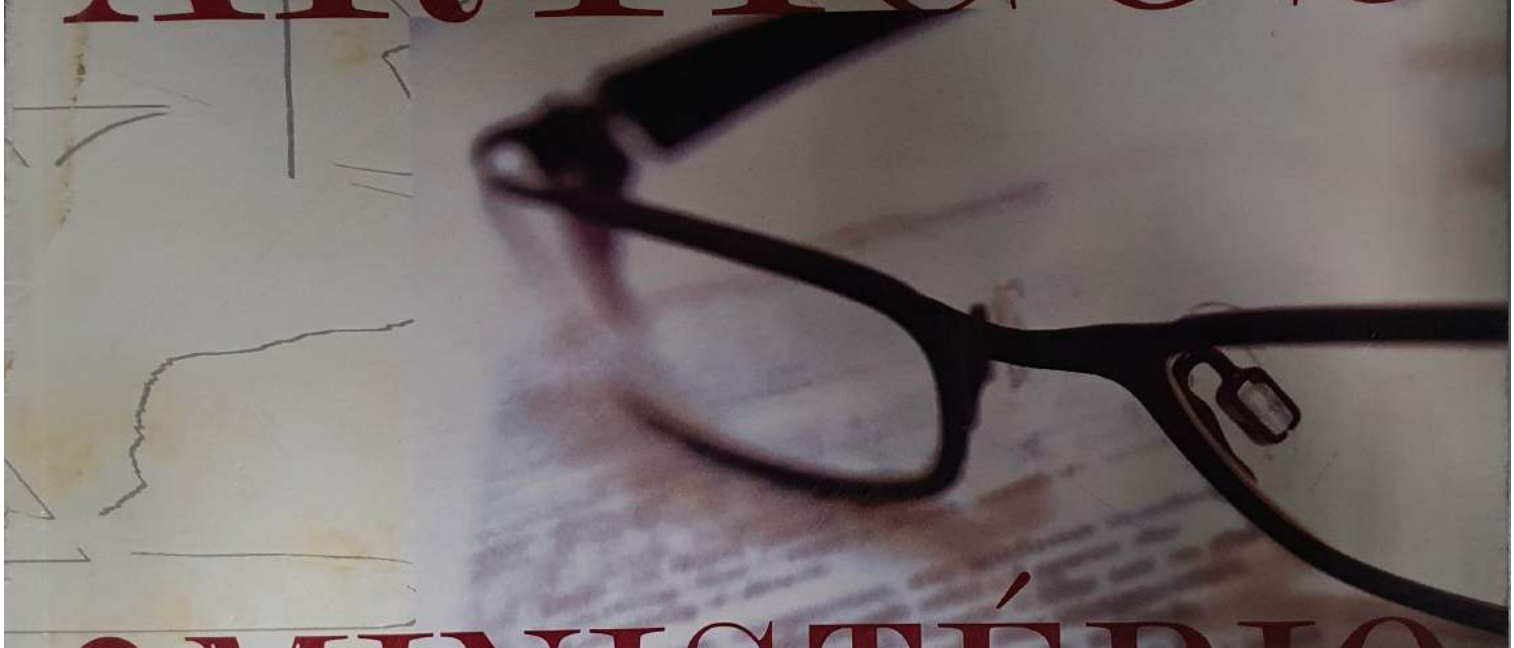
D.F.T.
MÔNIO
633

REVISTA DE ARTIGOS



DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Nº 4

REVISTA DE ARTIGOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Brasília - 2010

REVISTA DE ARTIGOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Praça do Buriti, Eixo Monumental, Lote 02
Ed. Sede do MPDFT, 9º andar Brasília-DF
CEP: 70091-900, Telefone Geral: (61)3343-9500
Ouvidoria: 127
Home-Page: www.mpdft.gov.br
e-mail: procuradoriageral@mpdft.gov.br

Ficha catalográfica elaborada na Biblioteca do MPDFT

Revista de Artigos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios / Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. – N. 4 (2010). – Brasília: MPDFT, Procuradoria Geral de Justiça, 2010.

Semestral.

1. Direito – Periódico. I. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

CDD 340

Tiragem: 2.000 exemplares

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

LEONARDO AZEREDO BANDARRA
Procurador-Geral de Justiça

MARIA APARECIDA DONATTI BARBOSA
Vice-Procuradora-Geral de Justiça

LENIR DE AZEVEDO
Corregedora-Geral

KAREL OZON MONFORT COURI RAAD
Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça

MOISÉS ANTÔNIO DE FREITAS
Diretor-Geral

CONSELHO EDITORIAL

Componentes:

HELENA CRISTINA MENDONÇA MAFRA
Procuradora de Justiça

ROBERTO CARLOS SILVA
Promotor de Justiça

JOSÉ THEODORO CORRÊA DE CARVALHO
Promotor de Justiça

RODRIGO DE ABREU FUDOLI
Promotor de Justiça

KAREL OZON MONFORT COURI RAAD
Promotor de Justiça

CONSELHO SUPERIOR DO MPDFT

LEONARDO AZEREDO BANDARRA
Procurador-Geral de Justiça
Presidente

BENIS SILVA QUEIROZ BASTOS
Procuradora de Justiça
Vice-Presidente

MARIA DE LOURDES ABREU
Procuradora de Justiça

JOSÉ FIRMO REIS SOUB
Procurador de Justiça

CARLOS GOMES
Procurador de Justiça

TÂNIA MARIA NAVA MARCHEWKA
Procuradora de Justiça

MARIA APARECIDA DONATI BARBOSA
Vice-Procuradora-Geral de Justiça

MARTA MARIA DE REZENDE
Procuradora de Justiça

VÍTOR FERNANDES GONÇALVES
Procurador de Justiça

JOSÉ EDUARDO SABO PAES
Procurador de Justiça

LENIR DE AZEVEDO
Procuradora de Justiça
Corregedora-Geral

CÂMARAS DE COORDENAÇÃO E REVISÃO - COMPOSIÇÃO

(Atualizada em 19/03/2010)

CÂMARAS CRIMINAIS

1ª Câmara Criminal	
Portaria 1168, de 20.11.08 Mandato: 14/11/08 a 14/11/10	
Coordenador	Dr. Antônio Ezequiel de Araújo Neto
1º Membro Titular	Dr. Mário Perez de Araújo
2º Membro Titular	Dr. Libânio Alves Rodrigues
1º Membro Suplente	Dr. Adauto Arruda de Morais
2º Membro Suplente	Dr. Sérgio Eduardo Correia Costa Gomide

2ª Câmara Criminal	
Portaria 184, de 19.02.10 Mandato: 13/12/09 a 13/12/11	
Coordenador	Dr. Eduardo Albuquerque
1º Membro Titular	Dr. José Eduardo Sabo Paes
2º Membro Titular	Dra. Eunice Pereira Amorim Carvalhido
1º Membro Suplente	Dr. Fernando Cezar Pereira Valente
2º Membro Suplente	Dra. Marinita Maria da Silva

CÂMARAS CÍVEIS ESPECIALIZADAS

Portaria nº 1376, de 23.1105
Portaria nº 1279, de 19.12.2007
Portaria nº 305, de 16/03/2010 – Designação de novos Coordenadores

1ª Câmara Cível Especializada	
Patrimônio Público e Social	
Coordenadora	Dra. Suzana Vidal de Toledo Barros
1º Membro Titular	Dra. Ruth Kicis Torrents Pereira
2º Membro Titular	Dra. Conceição de Maria Pacheco Brito

2ª Câmara Cível Especializada	
Tributário e outros	
Coordenadora	Dra. Olinda Elizabeth Cestari Gonçalves
1º Membro Titular	Dra. Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub
2º Membro Titular	Dr. Vítor Fernandes Gonçalves

3ª Câmara Cível Especializada	
Meio Ambiente e Ordem Urbanística	
Coordenadora	Dr. Petrônio Calmon Fiho
1ºMembro Titular	Dr. José Valdenor Queiroz Júnior
2º Membro Titular	Dra. Maria de Lourdes Abreu

4ª Câmara Cível Especializada	
Saúde, Idoso e Portador de Deficiência	
Coordenador	Dra. Tânia Maria Nava Marchewka
1º Membro titular	Dra. Teresinha Florenzano
2º Membro Titular	Dr. Carlos Gomes

5ª Câmara Cível Especializada	
Fundações, Reg. Públicos, Criança e Adolescente, Mulher e Filiação	
Coordenador	Dr. Jair Meurer Ribeiro
1º Membro titular	Dra. Benis Silva Queiroz Bastos
2º Membro Titular	Dr. José Firmo Reis Soub

6ª Câmara Cível Especializada	
Consumidor e Educação	
Coordenadora	Dra. Maria Aparecida Donati Barbosa
1º Membro Titular	Dr. Roberto Carlos Silva
2º Membro Titular	Dra. Helena Cristina Mendonça Mafra

SUMÁRIO

DOUTRINA

Apresentação.....9

A interpretação como uma investigação zetética
Roberto Carlos Silva.....13

A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: uma análise da lei Nº. 12.015/2009
Thiago André Pierobom de Ávila.....53

Controle Abstrato de Constitucionalidade de Leis Orçamentárias – A anuncida revisão de jurisprudência do STF e a consagração de um novo instrumento de atuação do Ministério Público (ADI) no controle de constitucionalidade dos orçamentos públicos.
Luciano Coelho Ávila.....69

Crime organizado e terrorismo: uma relação simbiótica afetando a economia global.
Arinda Fernandes.....81

Fundação pública instituída pelo poder público com personalidade jurídica de direito privado.
José Eduardo Sabo Paes.....97

Análise das alterações sofridas na legislação processual penal: os procedimentos — (II).
Sergio Demoro Hamilton.....129

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a restrição de direitos como tutela penal e o devido processo legal.
Edimar Carmo da Silva.....149

O direito à identidade genética e o estado de filiação: Análise dos critérios definidores do vínculo de filiação e o direito ao conhecimento da origem biológica.
Rodolfo Cunha Salles.....171

Governantes em conflito com a lei.
Pedro Oto de Quadros.....209

Princípio constitucional da transparência na administração e ministério público: interrelações e possibilidades da accountability no Brasil.
Pedro Thomé de Arruda Neto.....231

Interface-direito-medicina baseada em evidência-saúde mental.
Tânia Maria Nava Marchewka.....251

O papel do ministério público na defesa da segurança dos cidadãos que comparecem aos espetáculos esportivos de futebol.
Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub.....277

A violência no casal heterossexual e a Justiça criminal – Estudos junto ao Juizado Especial Criminal em Brazlândia-DF.
Alessandra Campos Morato.....295

Democracia na gestão da segurança pública.
Antonio Henrique Graciano Suxberger.....331

Queixa-crime subsidiária e ação penal popular: análise de um caso concreto.
Diaulas Costa Ribeiro.....379

O estatuto disciplinar dos membros do ministério público.
Vitor Fernandes Gonçalves.....407

Ensaio sobre a inelegibilidade.
Guilherme Fernandes Neto.....435

A Evolução do Controle Abstrato de Constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.
Roberto Carlos Silva e Alexandre Rezende Gomes.....461

Normas Editoriais.....493

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que retomamos a publicação da Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

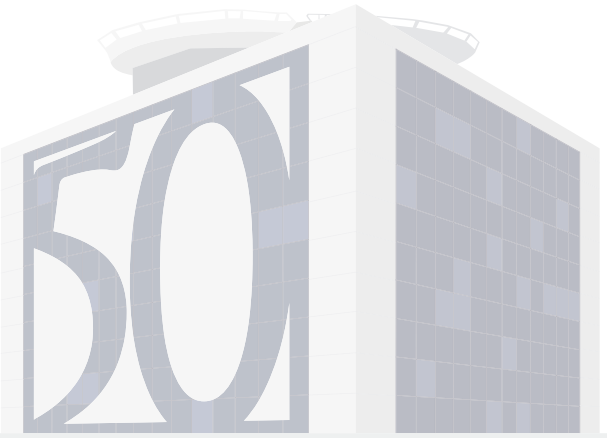
Nas últimas décadas, o Ministério Público ganhou enorme destaque social com o redimensionamento de suas funções e instrumentos de atuação, sendo a Constituição de 1988 o ponto de partida para a revolução vivenciada. Como ator social relevante e protagonista de muitas das conquistas alcançadas pela população brasileira, o Ministério Público se sobressai no papel de defensor do cidadão contra os abusos, onde quer que eles surjam, seja em ações ilícitas de delinquentes individuais, de organizações criminosas, de empresas mal intencionadas ou, mesmo, de governos que não atendam aos princípios da Administração Pública e os interesses da população.

No papel de defensor dos direitos da sociedade, cabe ao Ministério Público buscar o aprimoramento necessário para realizar sua missão constitucional. Dentro desse contexto se insere a presente publicação, que, usufruindo do conhecimento jurídico dos autores que aqui divulgam seus artigos doutrinários e peças processuais, visa difundir a produção intelectual de boa qualidade.

Sem medo de errar, observamos, com orgulho, que este número está extremamente rico pela diversidade dos temas jurídicos tratados nos artigos e pela excelência de seus conteúdos.

Esperamos, com essa publicação, estar contribuindo com a cultura jurídica nacional e o aperfeiçoamento profissional dos leitores.

José Theodoro Corrêa de Carvalho
Comissão editorial



MPDFT 50 ANOS

EM BRASÍLIA

1960 - 2010

DOUTRINA

A interpretação como uma investigação zetética

Roberto Carlos Silva

É Promotor de Justiça. Mestre e Doutorando em Direito pela PUC-SP. Professor da graduação e pós-graduação da FACIPLAC e da pós-graduação da FESMPDFT.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O enfoque teórico zetético e dogmático. 3 Problema da interpretação: uma investigação Zetética. 4 Função simbólica da língua. 5 Interpretação autêntica e doutrinária: a proposta de Kelsen. 6 Voluntas legis ou voluntas leislatoris? O que se busca na norma? 7 Interpretação jurídica e poder de violência simbólica. 7.1 Noção de uso competente da língua. 7.2 Língua hermenêutica e legislador racional. 7.2.1 Perfil do legislador racional. 7.2.2 Perfil do intérprete racional da lei. 7.2.3 Racionalidade e as ideologias da interpretação legal. 7.2.3.1 O legislador racional e a ideologia da interpretação jurídica. 7.3 Interpretação e paráfrase. 7.4 Interpretação verdadeira e interpretação divergente: códigos fortes e códigos fracos. 8 Função facionalizadora da hermenêutica. 9 Métodos e tipos dogmáticos de interpretação. 9.1 Métodos hermenêuticos. 9.2. Interpretação gramatical, lógica e sistemática. 9.3 Interpretação histórica, sociológica e evolutiva. 9.4 Interpretação teleológica e axiológica. 10 Tipos de interpretação. 10.1 Interpretação especificadora. 10.2 Interpretação restritiva. 10.3 Interpretação extensiva. 11 Interpretação e integração do direito. 11.1 Modos de integração do direito. 11.2 Instrumentos quase-lógicos: analogia, indução amplificadora, interpretação extensiva. 11.3 Instrumentos institucionais: costumes, princípios gerais de direito, equidade. 11.4 Limites à integração. 12 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O presente trabalho busca apresentar uma proposta de interpretação através da adoção da metodologia de investigação zetética. Com a acentuação do aspecto pergunta, empreende-se uma tentativa de ampliação, para além do campo dogmático. Para isso, tomamos como obra básica, que nos guiou no desenvolvimento do

trabalho, o livro do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior *Introdução ao Estudo* do Direito. Mantivemo-nos fiéis ao modo como o autor desenvolveu o tema em sua obra, sem nos limitarmos, porém, somente ao seu conteúdo.

2 O enfoque teórico zetético e dogmático

Ao procedermos à investigação de um problema podemos acentuar o aspecto pergunta ou o aspecto resposta. O primeiro dos aspectos seria o zetético, no qual os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida. Já o segundo seria dogmático, onde determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida.

Essa terminologia "questão de pesquisa" ou "questão zetética" foi proposta por Viehweg[1] . No Brasil, o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior introduziu a conceituação trabalhada aqui, conforme podemos ler em sua obra "A ciência do Direito", cujo trecho transcrevemos em seguida:

> As questões "dogmáticas" revelam o ato de opinar e ressalvam certas opiniões *(dokein)*. As questões "zetéticas", ao contrário, desintegram, dissolvem meras opiniões *(zetein)* pondo-as em dúvida, o que pode ocorrer ainda dentro de certos limites (na perspectiva empírica das ciências: Sociologia, Psicologia, Antropologia Jurídicas etc) ou de modo a ultrapassar aqueles limites, por exemplo, na perspectiva da Filosofia do Direito[2] .

Em outra obra, o professor Ferraz Júnior esclarece que o enfoque zetético tem função especulativa explícita e infinita. O problema tematizado é configurado como um ser (que é algo), por isso o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa, fixando a função informativa da linguagem[3] .

O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas opiniões. Tem função diretiva explícita e finita.

Acrescenta que a "Zetética tem como ponto de partida uma evidência, que pode ser frágil ou plena. Tanto em uma, quanto em outra, alguma coisa tem de ser subtraída à dúvida para que a investigação se proceda[4]"

---

1 VIEHWEG, Theodor. Tópica y Filosofía del Derecho. 2. ed. Barcelona: Gedisa. 1997.
2 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. A Ciência do Direito. São Paulo: Atlas. 1980, p. 45-46.
3 Idem. Introdução ao Estudo do Direito. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2001, p. 40.
4 Idem, ibidem. p. 43.

Enquanto a zetética deixa de questionar certos enunciados porque os admite como verificáveis e comprováveis, a dogmática não questiona suas premissas porque elas foram estabelecidas (por arbítrio, por um ato de vontade ou de poder) como inquestionáveis

Nesse sentido, a zetética parte de evidências, a dogmática parte de dogmas.

A noção de evidência deve estar relacionada a uma verdade, ao passo que a dogmática é relacionada a uma dúvida a qual não pode ser substituída por uma evidência, exigindo uma decisão.

A investigação zetética tem sua característica principal na abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções (questões infinitas).

3 Problema da interpretação: uma investigação zetética

As palavras utilizadas nas normas jurídicas são signos jurídicos que devem expressar aquilo que deve ser. Tal uso oscila entre o aspecto onomasiológico da palavra, i.e, o uso corrente para designação de um fato, e o aspecto semasiológico, i. e, sua significação normativa. Tais sentidos às vezes podem coincidir outras não. Um exemplo disso é a expressão parentes utilizada pelo Código Civil. O uso da palavra no sentido vulgar não possui a limitação do uso legal do termo, que limita a um determinado grau, como ocorre com os tataranetos, que, legalmente, não são parentes. Mas não afasta o uso comum como ocorre com o parentesco por afinidade, oscilando entre termos técnicos e comuns.

"A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista decidibilidade de conflitos, constitui a tarefa da dogmática hermenêutica[5]" .

A doutrina não se limita a identificar o direito, apontar as condições para que determinados atos institucionalizados constituam sua fonte, nem organizar o conjunto das relações entre as normas ou entre seus conteúdos na forma de um sistema. É preciso também determinar sob que condições o direito identificado deve ser entendido, fixar um sentido básico.

---

[5] Idem, ibidem. p. 252.

4 Função simbólica da língua

Mais uma vez socorremo-nos do Professor Ferraz Júnior para estabelecermos a função simbólica da língua, assim colhemos o seguinte fragmento:

> Significar é apontar para algo ou estar em lugar de algo. Signo é, pois, um ente que se caracteriza por sua mediatidade, aponta para algo distinto de si mesmo.Os signos lingüísticos têm por base sons ou fonemas. Fonema é som que, em determinado contexto, se distingue. Ex. CA-SA. A junção dos fonemas é base, em português, para um signo; o signo não se confunde com a base fonética, embora seja necessário sempre que haja uma base material; percebemos isso quando observamos, por exemplo, a base fonética MAN-GA, eu serve tanto para o signo-fruta, quanto para o signo-parte do vestuário. Dois signos podem ter a mesma significação: MO-RA-DIA, CA-SA. Os signos lingüísticos, com base na fonética, são símbolos[6].

Nas explicações correntes sobre a natureza da comunicação a pressuposição de racionalidade recebe um papel central. A comunicação é tratada como um processo direcionado para um objetivo. Os interlocutores devem compartilhar, no mínimo, "de alguma noção dos meios eficazes disponíveis para alcançar os objetivos comunicativos (e outros) nesse processo, e cada um deve supor que o outro age, de modo geral, de acordo com critérios de escolha que otimizam a eficácia[7]" .

Para que um símbolo tenha algum significado é necessário que ele apareça no ato humano de falar, não possuindo qualquer significado isoladamente. Falar é atribuir símbolos a algo, falar é predicar: "Isto é uma mesa". A língua "é um repertório de símbolos inter-relacionados numa estrutura (as regras de uso)". Daí a razão de quem faz um dicionário tem por costume colocar, para cada símbolo, os usos que dele se fazem ao falar. Língua é um sistema de símbolos e relações. "A fala refere-se ao uso atual da língua".

O professor Ferraz Júnior apresenta algumas premissas para o entendimento de como se organizam as falas:

a) os símbolos (nomes ou predicadores) nada significam isoladamente;

---

[6] Idem, p. 253.

