modificação de comportamento*.

Para Skinner, a tarefa da investigação científica consiste em estabelecer relações funcionais entre as condições antecedentes de estímulo controladas pelo experimentador, empiricamente, e a resposta subsequente do organismo¹¹. Já na situação de condicionamento proposta por Pavlov, um estímulo conhecido é relacionado a uma resposta, sob condições de reforço. Skinner denominou *comportamento respondente* a resposta comportamental suscitada por um estímulo específico e observável; e *comportamento operante* o que ocorre sem quaisquer estímulos externos observáveis¹². Assim, a resposta é

processos cognitivos, ver BRUNER, Jerome Seymour *apud* SCHULTZ; SCHULTZ, 1994, p. 288. Sobre os rumos atuais do comportamentalismo, sobretudo após a morte de Burrhus Frederic SKINNER, em 1990, ver BANDURA, Albert; ROTTER, Julian B. *apud* SCHULTZ; SCHULTZ, 1994, p. 288-292 e 400-404.

⁹ Termos como *imagem*, *mente* e *consciência* – remanescentes da filosofia mental – perdiam o significado, o mesmo acontecendo com as técnicas de introspecção, que pressupunham a existência de processos conscientes. Há a negação do instinto: haveria, na verdade, respostas socialmente condicionadas, em negação à existência de capacidades, temperamentos ou talentos hereditários. A influência irresistível do ambiente é enfatizada: o indivíduo adulto seria o produto do condicionamento durante a infância, assumindo a aprendizagem, portanto, posição fundamental. As emoções, na ciência behaviorista, são respostas corporais a estímulos específicos (WATSON *apud* SCHULTZ, 1990, p. 235-236). Quanto aos aspectos emocionais, ver Schultz, 1990, p. 237.

¹⁰ Skinner (1904-1990) nasceu e foi criado numa pequena cidade da Pensilvânia, tornando-se o mais importante e influente behaviorista do mundo contemporâneo. Seu interesse, antes de explicar o comportamento, é descrevê-lo (SCHULTZ; SCHULTZ, 1990, p. 276).

¹¹ O comportamentalismo descritivo estrito proposto por Skinner tem sido chamado de abordagem do organismo vazio. (SCHULTZ; SCHULTZ, 1994, p. 280).

¹² No laboratório de Pavlov, o cão nada pode fazer senão responder ao estímulo oferecido pelo experimentador, não agindo *por conta própria*; o comportamento operante do rato na caixa de Skinner (*aparelho de condicionamento operante*) é instrumental na obtenção do estímulo (alimento), não recebendo a recompensa alimentar (estímulo reforçador) enquanto não oferece o comportamento adequado (acionar a alavanca). (SCHULTZ, 1990, p. 278).

aparentemente espontânea, não se relacionando a qualquer estímulo observável conhecido. Isso não significaria, segundo Schultz, a inexistência de estímulo provocador da resposta; apenas nenhum estímulo é identificado quando ocorre a resposta. A abordagem mais eficiente de uma ciência do comportamento, segundo Skinner, é o estudo do condicionamento e da extinção dos comportamentos operantes¹³.

O programa de Skinner para o controle comportamental da sociedade existe apenas na ficção, mas o controle ou modificação do comportamento de pessoas (e pequenos grupos) é consideravelmente difundido, ainda que sem adesão formal, sendo a modificação do comportamento mediante o reforço positivo¹⁴, técnica usual nas escolas, prisões etc. A partir das idéias do *controle*