[7] DASCAL, Marcelo. Interpretação e Compreensão. São Leopoldo-RS: Unisinos. 2007, p. 360-361.

b) o que lhes confere significação é seu uso;

c) uma língua admite usos diversos para os símbolos;

d) a maioria dos símbolos da língua natural é semanticamente vaga e ambígua;

e) um símbolo é vago quando seu possível campo de referência é indefinido (ex: matar alguém). Denota um campo de objetos (extensão) não claramente definido. Quando definimos o campo dos objetos que o símbolo denota, temos uma definição denotativa.

f) um símbolo é ambíguo quando é possível usá-lo para um campo de referência com diferente intensão, i. é, manifestando qualidades diversas. Quando definimos o sentido, e determinamos sua intensão, temos uma definição conotativa ou pela intensão. Ex. entende-se por honesta a mulher com os seguintes comportamentos...

g) mesmo quando a conotação e a denotação são definidas, o uso dos símbolos exige uma correta combinatória entre eles; nem todos se combinam entre si (ex: é possível dizer mulher honesta, mas não mulher admiravelmente, pois um advérbio não modifica um substantivo);

h) os símbolos admitem usos diferentes em termos de que são diferentes suas funções pragmáticas, isto é, servem para propósitos distintos.

> Assim, o seguinte texto – 'as praias são de uso comum' – pode ser mera descrição (uso descritivo), pode estar expressando um sentimento, num protesto político (uso expressivo), pode ser uma regra geral de conduta (uso diretivo), ou pode ser uma indicação para que alguém retire uma cerca (uso operativo); no contexto pragmático, os símbolos contêm uma carga emocional que pode produzir alterações na significação, ao mostrar diferença na função; assim, a entonação com que se lê um dispositivo: "enriquecimento sem causa", se acentuamos "enriquecimento" podemos estar querendo dizer que o enriquecimento, antes de mais nada, deve ser significativo; se acentuamos "sem causa", o importante é que, seja qual for, o enriquecimento seja injustificado[8].

O que podemos entender por interpretação? Se a fala se refere ao uso atual da língua, falar é dar a entender alguma coisa a alguém mediante símbolos linguísticos, sendo portanto um fenômeno comunicativo. Exige-se um emissor, um receptor e a troca de mensagens. Falar em português a um chinês e olhar seu ar de desamparo

---

[8] Op. cit. 2001, p. 255.

não é falar.

Quem envia uma mensagem comunica um complexo simbólico que é selecionado pelo ouvinte. Porém, pode não ser coincidente. Essa não coincidência dupla (de lado a lado – emissor e receptor) constitui a contingência dupla da fala.

Podemos chamar essa seletividade de interpretação. Interpretar, portanto, é selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva. Dizemos também, em consequência, que toda interpretação é duplamente contingente. Ora, essa contingência tem de ser controlada, ou a fala não se realiza. Para seu controle precisamos de códigos, isto é, seletividades fortalecidas a que ambos os comunicadores têm acesso, que podem ser fruto de convenções implícitas ou explícitas[9] .

É nesse universo de complexidade que se coloca o problema da interpretação. E para interpretar temos de decodificar os símbolos no seu uso, o que significa conhecer as regras de controle de denotação e conotação (regras semânticas), de controle das combinatórias possíveis (regras sintáticas) e de controle das funções (regras pragmáticas).

5 Interpretação autêntica e doutrinária: a proposta de Kelsen

Kelsen, cujo esforço teórico foi de conferir à dogmática um estatuto reconhecidamente científico, coloca a questão de saber se é possível uma teoria científica da interpretação jurídica que nos permita falar da verdade de uma interpretação, em oposição à falsidade.

Na obra Teoria Pura do Direito[10] é apresentada a distinção entre interpretação autêntica, como aquela realizada por órgãos competentes (como em uma decisão judicial, na qual há a determinação do sentido de uma lei no processo aplicativo, produzindo um enunciado normativo - e como qualquer norma, esse enunciado é vinculante) e doutrinária (que, a contrario sensu, é a levada a efeito por ente que não é órgão, ainda que diga qual deva ser o sentido de uma norma, não produz um enunciado vinculante - o dever-ser não possui caráter de norma, ex.: parecer

---

9 Idem, ibidem, p. 256.

10 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª edição brasileira. Martins Fontes, 1991, p. 363.

jurídico ou opinião doutrinária em livro). "Para Kelsen é possível denunciar, de um ângulo filosófico (zetético), os limites da hermenêutica, mas não é possível fundar uma teoria dogmática da interpretação[11]" .

Deste modo, podemos afirmar que as principais atividades linguísticas no discurso jurídico são o fazer leis (discurso legislativo), aplicá-las (discurso judicial) e descrevê-las (discurso científico ou doutrinário). Podemos afirmar que o "resultado dessas atividades cria um corpus de decisões relativas à elaboração das leis e à aplicação das leis, e de enunciados pertencentes às ciências jurídicas[12] .

A interpretação doutrinária é ciência até o ponto em que denuncia a equivocidade resultante da plurivocidade do conteúdo normativo. Não diferencia a opinião de um doutrinador do Direito da de outro qualquer.

Frustra um dos principais objetivos do saber dogmático. Não teria nenhum valor racional procurar um fundamento teórico para a atividade da doutrina quando busca e atinge o sentido unívoco da lei? Seria um contra-senso falar de verdade hermenêutica?

6 *Voluntas legis ou voluntas leislatoris*? O que se busca na norma?

É um postulado jurídico a tese de que não há norma sem interpretação. Na antiguidade houve exemplo de rompimento com essa tradição, como a proibição justiniana de que se interpretassem as normas de seu *Corpus Juris Civilis.*

Savigny, numa fase anterior a 1814, afirmava que interpretar era mostrar aquilo que a lei diz. A questão técnica era como determinar o sentido textual da lei.

Com tais assertivas elaborou quatro técnicas interpretativas, as quais permanecem em uso até os dias atuais. São elas: 1). a interpretação gramatical, que procurava o sentido vocabular da lei; 2). a interpretação lógica, que visava a seu sentido proposicional; 3). a sistemática, que buscava o sentido global ou

---

11 Op. cit., 2001, p. 259.

12 BITTAR, Eduardo. Linguagem jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 74, afirma: Para cada espécie de discurso jurídico (normativo, burocrático, decisório, científico)..., uma espécie de texto jurídico, com suas regras de construção específicas, com seu vocabulário regional, com suas injunções ideológicas, com seus objetivos de significação.

estrutural; e 4). a histórica, que tentava atingir o sentido genético.

Após 1814, para Savigny, "a questão deixa de ser mera enumeração de técnicas, para referir-se ao estabelecimento de uma teoria da interpretação. Surge o problema de se procurar um critério para a interpretação autêntica[13]" . A concepção de que o texto da lei era expressão de mens legislatoris leva Savigny a afirmar que interpretar é compreender o pensamento do legislador manifestado no texto da lei (fator subjetivo). De outro lado, porém, enfatizava ele a existência fundante dos "institutos de direito" *(rechtsinstitute)* que expressavam "relações vitais" responsáveis pelo sistema jurídico como um todo orgânico, um conjunto vivo em constante movimento. Daí a idéia de que seria a convicção comum do povo *(Volkgeist)* o elemento primordial para a interpretação das normas (fator subjetivo[14]) .

Em meados do século XIX, ocorre na França e na Alemanha uma polêmica de grande repercussão para interpretação, com o surgimento de duas escolas de pensamento distintos. De um lado, aqueles que defendiam uma doutrina restritiva da interpretação, cuja base seria a vontade do legislador, a partir da qual, com auxílio de análises linguísticas e de métodos lógicos de inferência, seria possível construir o sentido da lei ("Jurisprudência dos Conceitos", na Alemanha, e "Escola da Exegese", na França). De outro lado, foram aparecendo aqueles que sustentavam que o sentido da lei repousava em fatores objetivos, como os interesses em jogo na sociedade ("Jurisprudência do Interesses", na Alemanha), até que, já no final do século XIX e início do século XX, uma forte oposição ao conceptualismo desemboca na chamada escola da *"libre recherche scientifique"* (escola do direito livre) e da "Freirechtsbewegung" (movimento do direito livre) que exigiam que o intérprete buscasse o sentido da lei na vida, nas necessidades e nos interesses práticos. Desenvolvem-se, nesse período, métodos voltados para a busca do fim imanente do direito (método teleológico), ou de seus valores fundantes (método axiológico), ou de suas condicionantes sociais (método sociológico), ou de seus processos de transformação (método axiológico-evolutivo), ou de sua gênese

13 FERRAZ JÚNIOR. Op. cit. 1980, p. 69.
14 Idem, 2001, p. 262.

(método histórico) etc[15] .

Dois são os grupos. Método e objeto aparecem como questões correlatas, cujo ponto comum é o problema do sentido. Do ângulo do objeto, o direito pode ser visto como a positivação de normas dotadas de sentido. Do ângulo do método, o problema é como e onde captar esse sentido. Em função disso, podemos cindir a doutrina em duas correntes que embora não se distingam com essa nitidez, podem ser seara das didaticamente conforme o reconhecimento ou da vontade do legislador ou da vontade da lei como sede do sentido das normas. Chamamos a primeira de doutrina subjetivista, a segunda de objetivista[16] .

Há uma conotação ideológica na raiz das teorias.

Assim, levado a um extremo, podemos dizer que subjetivismo favorece certo autoritarismo personalista, ao privilegiar a figura do legislador, pondo sua vontade em relevo. Por exemplo, a exigência, na época do nazismo, de que as normas fossem interpretadas, em última análise, de acordo com a vontade do *"Fuhrer" (era o "Fuhrersprinzip")* é bastante significativa. Por sua vez objetivismo favorece ao anarquismo, pois estabelece o predomínio de uma equidade duvidosa dos intérpretes sobre a própria norma ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador, na elaboração do direito, para os intérpretes ainda que legalmente constituídos, chegando-se a afirmar, como fazem alguns realistas norte-americanos, que direito é "o que decidem os tribunais"[17] .

A polêmica entre as duas correntes pode ser resumida nos seguintes argumentos de Karl Engisch:

a) os objetivistas contestam os subjetivistas:

1. pelo argumento da vontade, afirmando que uma vontade do legislador é mera ficção, pois o legislador é raramente uma pessoa fisicamente identificável;

2. pelo argumento da forma, pois só as manifestações normativas trazidas na forma exigida pelo ordenamento têm força para obrigar, sendo, em consequência,

---

15 Idem, ibidem. p. 262.
16 Idem, ibidem, p. 262.
17 Idem, 1980, p. 71.

aquilo que se chama de legislador, no fundo, apenas uma competência legal;

3. pelo argumento da confiança, segundo o qual o intérprete tem de emprestar confiança à palavra da norma como tal e qual deve, em princípio, ser inteligível por si;

4. pelo argumento da integração, pelo qual só a concepção que leve em conta os fatores objetivos em sua contínua mutação social explica a complementação e até mesmo a criação do direito pela jurisprudência.

b) os subjetivistas contestam, por sua vez, dizendo:

1. o recurso à técnica histórica de interpretação, aos documentos e às discussões preliminares dos responsáveis pela positivação da norma é imprescindível, donde a impossibilidade de ignorar o legislador originário;

2. os fatores (objetivos) que eventualmente determinassem a chamada vontade objetiva da lei *(voluntas legis)* também estão sujeitos a dúvidas interpretativas: com isso, os objetivistas criariam, no fundo, um curioso subjetivismo que põe a vontade do intérprete acima da vontade do legislador, tornando-se aquele não apenas "mais sábio" que o legislador, mas também "mais sábio" que a própria norma legislada;

3. seguir-se-ia um desvirtuamento na captação do direito em termos de segurança e de certeza, pois ficaríamos à mercê da opinião do intérprete[18] .

Carlos Santiago Nino posiciona-se sobre as tendências interpretativas que se pode adotar diante de um texto linguístico com a seguinte exposição:

> La primera está constituída por el hecho de centrar la preocupación em la intención que tuvo El que formulo la oración; es ésta uma interpretación subjetiva. La outra se preocupa primordialmente no por lo que quiso o no quiso decir el autor Del texto, sino por lo que efectivamente dijo, según el significado que realmente poseen SUS palabras em el lenguaje ordinario; se trata, entonces, de uma interpretación objetiva (aunque esta calificación no excluye que pueda tener también um grado considerable de arbitrariedad) [19] .

---

[18] ENGISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. 1968, p. 88

[19] NINO, Carlos S. Introducción Al Análisis Del Derecho. 4. ed. Barcelona: Ariel. 1991, p. 259-260.

Quando se diz que interpretar é compreender outra interpretação (a fixada na norma), afirma-se a existência de dois atos doadores de sentido: um que se positiva na norma e outro que procura identificá-lo. Ora, para que possa haver uma interpretação verdadeira, é preciso que ao menos um ato doador de sentido prevaleça (pressuposto dogmático). Como reconhecê-lo e fundá-lo? Estamos, de novo, diante do desafio Kelseniano[20] .

Mas afinal, como sair do impasse ante a insuficiência das duas correntes?

7 Interpretação jurídica e poder de violência simbólica

Numa comparação da hermenêutica com a tradução é possível identificar-se regras básicas e secundárias da estrutura da língua.

> Básicas são aquelas sem as quais qualquer sentença numa língua carece de sentido, exemplificando a impossibilidade de uma sentença sem verbo (expresso ou subentendido). Secundárias são as que, se violadas, não chegam a produzir um sem-sentido, embora possam criar obscuridades, mal-entendidos [21] .

Três hipóteses aparecem como possíveis: a) se as regras básicas de ambas as línguas coincidem, é possível traduzi-las uma para a outra; b) se a coincidência é apenas parcial, ocorre uma transferência que exige adaptação; c) se não coincidem, elas são incomunicáveis, é possível, porém, uma transferência indireta. Exemplos: da hipótese "a", a tradução de um teorema geométrico num teorema algébrico; da "b", a transferência de um poema inglês para o português; da "c", transferência indireta de uma música (língua musical) para o português cotidiano, o que pode ocorrer por intermédio da linguagem do crítico de arte.

O problema da boa tradução ocorre nos casos "b" e "c". Em primeiro lugar, estamos afirmando que a prática da tradução exige a comparação das estruturas. Realizada esta, procede-se à adaptação ou à recriação do sentido por meio de uma língua intermediária. A ideia de transferência nos faz ver que a tradução se realiza por meio de uma terceira língua que toma as duas anteriores como se objeto. A relação metalíngua língua-objeto, porém, não é definitiva. Depende do ângulo.

---

20 FERRAZ JÚNIOR. Op. cit., p. 262.
21 Idem, ibidem. p. 269.

Por exemplo: Kelsen escreveu sobre a ciência do direito: porém, para explicá-lo constrói-se uma interpretação didática: esta funciona como terceira língua que permite ao aluno fazer a passagem do texto de Kelsen para a língua da ciência dogmática. Às vezes, porém, o aluno entende a explicação a partir da língua dogmática que ele já conhece; assim, para ele, a terceira língua não é a explicação didática, mas a língua da ciência dogmática; é dela que ele faz a passagem entre a explicação e o texto de Kelsen. Isso significa que a posição hierárquica da metalíngua e língua-objeto depende de um fator importante para o esclarecimento de como se funda a boa tradução[22] . Qual é ele? Para apresentar uma resposta à questão é necessário que haja um enfrentamento de noções importantes para a compreensão e entendimento do Direito. Passemos a enfrentar tais questões.

7.1 Noção de uso competente da língua

O primeiro ponto para apresentar uma resposta à inquietação proposta, remete-nos a uma ponto do campo da pragmática: trata-se de uma questão de enfoque. A boa tradução repousa no enfoque do tradutor ou mais precisamente na aceitação do enfoque do tradutor.

Na dúvida sobre a correta tradução de determinada frase, procura-se alguém que conheça bem a língua com a finalidade de auxiliá-lo. Trata-se de uma confiança na competência.

Para esclarecer a noção de uso competente da língua utilizaremos da distinção proposta por Habermas, apud Ferraz Júnior, entre proposição e enunciado.

> A primeira é uma unidade linguística, constituída de expressões linguística. O segundo é uma proposição situada, uma unidade do discurso ou fala. Quem fala usa proposições. Essas proposições dependem, na situação, de fatores psíquicos, sociológicos, políticos etc. Todavia, numa comunidade linguística, existem condições, estruturas gerais de possíveis situações discursivas, que sempre aparecem toda vez que alguém fala. Essas estruturas gerais é que constituem a competência[23].

Tomemos o matar alguém por motivo fútil para transpor essas ideias para a interpretação jurídica. Enquadra-se na ideia de motivo fútil tanto matar alguém

---

[22] Idem, ibidem, p. 269.

[23] HABERMAS, Jürgen. Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Frankfurt:SuhrKamp. 1971, p. 101 apud FERRAZ JÚNIOR, op. cit. 2001, p. 270.

pela posse de maconha, como sem nenhum motivo. É preciso distinguir as relações sintagmáticas e associativas. As primeiras são as que se estabelecem entre os símbolos – palavras *in praesentia,* isto é, entre as palavras presentes na proposição prescritiva (matar¬alguém¬por¬motivo¬fútil). As segundas estabelecem-se *in ausentia*, isto é, conjugam símbolos que não aparecem no enunciado.

> Isso se percebe quando notamos que na leitura do texto, podemos atribuir carga valorativa diferente a seus termos. Assim, se, ao enunciar, acentuamos a palavra fútil (matar por motivo fútil), ou se acentuamos a palavra motivo (matar alguém por motivo fútil), obtemos resultados diferentes. No primeiro caso, a carga sobre a futilidade conecta esse símbolo com outros, não presentes, que me podem levar até a pensar na "ausência de motivos" como caso de futilidade. No segundo, a carga sobre motivo induz-me a conectar certos atos – portar maconha – como uma razão para punição. As conexões sintagmáticas são lineares, ocorrem uma após a outra. Já as associativas permitem a simultaneidade e, após, construções hierarquizadas [24].

É de ressaltar que a organização simbólica da fala vê-se ordenada conforme critério de alto/baixo – hierarquia – e de dentro/fora – participação. Saliente-se que a fala como relação sintagmática valoriza o que está presente em detrimento do que está excluído. Como a relação associativa, porém conecta, em simultaneidade, o presente e o ausente em relação hierárquica. Assim, o que está no alto e dentro é valorado positivamente. O que está embaixo e fora, o é negativamente.

Ferraz Júnior faz uma analogia com um campeonato mundial de futebol. O campo de jogo é o espaço horizontal da comunicação. Todos estão uns frente aos outros. A horizontalidade do enfrentamento, porém, cinde o espaço em alto e baixo. Assim, uma equipe é ou será superior, e outra, inferior. A verticalidade, porém projetada sobre a horizontalidade, converte o alto/baixo no dentro/fora: o importante não é ganhar, mas participar, estar presente. Assim, as equipes que participam do campeonato são qualificadas como superiores às que ficaram de fora[25].

Ressalte-se que a relação entre hierarquia e participação não é, necessariamente,

---

24 FERRAZ JÚNIOR.2001. Op.cit., p. 271.
25 Idem, ibidem, p. 271-272.

congruente. O espaço da comunicação é cortado por outra díade organizadora, que lhe confere a forma cheia: claro/escuro. Os símbolos da fala se iluminam e se obscurecem. A luz revela e esconde. O foco lançado dá o enfoque.

As estruturas formais de participação, hierarquização e relevância organizam a fala e marcam a competência horizontalmente, verticalmente e diagonalmente. Nessa ordem, o momento da relevância é fundamental, pois é responsável pela codificação dos valores dos símbolos em conexão. O enfoque conforme o uso competente depende da relevância.

A uniformização do sentido tem a ver com um fator normativo de poder, o poder de violência simbólica[26] . Trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. Não se trata de coação, pois, pelo poder de violência simbólica, o emissor não co-age, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração.

A variedade e diversidade dos sentidos decorrem também da multiplicidade de pontos de vista dos atores sociais: várias opiniões, vários sentidos.

A uniformização de sentidos pela neutralização das opiniões dos outros é obtida por regras pragmáticas de controle social e isso requer, de novo, uma forma de poder de violência simbólica: o poder-liderança[27] . Liderança quer dizer uma forma bem-sucedida de supor consenso: para qualquer símbolo, quem quer que conheça a índole da língua, sabe que na comunidade lingüística portuguesa o certo é: o leite é branco; não dizemos: o leite é verde.

---

[26] BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2003.

[27] SANTOS, Maria Celeste. Poder Jurídico e Violência Simbólica. São Paulo: Cultural Paulista. 1985.

O uso competente da língua depende de uma relação ideológica de poder, o poder de violência simbólica que se manifesta como autoridade, liderança e reputação.

Como repercute tudo isso para uma fundamentação teórica da hermenêutica?

7.2 Língua hermenêutica e legislador racional

A partir do art. 62 da Constituição Federal de 1988 pode-se realizar a analise da realidade disposta na norma, relembrando que a realidade nada mais é do que um sistema articulado de símbolos num contexto existencial. Acrescente-se que essa realidade-língua(LR), para o jurista, aparece como que de fato acontece: é fato que ocorreu urgência, é fato que foi expedida uma medida provisória pelo Presidente da República. E questiona, que significa fato?

É preciso distinguir entre fato e evento. A travessia do Rubicão por César é um evento. Todavia, "César atravessou o Rubicão" é um fato. Quando, pois, dizemos que "é um fato que César atravessou o Rubicão", conferimos realidade ao evento. "Fato" não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento lingüístico capaz de organizar um situação existencial como realidade. A possibilidade de usar o elemento "é fato que" depende, porém, de regras estruturais[28] .

Quando pode ser usado? Sempre que a asserção for verdadeira. E quando é verdadeira? Sempre que, num universo lingüístico, o uso competente o permitir, isto é, sempre que qualquer um que conheça a língua, com os mesmos instrumentos, seja levado a usar a língua de determinado modo. A realidade, portanto – "é fato que o Sr. J. bate em sua mulher" -, é função da verdade, isto é, do uso competente da língua.

Quando interpretamos, analogamente ao que sucede na tradução, realizamos a passagem de uma língua, a das prescrições normativas (LN), para outra língua, a da realidade (LR). Note que estamos falando da interpretação de normas e não da verificação de fatos.

Estamos diante de duas línguas cujas regras básicas são distintas. A estrutura

---

[28] FERRAZ JÚNIOR. Op. cit., p. 274.

da língua normativa (LN) é dominada pelo conectivo dever-ser (é proibido, é obrigatório, é permitido etc). A estrutura da língua-realidade (LR) é dominada pelo conectivo ser (é fato que, é provável que, é possível que). A passagem, isto é, a interpretação, exige pois uma espécie de transferência indireta, que ocorre graças a uma terceira língua – a língua técnica da hermenêutica dogmática (LH) – que, por pressuposto, tem, em sua estrutura, suas próprias regras básicas e, como regras secundárias, as regras básicas (dever-ser e ser), das outras duas (LN e LR).

Para entender a peculiaridade da língua hermenêutica é necessário a referência a um pressuposto da hermenêutica: o legislador racional. Trata-se de construção dogmática que não se confunde com o legislador normativo (o ato juridicamente competente, conforme o ordenamento) nem com o legislador real (a vontade que de fato positiva normas). É uma figura intermediária, que funciona como um terceiro metalingüístico, em face da língua normativa e da língua realidade. A ele a hermenêutica reporta-se, quando fala que o "legislador pretende que", a intenção do legislador é que ou mesmo a mens legis nos diz que:

A figura do legislador racional esclarece o dever-ser descritivo de Kelsen como um dever-ser ideal, que não assume nem uma competência jurídica nem se confunde com a vontade real. Como regra básica da estrutura da língua hermenêutica (LH), o dever–ser ideal permite entender-se a construção lingüística da dogmática interpretativa, por meio da qual se faz a passagem da norma – LN – para a realidade – LR. É a essa terceira língua que se atribui o enfoque privilegiado (competente) que confere sentido à norma, em face da realidade. Por meio da língua hermenêutica reconstrói-se o discurso do ordenamento, como se o intérprete "fizesse de conta que" suas normas constituam um todo harmônico, capaz, então,de ter um sentido na realidade[29] .

7.2.1 Perfil do legislador racional

O constructo do 'legislador racional' pode ser caracterizado por certas condições adaptadas dos princípios pragmáticos descritos na seção 2.1:

---

[29] Idem, ibidem, p. 277

1. O legislador racional é um agente racional, dotado de boas razões para as suas decisões.
2. As boas razões em questão satisfazem certos critérios formais, tais como: boas razões não podem ser nem inconsistentes (premissas epistêmicas) nem incoerentes (premissas axiológicas); as decisões são alcançadas pela aplicação das regras válidas do raciocínio jurídico.
3. No que diz respeito às suas premissas epistêmicas, o legislador racional crê nos fatos que deve crer.
4. No que diz respeito às suas premissas axiológicas, o legislador racional deve aceitar ou desejar o que deve desejar.
5. As decisões do legislador racional e suas justificativas são formuladas na linguagem jurídica. Supõe-se que o legislador racional seja um usuário competente ou, como diz Chomsky, um 'falante ideal' dessa linguagem.
6. O legislador racional também há de ser um usuário competente das regras de raciocínio jurídico relevantes para suas decisões.
7. O legislador racional usa de fato as regras da linguagem jurídica.
8. O legislador racional usa de fato em suas justificações as regras válidas e relevantes do raciocínio jurídico[30] .

7.2.2 Perfil do intérprete racional da lei

Para a utilização do constructo do legislador racional, o contexto da interpretação, que inclui o intérprete da lei, deve ser interpretado de modo a satisfazer a várias pressuposições. E essas pressuposições fundamentam o raciocino jurídico atual. "As pressuposições desse raciocínio, na medida em que lidam com o que torna possível a justificação, podem ser consideradas uma expressão da suposição de racionalidade da interpretação jurídica"[31] .

Podemos tomar três grupos de pressuposições do raciocínio jurídico, que também podem ser tomadas como características do raciocínio interpretativo justificativo: as pressuposições factuais (PF) – propriedades gerais do contexto - , as pressuposições das regras (PR) – propriedades dos diversos conjuntos de regras presentes na elaboração, na aplicação e na interpretação da lei. Estão incluídas nesse grupo as pressuposições relativas à linguagem jurídica (PRL), ao raciocínio

30 DASCAL. Op. cit. 373.
31 Idem, ibidem. p. 374.

PF1 Existem as seguintes realidades independentes do intérprete: linguagem jurídica, situações que tornam o uso dessa linguagem pragmaticamente significativo, regras jurídicas formuladas na linguagem jurídica, um sistema jurídico, diretrizes da interpretação jurídica.
PF2 Uma regra jurídica é interpretada em um contexto situacional cuja existência não depende do intérprete.
PF3 O intérprete tem acesso às realidades mencionadas em PF1, à informação contextual relevante mencionada em PF2 e possui a requerida 'competência jurídica', isto é, domínio dos sistemas de regras e valores mencionados nas seguintes pressuposições.
PRL1 As regras (semânticas) da linguagem jurídica são relevantes para o significado das regras jurídicas nela expressas.
PRL2 Na aplicação da regra jurídica, em geral não é possível determinar o significado da regra apenas pela força das regras semânticas da linguagem jurídica segundo as quais a regra é formulada.
PRL3 As regras pragmáticas do uso da linguagem são relevantes para a interpretação de uma regra jurídica no contexto da aplicação.
PRL4 As regras jurídicas tal como formuladas na linguagem e no contexto do legislador podem ser traduzidas para a linguagem e o contexto do intérprete da lei.
PRR1 A aplicação das regras do raciocínio jurídico é necessário para a justificação das decisões interpretativas jurídicas.
PRR2 As premissas das decisões interpretativas jurídicas independem, ao menos em parte, do intérprete.
PRR3 As premissas epistêmicas das decisões interpretativas são internamente consistentes e as premissas axiológicas são internamente coerentes.
PRS1 Uma regra interpretada é parte do sistema jurídico.
PRS2 Alguns aspectos do sistema legal são relevantes para a determinação do significado de uma regra interpretada.
PRS3 Um sistema jurídico é pelo menos localmente consistente e coerente.
PA1 A avaliação é relevante em uma interpretação operativa ao menos para a escolha e o uso das diretrizes da interpretação.
PA2 As avaliações fazem parte da argumentação que justifica as decisões interpretativas justificativas [32].

jurídico (PRR) e aos sistemas jurídicos (PRS) - e as pressuposições axiológicas ou de valor (PA) – que são especialmente importantes em um contexto normativo como a lei. Cada uma se refere a diferentes aspectos do contexto de elaboração das leis e de sua interpretação/aplicação.

Assim como um intérprete racional não pode interpretar uma regra jurídica sem pressupor que ela foi decretada por legislador racional, também um legislador racional deve pressupor que as regras que ele decreta serão interpretadas racionalmente, ou seja, de acordo com as pressuposições mencionadas. De certo

[32] Idem. p. 374-375.

modo, o conjunto duplo de condições referentes ao legislador e ao intérprete racional especifica, idealmente, o conjunto mínimo de conhecimento mutuamente compartilhado[33] requerido para a interpretação racional ideal. Quanto menos uma situação real de interpretação garante tal suposição de mutualidade, menos ela é capaz de dar lugar a uma decisão interpretativa 'racional'.

7.2.3 Racionalidade e as ideologias da interpretação legal

7.2.3.1 O legislador racional e a ideologia da interpretação jurídica

Na interpretação operativa (isto é, a interpretação feita durante a aplicação da lei), o constructo do legislador racional é de fato usado[34] .

N A regra jurídica R na linguagem jurídica L_1 e/ou no contexto C_1 tem o significado S de acordo com as diretrizes de interpretações DI_{11}, DI_{21}, ..., DI_{n1}; DI_{12}, DI_{22}, ..., $DIn_{2,}$ e as avaliações $V_{1i,}$ V_{2i}, ..., Vni necessárias para a escolha e o uso das diretrizes.

A construção teórica da fórmula normal apresentada supõe que o texto jurídico (interpretado) seja expresso em uma linguagem imprecisa, dependente do contexto. E para diluir a imprecisão da situação de dúvida, as regras semânticas da linguagem jurídica não são suficientes. "Argumentos são necessários e dependem das diretrizes de interpretação e avaliações. É o uso desses argumentos que permite que se possa considerar a decisão interpretativa uma decisão racional"[35] .

As diretrizes de interpretação jurídica de primeira ordem determinam como utilizar os diversos tipos de contexto para estabelecer o significado de R: o contexto lingüístico (o chamado 'co-texto'de R), o contexto sistêmico (o sistema jurídico ao qual R pertence) e o contexto funcional (o entorno psicossociológico onde R foi decretado e/ou aplicado). Cada uma dessas diretrizes lingüísticas da linguagem jurídica pode conduzir a um significado oposto ao significado funcional baseado no papel da regra como um instrumento para alcançar os objetivos de determinadas políticas.

---

33 Cf. Schiffer, P. Meaning. Oxford: The Clarendon Press. 1972.

34 FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione Dottrinale e interpretazione Operative. In Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto. 1966. Vol. 43, p. 290-304.

35 DASCAL. Op.cit. 376.

O juiz tem de decidir qual significado deve prevalecer e as suas decisões serão justificadas pelas diretrizes de interpretação de segunda ordem (DI_2)[36] .

Essas avaliações têm por objetivo demonstrar a necessidade da interpretação, qual seja, forma a base para a avaliação quanto à falta de 'transparência' da regra na situação de aplicação, isto é, decidir se, no caso, *Lex non clara est*. São requeridas, da mesma forma, para justificar a escolha de "certas diretrizes de interpretação (o inventário dessas diretrizes é muito extenso) e para utilizá-los"[37] .

"O significado S é estabelecido ou de modo geral ou relativamente a uma situação específica do uso da regra". Aqui é importante ressaltar a diferença entre a interpretação operativa e a interpretação doutrinária. "A interpretação operativa normalmente se ocupa do modo relativo e refere-se, assim, a uma situação concreta". Já em relação à "interpretação doutrinária dogmática legal", por outro lado, "se ocupa com a determinação geral do significado de uma regra. No entanto, mesmo nesse caso, é feita uma referência implícita a uma situação de uso 'ideal' ou 'racional', e a necessidade de depender das diretrizes de interpretação e das avaliações não é suprimida, mesmo nesses casos"[38] .

A análise comparativa das avaliações da interpretação jurídica, tanto como formuladas nas ciências jurídicas e como usadas na prática, nos leva a elaborar a concepção de uma 'ideologia de interpretação'. Uma 'ideologia' consiste no conjunto de diretrizes de interpretação jurídica e das avaliações, tal como aparecem em N[39] .

Existem dois tipos básicos de ideologia de interpretação, de acordo com o tipo de valores subjacentes que comportam. A ideologia 'estática' favorece valores com certeza legal, segurança legal, previsibilidade legal e a estabilidade da lei. A ideologia 'dinâmica' está mais preocupada com a adaptação da lei às necessidades mutáveis da vida. Tais necessidades são tidas como a axiologia que fundamenta o contexto funcional da operação da lei na ocasião de sua interpretação (embora também tomem em consideração o contexto sistêmico). A ideologia estática

---

[36] WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoria general de la interpretación jurídica. Madrid: Civitas. 2001. P. 30.
[37] DASCAL. op. cit. 376-377.
[38] WRÓBLEWSKI. Op. cit. 38.
[39] Idem, ibidem.

corresponde à construção do significado como sendo o significado do emissor, tomado como idêntico à 'vontade' do legislador histórico. A ideia de significado da ideologia 'dinâmica', por outro lado, é a do significado do emissor modificado, que pode ser alterado, embora não haja alteração na letra da lei[40] .

A primeira identificação acima pode ser defendida da maneira seguinte. Uma vez que a interpretação jurídica deve implementar a certeza, a segurança, a previsibilidade e a estabilidade da lei, o significado do texto jurídico deve ser tão estável quanto a sua formulação, ou seja, deve permanecer o mesmo, a não ser que o legislador modifique o texto sancionando uma nova lei. Essa estabilidade do significado é garantida quando o significado é definido como a vontade do legislador histórico, isto é, como um fato psicológico do passado que não pode ser alterado com o tempo. Na terminologia empregada neste capítulo, o legislador histórico é o emissor da mensagem jurídica formulada em sua linguagem (L_e) e o significado é o significado do emissor (S_e), determinado inter alia pelo contexto histórico da elaboração das leis (C_e)[41] .

O argumento para interpretarmos o significado relevante para a ideologia dinâmica como o significado modificado do emissor conta com a orientação basicamente diferente dessa ideologia. A interpretação jurídica deveria implementar a válvula de adaptação da lei às necessidades mutáveis da vida. Se a letra da lei – o texto jurídico – não muda, apesar das mudanças nas condições de vida, então o processo interpretativo deveria presumir uma mudança no significado. Adequar a lei à vida torna-se assim a tarefa do intérprete: ele tem de atribuir as mudanças relevantes do significado ao legislador presente, agindo no contexto atual. Em nossa terminologia, isso significa que a ideologia dinâmica utiliza um significado do emissor modificado, visto à luz do contexto do receptor (Cra) e, conseqüentemente, não sendo idêntico a Se, mas mais perto de Sr. Em concepções radicais dos movimentos do Direito Livre, o significado em questão é simplesmente equacionado sem delongas a Sr.

O constructo do legislador racional é, portanto, ambivalente quanto à distinção

---

40 DASCAL. Op. cit. p. 377.
41 Idem. 377-378.

entre as ideologias. Isso em virtude das justificações das ideologias utilizarem valores estáticos e dinâmicos, ou de sua combinação, sem referência a legislador histórico ou presente como pessoa real.

"Na cultura jurídica corrente existem diretrizes da interpretação jurídica aceitas tanto pela ideologia estática como pela dinâmica". Elas são baseadas em propriedades relevantes da linguagem e do sistema jurídico. Mas essas diretrizes em comum não são capazes de eliminar todas as dúvidas interpretativas, o que não impede, nem exclui, a necessidade de acrescentar ao aparato interpretativo mais uma 'ideologia'

"A oposição entre as ideologias estática e dinâmica da interpretação jurídica é baseada nos valores mais essenciais que elas adotam. Não obstante, na literatura jurídica o seu fundamento axiológico não é explicitado e essas ideologias aparecem disfarçadas de "teorias da interpretação"[42] .

Uma delas é a chamada 'teoria subjetiva da interpretação', que define o significado dos textos jurídicos como a vontade do legislador histórico. A teoria oposta é a 'teoria objetiva da interpretação', que trata o significado do texto jurídico como independente do legislador histórico e, portanto, como 'objetivo'. Esse 'significado objetivo' pode mudar de acordo com diversos fatores, tais como a vontade do legislador presente ou algum aspecto teleológico, sociológico ou axiológico atribuído ao texto jurídico no processo da interpretação.

A análise crítica mostra que as ideologias aqui discutidas dependem, implicitamente, do ponto de vista tomado em relação ao legislador racional.

A ideologia estática, utilizando o conceito do legislador histórico, de fato atribui a essa pessoa real as qualidades de um legislador racional que, nessa interpretação, deseja que as normas jurídicas por ele decretadas tenham o significado que ele lhes atribui. Ademais, supõe-se que ele dê preferência à uma implementação dos valores estáticos.

A ideologia dinâmica, por sua vez, atribui as características de um legislador

---

[42] DASCAL. Op. cit. p. 378.

racional ao legislador presente, o qual deve adequar as leis à vida contemporânea, de acordo com o seu conhecimento da realidade (premissas epistêmicas) e os valores que toma como relevantes (premissas axiológicas).

No entanto, nem todas as ideologias dinâmicas utilizam o constructo de um legislador presente: algumas empregam, por exemplo, a noção do 'propósito da lei' como uma propriedade inerente às regras jurídicas, descoberta durante o processo de interpretação [43].

O legislador racional é *ex hypothesi* pressuposto no terceiro tipo de ideologia. Mas, como mencionado acima, esse tipo não determina nenhuma preferência por valores estáticos ou dinâmicos. Ao contrário, ele enfatiza a noção da justificação e requer apenas que os valores adotados sejam explicitamente declarados como parte da justificação para a escolha de uma interpretação. O constructo do legislador racional não comporta nenhuma 'ética' substantiva, exceto a axiologia (ou ética) da justificação embutida na comunicação. Tal axiologia pode ser vista como contendo um conjunto mínimo de valores, necessários para qualquer ideologia interpretativa e incapaz, portanto, de constituir de per se uma ideologia totalmente desenvolvida.

7.3 Interpretação e paráfrase

Ainda em relação à análise do homicídio por motivo fútil. A divergência e a possibilidade de enquadrar a briga por tóxicos e a ausência de motivos na lei depende da reconstrução da expressão "motivo fútil" conforme o dever-ser do legislador racional. "A relação sintagmática "motivo fútil" sofre uma carga valorativa. Surgem, assim, relações associativas que permitirão aos intérpretes conectar a falta de motivo com a torpeza do ato e assim inverter a ordem linear sintagmática: em vez de motivo fútil, futilidade imotivada. O intérprete vai dizer que essa inversão não precisa tornar-se expressa, corresponde à vontade do legislador. E vai fazer a demonstração com uso competente da língua" [44].

Ao se utilizar de seus métodos, a hermenêutica identifica o sentido da norma,

---

43 Idem, 379.

44 FERRAZ JUNIOR. Op.cit. 2001. p. 278.

dizendo como ele deve-ser (dever-ser ideal). Ao fazê-lo, porém, não cria um sinônimo, para o símbolo normativo, mas realiza uma paráfrase, isto é, uma reformulação de um texto cujo resultado é um substituto mais persuasivo, pois exarado em termos mais convincentes. Assim, a paráfrase interpretativa não elimina o texto, pondo outro em seu lugar, mas o mantém de uma forma mais conveniente, reforça-o, dando-lhe por base de referência o dever-ser ideal do legislador racional, para um efetivo controle da conotação e da denotação. Ou seja, ao interpretar, a hermenêutica produz um acréscimo à função motivadora da língua normativa e realiza um ato de violência simbólica[45] .

A interpretação não é verdadeira nem por fidelidade ao pensamento do legislador nem por fidelidade aos fatores objetivos da realidade, mas à medida que serve congruentemente a uma relação de poder de violência simbólica. É um discurso de poder ou de para-poder.

Não obstante, o que explicaria as divergências hermenêuticas?

7.4 Interpretação verdadeira e interpretação divergente: códigos fortes e códigos fracos

Em uma relação de poder há três elementos: 1) o agente de dominação, 2) o paciente e 3) as organizações estatuídas. Quando um agente emite uma norma, esta pode ser captada pelo paciente de diversos modos. A relação não é, pois, direta, mas mediada pelas organizações estatuídas que constituem um código explícito.

Em geral, as prescrições burocráticas são emitidas por definição (Weber) conforme um código dotado de rigor denotativo e conotativo. Trata-se de um código forte que procura dar sentido unívoco à prescrição. Ex.: "as obrigações pecuniárias constituídas antes deste decreto-lei e sem cláusula de correção monetária serão convertida na data de seu vencimento conforme o índice de deflação x". O código forte confere à prescrição um sentido estrito, quando atribui rigor às expressões obrigação pecuniária, constituição da obrigação, data da constituição, fator deflacionário etc. O rigor, porém, estreita o espaço de manobra do destinatário, pois dele se exige um comportamento estrito. Assim, a tendência

---

[45] Idem. p. 278

do receptor é ganhar espaço, ampliar sua possibilidade de comportamento. Por isso ele decodifica a prescrição conforme um "código fraco", isto é, pouco rigoroso e flexível, discutindo se todas as obrigações pecuniárias estão subsumidas na prescrição, se uma obrigação apenas delineada provisoriamente, mas sujeita a incidentes futuros, já foi constituída etc[46] .

Pode ocorrer, porém, que o emissor decodifique sua prescrição conforme um código fraco, procurando "cercar" o comportamento do receptor de todos os lados pela flexibilidade de sentido. Nesse caso, o receptor vai, em contraposição, exigir uma decodificação precisa, conforme um código forte, pois este é que lhe conferirá espaço de manobra.