¹³ O comportamento operante no homem envolve a solução de problemas, reforçado por aprovação verbal ou pelo conhecimento de ter sido dada a resposta correta (SCHULTZ, 1990, p. 278). A pesquisa inicial de Skinner demonstrou o papel necessário do reforçamento no comportamento operante. Na caixa de Skinner, toda vez que o rato aciona a alavanca (resposta correta) tem seu comportamento reforçado com o recebimento de alimento. A única área em que Skinner vê diferenças entre o rato e o homem é a do comportamento verbal (SCHULTZ; SCHULTZ, 1994, p. 284). Porém, como no mundo dos comportamentos reais nem sempre o reforçamento é tão consistente e contínuo como no *mundo da caixa*, Skinner concentrou seus esforços na influência comportamental exercida pelo reforçamento intermitente. Skinner realizou muitas pesquisas sobre problemas de aprendizagem, incluindo, entre outros temas, o papel da punição na aquisição de respostas e o efeito de diferentes esquemas de reforçamento, procurando desenvolver uma *tecnologia do comportamento*: um programa de controle do comportamento, transpondo os resultados obtidos em laboratório para toda a sociedade. Em 1948, Skinner publica o romance *Walden Two*, em que descreve uma comunidade rural de mil pessoas, onde todos os aspectos da vida, desde o nascimento, são *controlados* pelo reforçamento (SKINNER, 1977). Numa visão mecanicista e determinista, em oposição à idéia de livre-arbítrio, o behaviorismo experimental de Skinner defende a possibilidade de controle do comportamento humano pelo uso apropriado do reforçamento positivo: 'Devemos esperar descobrir que aquilo que o homem faz é o resultado de condições que podem ser especificadas e que, uma vez determinadas, poderemos prever e até certo ponto determinar suas ações. [...] não se deve deixar a questão da liberdade pessoal interferir com a análise científica do comportamento humano [...]. Não podemos esperar vantagens aplicando os métodos da ciência ao comportamento humano se, por alguma estranha razão, nos recusamos a admitir que o nosso objeto de pesquisa possa ser controlado.' (SKINNER *apud* SCHULTZ, 1990, p. 284-285).

¹⁴ A técnica de modificação do comportamento desviante atuaria nas pessoas da mesma forma como o aparato de condicionamento operante é manipulado para modificar o comportamento de ratos (caixa de Skinner): reforçando o comportamento desejado e não reforçando o indesejado. No modelo skinneriano, não se usa a punição: ninguém é punido por não exibir o comportamento desejado; as pessoas são reforçadas (ou recompensadas) quando seu comportamento sofre mudanças positivas (SCHULTZ; SCHULTZ, 1994, p. 286). No âmbito da aplicação do behaviorismo à criminologia, do ponto de vista prático, as ações meritórias seriam reforçadas pela comunidade, ações condenáveis seriam *punidas*. Se é pragmática a punição dos comportamentos inadequados, também assim deveria funcionar com o reforçamento dos comportamentos desejáveis. O poder público gerenciaría o comportamento social com maior eficiência se tomasse decisões sobre reforço e punição com maior transparência, abertamente. A eficiência seria maior quanto maior fosse o fortalecimento do comportamento desejável com reforço positivo, em detrimento de métodos aversivos. Controle do comportamento por meio de ameaças e punições

comportamental da sociedade, verificou-se, sobretudo nos Estados Unidos, uma crescente aplicação da *tecnologia científica* ao campo da modificação do comportamento carcerário.¹⁵ Em várias instituições prisionais estadunidenses, processos e métodos baseados nos postulados behavioristas foram empregados: economia de fichas, sistemas estratificados, recompensas em forma de privilégios, condicionamento aversivo etc.¹⁶ Ainda hoje, embora com mecanismos diversos, a abordagem comportamentalista permanece como referencial para os sistemas de recuperação social de criminosos.

2.1 Alguns aspectos da execução penal no Brasil – a supressão do exame criminológico

Na concepção original da Lei de Execução Penal – LEP (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), o comportamentalismo aparece de forma moderada, relacionado mais à disciplina carcerária, elegendo-se também outras referências teóricas, inclusive mentalistas (psicanalíticas?), como instrumentais à

pode funcionar a curto prazo, mas resulta em rebeldia e desafeto a longo prazo. Um comportamento anti-social modelado por uma longa história de reforço não pode ser alterado, muitas vezes, com a superposição de uma nova contingência artificial de reforço. Prevenir o crime, em muitas circunstâncias, é prover uma história de reforço para o comportamento de *respeito pelo bem jurídico*. (BAUM, 1999, p. 199-200). Quanto à visão mecanicista e determinista, ver McCONNELL, Jamis V. *apud* GEISER (1977, p. 77-78). Sobre as técnicas de modificação do comportamento criminoso, ver Geiser (1977, p. 16 e 76). É importante registrar que Skinner era um humanitário, que tinha por meta uma vida melhor para as pessoas e a sociedade, apesar da natureza mecanicista do sistema que propôs. Assim, as técnicas empregadas na prática institucional, adquirindo contornos punitivos, não devem ser atribuídas ao sistema skinneriano. (SCHULTZ; SCHULTZ, 1994, p. 287). Sobre como, gradativamente, as técnicas de modificação de comportamento usadas nas prisões norte-americanas transformaram-se em formas de punição, ver GEISER (1977, p. 78).

¹⁵ Referência bastante ilustrativa é a veiculada pelo cinema, transportando para a ficção a idéia-chave das técnicas de controle do comportamento desviante, com o filme *Laranja Mecânica*, dirigido por Stanley Kubrick e baseado no romance *A Clockwork Orange*, de Anthony Burgess. A respeito: BELO (2001).

¹⁶ O primeiro trabalho de modificação do comportamento com adultos, numa prisão de segurança máxima, foi feito na penitenciária de Draper, em Elmore (Alabama). Cuidava-se de um programa de economia de fichas, baseado no reforço positivo ao preso que colaborava com a manutenção do estabelecimento, com a organização pessoal de acordo com o desempenho no trabalho ou nos estudos. Os pontos conquistados, representados por fichas, eram gastos com TV, sinuca, cigarros, cinema etc. Após a experiência da penitenciária de Draper, a técnica se espalhou para a maioria dos estados norte-americanos e tornou-se referência ao sistema federal. Em 1964, na prisão de Somers (Connecticut), foi desenvolvido um programa de tratamento para criminosos sexuais. Aos pedófilos eram projetadas, numa tela, fotos de crianças nuas. Ao olharem as imagens, recebiam um choque de eletrodos presos à parte interior das coxas. O choque, apesar de baixa intensidade, liquidaria as fantasias sexuais, a partir da associação com a sensação de mal-estar. A finalidade é associar crianças como objetos sexuais à emoção do medo: contracondicionamento aversivo.

ressocialização do indivíduo. O sistema penitenciário brasileiro, no plano teórico, preocupa-se (ou preocupava-se) não apenas com o comportamento carcerário mas também com o comportamento do indivíduo em liberdade, principalmente para prevenção da reincidência. Com efeito, no sistema concebido pela LEP, constata-se a preocupação do legislador também com os aspectos internos identificadores da personalidade do criminoso, visando interferir, por intermédio da individualização (e personalização) da pena, na formação e substituição de valores. Nesse sentido, declara-se como objetivo da execução penal “[...] proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e o internado” (art. 1º). Tal mister apenas seria alcançado a partir do *conhecimento* do sujeito (seu histórico psicológico, familiar, sociológico etc.), *classificado* (art. 5º) segundo a sua personalidade, como condição de individualização do *tratamento*. A par da classificação e da submissão a exame criminológico (ARAÚJO; MENEZES, 2003, p. 3), nos moldes do que previa o art. 8º, também o modelo assistencial tem por escopo o amparo ao preso e a preparação para o retorno à liberdade (art. 22), a partir da valorização do sujeito (resgate de valores éticos, sociais e religiosos) e de sua mobilização para o trabalho (valor social de referência, art. 28).