O legislador normativo trabalha com os dois códigos. Dependendo da situação existencial e atendendo à exigência de imperatividade global do sistema, o intérprete pode variar sua codificação em nome do legislador racional. A paráfrase interpretativa não se resume, portanto, num exercício de decodificação rigorosa, mas pode variar, conforme as circunstâncias, desde que se reforce o poder de violência simbólica. Ex.: proibição de analogia em direito penal.

A possibilidade de usar códigos fortes e fracos a serviço do poder de violência simbólica confere à hermenêutica uma margem de manobra, que, simultaneamente, explica as divergências interpretativas, sem, porém, ferir a noção de interpretação verdadeira, enquanto é a que efetua o ajustamento congruente entre poder-autoridade, poder-liderança e poder-reputação na emissão da norma.

8 Função racionalizadora da hermenêutica

O êxito do direito, como força unificadora, depende de se dar significado efetivo à ideia de um governo do direito, unificado e racional. Para isso trabalha a hermenêutica.

A interpretação judicial operativa, em sentido estrito, ocorre no caso de dúvida devido à falta da clareza necessária ou da transparência requerida para a aplicação da lei. Existem diversas fontes para essas dúvidas, mas todas elas são baseadas nos

---

46 Idem, p. 280.

casos específicos e, consequentemente, dependentes do contexto[47]. Esse tipo de interpretação, portanto, envolve sempre um componente pragmático.

É de insistir-se que a ciência jurídica, ao lidar com a sistematização da lei em vigor, apresenta-se como necessária uma interpretação[48].

Embora as fontes de dúvida nesse tipo de interpretação sejam, via de regra, diferentes das que afetam a interpretação operativa, não existem diferenças relevantes nem no raciocínio justificativo, nem no constructo do legislador racional.

"O raciocínio da interpretação legal é uma das espécies do raciocínio jurídico. No raciocínio jurídico, assim como em todo raciocínio, está subentendida a ideia da racionalidade"[49] .

Não se pode desprezar as diversas formas de racionalidade preconizadas pelos mais variados autores, mas é de se fazer uma suposição mínima como ponto de partida para o desenvolvimento do raciocínio jurídico na atualidade. É de esperar-se que uma decisão não seja arbitrária, qual seja, a decisão deve ser passível de justificativa por 'boas razões'[50] . Dascal complementa: "a racionalidade é tomada então como a justificabilidade de uma decisão. Ela simplesmente consiste na capacidade de isolar e chamar a atenção para as 'boas razões'que supostamente fundamentam uma decisão[51].

A estrutura profunda de uma decisão legal justificada consiste, essencialmente, em um conjunto de premissas epistêmicas e axiológicas que, por meio de regras aceitas do raciocínio jurídico (justificativo), produzem a decisão (como conclusão do raciocínio).

Aqui é necessário apresentar a diferenciação entre premissas epistêmicas e axiológicas. As primeiras incluem o conhecimento da lei e dos fatos considerados

---

47 WROÓBLEWSKI. Op. cit. p. 28: Em la interpertación operativa, el órgano que aplica el derecho interpreta lãs reglas utilizadas em el proceso de su aplicación al caso concreto. El ejemplo típico es el de la interpretación de lãs leyes por los jueces o el de la aplicación administrativa Del derecho.

48 AARNIO, Aulius. Le Rationnel Comme Raisonnable. Paris: Librarie Génerale de Droit et de Jurisprudence. 1992. p. 63

49 Dascal, op. cit., p. 367.

50 WRÓBLEWSKI. op. cit. p. 57.

51 Op. cit. p. 367.

para a decisão em consideração. As segundas incluem avaliações e/ou regras específicas, que são levadas em conta para a justificação.

As premissas epistêmicas e axiológicas, bem assim as regras de justificação, fazem referência implícita a uma pessoa e/ou a um constructo: o legislador. É possível o reconhecimento de pelo menos três concepções desse legislador. O primeiro é visto como um agente histórico decretando a lei. É concebido como uma pessoa ou corpo coletivo dotado de algum conhecimento e de uma atitude axiológica mais ou menos determinada, expressa em suas avaliações. Especialmente na linguagem tradicional do discurso jurídico, encontram-se referências à 'vontade do legislador histórico', como se fosse um fato histórico do passado que tem de ser reconstruído com a ajuda de vários instrumentos heurísticos [52].

9 Métodos e tipos dogmáticos de interpretação

9.1 Métodos hermenêuticos

Os chamados métodos são na verdade regras técnicas que visam à obtenção de um resultado. Com elas procuram-se orientação para os problemas de decidibilidade dos conflitos. Esses problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática.

9.2 Interpretação gramatical, lógica e sistemática

Os problemas sintáticos referem-se a questões de conexão das palavras nas sentenças: questões léxicas; à conexão de uma expressão com outras expressões dentro de um contexto: questões lógicas; e à conexões das sentenças num todo orgânico: questões sistemáticas.

A orientação para enfrentar os problemas sintáticos constitui o objeto dos métodos sistemáticos.

Quando se enfrenta uma questão léxica, a doutrina costuma falar em interpretação gramatical. A análise das conexões léxicas, por uma interpretação dita gramatical, não se reduz, pois, a meras regras de concordância, mas exige regras de decidibilidade. A letra da lei é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica.

---

[52] Ibidem, 368.

Quando enfrentamos problemas lógicos, a doutrina costuma falar em interpretação lógica. É instrumento técnico a serviço da identificação de inconsistências. Parte-se do pressuposto de que a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto é importante para a obtenção do significado correto. Não obstante as exigências de compatibilidade lógica ocorrem, no entanto, inconsistências quando, às vezes, num mesmo diploma legal, usa-se o mesmo termo em normas distintas com consequências diferentes. Fere-se o princípio lógico da identidade.

O princípio lógico da identidade permite ao jurista mostrar a questão, mas não resolvê-la. "As regras da interpretação lógica, recomendações para criar as condições de decidibilidade, são assim fórmulas quase-lógicas como "o legislador nunca é redundante", "se duas expressões estão usadas em sentidos diversos, é porque uma deve disciplinar a generalidade, outra abre uma exceção", ou "deve-se ater aos diferentes contextos em que a expressão ocorre e classificá-los conforme a sua especificidade" etc.

As incompatibilidades lógicas são evitadas conforme três procedimentos retóricos: 1) atitude formal - procura as condições de decidibilidade pelo estabelecimento de recomendações gerais prévias à ocorrência de conflitos, como são o princípio da prevalência do especial sobre o geral, princípio de que a lei não tem expressões supérfluas, o princípio de que, se o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir etc. 2) atitude prática - corresponde a recomendações que emergem das situações conflitivas, por sua consideração material, como procedimento das classificações, definições e redefinições que ora separam termos na forma de oposições simétricas (ou é de conteúdo de direito público ou é de direito privado) ou de conjunção (caso em que os conteúdos são aproximados na forma de gêneros e espécies de um gênero superior) etc. 3) atitude diplomática - exige certa inventividade do intérprete, como é a proposta de ficções: alegação da própria torpeza...

Quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, falemos em interpretação sistemática *(strito sensu)*. A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. Há aqui um paralelo entre teoria das fontes e a teoria da interpretação. Correspondentemente à organização hierárquica das fontes, emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão

das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela constituição. Recomenda, portanto, que não se faça a leitura isolada dos textos de lei, códigos, etc.

9.3 Interpretação histórica, sociológica e evolutiva

Embora nos problemas circunscritos como de ordem sintática estes mostram, aqui e ali, questões relacionadas à ordem semântica. Num sentido restrito, os problemas semânticos referem-se ao significado das palavras individuais ou de sentenças prescritivas. Aqui aparecem as questões de ambiguidade e vaguidade já mencionadas. A hermenêutica pressupõe que tais significados são função da conexão fática ou existencial em consideração ao conjunto vital – cultural, político e econômico – que condiciona o uso da expressão. A atividade de expô-los e conectá-los com as expressões normativas constitui objeto dos métodos sociológicos e históricos.

A distinção entre interpretação sociológica e histórica deve levar em conta sua gênese no tempo, o que nem sempre é fácil, pela interpenetração do sentido efetivo na circunstância atual ou o momento de criação da norma.

Para o levantamento das condições históricas, recomenda-se ao intérprete o recurso aos precedentes normativos, isto é, de normas que vigoram no passado e que antecederam à nova disciplina para, por comparação entender os motivos condicionantes de sua gênese"[53] .

A investigação leva o intérprete a buscar nos trabalhos preparatórios (discussões parlamentares, emendas preteridas etc), elementos auxiliares do sentido histórico da norma. Isso lhe fornece o *occasio legis,* i. é, o conjunto de circunstâncias que marcaram efetivamente a gênese da norma.

O levantamento das condições atuais deve levar o intérprete a verificar as funções do comportamento e das instituições sociais no contexto existencial em que ocorreram.

---

[53] FERRAZ JUNIOR. Op. cit. 286.

Com base nesses levantamentos das condições históricas e sociológicas, a interpretação assume duas formas[54] : a) pode ser feita de modo que significado da palavra ou da sentença prescritiva seja mais claramente definido por meio de uma descrição formulada em outros termos – controle da ambiguidade por interpretação conotativa; b) ou de tal modo que diante de um conjunto de fatos experimentados e delimitados por sua função, seja possível decidir com um sim ou não, ou um um talvez, se o conjunto de fatos constitui ou não uma referência que corresponde à palavra ou à sentença – controle da vaguidade por interpretação denotativa.

9.4 Interpretação teleológica e axiológica

Esses são problemas pragmáticos stricto sensu.

> Na verdade, sendo um conjunto de paráfrases a serviço do poder de violência simbólica, todo ato interpretativo tem primariamente uma qualidade pragmática, isto é, deve ser entendido numa relação de comunicação entre emissores e receptores das mensagens normativas. Não obstante, as relações entre os comunicadores colocam, num sentido estrito, problemas peculiares que a hermenêutica enfrenta por meio dos métodos teleológico e axiológico [55] .

As questões pragmáticas de interpretação reportam-se mormente à carga emocional dos símbolos. A presença de cargas valorativas precisam ser controladas. É preciso neutralizar os conteúdos, o que não quer dizer eliminar a carga valorativa, mas controlá-la. É preciso generalizar de tal modo esses valores que eles passem a expressar universais do sistema.

O pressuposto e, ao mesmo tempo, a regra básica dos métodos teleológicos é de que sempre é possível atribuir um propósito às normas. Isso, porém, nem sempre é claro e muitas vezes nos levaria a perplexidades. Normas costumeiras existem para as quais é difícil encontrar propósitos e finalidades. O longo uso com o sentimento de obrigatoriedade instaura uma rede de disciplinas sem que possamos encontrar nelas alguma intenção. No entanto, é preciso encontrar essas finalidades ou, ao menos, postulá-las, para obter a neutralização da carga emocional.

Um exemplo é o art. 5º da LICC em que as expressões fins sociais e bem comum

---

54 ROSS, Alf. Logica de las normas. Madrid: Tecnos. 1971. P. 113-115.

55 FERRAZ JÚNIOR. Op. cit. 2001. P. 287.

são entendidas como sínteses éticas da vida em comunidade.

A doutrina costuma distinguir, assim, os princípios como fins imanentes da ordem jurídica e social e reguladores teleológicos da atividade interpretativa, das chamadas regras gerais. Ambos possuem a generalidade como característica, mas a dos princípios é de maior grau: os princípios valem para séries indefinidas de casos, enquanto as regras valem para séries definidas. Exemplos de regras: liberdade contratual no direito das Obrigações, a oralidade e a imediatidade no Direito Processual; de princípios: exigência da boa-fé no trato das relações, o respeito às soluções equitativas, à pessoa e sua dignidade, à igualdade de todos perante a lei, etc.

Teleológica: postulam fins; axiológicas: valorizam situações.

Em suma, a interpretação teleológica e axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. Seu movimento interpretativo, inversamente ao da interpretação sistemática que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema, parte das consequências avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de mover suas próprias previsões, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias consequências. Assim, entende-se que, não importa a norma, ela há de ter, para o hermeneuta, sempre um objetivo que serve para controlar até as consequências da revisão legal (a lei sempre visa aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos).

10. Tipos de interpretação

10.1 Interpretação especificadora

Uma interpretação especificadora parte do pressuposto de que o sentido da norma cabe na letra de seu enunciado. Tendo em vista a decidibilidade com um mínimo de perturbação social, a hermenêutica vê-se pragmaticamente dominada por um princípio de economia de pensamento. Postula, assim, que para elucidar o conteúdo da norma não é necessário sempre ir até o fim de suas possibilidades significativas, mas até o ponto em que os problemas pareçam razoavelmente decidíveis. Era esse

talvez o sentido do aforismo jurídico in claris cessati interpretatio.

Que significa uma interpretação especificadora que se limita a reconhecer que o sentido literal da norma é claro?

Podemos utilizar de dois exemplos: o primeiro diz respeito ao sentido da palavra culpa, estampada no art. 1520 do Código Civil antigo, fazendo a seguinte observação: "Ora, a palavra culpa, mesmo na técnica jurídica, é ambígua, pois se define ora como negligência, ora como dolo, ora como ambos, ora como característica da reprovabilidade pessoal do agente. Todas as conotações são possíveis. Embora, num caso concreto, o aplicador da lei tenha de identificar uma delas, o intérprete dirá que o sentido de culpa no texto do art. 1520, embora abrangente, é claro: não se há de excluir em tese nenhuma das conotações.

Outro exemplo com a expressão interpelação que pode denotar tanto a intimação feita pelo credor ao devedor para que pague, como pergunta dirigida ao Governo por um membro de uma Câmara legislativa. No contexto, no entanto, o intérprete dirá que a denotação é clara, pois se trata de uma norma cujo contexto se refere a relações de credores e devedores.

O que ocorre, em ambos os casos, é uma paráfrase que reproduz a decodificação fraca ou forte do legislador na mesma linha de orientação, reforçando o sentido com o mesmo vetor. No exemplo da culpa, por sua ambiguidade, a mensagem está codificada num código fraco que o intérprete decodifica também num código fraco: não exclui nenhuma conotação e admite qualquer uma como possível. Já na interpelação, o símbolo é vago mas o contexto em que é usado faz ver que a mensagem está codificada num código que o intérprete decodifica também num código forte: discrimina as extensões e atribui a palavra a uma delas, à exclusão da outra.

As expressões código forte e código fraco pertencem a uma análise zetética do problema. A teoria dogmática dirá que, na interpretação especificadora, a letra da lei está em harmonia com a *mens legis* ou o espírito da lei, cabendo ao intérprete apenas constatar a coincidência.

10.2 Interpretação restritiva

Uma interpretação restritiva ocorre toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão. Supõe-se que a interpretação especificadora não atinge os objetivos da norma, pois lhe confere uma amplitude que prejudica os interesses, ao invés de protegê-los.

A interpretação restritiva pode conter vaguidade denotativa ou ambiguidade conotativa. O primeiro é o caso das normas excepcionais. Não obstante a possibilidade de a *facti species* cobrir outros conteúdos, a doutrina recomenda que a extensão não se faça. O segundo é o caso de direitos fundamentais. Apesar de símbolos como liberdade, vida, saúde, segurança serem ambíguos, cabe ao intérprete tomá-los como conotativamente restritos toda vez que uma norma lhes imponha regras[56] .

A interpretação restritiva corresponde a uma paráfrase que decodifica uma mensagem codificada num código fraco por meio de um código forte. O intérprete altera, pois, o código, mas com o objetivo de aumentar o poder de violência simbólica em nome do telos global do sistema. Supõe, assim, que o legislador racional, por coerência com os valores que o ordenamento agasalha, deseja uma imposição de sentido rigoroso. Destarte, por exemplo, postula que o reconhecimento de direitos fundamentais é estabelecido por normas codificadas por um código fraco e que, portanto, uma lei, hierarquicamente inferior, e que limite tais direitos, só poderia ser codificada por um código forte. Se, de fato, isso nem sempre ocorre, cabe ao intérprete imputar ao legislador essa intenção e, deste modo, decodificar a norma limitadora, exarada num código fraco conforme um código forte. Percebemos, assim, como a hermenêutica é, ela própria, um poder de violência simbólica que faz a lei falar.

Ateoria dogmática dirá que a restritividade decorre da teleologia imanente ao ordenamento, sendo uma exigência de valores que constituem a *voluntas legislatoris* ou a *mens legis*. Tudo se faz, pois, em nome da *ratio legis* (na verdade, a vontade do legislador racional).

---

[56] Idem, p. 291.

10.3 Interpretação extensiva

Trata-se de um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra. Isso significa que o intérprete toma a mensagem codificada num código forte e a decodifica conforme um código fraco. Argumenta-se com o respeito da ratio legis, pois o legislador (LR) não poderia deixar de prever casos que aparentemente, por uma interpretação meramente especificadora, não seriam alcançados.

Se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas (ou mais vagas e ambíguas do que são em geral, em face da imprecisão da língua natural de que se vale o legislador).

11. Interpretação e integração do direito

A noção de tripartição dos poderes está no cerne da questão da integração, desde que se postule a distinção entre atividade legislativa, executiva e judiciária.

11.1 Modos de integração do direito

A questão dos modos de integração do direito diz respeito aos instrumentos técnicos à disposição do intérprete para efetuar o preenchimento ou a colmatação da lacuna. Tais instrumentos têm dupla finalidade: constatação e preenchimento da lacuna. A analogia não é só usada para preencher ou colmatar um vazio, mas também para mostrar o vazio. A lacuna não aparece para o hermeneuta como uma evidência, mas exige demonstração. A doutrina reconhece casos de lacunas aparentes. Preenchimento e constatação são independentes, pois pode haver constatação, mas o preenchimento é vedado, pois se diz que ultrapassa os limites permitidos à atividade integradora (lacunas que só o legislador pode preencher com a edição de lei). O preenchimento da lacuna não impede sua constatação em novos e sucessivos casos e circunstâncias, a qual continuará a exigir que o legislador venha a preencher (no caso de lacuna preenchida pela sentença judicial no caso concreto, não faz desaparecer do ordenamento).

11.2 Instrumentos quase-lógicos: analogia, indução amplificadora, interpretação extensiva

Não há acordo entre juristas e lógicos sobre a definição da analogia. O difícil problema está na determinação do que sejam as relações essenciais ou de semelhança entre os supostos fáticos.

Há quem afirme (lógica formal) que a analogia é um procedimento conclusivo mediato, que pressupõe pelo menos duas premissas, na qual ocorre o passagem de um particular para outro particular, procurando distinguir da dedução (passagem do geral para o parcial) e da indução (do particular para o geral). Há criticas a essa definição pois há passagem do geral para o geral em analogia. Concluem, outros, que na analogia ocorre, das premissas à conclusão, uma passagem de mesmo nível.

A analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes.

Costuma-se distinguir *analogia legis* e analogia juris. A distinção tem a ver com um segundo procedimento quase lógico, a indução amplificadora.

Em geral, a doutrina entende que a *analogia legis* parte de um único preceito legal e aplica-o a casos semelhantes. Já a *analogia juris* parte de vários preceitos, obtendo, por indução, princípios que lhes são comuns, os quais, então, são aplicados aos casos não direta e expressamente previstos pelos dispositivos legais. O autor salienta que a imprecisão advém da expressão princípios gerais de direito. Ressalta que a chamada analogia júris é espécie de conjugação de dois métodos lógicos: a indução e a dedução. Com base em casos particulares, obtém-se uma generalização da qual resultam princípios os quais se aplicam, então, dedutivamente, a outros casos.

A indução amplificadora é complexa que a analogia e exige não apenas um juízo empírico de semelhança e juízo de valor sobre o caráter mais significativo da coincidência para efeitos jurídicos, mas também que se extraia da comparação e da valoração um princípio geral. A distância entre a norma (ou normas) de que se parte e o caso omisso é maior.

11.3 Instrumentos institucionais: costumes, princípios gerais de direito, equidade

A relevância dos costumes está aqui como instrumento integrador e não como fonte do direito. O costume ocupa os vazios do ordenamento legal e não do ordenamento global, ao qual pertencem as normas consuetudinárias. Se há norma costumeira, não há lacuna, mas pode haver omissão de norma legal. (art. 4º da LICC).

Jean-Louis Bergel dá-nos uma noção de princípios gerais de como:

Regras de direito objetivo, não de direito natural ou ideal, expressas ou não nos textos mas aplicadas pela jurisprudência e dotadas de um caráter suficiente de generalização[57] .

No entanto, linhas antes deixa a observação de que essa noção é obscura.

Em obra sobre hermenêutica jurídica, Lênio Luiz Streck, chama a atenção para o fato de que os princípios gerais não possuem conceito definido e deixa a seguinte observação:

Os princípios gerais do Direito adquirem um significado apenas quando consideradas em conjunto com o restante do sistema jurídico: daí a necessidade de se pressupô-lo como uma totalidade. No mínimo, os princípios gerais, em seus mais variados conteúdos, podem servir – e têm servido cotidianamente – como um topos hermenêutico[58] .

Fala-se em equidade no sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso. O juízo por equidade é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional. O intérprete busca a racionalização dessa intuição, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão juízo por equidade.

---

[57] BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

[58] STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 4. ed., 2003, p. 106.

Na falta de norma, a equidade integra o ordenamento sumariamente, assentando-se nas circunstâncias do caso concreto. Seu contraponto, porém, mesmo quando não parece claramente institucionalizado, é a existência de algum consenso. No direito atual, portanto, ela se prende às elaborações da própria dogmática, às estruturas da língua hermenêutica: o juízo por equidade tem de levar em consideração o sistema.

11.4 Limites à integração

A própria hermenêutica estabelece, de modo arbitrário, formas de controle dos meios de integração.

Assim, impõe a regra de que nenhum meio integrador gera, por si, um efeito generalizante. (só o legislador, não o intérprete elimina a lacuna). O ato integrado é singular e o preenchimento da lacuna é sempre in casu.

Outra regra (ou princípio de controle) é o *jus singulare,* o qual foi definido por Paulo como *jus singulares est quod contra tenorem ratione propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* (chama-se direito singular aquele que, em virtude de alguma utilidade especial, vai contra a razão, pela autoridade dos que o constituem). No Brasil a regra não se encontra positivada, mas prevalece como orientação doutrinária.

A questão da lacuna e dos limites à integração é uma espécie de invenção do pensamento dogmático que permite, de modo controlado, a decidibilidade de conflitos não regulados de forma positiva. O direito positivado pressupõe uma tendência em estreitar, em nome dos valores da certeza e da segurança, o campo de atuação do intérprete. O conceito dogmático de lacuna, dos meios de integração e de seus limites confere ao intérprete a possibilidade de se valer de fatores extrapositivos como se fossem positivos ou, ao menos, positiváveis.

Assim, embora a lacuna seja definida como omissão ou falta de norma no ordenamento, ela é na realidade, uma válvula pela qual entram no ordenamento os fatores extrapositivos, como os ideais de justiça, as exigências da equidade, os raciocínios quase-formais.

12. Conclusão

Hermes, na mitologia grega, era um intermediário entre os deuses e os homens, de onde vem a palavra hermenêutica. A dogmática hermenêutica faz a lei falar. A hermenêutica jurídica é uma forma de passar dogmaticamente o direito que permite um controle das consequências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram. O sentido das normas vem domesticado. Mesmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento (por equidade, por analogia etc) dando a impressão de que o intérprete está guiando-se pelas exigências do próprio real concreto, o que faz, na verdade, é guiar-se pelas próprias avaliações do sistema interpretado.

A hermenêutica possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais, ao projetá-los numa dimensão harmoniosa – o mundo do legislador racional – ao qual, em tese, tornam-se todos decidíveis. Portanto, não as oculta propriamente, mas as disfarça, trazendo-as para o plano de suas conceptualizações.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico.* 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2003.

CAMARGO, Maria Lacombe Camargo. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ENGIS CH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1968.

FERRAJOLI, Luigi. *Interpretazione Dottrinale e interpretazione Operative. In: Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto,* v. 43, 1966. p. 290-304.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 3. ed. brasileira. Martins Fontes, 1991.

SCHIFFER, P. Meaning. Oxford: *The Clarendon Press.* 1972.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise.* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado., 2003.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional*, 1979.

_____. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa. 1997.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoria general de la interpretación jurídica. Madrid:* Civitas, 2001.

A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: uma análise da Lei n. 12.015/2009

Thiago André Pierobom de Ávila

Promotor de Justiça do MPDFT, titular da 1ª Promotoria de Justiça Especial Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Ceilândia, bem como Promotor-Coordenador de Ceilândia. É Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa e Professor de Direito Processual Penal da pós-graduação lato sensu da FESMPDFT.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Síntese das alterações relevantes. 2 Regramento da ação penal nos crimes contra os costumes antes do advento da Lei n. 12.015/2009. 3 Novas regras da Lei n. 12.015/2009 relativas à ação penal. 4 Regras de transição. Referências.

Introdução

A questão relativa à ação penal nos crimes contra a dignidade sexual (antigos crimes contra os costumes) sempre foi controvertida.

O tema era antes tratado de forma fragmentária em diversos artigos do Código Penal. Com o advento da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, houve uma tentativa de simplificação do tema. Todavia, considerando que ainda haverá várias dúvidas relativas às regras de transição, ainda é relevante compreender como o tema era tratado antes da referida alteração, como é o novo tratamento e como será a regra de transição.

1 Síntese das alterações relevantes

Em síntese, a reforma da Lei n. 12.015/2009 introduziu três alterações relevantes (para a análise do problema da espécie de ação penal no caso). Primeiro, a reforma revogou o dispositivo relativo ao crime de atentado violento ao pudor (antigo art. 214 do CP) e passou a disciplinar essa conduta de forma conjunta no mesmo dispositivo do estupro. Não houve *abolitio criminis,* pois as condutas

antes tipificadas no antigo art. 214 do CP como atentado violento ao pudor (v.g., coito anal, felação, beijo lascivo e outros atos libidinosos semelhantes) continuam tipificados como estupro no novo art. 213 do CP. A diferença é que agora um homem poderá ser formalmente vítima de estupro, nas modalidades antes indicadas. Em segundo lugar, também há alteração na regra do concurso material, pois, como anteriormente as condutas estavam disciplinadas em dois dispositivos separados, a jurisprudência admitia, no caso de conjunção carnal e coito anal na mesma circunstância de fato, o concurso material das condutas, com o somatório das penas; todavia, como atualmente ambas as condutas estão previstas no mesmo dispositivo legal, não mais será possível o concurso material de crimes, mas haverá um crime único, devendo a circunstância da realização de várias condutas correspondentes a vários núcleos verbais típicos ser avaliada na fixação da pena, exasperando-a. Finalmente, a reforma revogou a regra da presunção de violência do antigo art. 224 do CP, nas hipóteses de prática de relação sexual com menor de 14 anos, incapaz ou com quem não poderia oferecer resistência. Agora, ao invés de se realizar a combinação de dois dispositivos para se realizar a adequação típica (o art. 213 previa como crime a prática de relação sexual mediante violência e o antigo art. 224 presumia a violência nas hipóteses mencionadas), a nova legislação estabeleceu diretamente uma figura típica que incrimina a prática de relação sexual com menor de 14 anos, incapaz ou quem não pode oferecer resistência, sob o *nomen juris* de estupro de vulnerável (novo art. 217-A do CP), inclusive com pena mais elevada que a do estupro comum. Considerando que houve revogação do art. 224 do CP e a nova pena do crime de estupro de vulnerável já é mais elevada em relação ao tipo simples, fica tacitamente revogado o art. 9º da Lei nº 8.072/1990, que previa uma causa de aumento da pena de metade para as hipóteses de estupro cometido nas hipóteses do art. 224 do CP. Também houve a alteração das regras relativas à ação penal, que será vista adiante.

Os atuais crimes contra a dignidade sexual correspondem aos crimes de estupro (que abrange o antigo atentado violento ao pudor), violação sexual mediante fraude, assédio sexual, estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição, previstos nos art. 213 a 218-B do CP.

2 Regramento da ação penal nos crimes contra os costumes antes do advento da Lei n. 12.015/2009[1]

Antes da alteração legislativa, havia uma regra geral de que a ação penal em relação a tais delitos proceder-se-ia mediante queixa (art. 225, caput, CP). Entendia-se que a justificativa de o legislador entregar o *jus persequendi* in judicio nas mãos da vítima era uma questão de política criminal decorrente do constrangimento que o processo poderia gerar na vida da vítima *(streptus judicii)*.

Todavia, o próprio legislador que estabelecia essa regra geral em relação aos crimes contra os costumes passou a estabelecer várias exceções, às quais a jurisprudência se encarregou de acrescentar outras, de sorte que o estudo dogmático da ação penal nos crimes contra os costumes se tornou verdadeira celeuma.

Dispunha o revogado art. 225, § 1º, I, c/c o § 2º, CP, que, tratando-se de vítima pobre, a ação penal seria pública condicionada à representação.

Dispunha o revogado art. 225, § 1º, II, CP, que, tratando-se de crime cometido com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação penal seria pública incondicionada.

Da mesma forma, em se tratando de crime contra os costumes, qualificado pelo resultado de lesão corporal grave ou morte (anteriormente previsto no art. 223, CP), a ação penal era pública incondicionada. Tratava-se de uma interpretação sistemática do antigo art. 225, eis que tal artigo dispunha que "nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa", e o delito capitulado no art. 223 estava dentro do mesmo capítulo, de sorte que não era alcançado pela norma de exceção, portanto, era alcançado pela regra geral estabelecida no art. 100 do CP, que é a da ação penal pública incondicionada.

Além dessas hipóteses de ação penal pública incondicionada, o Egrégio STF editou a Súmula nº 608, nos seguintes termos: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada".

Por violência real entendia-se lesão corporal (ainda que simples). E, segundo tal entendimento, mesmo o advento da Lei nº 9.099/1995 não teria alterado a ação

[1] A presente análise já constava de nossa obra: ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Direito processual penal.* 15. ed. Brasília: Vestcon, 2009, item 6.6.

55

penal pública incondicionada nessas hipóteses. Nesse sentido, ver decisão do STJ:

> Ementa
>
> *Habeas corpus.* Penal. Estupro com lesões corporais leves. Ação Penal Pública Incondicionada. Súmula nº 608/STF. Delito considerado hediondo. Impossibilidade de progressão de regime.
>
> "O estupro absorve as lesões corporais leves decorrentes do constrangimento, ou da conjunção carnal, não havendo, pois, como separar estas daquele, para se exigir a representação prevista no art. 88, da Lei nº 9.099/1995."[2]
>
> Vigência da Súmula nº 608, do STF.
>
> Consoante entendimento recentemente adotado pelo Col. STF, secundado por julgados desta Corte, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos em sua forma simples ou com violência presumida, enquadram-se na definição legal de crimes hediondos (art. 1º da Lei nº 8.072/1990), recebendo essa qualificação ainda quando deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima. Hipótese dos autos em que incide a regra proibitiva da progressão de regime inserta no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990.
>
> Ordem denegada[3].

O entendimento justificava-se no disposto no art. 101 do CP, segundo o qual, no crime complexo, se uma das elementares ou circunstâncias constituírem crime que por si só seja de ação penal pública, todo o delito complexo será de ação penal pública. Destarte, considerando que o delito de lesões corporais é de ação penal pública, caso o estupro seja praticado com violência física, deveria ser procedido por denúncia do Ministério Público.

Tal entendimento sofria críticas doutrinárias, porquanto o estupro não é tecnicamente um delito complexo, segundo o entendimento clássico de Antolisei, para o qual delito complexo é a reunião de dois outros delitos em uma nova figura. Haja vista tratar-se de uma lesão corporal ou ameaça mais a conjunção carnal, como essa última não é um crime, o estupro não seria um crime complexo[4] .

Também se criticava o entendimento pelo fato de o art. 101 ser uma norma geral e o art. 225, uma norma especial, de modo que, pelo princípio geral de hermenêutica,

---

2 HC nº 7.910/PB. Relator Ministro Anselmo Santiago. DJ de 23/11/1998.

3 HC nº 21.423/SP. Reg. nº 2002/0036067-0. 5ª Turma. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. DJ 26/8/2002, p. 279.

4 JESUS, Damásio E. *Código Penal anotado.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, art. 101.

a regra especial afastaria a aplicação da regra geral[5] . Todavia, considerando que se tratava de uma decisão do STF, cúpula do Judiciário brasileiro, tal entendimento sempre foi respeitado pelos demais órgãos judiciais.

Por violência real entendia-se não somente a lesão corporal leve, mas também a grave ameaça. Desde 1991, o STJ diferenciava a grave ameaça da violência física, entendendo que o estupro mediante grave ameaça seria de ação penal privada[6] .

Todavia, após 2000, houve alteração no entendimento do Tribunal, passando-se a entender que tanto a violência física quanto a grave ameaça (*v.g.*, emprego de arma de fogo) justificava que a ação penal fosse considerada pública incondicionada. Conferir:

> PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL. SÚMULA Nº 608-STF.
> I – Na linha de precedentes desta Corte, a expressão violência real alcança a denominada violência moral (no caso, grave ameaça com emprego de arma), estando, aí, tão só excluída a violência presumida. Além do mais, o art. 101 do CP, na dicção predominante, alcança o estupro como crime complexo em sentido amplo.
> II – Legitimidade do Parquet para a propositura da ação penal.
> Recurso provido. (STJ, 5. T., REsp 479.679/PR, rel. Ministro Felix Fischer, j. 19/8/2003. DJ 15/9/2003, p. 353)
> Recurso provido. (STJ, 5. T., REsp 479.679/PR, rel. Ministro Felix Fischer, j. 19/8/2003. DJ 15/9/2003, p. 353)[7]

Assim, segundo esse entendimento mais atual do STJ, o estupro cometido apenas com grave ameaça era considerado de ação penal pública incondicionada. Esse entendimento acabara reduzindo as hipóteses de crimes sujeitos à mera ação penal privada apenas ao estupro praticado mediante violência presumida. E isso se a vítima não fosse pobre, pois nessa situação a ação penal seria pública condicionada à representação.

---

5 BITENCOURT, Cezar R. *Código Penal anotado e legislação complementar*. 2. ed. São Paulo: RT,

6 STJ, 6. T., REsp 1.195/PR, rel. Ministro Carlos Thibau, relatora para acórdão Ministro Costa Leite, j. 12/3/1991. DJ 1/04/1991, p. 3429.

7 No mesmo sentido: STJ, 5. T., HC 31.063/PE, relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 23/3/2004. DJ 24/5/2004, p. 308.

Todavia, deve-se registrar que esse entendimento dos Tribunais Superiores inclusive era objeto de alargamento por outros Tribunais. Registre-se decisão do TJDFT, que considerou que todo estupro contra menor de 18 anos deveria ser processado mediante ação penal pública incondicionada, pois haveria na hipótese um interesse público indisponível para a persecução penal, de sorte que o antigo art. 225 do CP, ao permitir ação penal privada para crimes praticados contra menores de 18 anos e incapazes, não teria sido recepcionado pela CF/1988[8] . Idêntico entendimento era sustentado por Rogério Schietti desde 2003[9] .

Finalmente, segundo o STF, no caso da violência presumida, o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e mesmo sua experiência anterior, não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro[10]. Todavia, se o agente acredita que a vítima possui mais de 14 anos, a situação configura erro de tipo, que exclui o dolo e, portanto, a tipicidade[11]. Esse entendimento continuará ainda válido para o novo tipo penal do estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), apenas não se utilizará mais a expressão violência presumida, pois agora incrimina-se diretamente a prática de ato sexual com menor de 14 anos.

3 Novas regras da Lei n. 12.015/2009 relativas à ação penal

A Lei n. 12.015/2009 deu nova redação ao art. 225 do CP, para estabelecer a seguinte regra geral nos crimes contra a dignidade sexual:

> Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.
> Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Pela nova redação, a regra seria a ação penal pública condicionada à representação, havendo ação penal pública incondicionada apenas nas hipóteses de vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (hoje tipificadas como estupro

[8] TJDFT, 1. T. Crim., HC 2009.00.2.009572-9, rel. Des. Mario Machado, j. 20/8/2009.
[9] CRUZ, Rogério Schietti Machado. Processo penal pensado e aplicado. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 167-180.
[10] STF. HC nº 94.818-9/MG. Relatora Ministra Ellen Gracie. DJe 152/2008, de 14/8/2008, p. 85.
[11] STF. RHC nº 79.788/MG. 2ª T. Relator Ministro Nelson Jobim. J. 2/5/2000. DJ 17/8/2001, p. 52.

de vulnerável no art. 217-A do CP).

Assim, algumas questões permanecem não resolvidas, em especial, esclarecer-se qual será a ação penal quando o estupro for cometido com: ameaça, lesão corporal simples, lesão corporal grave, morte, ou lesão corporal em situação de violência doméstica. Em nossa visão, a solução para esse problema consistirá em se verificar qual é a ação penal para o crime abrangido pelo estupro, devendo o estupro ter a mesma forma de ação penal que o crime menor que ele abrange.

Nas hipóteses de estupro seguido de lesão corporal grave e morte, entendemos que, apesar da omissão legal, obviamente a ação penal deve ser considerada incondicionada. Não haveria sentido imaginar uma situação na qual a vítima do estupro é morta e ainda assim necessite-se de sua autorização para processar o autor do fato: obviamente, pela própria gravidade do delito, a ação penal deverá ser pública incondicionada. Qualquer outra interpretação seria inconstitucional por violação ao dever fundamental de proteção penal eficiente[12] . Registre-se que o Procurador-Geral da República ajuizou a ADIN n. 4301 perante o STF, argumentando que fere o princípio constitucional da razoabilidade e da proporcionalidade condicionar à representação da vítima o delito de estupro seguido de lesão corporal grave ou morte, pois todos os demais delitos do Código Penal, quando qualificados por esses resultados, se procedem mediante ação penal pública incondicionada. Nessa situação, é necessário se utilizar da técnica da interpretação conforme a Constituição, para que se interprete que o novo art. *225, caput,* do CP apenas será constitucional se for interpretado que o mesmo não se aplica às hipóteses de crime qualificado pela lesão grave ou morte (ou declarar inconstitucional sua aplicação a essas hipóteses, como defendem alguns).

Nas hipóteses de estupro praticado apenas com ameaça ou lesão corporal simples, de acordo com a nova regra do art. *225, caput*, do CP, a ação penal será pública condicionada à representação. A reforma legislativa poderia ter incorporado o teor da Súmula n. 608 do STF, que prevê que o estupro quando praticado com violência real (antes entendida como lesão corporal simples ou

[12] Para uma visão do princípio da proteção penal eficiente e sua relação com o sistema de direitos fundamentais, em especial com a chamada proibição fundamental de insuficiência de proteção, ver: ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, item 1.4.

ameaça) submeter-se-ia à ação penal pública incondicionada. Todavia, não o fez, ao contrário, previu uma regra geral de que o estupro será de ação penal pública condicionada à representação. Imaginar que ainda está em vigor a Súmula n. 608 do STF seria incorrer em um duplo erro. Primeiro, porque se a ação penal do estupro se condiciona à representação e, da mesma forma, os crimes meios (ameaça e lesão corporal simples) também são condicionados à representação, então não haveria sentido tornar incondicionada a ação penal do estupro apenas porque foram cometidos através desses crimes menores; na verdade, a referida Súmula foi editada na época em que o crime de lesão corporal simples era sujeito à ação penal pública incondicionada (antes da Lei nº 9.099/1995) e destinava-se a corrigir uma distorção da época, que era considerar o estupro com lesão corporal (que era incondicionada) sujeito à ação penal privada (que então era a regra para o estupro). Portanto, a interpretação original da Súmula n. 608 do STF foi guiada por razões de política criminal. Em segundo lugar, caso se entenda que o estupro praticado mediante ameaça ou lesão corporal simples é de ação penal pública incondicionada, então não haveria nenhuma situação em que o estupro seria de ação penal pública condicionada à representação, interpretação que tornaria letra morta a nova disposição do art. *225, caput,* do CP. Todavia, é princípio assente de hermenêutica jurídica que não pode haver uma interpretação que conduza à existência de letra morta na lei, se uma outra interpretação permite que haja sentido na disposição. Essas duas considerações permitem a conclusão certa de que, doravante, o estupro praticado mediante ameaça ou lesão corporal, tão somente, desde que não se esteja diante de vítima menor de 18 anos ou incapaz, sujeitar-se-á à representação da vítima. Nesse sentido é o entendimento de Nucci[13] .

Todavia, em sentido diverso, Greco ainda advoga que se mantém em vigor a Súmula n. 608 do STF para os delitos cometidos mediante lesão corporal simples, que deverão ser processados mediante ação penal pública incondicionada, restando a aplicação do novo dispositivo do art. *225, caput,* do CP, apenas para os delitos praticados mediante grave ameaça, que se processarão mediante ação

[13] NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009, p. 68-69.

penal pública condicionada à representação[14] . Certamente esse tema merecerá uma uniformização pelos Tribunais Superiores.

A lei atual não mais prevê a hipótese de abuso do poder familiar, mas prevê diretamente que sendo a vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável a ação penal será pública incondicionada (mesmo que o crime seja praticado fora da relação familiar). Também há previsão de causa de aumento de pena de metade (art. 226, II, do CP) caso haja relação de parentesco com a vítima. Pessoa vulnerável deve ser entendida como aquela que é incapaz ou não pode pelas circunstâncias oferecer resistência (as hipóteses que anteriormente o art. 224 do CPP previa a violência presumida). Entendemos que todas as hipóteses antes previstas como abuso do poder familiar já estão englobadas com a nova regra de vítima menor de 18 anos.