Cuida-se de contracondicionamento porque sua finalidade é condicionar uma resposta negativa (aversiva) a um estímulo que, por condicionamento anterior, provocava uma resposta positiva. Quando a foto de criança é substituída pela de uma mulher, o choque cessa. Essa técnica de modificação de comportamento é mais próxima do modelo clássico de condicionamento proposto por Pavlov do que do reforço negativo de Skinner, haja vista que o choque não cessa em virtude de qualquer comportamento do preso. O processo é de condicionamento respondente: sua finalidade é condicionar uma resposta agradável a um estímulo que anteriormente provocava uma resposta negativa. A primeira parte, cujo propósito é eliminar o comportamento criminoso indesejado, não passa de um modelo de punição. Com base no modelo institucional da penitenciária de Patuxent (Maryland), foi iniciado, em 1972, o START (tratamento especial e treinamento de reabilitação), programa idealizado como protótipo para a modificação do comportamento nas prisões federais norte-americanas, a partir do Centro Médico Federal para prisioneiros em Springfield (Missouri). Patuxent, fundada em 1955 como *prisão reabilitadora modelo*, era um centro total, misto de hospital psiquiátrico e instituição prisional. O programa consistia num sistema gradativo de quatro planos, com recompensas para o comportamento socialmente desejado. A exemplo da pesquisa de laboratório, onde os animais em estado de privação (fome etc.) são mais suscetíveis ao comportamento reforçável, o programa estabeleceu seu primeiro nível no confinamento solitário (poço de segregação): uma cela de 1,80m por 2,7m, sem qualquer contato com o mundo exterior, com ventilação, iluminação e aparelho sanitário deficientes, onde permanecia por trinta a sessenta dias, até que o prisioneiro *estivesse disposto a pedir ajuda*. Na medida que o prisioneiro se esforçava para ascender ao nível mais elevado, adquiria privilégios como mesas de sinuca, TV, direito de pintar e decorar a própria cela etc. Apenas os prisioneiros do terceiro e quarto níveis poderiam pleitear o livramento condicional. Em 1971, o Tribunal de Maryland condenou o programa de modificação de comportamento de Patuxent, cujas bases serviram de modelo para o START, por suas punições cruéis. O programa foi abandonado em 1974, em meio a acusações de seleção e transferência forçada dos participantes, punições cruéis e violação de direitos humanos. Os programas de controle de comportamento, da forma como foram empreendidos nos Estados Unidos, berço da psicologia comportamentalista objetiva, passaram a ser questionados sistematicamente, pela opinião pública por meio da imprensa e, inclusive, judicialmente por

O sistema, propriamente dito, é estruturado, teoricamente, de maneira escalonada: o regime fechado é cumprido na Penitenciária (art. 87); o semi-aberto em Colônia Agrícola, Industrial ou similar (art. 91); o aberto em Casa do Albergado (art. 93). Em todos os regimes, observadas as peculiaridades, o aspecto referencial é o trabalho (art. 25), estimulado ainda pela remição (art. 126).

Enfim, o que se observa é que a LEP não se mostrou atrelada à questão comportamental do preso. Pretendeu que o sistema fosse capaz de *introjetar* valores, modificar conceitos e personalidade, interferindo em seu processo de formação mentalista. Até mesmo a progressividade da execução (art. 112) estaria condicionada ao parecer da Comissão Técnica de Classificação – CTC e ao exame criminológico (e aos seus resultados), o que só seria possível por meio de um acompanhamento individualizado do preso.

Na prática, o que se vê é a deturpação absoluta do aparato normativo: presos definitivos em estabelecimentos destinados a presos provisórios; presos de regimes distintos submetidos ao mesmo tratamento; ausência de condições para o trabalho; inexistência de estabelecimentos prisionais de característica industrial (semi-aberto); insuficiência de colônias agrícolas; corrupção e ausência de classificação, individualização e assistência efetivas.

Se, no plano estrutural, o sistema entrou em colapso antes mesmo de sua efetiva implantação, a situação judiciária não é diferente. O que se constata é a perpetuação de uma interpretação *comportamentalista* na aferição meritória dos institutos da execução penal. A *classificação* se restringe ao comportamento carcerário. Cumprido o requisito objetivo-temporal para o benefício, revelado comportamento satisfatório no cárcere, não mais se indaga a real possibilidade de integração no convívio social pacífico. Na prática forense, o que se exige para a saída temporária é o comportamento adequado (art. 123); para progressão de regime, o *mérito* se traduz em cumprimento dos deveres (art. 39) com *disciplina* carcerária (art. 44); para o livramento condicional, comportamento satisfatório (art. 83, III, do CP e 131, da LEP). No caso de crimes hediondos, o regime *legal* integralmente fechado (para alguns, inconstitucional; para o STF, não!) é transformado, na condenação *judicial*, em regime inicialmente fechado. A progressão ao regime semi-aberto é deferida, portanto, cumprido um sexto da pena, baseada em atestado carcerário firmado pelo agente de segurança pública (que certifica o comportamento, fazendo as vezes do “conhecimento multidisciplinar para fins criminológicos” – exames criminológico e de classificação). Uma vez no regime semi-aberto, o preso não pode, à falta de estabelecimento prisional adequado ao regime, permanecer *fechado*, submetido a regras mais rigorosas. Portanto, como o trabalho é direito do preso e o Estado não o disponibiliza, autoriza-se o trabalho externo, sem fiscalização, com recolhimento à noite e aos finais de semana. Na prática, o regime semi-aberto é transformado em aberto. Cumprido mais um sexto da pena, mantido o *bom comportamento*, agora representado pelo recolhimento à prisão a tempo e modo