Quanto à prática de estupro com lesão corporal em situação de violência doméstica, fora das hipóteses acima referidas (vítima menor de 18 anos, quando a ação penal será indiscutivelmente pública incondicionada), entendemos que a solução deverá ser a mesma dada ao crime previsto no art. 129, § 9º, do CP, com as alterações processuais introduzidas pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) que estabelece em seu art. 41 que não se aplica a Lei n. 9.099/1995 aos crimes praticados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher. Há muita divergência quanto à interpretação do dispositivo, mas, em nosso entendimento, a ação penal do delito de lesão corporal doméstica contra a mulher deve ser pública incondicionada[15], seja porque não se aplica o art. 88 da Lei n. 9.099/1995 (que estabelece que o crime de lesões corporais somente se procede mediante representação), seja porque o tipo do art. 129, § 9º, não é de lesão corporal simples, mas sim uma lesão corporal qualificada, seja, especialmente, porque há razões de política criminal que justificam se prescindir da vontade da vítima – em regra viciada pela pressão sociológica de uma sociedade machista que reluta em responsabilizar os homens que praticam atos de violência doméstica, acobertados pelo mito de que a responsabilização implica em retirar a "paz familiar", o que

[14] GRECO, Rogério. Adendo. Lei nº 12.015/2009: dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009, p. 23.

[15] STJ, 6. T., HC 108.098/PE, rel. p/ ac. Min. Paulo Gallotti, j. 23/9/2008, DJU 3/8/2009. STJ, 6. T., REsp 1000222/DF, rel. Min. Jane Silva, (Des. convocada), j. 23/9/2008, Dje 24/11/2008. STJ, 6. T., HC 108.098/PE, rel. p/ ac. Min. Paulo Gallotti, j. 23/9/2008, DJe 3/8/2009. STJ, 6. T., HC 96.992/DF, rel. Min. Jane Silva (Des. convocada), j. 12/8/2008, DJe 23/3/2009.

jamais permite a mudança de paradigmas.

Sobre o tema da lesão corporal doméstica contra a mulher, inicialmente a 6ª Turma do STJ tinha precedente por maioria entendendo ser uma lesão qualificada, sujeita à ação incondicionada . Todavia, após o afastamento da Ministra convocada Jane Silva, o entendimento seu alterou novamente, com um precedente dessa turma passando a entender que se trata de ação penal sujeita à representação[16] . Contudo, o entendimento da 5ª Turma do STJ é de que o delito em comento não necessita de representação, pois o art. 41 da Lei n. 11.340/2006 afastou a aplicação da Lei n. 9.099/1995, inclusive de seu art. 88, que condicionava a lesão corporal à representação[17].

A questão certamente deve ser uniformizada pela 3ª Seção do STJ.

Portanto, caso se conclua que a lesão corporal doméstica contra a mulher é delito de ação penal pública incondicionada (o que entendemos o mais correto), idêntica solução há de ser dada ao delito de estupro praticado com lesão corporal em situação de violência doméstica (v.g., estupro de companheiro, namorado etc). Essa situação é tão mais grave que o estupro comum que, inclusive, há uma causa de aumento da pena específica para a hipótese, prevista no art. 226, II, do CP.

A regra atual não mais prevê qualquer tipo de diferenciação se a vítima for pobre ou não.

Em síntese, o panorama da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual antes e após a Lei n. 12.015/2009 é a seguinte:

Hipótese	Regra antes da Lei n. 12.015/2009	Regra após a Lei n. 12.015/2009
com lesão corporal grave ou morte	APPI (art. 223, CP)	APPI (art. 213, §§ 1º e 2º, CP - interpretação à luz dos princípios fundamentais)
com abuso do pátrio poder	APPI (art. 225, § 1º, II, CP)	APPI (art. 225, parágrafo único, CP - vítima menor de 18 anos)

[16] STJ, 6. T., HC 113.608/MG, rel. p/ ac. Min. Celso Limongi (Des. convocado), j. 5/3/2009, DJU, 3/8/2009.

[17] STJ, 5. T., HC 91.540/MS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 19/2/2009, DJe 13/4/2009. STJ, 5. T., HC 130.000/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/8/2009, DJe 8/9/2009.

com violência física ou apenas com grave ameaça	APPI (Súmula nº 608, STF e STJ após 2000)	APPC (art. 225, caput, CP – é a regra geral, exceto se contra vítima vulnerável; interpretação sujeita à confirmação pelos Tribunais)
violência presumida e vítima pobre	APPC (art. 225, § 1º, I, c/c o § 2º, CP)	APPI (art. 225, parágrafo único, CP - pessoa vulnerável)
violência presumida e vítima não-pobre	APPr (art. 225, caput, CP)	APPI (art. 225, parágrafo único, CP - pessoa vulnerável)

Legenda:

APPI – ação penal pública incondicionada
APPC – ação penal pública condicionada à representação
APPr – ação penal privada

4 Regras de transição

Cumpre agora analisar qual deverá ser a solução para os crimes praticados antes da vigência da Lei n. 12.015/2009, mas cujo processamento se dê já na vigência da nova legislação.

A alteração da espécie de ação penal é inegavelmente uma questão de direito penal material, pois se transformar um delito de ação penal privada em ação penal pública significa extinguir vários benefícios (como a decadência, renúncia, perempção e perdão aceito) que podem levar à extinção da punibilidade. Assim, apesar de terem feição processual (titularidade do direito de ação), possuem indissociáveis repercussões materiais e, por esse motivo, as normas que alteram a titularidade da ação penal devem ser consideradas normas híbridas, que se guiam em sua aplicação temporal segundo os critérios das normas penas materiais, ou seja, as normas penais materiais mais benéficas devem retroagir para beneficiar os fatos anteriores, e as normas penais mais gravosas apenas se aplicam aos fatos praticados após sua vigência.

Para os delitos de estupro, devem ser diferenciadas três situações:

HIPÓTESE A: em relação às hipóteses de estupro (ou o antigo atentado violento ao pudor) praticados antes da vigência na nova lei, mas com processo ainda em curso, que tenham sido praticados com lesão corporal grave, seguidos de morte, ou com abuso do pátrio poder, *não houve qualquer alteração* em relação à ação penal, de sorte que o critério de intertemporalidade deverá ser exclusivamente o do *quantum* da pena.

HIPÓTESE B: em relação aos delitos praticados com lesão corporal simples ou grave ameaça, caso se entenda que a nova legislação revogou o entendimento da Súmula n. 608 do STF (conforme fundamentação acima), percebe-se que, na verdade, a nova lei é *mais benéfica* no que tange à ação penal, pois antes os delito

HIPÓTESE C: finalmente, em relação aos delitos praticados com violência presumida, a nova lei é *mais gravosa* no que tange à ação penal, pois os transforma de delitos sujeitos à ação penal pública condicionada à representação (quando a vítima fosse pobre) ou à ação penal privada (quando a vítima não fosse pobre), todos em crimes de ação penal pública incondicionada.

Todavia, a questão da intertemporalidade não é tão simples, pois também deve levar em consideração o *quantum* da pena.

Segue um quadro comparativo das penas:

Situação	Delito	Pena anterior e Ação penal	Pena atual e Ação penal	Solução
1	Estupro simples	6-10 anos APPI	6-10anos APPC	Lei nova
2	Estupro com lesão grave	8-12 anos APPI	8-12anos APPC	Lei antiga
3	Estupro com morte	12-25 anos APPI	12-30 anos APPC	Lei antiga
4	Estupro simples em concurso material com atentado violento ao pudor simples	12-20 anos APPI	6-10 anos APPC	Lei nova
5	Estupro de menor de 14 anos com grave ameaça ou violência real (aplicava-se a causa de aumento de metade prevista na Lei n. 8.072/1990, art. 9º)	9-15 anos APPI	8-15 anos APPI	Lei nova
6	Estupro de menor de 14 anos sem grave ameaça ou violência real	6-10 anos APPC ou APPr	8-15 anos APPI	Lei antiga

7	Estupro de pessoa com deficiência mental ou que não pode oferecer resistência	6-10 anos APPC ou APPr	8-15 anos APPI	Lei antiga

Nas situações 1, 4 (estupro simples, ou em concurso material com o antigo atentado violento ao pudor), sendo o crime praticado com violência real ou grave ameaça (hipótese B), a nova pena é idêntica (na hipótese do estupro simples) ou mesmo mais benéfica (na hipótese do concurso material) e a nova lei é mais benéfica quanto à ação penal (pública condicionada à representação). Nessa situação, deve ser aplicado por analogia o disposto no art. 91 da Lei n. 9.099/95 (uma regra de transição para situação idêntica de alteração da ação penal de incondicionada para condicionada), intimando-se a vítima para esclarecer se deseja representar, no prazo de 30 dias, sob pena de decadência. Caso o processo já esteja transitado em julgado, ficará obviamente prejudicada a referida diligência, devendo tão somente o juiz da execução penal, na hipótese de concurso material, proceder à redução da pena, atento à inexistência atual de concurso material (devendo o outro delito de atentado violento ao pudor ser utilizado como circunstância judicial para elevação da pena-base do estupro).

Todavia, na situação 1, há uma questão a se diferenciar: caso se esteja diante da causa de aumento de pena prevista no art. 226, II, do CP ("se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela"). É que nessa situação, antes o acréscimo de pena era de um quarto e agora passa a ser de metade. Portanto, a nova lei prevê uma pena mais grave que a lei antiga, sendo mais gravosa. Não pode o juiz aplicar uma parte da lei antiga (pena mais branda) e uma parte da lei nova (ação penal pública condicionada), pois nessa situação estar-se-ia criando uma terceira lei *(tercius legis)*, que em nenhum momento foi a intenção do legislador. Ou se aplica a lei antiga na integralidade, ou a lei nova na integralidade. Considerando que a fixação da pena afeta de forma mais direta e gravosa o *jus libertatis*, entendemos que esse deve ser o critério preponderante para se avaliar qual lei é mais benéfica. Imagine-se a situação: o juiz intimaria a vítima para esclarecer se ela deseja representar, e se ela representar então ele entenderá que o crime é de ação penal pública incondicionada (?!). Ou se

a vítima não representar e o juiz arquivar com base na lei nova, se ela se retratar da retratação à representação ainda dentro do prazo decadencial de seis meses então o juiz deveria condenar na pena mais elevada da lei nova? De forma alguma. Assim, entendemos que na hipótese de estupro simples praticado com a causa de aumento de pena do art. 226, II, do CP, deverá continuar sendo aplicada a lei antiga, ou seja, a ação penal será pública incondicionada (Súmula n. 608 do STF) e o acréscimo da pena será de apenas um quarto. Entendemos que essa situação é certamente a mais polêmica da reforma e certamente demandará estudos doutrinários e uniformização jurisprudencial.

Nas situações 2, 3, 6 e 7, deve continuar sendo aplicada a lei antiga para os crimes praticados antes da vigência da nova lei, pois a lei antiga ou previa penas menos severas, ou penas idênticas e ação penal mais benéfica.

Registre-se que nas situações em que a lei nova não alterou nada (como na situação 2), deve-se aplicar a lei antiga pois o CP, art. 2º, parágrafo único, estabelece que a lei penal nova, se for mais benéfica, retroagirá para beneficiar o réu; assim, como a lei nova não é mais benéfica (é idêntica), não retroagirá, ainda se aplicando a lei anterior.

Finalmente, na hipótese 5 (estupro de menor de 14 anos praticado com violência real ou grave ameaça), deverá ser aplicada a lei nova mesmo aos crimes praticados antes de sua vigência, pois a nova pena mínima é mais benéfica ao réu. Quanto à essa situação, deve-se registrar que a questão sempre foi polêmica, com interpretações divergentes no âmbito do STJ. No entendimento unânime do STJ, se o estupro contra menor de 14 anos fora praticado sem violência real, não deveria ser aplicada a causa de aumento da pena, tendo em vista que o antigo art. 224 do CP já era usado para a adequação típica da conduta, e usá-lo novamente para exasperação da pena configuraria *bis in idem*[18] . Todavia, a Quinta Turma do STJ entendia que se houvesse prática de violência real ou grave ameaça, seria admissível a aplicação da causa de aumento de pena, o art. 224 do CP não teria

[18] STJ, 5. T., EDcl no HC 114.828/CE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 5/2/2009, DJe 16/3/2009.

sido utilizado para a adequação típica[19] . Todavia, em sentido contrário, a Sexta Turma do STJ entendia que apenas seria possível aplicar a causa de aumento da pena referida se houvesse lesão corporal grave ou morte[20] . Pessoalmente, entendemos muito mais lógica a posição da Quinta Turma, pois no caso de estupro em desfavor de menor de 14 anos praticado com violência real ou grave ameaça, não era necessário utilizar o art. 224 do CP para se completar a adequação típica, com a finalidade de se presumir a violência, pois a violência já estava efetivamente comprovada, de sorte que a utilização desse dispositivo para se aplicar a causa de aumento da pena não configurava *bis in idem*. Obviamente, a conclusão constante do quadro supra (de que a lei antiga era mais severa) apenas será válida caso se considere como acertado o antigo posicionamento da Quinta Turma do STJ (que aplicava a causa de aumento de pena na hipótese de violência real ou grave ameaça).

Como dito no início, a questão da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual ainda renderá muitas discussões. Espera-se que seja em breve objeto de uniformização por parte dos Tribunais Superiores.

---

19 STJ, 5. T., HC 111.647/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 6/11/2008, DJe 1/12/2008. STJ, 5. T., REsp 667.450/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17/8/2006, DJ 25/9/2006, p. 301.

20 STJ, 6. T., HC 49.264/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18/4/2006, DJ 5/6/2006, p. 322. STJ, HC 49.274/MS, rel. Min. Paulo Medina, j. 30/11/2006, DJ 26/2/2007, p. 645.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Direito processual penal.* 15. ed. Brasília: Vestcon, 2009.

_____. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BITENCOURT, Cezar R. *Código Penal anotado e legislação complementar.* 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Processo penal pensado e aplicado*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GRECO, Rogério. *Adendo. Lei* nº 12.015/2009: dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual:* comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

Controle Abstrato de Constitucionalidade de Leis Orçamentárias – A anunciada revisão de jurisprudência do STF e a consagração de um novo instrumento de atuação do Ministério Público (ADI) no controle de constitucionalidade dos orçamentos públicos

Luciano Coelho Ávila

Promotor de Justiça do MPDFT. Especialista em Direito Processual Civil pela UFSC. Professor de Direito Constitucional da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e da Escola da Magistratura do DF.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Posicionamento clássico do STF a respeito do tema: a inadmissibilidade, em regra, do cabimento de ADI cujo objeto seja norma orçamentária. 2 A recente revisão jurisprudencial do STF sobre a matéria (MC-ADI n. 4.048-DF). 3 Considerações Finais – um novo campo de atuação do Ministério Público brasileiro no controle da constitucionalidade dos orçamentos públicos. Referências.

Introdução

A discussão que envolve a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias no Brasil sempre foi um dos temas mais polêmicos e palpitantes no âmbito do direito constitucional doméstico.

Em recente decisão proferida em sede de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (MC-ADI 4048/DF), o plenário da Suprema Corte brasileira começou a anunciar a importantíssima mudança de um paradigma clássico que vinha sendo adotado ao longo das últimas duas décadas de vigência da Constituição Federal de 1988, segundo o qual as leis orçamentárias em geral, a exemplo da lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA), não poderiam constituir objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) por não preencherem determinados requisitos de admissibilidade exigidos

pela jurisprudência daquela Corte Superior.

O objetivo do presente trabalho é alertar a comunidade jurídica para o grande significado e as possíveis consequências da anunciada revisão jurisprudencial no tocante ao controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, através de uma abordagem concisa e objetiva, calcada na apreciação do leading case que está ensejando a mudança de pensamento da Corte Constitucional deste país.

Para mais que isso, almeja-se alertar os integrantes do Ministério Público brasileiro para a *possível abertura de um novo e fecundo campo de atuação do órgão*, propiciado pela ora noticiada revisão de jurisprudência do STF, que, como se buscará demonstrar, terá como um de seus mais importantes desdobramentos a possibilidade de um controle jurisdicional mais efetivo sobre os orçamentos públicos governamentais.

É certo que raciocínios como esses são do tipo conducentes, nalguns momentos, a barreiras que parecem intransponíveis. Mas nem por isso deve o pensador desistir de encontrar o necessário ajuste dos pontos difíceis de se acomodar no contexto geral da teoria que se desenvolve, mesmo que através do pensamento contrário, da boa crítica, favorável ou não. É assim, ao que se sabe, que aparecem os novos elementos do mundo científico, mesmo que através de pequenos acréscimos ao que já se produziu em determinado campo.

Ficam, pois, as linhas que seguem, a título de despretensioso ensaio no sentido de se oferecer ao menos alguma contribuição a mais, visando trilhar os caminhos que nos conduzem à efetivação de um Estado de Direito Democrático realmente comprometido com a efetivação da *justiça social*, dos *interesses sociais* e com a construção de uma sociedade justa e solidária, que tem por objetivos fundamentais, entre outros, a *redução das desigualdades sociais* e a *erradicação da pobreza e da marginalidade* (CF/88 - art. 3º, incs. I e III).

1 Posicionamento clássico do STF a respeito do tema: a inadmissibilidade, em regra, do cabimento de ADI cujo objeto seja norma orçamentária.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao longo dos últimos 20 anos após

o advento da Constituição Federal de 1988, consolidou orientação que limitava o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) cujo objeto fosse o questionamento de normas orçamentárias, salvo em situações excepcionais.

Referido entendimento se fundava na exigência jurisprudencial (criada pelo próprio STF) de que a lei ou ato normativo impugnados, para serem alvos de ADI – típica ação objetiva de caráter abstrato -, deveriam se revestir dos atributos da *abstração, generalidade, normatividade e impessoalidade,* conforme orientação consolidada por ocasião do julgamento da ADIn 203-1/DF[1] .

Por força desse entendimento, a Suprema Corte brasileira não admitia o questionamento, via ADI, dos denominados *atos estatais de efeitos concretos,* aqueles atos que, não obstante emanados do Poder Público, são dirigidos a pessoas certas (destinatários certos) ou possuem objeto determinado, não se enquadrando nas exigências já descritas. Note-se que nem mesmo os atos estatais de efeitos concretos aprovados sob a "forma" de lei (lei em sentido formal) poderiam ser atacados pela via abstrata do controle de constitucionalidade propiciado pela ação direta. Isto porque, segundo entendimento que se tornou clássico na jurisprudência do STF, para fins de cabimento de ADI, deve-se estar diante de lei em sentido *formal* e ao mesmo tempo *material,* não sendo suficiente a mera aprovação do ato estatal sob a roupagem de lei em sentido formal (= mero processo legislativo de aprovação da espécie normativa).

Pois bem. As leis orçamentárias em geral, de que são exemplos a Lei de

---

[1] ADIn 203-1/DF: "A ação direta de inconstitucionalidade não é sede adequada para o controle da validade jurídico-constitucional de atos concretos, destituídos de qualquer normatividade. Não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de qualquer coeficiente de abstração, generalidade e impessoalidade. Precedentes do STF." (rel. Min. Celso de Mello). Referido entendimento voltou a ser confirmado em recentíssimo julgado do próprio STF noticiado pelo Informativo 541 (Medida Cautelar em ADI 1.372-RJ), ocasião em o Relator, Min. Celso de Mello, asseverou: "O controle concentrado de constitucionalidade somente pode incidir sobre atos do Poder Público revestidos de suficiente densidade normativa. A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização abstrata, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade.[...] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à fiscalização concentrada de constitucionalidade. A ausência do necessário coeficiente de generalidade abstrata impede, desse modo, a instauração do processo objetivo de controle normativo abstrato. Precedentes."

Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) sempre foram lembradas como típicos exemplos de "leis formais de efeitos concretos", na consideração de que as normas definidoras das *dotações orçamentárias,* na maior parte dos casos, encontram *destinatários certos* e *objeto determinado.*

Em outras palavras, referidas normas orçamentárias até podem ter sido aprovadas sob a forma de leis (lei em sentido formal), mas, por não se revestirem dos caracteres de *abstração, generalidade e impessoalidade* exigidos pela jurisprudência do STF, não poderiam (na concepção clássica do Tribunal Constitucional brasileiro) se sujeitar ao controle abstrato de constitucionalidade propiciado pela via da ação direta de inconstitucionalidade, por não se caracterizarem como leis em sentido material[2] .

Sem embargo, calha advertir que o próprio STF admitia, em situações excepcionais, o cabimento de ADI para a impugnação de normas orçamentárias, quando o legitimado ativo para a ação lograsse demonstrar um mínimo coeficiente de abstração e generalidade do ato questionado, a exemplo do que restou decidido no julgamento da ADI 2.925, no qual se discutia a abstração da norma que tratava da "suplementação de crédito para reforço de dotações vinculadas aos recursos da CIDE-Combustíveis[3]" .

A regra, no entanto – insista-se –, era no sentido do descabimento da ADI para questionamentos de vícios formais ou materiais de inconstitucionalidade em torno de leis orçamentárias, *cujos comandos normativos destinam determinadas receitas a uma certa finalidade/despesa*[4] .

2 A recente revisão jurisprudencial do STF sobre a matéria (MC-ADI n. 4.048-DF)

O Supremo Tribunal Federal começa a rever sua orientação clássica em torno da inviabilidade do manejo da ADI para a impugnação de leis orçamentárias.

---

2 Nesse sentido, conferir ADI (QO) 1.640 e ADI 2.100.

3 Exemplo extraído da obra: LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168.

4 CUNHA J ÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: PODIVM, 2008. p. 353-354.

Referida revisão foi amplamente discutida e debatida pelo plenário da Corte por ocasião do julgamento da Medida Cautelar em ADI n. 4.048-DF, tendo como relator o Min. Gilmar Mendes.