determinados, há nova progressão: regime aberto. Como o estabelecimento não é o adequado – e em muitos casos estamos falando ainda da cadeia pública –, defere-se, *praeter legem*, prisão domiciliar, via de regra cumprida também sem qualquer acompanhamento efetivo. Nesse ciclo, cuja ilustração acima pode parecer simbólica e sensacionalista para os mais otimistas com relação à efetividade de nosso sistema, merecem destaque dois expedientes, fundamentais para a compreensão da lógica institucional, seja estrutural do sistema carcerário, seja instrumental do aparelho judiciário: o atestado de comportamento firmado pelo carcereiro e a proposta de trabalho, sem qualquer repercussão trabalhista ou previdenciária (quanto à remuneração ou outros direitos do preso), firmada por qualquer suposto empregador.

Fato é que a classificação e o exame criminológico foram previsões legais que se frustraram. Muitos presos definitivos permaneciam (como permanecem ainda) encarcerados em estabelecimentos inadequados, destinados a presos provisórios (cadeias ou presídios) sob a custódia da Polícia, onde não havia aparato técnico suficiente para a realização de análise interdisciplinar do preso. Mesmo quando o exame era realizado, na maioria das vezes se argumentava, no cotidiano forense, que os dados mentalistas (relacionados, portanto, à personalidade, caráter, valores) seriam subjetivos, não servindo de critério para indeferimento de direitos públicos subjetivos do condenado. A formação de um saber criminológico (seja do ponto de vista social, assistencial ou psicológico) no âmbito do sistema penitenciário demanda investimento, sem que os resultados possam ser quantificados de maneira imediata (ou imediatista). Logo, a solução preconizada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, foi a supressão do exame criminológico¹⁷. Suprimiu-se, no mesmo passo, a possibilidade de superação do comportamentalismo como única fonte de conhecimento do comportamento no cárcere. Empobreceu-se o discurso criminológico, declarou-se a falência de uma empresa que nunca foi posta em atividade produtiva. Ainda que se pudesse defender a possibilidade de realização, ainda com base na novel previsão legislativa, do exame criminológico, permaneceriam algumas indagações. Poderia, com base em exame cuja previsão de realização foi extirpada do texto legal, ser negada a progressão de regime, o livramento condicional etc.? Haverá no sistema, dentro em breve, profissionais qualificados que o realizem?

¹⁷ Sobre a possibilidade de realização de exame criminológico e emissão de parecer de CTC, mesmo após o advento da Lei nº 10.792/03, ver, em sentido contrário ao do texto, Isoldi Filho (2004, p.3-4).

3 CONCLUSÃO

O que se pretende demonstrar é que a LEP, na sua estrutura sistemática original, que para alguns era anacrônica, para outros até autoritária (LOPES JÚNIOR, 2003, p. 11-13), para a qual se preconizava (e se preconiza sempre) severa reformulação (com ares de inconstitucionalidade), jamais foi implementada.

O Estado concebe o preso como objeto de atenção paternalista, num pacto entre direção de estabelecimento e *liderança* de presos, que ditam as regras de um código particular de valores e que representam, na verdade, fator de *dessocialização*.

O bom comportamento carcerário pode representar adaptação às regras da prisão, que se distanciam gradativamente das regras do convívio social em liberdade.