O questionamento de mérito dessa ação se dirigia ao conteúdo da Medida Provisória n. 405/2007, editada em 18.12.2007, por meio da qual o Presidente da República determinou a *abertura de crédito extraordinário*, no valor global de R$ 5.455.677.660,00, a favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo. Questionava-se, afinal, se poderia o Chefe do Poder Executivo Federal editar Medida Provisória para determinar *abertura de crédito extraordinário* em quaisquer situações. Referido procedimento tem fundamento constitucional?

Conforme esclarecido por ocasião do julgamento, nada obsta a utilização de medida provisória em matéria de abertura de crédito extraordinário, até porque referido procedimento conta com expressa previsão constitucional (art. 62, par. primeiro, inc. I, alínea "d", c.c. art. 167, par. terceiro, ambos da CF/88).

Ocorre que, para tal fim, *além* dos pressupostos formais da *relevância* e *urgência* (art. 62 – CF), inerentes às medidas provisórias em geral, a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário via medida provisória seja feita apenas para atender a despesas *imprevisíveis* e urgentes, que não possam aguardar o transcurso regular de um processo legislativo ordinário, muitas vezes prolongado no tempo por influência de fatores políticos. Como exemplos de situações *imprevisíveis* que poderão ensejar o uso de medida provisória em matéria de abertura de crédito extraordinário, a própria Constituição Federal elenca os casos de "guerra", "comoção interna" ou "calamidade pública", os quais constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, par. terceiro – CF/88. Fora dos casos de *imprevisibilidade e urgência,* o uso de medida provisória em matéria de abertura de crédito extraordinário é inconstitucional, conforme asseverou o Pretório Excelso.

Partindo de tal contexto, após análise da exposição de motivos da MProv. 405/2007, a maioria dos Ministros do STF não encontrou qualquer dificuldade em aquilatar que a abertura de crédito extraordinário determinada por intermédio do Presidente da República padecia de flagrante vício de inconstitucionalidade, na medida em que os créditos abertos destinavam-se a prover despesas correntes

de diversos órgãos do Poder Executivo e da Justiça Eleitoral, que não estavam qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência, circunstâncias que levaram o Tribunal a reconhecer que a edição da medida provisória em questão configurou um *patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários*[5] .

No entanto, para os fins do presente trabalho, a decisão mais importante do STF não foi propriamente aquela de mérito que reconheceu, em sede de medida cautelar, a inconstitucionalidade da Mprov. 405/2007. Na verdade, a grande revisão de jurisprudência que constitui objeto do presente artigo teve sua origem por ocasião de uma questão de ordem, preliminar, sobre o próprio cabimento da ADI 4.048, tendo em vista que referida ação, como se está a perceber, pretendia impugnar *uma típica norma de caráter orçamentário,* a saber, a Medida Provisória 405/2007, que determinara a *abertura de crédito extraordinário.*

Perceba-se que a ADI 4.048-DF tinha por objetivo atacar uma medida provisóriade natureza orçamentária, o que levou os Ministros do STF a levantarem questão de ordem, com o objetivo de definir se seria ou não cabível ADI para impugnar uma típica norma orçamentária, vale dizer, se deveria ou não ser aplicado à espécie o entendimento clássico da Corte no sentido do descabimento de ADI que tenha por objeto normas orçamentárias. Apenas a título de melhor esclarecimento, recorde-se o leitor que a MProv 405/2007 determinou a abertura de crédito extraordinário *a favor de órgãos do Poder Executivo e da Justiça Eleitoral*, do que se conclui que referido ato do Poder Executivo tinha objeto determinado e destinatários certos, apresentando-se, pois, como um típico ato estatal de efeitos concretos na concepção clássica do Tribunal.

Assim foi que, após ampla discussão, resolveu o Plenário do STF, por maioria de

[5] Neste particular aspecto, a contundente crítica doutrinária de Márcia Maria Corrêa de Azevedo ao uso excessivo de medidas provisórias no Brasil apresenta-se de todo oportuna, quando afirma, em tom de fina ironia, que "as medidas provisórias representam o câncer que consome, lenta e gradualmente, a saúde de nossa democracia. Como o vírus maligno, de fora, estranho, que veio instalar-se num organismo já meio fraco, debilitado, encontrando então ambiente apropriado para desenvolver-se, modificar o núcleo de células sadias, alterando a estrutura do DNA, reproduzindo-se de modo descontrolado e violento, ocupando todo o espaço da vida sadia, da normalidade. Tem até o nome de vírus – provvedimenti provvisori (com (sic) forza di lege)". Cf. AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. Prática do processo legislativo. São Paulo: Atlas, 2001. p. 178.

votos, admitir o cabimento da ADI em questão, em julgamento histórico no qual o relator da ação, Min. Gilmar Mendes, chegou ao ponto de enfatizar que, ao passar a admitir o cabimento da ADI para a impugnação abstrata de leis orçamentárias, o STF, por sua nova composição, estava se retratando de um erro do passado.

Para uma melhor compreensão dos debates preliminares, transcreve-se, na sequência, o resumo da decisão noticiado pelo *Informativo* – STF n. 502 sobre a MC-ADI 4.048-DF, in *verbis:*

> Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação, por entender estar-se diante de um tema ou de uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato — independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto — de inegável relevância jurídica e política, que deveria ser analisada a fundo. Asseverou-se que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, eis que a própria Constituição adotou como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, ou seja, aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração. Considerou-se, entretanto, que outra deveria ser a interpretação no caso de atos editados sob a forma de lei. Ressaltou-se que essas leis formais decorreriam ou da vontade do legislador ou do próprio constituinte, que exigiria que certos atos, mesmo que de efeito concreto, fossem editados sob a forma de lei. Assim, se a Constituição submeteu a lei ao processo de controle abstrato, meio próprio de inovação na ordem jurídica e instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não seria admissível que o intérprete debilitasse essa garantia constitucional, isentando um grande número de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, talvez, de qualquer forma de controle. Aduziu-se, ademais, não haver razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, e que estudos e análises no plano da teoria do direito apontariam a possibilidade tanto de se formular uma lei de efeito concreto de forma genérica e abstrata quanto de se apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações. Concluiu-se que, em razão disso, o Supremo não teria andado bem ao reputar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas. Vencido, no ponto, o Min. Cezar Peluso que não conhecia da ação, por reputar não se tratar no caso de uma lei, sequer no aspecto formal. (Grifo nosso)

Pela análise comedida e criteriosa dos fundamentos da decisão ora transcrita, percebe-se que o STF, por sua nova composição, procurou estabelecer uma clara

distinção entre os atos estatais de efeitos concretos editados "sob a forma de lei" (ou de medida provisória) e os atos estatais de efeitos concretos não editados sob a forma de lei ou de medida provisória (como, por exemplo, os atos administrativos do Poder Público). Enquanto os últimos continuariam não podendo ser objeto de questionamento em sede de ADI, os primeiros (editados sob a mera roupagem de lei ou de medida provisória) não mais estariam isentos de controle abstrato de constitucionalidade, podendo ser impugnados, quando formal ou materialmente viciados, por intermédio de ADI, e não mais apenas através de controle difuso de constitucionalidade, consoante orientação anterior.

No caso específico das leis orçamentárias, restou esclarecido durante os debates em torno da questão de ordem que referidas espécies normativas seriam *atos estatais de efeitos concretos apenas na aparência,* já que, para que elas sejam colocadas em prática e efetivamente executadas é que, aí sim, dependeriam da prática de atos de efeitos concretos.

3 Considerações Finais – um novo campo de atuação do Ministério Público brasileiro no controle da constitucionalidade dos orçamentos públicos

Conforme advertência oportuna do ilustre constitucionalista Pedro Lenza[6] ao comentar a recente revisão de jurisprudência ora noticiada, "*tendo em vista que a decisão foi tomada em medida cautelar, resta aguardar como se dará a evolução da jurisprudência do STF."*

Ainda assim, tudo está a indicar que, por ocasião do enfrentamento do mérito da ADI 4.048-DF, o Supremo Tribunal Federal brasileiro passará a admitir, doravante, o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja lei orçamentária, o que, até bem pouco tempo, só poderia ser objeto de questionamento mediante controle difuso incidental ou através de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Trata-se, inequivocamente, de valiosíssima mudança de interpretação jurisprudencial do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, máxime por possibilitar um controle jurisdicional mais efetivo, posto que em sede de fiscalização

[6] Cf. LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 201.

objetiva e abstrata de constitucionalidade, sobre eventuais transferências de recursos orçamentários de uma dotação para outra, dentro da proposta orçamentária do Governo Federal, notadamente quando referidas transferências se apresentarem totalmente infundadas e obscuras, não se dirigindo para o atendimento de setores prioritários da Constituição, a exemplo da *implementação de políticas públicas em geral,* em áreas como saúde e educação.

Em tal contexto, começa a se delinear um novo e extraordinário campo de atuação para o Ministério Público brasileiro que, por intermédio dos respectivos Procuradores-Gerais de Justiça, nos Estados e no DF, e do Procurador-Geral da República, no âmbito Federal - como legitimados ativos para a instauração do controle abstrato de constitucionalidade nos respectivos âmbitos de atuação -, poderá passar a exercer um controle mais efetivo sobre *a própria constitucionalidade dos orçamentos públicos e das dotações orçamentárias governamentais*, não apenas do ponto de vista formal (vícios procedimentais de aprovação da espécie normativa), mas também sob a ótica material, notadamente em situações nas quais restar evidenciado *flagrante arbitrariedade ou desvio de finalidade* praticados pelo agente de poder ordenador das despesas estatais, com má utilização do dinheiro público ou sua aplicação indevida em setores que não constituam, à toda evidência, propósitos prioritários da Constituição[7] .

Referido entendimento se apresenta ainda mais coerente se cotejado com a moderna dogmática *concretista* da Constituição, a propor um controle jurisdicional mais incisivo sobre a antes incontrastável *discricionariedade administrativa* para a definição dos orçamentos públicos, a exemplo do que bem sustentado por *Dirley da Cunha Júnio*r em doutrina, em análise crítica da equivocada utilização que se

---

[7] Consoante oportuna lição de Dirley da Cunha Júnior, em tom exemplificativo, "cuida-se, aqui, de permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do Poder Público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência." (In Op. Cit. - p. 717).

tem feito da teoria da *reserva do possível* no Brasil como fator de limitação da *efetividade dos direitos sociai*s, *mutatis mutandis* aplicável à espécie, *in verbis:*

> De mais a mais, o entendimento de que a reserva do possível também obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica, igualmente, ao direito brasileiro, ante a vigente Constituição de 1988. De feito, cabem ao Legislativo e Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos. A assim chamada liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários 'encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira[8]. (Grifo nosso)

E assim arremata com aguda perspicácia referido autor:

> Assim, as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário[9].

Por tudo o que até aqui se disse, compete aos Ministérios Públicos dos Estados, do DF e Territórios e Federal, por intermédio de suas chefias, voltarem suas atenções para a importante inovação que se anuncia no âmbito do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade brasileiro, promovendo as ações necessárias (ADI, ADPF, etc...) ao emprego adequado dos recursos públicos dentro das propostas orçamentárias governamentais, não mais sujeitas à reserva de competência exclusiva do legislador e do administrador.

Está-se, inelutavelmente, diante de extraordinário e fecundo campo de atuação que deverá ser ocupado pelo Ministério Público brasileiro, posto que plenamente compatível com suas incumbências constitucionais de *defesa da ordem jurídica* e

---

8 Op. cit., p. 718.
9 Op. cit., p. 719.

dos *interesses sociais* e *individuais indisponíveis* (CF – art. 127), rumo à construção de uma sociedade justa e solidária (CF/88 - art. 3º, inc. I), que tem por princípio fundamental o efetivo respeito à dignidade da pessoa humana (CF/88 - art. 1º, inc. III), princípio matriz de todos os direitos fundamentais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. Prática do processo legislativo. São Paulo: Atlas, 2001. p. 178.

CUNHA J ÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* 2. ed. Salvador: PODIVM, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Crime organizado e terrorismo: uma relação simbiótica afetando a economia global

Arinda Fernandes

Procuradora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Professora Pós-Doutora Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Macrocriminalidade e seu caráter multidisciplinar. 3 Flagelos da pós-modernidade. 4. Crime organizado e terrorismo – uma relação simbiótica. 5 O lucro: um fator determinante. 6 Comércio Ilícito e o Impacto na Economia Global. 7 Corrupção - Válvula Propulsora da Criminalidade. 8 Ameaça à Ordem Democrática. 9 Conclusão. Referências.

Introdução

Os anos 90 trouxeram a discussão sobre o crime organizado, na Europa, sobretudo na Itália. Anos antes, a discussão era pautada, igualmente, no campo dos atentados terroristas praticados pelas Brigadas Vermelhas e outras organizações. O terrorismo ganhou maior relevo, ainda, após o atentado às Torres Gêmeas nos Estados Unidos, no dia 11 de Setembro de 2001.

Os dois fenômenos contemporâneos passaram a preocupar a comunidade internacional que se mobilizou no sentido de incentivar os países a elaborarem leis que tipificassem as respectivas condutas e criassem mecanismos de prevenção e defesa.

2 Macrocriminalidade e seu caráter multidisciplinar

As duas figuras delituosas constituem vertentes da macrocriminalidade e afetam sobremaneira a economia global. De um lado, tem-se o crime organizado, que por seu caráter multidisciplinar, toca várias áreas da ciência; e de outro, tem-se o terrorismo que também tangencia a multidisciplinaridade. Na área do direito, por exemplo, tem-se, no campo *penal*, a atenção voltada para a extrema necessidade de tipificar condutas próprias; no *processual penal,* os procedimentos e comunicações

de atos processuais, as medidas cautelares, além das questões de execução da pena privativa de liberdade, constituem aspectos relevantes para a discussão; no *direito econômico e tributário*, o interesse se volta para as operações financeiras ilícitas, sonegação de impostos e burla ao sistema financeiro; no *internacional público*, discutem-se temas altamente relevantes no que tange a convenções, tratados de cooperação, dentre outros; já no direito constitucional, o debate se instala na restrição de determinados direitos e garantias individuais. Outras áreas das ciências humanas têm interesse para o trato desses dois grandes fenômenos criminais: a *sociologia e a economia*. No campo sociológico, a discussão se volta para os contornos sociais resultantes da ausência estatal nas comunidades carentes, especialmente nas favelas; para a corrosão do tecido social provocada pelo alto índice de corrupção de agentes públicos. No *setor econômico,* o impacto causado na economia de países, especialmente daqueles emergentes – como o Brasil – a polêmica é alimentada, igualmente, pelo fenômeno devastador da corrupção – ferramenta indispensável para o avanço do crime organizado. De qualquer sorte, emerge para a discussão, a questão do Estado mínimo que leva à diminuição da fiscalização dos setores econômicos.

Soma-se, no trato da questão, um ponto nevrálgico – o da globalização – que imprime o caráter da transnacionalidade à criminalidade organizada, fazendo com que se mostre interessante *traçar um paralelo entre essas duas espécies da macrocriminalidade: o crime organizado e o terrorismo.*

3 Flagelos da pós-modernidade

O *crime organizado* é um flagelo que assola diversos países. Alguns, como o Brasil, têm-no vivenciado de forma trágica.

Pode-se comparar esse flagelo àquele do *terrorismo* que alcança potências como os Estados Unidos, Israel, Inglaterra, Espanha, Itália, dentre outros. Países que foram tocados de forma brutal, como testemunham inúmeros atentados ao longo da história.

A história também nos revela, no que concerne ao crime organizado, atentados sangrentos, levados a efeito em vários países. Desses, a Itália emerge

por ter sofrido, de forma devastadora, a mão fria e sanguinária da *cosa nostra,* nos inúmeros atentados contra autoridades de governo, políticos, policiais, procuradores e juízes. As várias tragédias, algumas com repercussão internacional – como o atentado contra o Procurador Antimáfia – Giovanni Falcone, no dia 23 de maio de 1992, na Sicilia, que vitimou também sua mulher Francesca Morvillo – igualmente magistrada – e membros da sua escolta – sacudiram as autoridades governamentais, a comunidade jurídica e, especialmente, o Ministério Público com a grande operação mãos limpas liderada por Antonio Di Pietro. Dois meses após a tragédia que ceifou a vida de Falcone, outro Procurador integrante do *Pool* Antimáfia – Paolo Borselino – foi executado, na Sicília. Antes desses autênticos mártires da máfia siciliana, Pio La Torre – parlamentar e autor do projeto de lei que *tipificou a figura da associação para delinqüir de tipo mafioso* – foi assassinado de forma brutal, na cidade de Palermo, no dia 30 de abril de 1982. Além desses, outra importante figura do cenário italiano foi tragicamente eliminada, também na cidade de Palermo, no dia 3 de setembro do mesmo ano – o General Carabineiro Carlo Alberto Dalla Chiesa, que havia sido nomeado, em março daquele ano, Prefeito de Palermo com o objetivo de combater a máfia que dominava a região. O General Dalla Chiesa ganhara, anos antes, notoriedade na luta travada, com absoluto sucesso, contra a organização *terrorista Brigadas Vermelhas.*

4 Crime organizado e terrorismo – uma relação simbiótica

Diante de todo esse contexto, verificam-se inúmeros esforços desfraldados contra essas duas importantes vertentes da macrocriminalidade, as quais, muitas vezes, se mesclam a ponto de confundir estudiosos, principalmente na parte da conceituação. Surge, nesse aspecto, o exemplo das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC).

Seriam as FARC uma organização terrorista ou uma organização criminosa?

Ambas as respostas podem estar corretas, dependendo da posição do analista, seguindo a máxima: "o que vemos, depende de onde estamos".

Oficialmente, para o governo brasileiro, as FARC não são consideradas nem organização terrorista, nem organização criminosa. São consideradas grupo

insurgente. Da mesma forma, que o Hamas e o Hezbolh são considerados, apenas, partidos políticos.

Contudo, essa classificação vai de encontro àquela realizada por grandes estudiosos da matéria e é descartada pelo mundo acadêmico.

Importa considerar, no entanto, que, em várias oportunidades, o que ocorre é uma verdadeira simbiose desses dois fenômenos criminais: terrorismo e crime organizado. Um se valendo do outro para a obtenção de sucesso em suas ações devastadoras.

É o crime organizado se valendo de ações terroristas e o terrorismo se valendo do crime organizado para realizar suas ações terroristas. Exemplifica-se com casos como o de Fernandinho Beira-Mar que mantinha fortes ligações com as Forças Armadas Revolucionárias Colombianas – as FARCs.

Primeiramente, o aspecto tentacular desse tipo de criminalidade impressiona por sua organização e sua influência no seio da sociedade. Ambas as espécies – terrorismo e crime organizado – se valem da informação e contra-informação para a operacionalização de suas ações.

Parecem ser invencíveis. Mas, essa invencibilidade aparente, fundada sobre o terror, sobre ameaças não mais dissimuladas, orgulhando-se de sua «autoridade e poder», sobre a corrupção – esta também não mais dissimulada, pode ser combatida se houver vontade política.

5 O lucro: um fator determinante

Importante sinalizar o estabelecimento inicial de uma diferença entre essas duas calamidades da sociedade pós-moderna.

O *crime organizado* visa, antes de tudo, o lucro, o proveito imediato, sem qualquer consideração pela vida.

O *terrorismo* joga o jogo do terror para obter imediatamente ganho de causa, por ideologia política, religiosa ou por alguma reivindicação social. Ele se coloca como porta voz de um movimento político, religioso ou social, praticando a violência, essa violência vista como único recurso, e que ainda se beneficia da

simpatia de alguns jornalistas, crédulos e românticos ou ainda de uma parcela da juventude.

Pelas análises de estudiosos, a grande diferença entre o crime organizado e o terrorismo está no lucro, considerado objetivo a ser atingido apenas pela criminalidade organizada. O terrorismo, nesse aspecto estaria distante, uma vez que o fim a ser atingido seria de caráter ideológico, político, social ou religioso.

Esse entendimento, no entanto, vem sendo, paulatinamente, modificado, a partir do momento em que um ponto comum entre essas duas vertentes da macrocriminalidade surge de maneira estrondosa. Trata-se do comércio ilícito praticado tanto pelos integrantes de organizações criminosas quanto por organizações terroristas. O lucro, para os terroristas, passou a ser "uma motivação tão poderosa quanto Deus[1]" , segundo Moisés Naím, autor de um livro extremamente interessante sobre o tema: "Ilícito. O Ataque da Pirataria, da Lavagem de Dinheiro e do Tráfico à Economia Global."

O comércio ilícito transpôs fronteiras e entrou na vida das pessoas. O pior de tudo é que, já em 1998, um dos diretores do FMI (Fundo Monetário Nacional) – Michel Camdessus – noticiava que a economia global possuía entre 2% a 5% de seu produto representados pelo fluxo de dinheiro de proveniência ilícita[2] .

O lucro do comércio ilícito, por exemplo, se mescla, facilmente, nas transações financeiras e transferências de dinheiro praticadas pela corretora Western Union, como informa Naím[3] .