Por outro lado, em juízo, a execução penal permanece atrelada ao dado comportamentalista para concessão de benefícios, relegando à inutilidade os aspectos inerentes à personalidade do indivíduo e à sua efetiva possibilidade de integração social, como ato de vontade, intenção deliberada em incorporar valores sociais, morais e éticos talvez por isso, por se distanciar do sistema estatal, o método APAC represente, atualmente, uma das poucas esperanças em favor do ideal de *ressocialização*.

No contexto da execução penal, o comportamentalismo aparece como referência à avaliação meritória do condenado para aquisição de benefícios legais. Quanto a esse aspecto, a supervalorização pragmática da abordagem comportamentalista, agora afirmada, também, com a supressão do exame criminológico, representa obstáculo à efetivação do ideal ressocializador da pena, haja vista que a exteriorização do comportamento carcerário, submetido a regras dessocializadoras, não corresponde ao comportamento que se espera, em liberdade, do condenado.

Sob certas condições, em contextos sociais fechados como a prisão, poderíamos admitir que a modificação do comportamento trouxesse resultados, apesar da dificuldade em se admitir um modelo disciplinar – com todos os seus problemas e questionamentos políticos e constitucionais (A EXECUÇÃO..., 2003, p. 1) sem punição (art. 53 da LEP) – mas raramente em contextos sociais abertos, naturais. A manutenção do comportamento modificado, após o retorno ao convívio social livre, encontraria sua limitação na própria estreiteza do método behaviorista.

A visão mecanicista do homem, como uma máquina que interage em termos de estímulo-resposta, a ignorância da reciprocidade entre o homem e a comunidade em que se insere; sua limitação, enfim, para controlar a multiplicidade de fatores externos que atuam sobre o indivíduo numa sociedade aberta, além da desconsideração de fatores introspectivos, revelam a limitação da vertente comportamentalista, quando posta em desequilíbrio com outros

aspectos de relevo como referência exclusiva ao estudo do sistema penitenciário.

Parece urgente uma reflexão crítica (e na medida do possível infensa ao discurso demagógico) sobre a formação e desenvolvimento da argumentação jurídica em torno dos institutos da Execução Penal. Parece urgente, sobretudo, o reconhecimento de que as soluções para o problema da crescente criminalidade passam, antes, pela *revolução* do estudo e da pesquisa (empírica) *criminológica* no Brasil (e não no estudo dogmático, normativo e abstrato do direito penal!), pela incorporação dos diversos saberes (inter)disciplinares numa ciência plural, capazes de fomentar o desenvolvimento de alternativas à sistemática de execução da sanção penal, ou pelas medidas capazes de estruturar um sistema que, além de mais humano, seja aplicado de verdade de preferência com eficácia resolutive!

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Cláudio Theotônio Leotta de; MENEZES, Marco Antônio de. Em defesa do exame criminológico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 129, p. 3, ago. 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BAUM, William M. *Compreender o behaviorismo: ciência, comportamento e cultura*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

BELO, Warley Rodrigues. *A Laranja mecânica: comentários criminológicos sobre a violência juvenil*. Disponível em <<http://www.direitopenal.com.br>>. Acesso em 09 jun. 2001.

A EXECUÇÃO penal e a ideologia da disciplina. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 123, p. 1, fev. 2003. (Editorial).

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 4. ed.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GEISER, Robert L. *Modificação do comportamento e sociedade controlada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. Exame criminológico, parecer da CTC e a nova Lei nº 10.792/03. *Boletim do SINDI-MP*, Belo Horizonte, p. 3-4, fev. 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 123, p. 11-13, fev. 2003.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. Behaviorismo e criminologia: controle do comportamento desviante. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 261-280, abr./jun. 2003. Disponível em <<http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=877>>. Acesso em 29 nov. 2002.

_____. *Do paradigma comportamentalista com um obstáculo à efetividade da execução penal*. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 09 out. 2003.

SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SCHULTZ, Duane P. *História da psicologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1990.

SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. *História da psicologia moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 1994.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Walden two: uma sociedade para o futuro*. Tradução de Rachel Moreno e Nelson R. Saraiva. São Paulo: Ed. Pedagógica e Universitária, 1977.