Naím ainda observa que, "desde o 11 de Setembro (e, nesse aspecto, mesmo antes), as células terroristas ocultas de Manila a Hamburgo e de Londres a Nova Jersey tiveram em comum algum uso do comércio ilícito para se sustentar e financiar suas atividades.[4]"

---

1 NAÍM, Moisés. Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global. Tradução Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p.11.
2 Idem, ibidem, p.20.o: Jorge Zahar Ed., 2006, p.20.
3 Idem, ibidem, p. 38.
4 Idem, ibidem, p. 38.

Naím, que, além de ter sido ministro da Indústria e do Comércio da Venezuela, foi diretor-executivo do Banco Mundial, percebeu que o terrorismo internacional, a propagação de armamentos terríveis, o fortalecimento de "regimes cruéis", a eclosão e a persistência de guerras regionais e da violência étnica, a ameaça da degradação ambiental, a instabilidade do sistema financeiro mundial, as fortes pressões e aspirações da imigração internacional – tudo isso e mais econtram sua saída, sua manifestação e freqüentemente sua sustentação no comércio ilícito global.[5]" .

Hoje, o comércio ilícito é alimentado por drogas, armas, escravidão de pessoas, órgãos, medicamentos, material estratégico, pedras preciosas e tantos outros produtos.

Foi considerável, para ilustrar, a expansão do comércio internacional de armas, sobretudo com o fim da Guerra Fria. Segundo dados da Organização das Nações Unidas, esse comércio já abasteceu aproximadamente cinqüenta conflitos, acentuadamente no continente africano. Esse fato foi denunciado em filmes, e um, especialmente, abordou a questão com bastante propriedade. Trata-se de "*Lord of War"*, protagonizado por Nicolas Cage.

A porosidade da vida política e econômica de certas regiões como a África Ocidental e Ásia Central desnuda a grande influência dos traficantes, os quais permearam de maneira abrasiva instituições governamentais.

Indiscutivelmente, a democracia se encontra ameaçada, especialmente nos países em que as organizações criminosas são alçadas, praticamente, ao patamar dos políticos, em razão de financiarem campanhas eleitorais, fazendo dos eleitos verdadeiros reféns da rede.

Diante do exposto, é imperioso sublinhar que essa difererença existente na conceituação de uma e outra espécie (terrorismo e criminalidade organizada) já não tem mais razão de ser, até mesmo porque, hoje, mesclam-se os interesses das duas vertentes. Ambas almejam e trabalham para a obtenção de lucros e ambas ambicionam o poder político.

---

[5] NAIM, Moisés, idem, ibidem, p. 38.

6 Comércio Ilícito e o Impacto na Economia Global

O narcotráfico, melhor dizendo, o narcoterrorismo desempenha um papel importante na circulação do dinheiro e segue o circuito habitual: o dinheiro da venda de droga, largamente difundida em nosso país (segundo Carlos Amorim, autor do livro CV PCC – A irmandade do crime[6] – somos o segundo mercado consumidor do mundo) especialmente nos grandes centros, financia atividades terroristas das FARC, segundo noticia a própria mídia.

O que não se deve perder de vista é exatamente o grande impacto que tudo isso causa à economia global.

Observa-se que inúmeras empresas foram obrigadas a fechar suas portas, outras faliram, em razão do comércio ilegal – muitas vezes chamado de informal.

Veja-se, a título de exemplificação, o que vem ocorrendo com as produtoras de CDs e DVs, aqui no Brasil. Muitas fecharam as portas, diante da "pirataria" que, lamentavelmente, é alimentada por consumidores de todas as classes sociais, inclusive autoridades dos três poderes da República Brasileira. Exemplos não faltam: o próprio Presidente Lula declarou ter assistido ao filme "2 Filhos de Francisco", a bordo do avião presidencial, em cópia pirata[7].

---

6 P. 22

7 "O presidente Luiz Inácio Lula da Silva assistiu a "2 Filhos de Francisco", indicado do Brasil para concorrer a uma vaga no Oscar, em cópia pirata de DVD. A constatação é da Sony Pictures, distribuidora do filme sobre Zezé Di Camargo e Luciano.
A seção teria ocorrido no "aerolula", o avião presidencial, em viagem da comitiva brasileira a Moscou, em outubro. O DVD original só chegará às lojas em 7 de dezembro, mas a Sony calcula que pelo menos 500 mil piratas já tenham sido vendidos, recorde no país.
"Recebemos a informação de que o presidente assistiu ao filme em DVD e averiguamos que não houve de nossa parte envio de cópias. Ele não devia saber, mas só pode ser pirata", afirmou Wilson Cabral Braga, diretor-geral de vídeo da Sony, ontem, em lançamento do DVD para a imprensa.
O ministro Gilberto Gil (Cultura) e o secretário do audiovisual, Orlando Senna, que tiveram acesso a cópias originais, dizem não ter enviado ao presidente. Procurada pela Folha, a assessoria de imprensa do Palácio do Planalto não havia dado resposta até o fechamento desta edição.
Pirataria é crime, e o comprador também pode receber penas que variam de multa a detenção. A Sony acredita que um original do filme tenha sido desviada do laboratório ou da produtora, já que as cópias têm boa qualidade." Da Folha Online. Acesso: http://faltz.multiply.com/market/item/97/O_exemplo_vem_de_cima_Para_Sony_Lula_viu_pirata_de_2_Filhos_, dia 25 de novembro de 2007.

Tudo isso não seria tão aterrador se, ao menos, os governos enfrentassem o inimigo com políticas de prevenção e repressão, e não minimizassem ou ignorassem o problema. As ações repressivas, no Brasil, são raras. O comércio ilegal de CDs e DVs transita durante dia e noite, pelas ruas, bares e restaurantes, sob os olhares de todos, sem o menor respquício de surpresa; como se o "vendedor" não estivesse cometendo crime algum. Tudo passou a ser muito natural.

Por outro lado, os grandes traficantes vivem espreitando o despontar dos Estados fracos e falidos, prontos para serem "colonizados". Uma das grandes características da atualidade, segundo Naím, é a criminalização dos interesses nacionais[8].

Enfatiza-se, para ilustrar, o envolvimento da Coréia do Norte com o tráfico mundial de drogas, armas e pessoas. As FARC faturam milhões de dólares com a produção da cocaína.

O jornalista Doug Farah tornou público que a Al-Qaeda, antes dos atentados de 11 de Setembro, investiu, em Serra Leoa, muito dinheiro em diamantes, visando alimentar os preparativos das ações que ceifaram a vida de milhares de pessoas.

Quanto mais fraco um país, mais vulnerável ele se torna. Segundo Naím, "suas fronteiras são difíceis de ser patrulhadas, e seus funcionários são facilmente corruptíveis."[9]

E' o caso do Brasil, que faz fronteira com dez países! Por sua extensão territorial continental, é comum ouvir-se de autoridades a dificuldade de controlar-lhe as fronteiras. Temos 15.621 quilômetros de fronteira seca e 10.959 quilômetros de extensão de faixa litorânea com o Oceano Atlântico, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)[10].

Além disso, tem-se nove tríplices fronteiras. Tudo absolutamente permeável.

Com o advento da globalização, o cenário passou a ser mais propício para o desenvolvimento alucinante do mercado ilegal. A mundialização, como querem

---

8 NAI'M , Moisés, idem, p. 30

9 NAI'M, Moisés, idem, p. 32.

10 Extensão das fronteiras (KM) de 2007 fonte IBGE, Diretoria de Geociências. http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/default.htm, consulta do dia 8 de junho de 2009.

os franceses, trouxe benefícios e malefícios para a sociedade mundial; "trouxe novos hábitos, novos costumes, novas expectativas, novas possibilidades e novos problemas. Isso nós sabemos. O que não se sabe muito bem é o tamanho da riqueza que a globalização trouxe para os traficantes.[11]"

7 Corrupção - Válvula Propulsora da Criminalidade

E' evidente que, para a escalada criminosa, tem-se como ferramenta poderosa a corrupção. Sem dúvida, é ela que impulsiona especialmente a criminalidade organizada. Ela está presente no tráfico de drogas, de pessoas, de animais silvestres, enfim, em todas as vertentes do crime organizado.

Não se pode falar em crime organizado sem corrupção de agentes públicos, de autoridades integrantes dos três poderes.

O crime organizado, no Brasil, há algumas décadas, disseminou o germe da corrupção, o que nos faz lembrar o Tratado Secreto da Estratégia Chinesa:

> Todo fenômeno é, no início, um germe, depois termina por tornar-se uma realidade que cada um pode constatar. O sábio pensa a longo prazo. E isso porque ele tem interesse em se ocupar dos germes. A maioria dos homens tem a visão curta. E' por isso que eles esperam que o problema se evidencie para atacá-lo.[12]
>
> Quando ele é ainda um germe, a questão é simples, exige poucos esforços e traz grandes resultados. Quando o problema se torna evidente, nós nos esgotamos, nos consumimos para resolvê-lo e, em geral, todos os esforços são em vão.
>
> O Yijing diz: Quando se caminha sobre o orvalho congelado, o gelo duro não está longe.

Os germens causaram uma devastação em nosso país. Contudo, foi somente quando a devastação se tornou pública é que o governo começou a falar em combate.

Contudo, as ações que instituem novos instrumentos de combate a esse mal se arrastam, são realizadas, praticamente, em câmera lenta e povoadas de

---

[11] NAI'M, MOISE'S, IDEM, P. 22.

[12] ESPELHO UNIVERSAL, CAPÍTULO 1). OS TRINTA E SEIS ESTRATAGEMAS, TRATADO SECRETO DA ESTRATÉGIA CHINESA. RIVAGES-POCHE, 1995. TRADUÇÃO LIVRE DA AUTORA DO TEXTO.

desarticulação e ausência de continuidade.

Exemplos dessa "atuação-inerte"(!):

a) Definição de organização criminosa

O que vem sendo feito no campo legislativo?

A reforma da parte especial do Código Penal também se arrasta desde o início da segunda metade do século passado. Em 1961, Jânio Quadros nomeia Nelson Hungria para presidir a comissão para elaborar o anteprojeto de reforma do Código Penal. O anteprojeto foi apresentado em 1963 e promulgado em 1969 para vigorar a partir de 1970, vindo a ser revogado em 1978. Em 1980, mais uma comissão foi formada. Resultado: reforma penal de 1984, mas apenas a parte geral foi atingida. O projeto da parte especial do Código Penal, que tipifica ações e estabelece sanções continua se arrastando pelos corredores e/ou porões do Congresso Nacional. É nesse projeto que se tipifica o crime organizado.

b) Outros projetos de lei

Projetos para definir e tipificar o crime praticado por integrantes de organizações criminosas (parte do pacote de 2002 no que tange à segurança) desfilam pelo congresso. Um, em especial, foi coordenado pelo então deputado federal Luiz Eduardo Greenhalgh e integrado por alguns membros dos Ministérios Públicos Estaduais e do Distrito Federal, entre os quais um doutor em direito e uma pós-doutora (a autora deste artigo), ambos com trabalhos na área de conceituação de organização criminosa. O fato é que ao concluir, finalmente, a minuta do anteprojeto, o grupo que vibrava com o trabalho, reuniu-se com o Coordenador, o qual, ao ler a definição de organização criminosa, disse em alto e bom som que aquela definição nos termos em que fora redigida atingiria o MST. E, assim, mais uma vez, o anteprojeto foi parar nos porões da Câmara dos Deputados.

Extrai-se, então, do episódio, que, no que tange às ações de combate ao crime organizado, há uma forte ingerência política.

c) Gabinete de Gestão Integrada

Outro exemplo foi o da criação do Gabinete de Gestão Integrada – GGI[13] . Formado por representantes de várias instituições, realizou, no final de 2003, o I Encontro para traçar estratégias nacionais para o combate à lavagem de dinheiro.

E o que aconteceu?

O GGI, enquanto foi dirigido pela combativa Promotora de Justiça Cláudia Chagas, traçou inúmeras estratégias e conseguiu fazer um trabalho memorável e sem precedentes, como o lançamento da estratégia nacional de combate à lavagem de dinheiro - ENCLA.

Com a mudança ministerial e o retorno da Secretária ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (por exigência do Conselho Superior), o GGI tomou outro rumo.

d) Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional

O mesmo aconteceu com o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional - DRCI[14] , criado em 2004, no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça. Composto por uma grande equipe formada por técnicos e professores, verdadeiros *experts*. Foi criado um serviço de cruzamento de dados incomparável.

Os avanços, naquela época, foram marcantes. Mas, com a mudança na Secretaria Nacional de Justiça, o trabalho sofreu abalos, com o afastamento de tantos especialistas. E o trabalho desse Departamento, a partir daí, passou por significativa mudança e, hoje, se encontra completamente diferente e traçando outra trajetória de trabalho em equipe.

Portanto, essa descontinuidade nos trabalhos desenvolvidos é prejudicial à luta que se almeja encampar contra a macrocriminalidade. Não se pode imiscuir fatores políticos em certos setores de governo, pois o que se necessita são pessoas formadas

---

[13] Gestão Cláudia Chagas – então Secretária Nacional de Justiça – na era do Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos.

[14] Criado, também, na gestão Cláudia Chagas, elaborado e dirigido pelo então Advogado da União – o PhD Antenor Madruga.

para esse ou aquele tipo de trabalho; são técnicos, especialistas, estudiosos que, a cada dia, consolidam seus conhecimentos e os disseminam a outros setores que devem interagir para alcançar o objetivo. Afinal, a excelência só se conquista com a habitualidade!

E' por isso que a formação profissional é tão importante, pois se trata da base do pilar democrático.

Observe-se que, entre nós brasileiros, o terror existe sob outras formas e se alimenta das fraquezas do Estado em matéria de proteção do território e informação para infiltrar-se de forma mais profunda e agir com toda a impunidade.

8 Ameaça à Ordem Democrática

Os acontecimentos de 2006, em São Paulo, comandados pelas facções criminosas desnudaram nossa debilidade de enfrentar o inimigo. Ônibus incendiados, ataques a prédios públicos, delegacias de polícia, entre outros, denunciaram uma ação terrorista praticada por integrantes de organizações criminosas. Mais recentemente, no Rio de Janeiro, a derrubada de um helicóptero da polícia ratificou, ainda mais, essa fragilidade estatal. E' estreita a relação de membros de facções como o Comando Vermelho – CV – e o Primeiro Comando da Capital – PCC – com os integrantes das FARC. E' voz corrente que o treinamento para essas ações espetaculosas é ministrado por integrantes das FARC.

Há que se considerar, noutro passo, a atuação incontrolável do MST, cujas invasões armadas são pontuadas de ações terroristas. Contudo, na maioria das vezes, nesses casos, nenhuma providência efetiva é tomada por parte das autoridades, sob o manto da qualificação de um grande movimento de caráter eminentemente social. Apenas, há pouco tempo, o chefe do Executivo se manifestou contrariamente às ações criminosas cometidas por membro desse "movimento social".

Da mesma forma que existe dificuldade para se eleger uma definição para organização criminosa, existe também no que se refere à definição de terrorismo. Nenhum dos projetos em andamento no Congresso Nacional, de igual modo, não vai à frente porque a definição certamente alcançaria o MST, o que não interessa ao governo.

"Somos fortes onde o inimigo é fraco. Ou seja: onde não estamos sendo esperados. A surpresa é a arma decisiva na luta guerrilheira urbana." Esse é um dos mandamentos do Pequeno manual do guerrilheiro urbano, de Carlos Marighela, adotado por todas as organizações terroristas do mundo inteiro e, é claro, pelo MST, que prega a luta de classes.

O descompasso no trato de questões tão importantes para a sociedade e o Estado chega a ameaçar a democracia, por isso que tanto o terrorismo quanto o crime organizado ameaçam a paz, a segurança internacional, a economia globalizada e o direito individual de viver com toda a liberdade.

Em suma, e sem naufragar na dualidade simplista do bem contra o mal, é diretamente a democracia que é colocada em causa.

O Presidente Kennedy resumia com a seguinte frase, um conceito desenvolvido há mais de dois séculos por um irlandês: "*A democracia só existe pelo preço da eterna vigilância".*

9 Conclusão

Para enfrentar esse tipo de criminalidade, é indispensável o preparo contínuo dos agentes e autoridades investidas dos poderes de prevenção e combate. E sob esse aspecto, os ensinamentos de *SUN TZU* não devem ser descurados:

> Se você conhece o inimigo e conhece a si mesmo, não precisa temer o resultado de cem batalhas. Se você se conhece mas não conhece o inimigo, para cada vitória ganha sofrerá também uma derrota. Se você não conhece nem o inimigo nem a si mesmo, perderá todas as batalhas.

Se as autoridades continuarem a minimizar o problema da criminalidade organizada e do terrorismo como vêm fazendo ao longo das últimas décadas; se continuarem sem investir nesse setor, perderemos todas as batalhas.

E' imperioso cumprir todos os tratados ratificados pelo Brasil, publicando-se leis que tratem das organizações criminosas e das terroristas, tipificando as condutas de seus integrantes.

Não basta, diante da tragédia, clamar por leis mais severas, regulamentar condutas, prevendo sanções graves. E' necessário agir de forma coordenada e integrada.

Ora, a situação atual demonstra que, apesar da aparente vontade política de lutar contra toda forma de crime que possa entravar, ou melhor, que possa prejudicar o progresso democrático de uma nação como a nossa, depara-se, todos os dias, internamente, com dificuldades relacionadas à transmissão de informações e troca de experiências, em razão do isolamento aflitivo entre algumas instituições. Portanto, a cooperação nacional é imprescindível para o sucesso das ações de governo.

Apesar de imposição legal, questões primárias e fundamentais restam ainda sem solução, como é o caso da identificação única nacional.Esse caso, dentre tantos outros, é revelador e semeia a dúvida quanto a um possível sucesso fora de nossas fronteiras.

Todavia, em matéria de cooperação internacional, numerosas medidas foram tomadas, pelo Brasil, na área policial, traduzidas pelas trocas de formação e informação em diversos setores ligados à segurança interna: terrorismo, o tráfico de drogas, a imigração clandestina, o tráfico de pessoas, etc... Essa cooperação multifacetada deve igualmente se adaptar às realidades do momento e aos imperativos em matéria de segurança. Essa adaptação necessária deve ocorrer na procura constante de parcerias, a verdadeira colaboração que respeita a soberania e o princípio da não ingerência.

Concluindo, insiste-se no fato de que não se duvida, em momento algum, do trabalho desenvolvido por nossas polícias e instituições engajadas no combate a esses flagelos. O grande problema está na politização dos cargos de chefia a prejudicar a continuidade nos trabalhos, pois a *excelência vem com a habitualidade.* Só um operador bem formado e treinado, no exercício diuturno de suas funções especiais, poderá ter sucesso em seu *munus.*

Há muito a fazer, ainda. Espera-se, sinceramente, que a burocracia e a hipocrisia dêem seus lugares às ações. Acordos, tratados, convenções, devem ser observados e cumpridos pelos países signatários, que se obrigaram a empunhar a bandeira da

luta internacional contra o terrorismo e o crime organizado.

E’ preciso que haja uma mobilização nesse sentido.

E’ necessário reconhecer, humildemente, nossas fraquezas, a fim de corrigi-las o mais rápido possível para poder lutar – de igual para igual – contra toda forma de macrocriminalidade fundada sobre a violência, contra esse câncer que mina as estruturas internas e externas de nosso país.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMORIM, Carlos. *CV–PCC* : a irmandade do crime. Rio de Janeiro: Record, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Brasil em síntese. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/default.htm>.

NAI'M, Moisés. *Ilícito : o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global.* Tradução Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

O EXEMPLO vem de cima: Para Sony, Lula viu pirata de "2 Filhos". Disponível em: <http://faltz.multiply.com/market/item/97/O_exemplo_vem_de_cima_Para_Sony_Lula_viu_pirata_de_2_Filhos_>. Acesso em: 25 nov. 2007.

OS TRINTA e Seis Estratagemas, *Tratado Secreto da Estratégia Chinesa*. Paris: Rivages-Poche, 1995.

SUN TZU. *A Arte da Guerra*. [São Paulo: Martins Fontes, 2006. 336 p.]

Fundação pública instituída pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito privado

José Eduardo Sabo Paes

Procurador de Justiça do MPDFT. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Complutense de Madri.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Características essenciais. 2 Controle das fundações instituídas e/ou mantidas pelo Poder Público. 3 A fundação pública de natureza jurídica de direito privado e o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal de 05.10.1988. 4 Do reconhecimento pelo STF da existência das fundações públicas e autárquicas e das fundações públicas de natureza jurídica de direito privado, além das fundações tipicamente privadas. 5 Do regime jurídico das fundações públicas de natureza jurídica de direito privado. 6 Da recepção do art. 5.º, IV, do Decreto-Lei n.º 200/1967 pela atual Constituição. 7 Dos fins e das áreas de atuação da fundação pública de direito privado. 8 Da edição de lei estadual regulamentando as áreas de atuação das fundações públicas de direito privado e autorizando o Poder Público estadual a instituir fundações públicas de direito privado. 9 Do Projeto de Lei Complementar à Constituição – PLP n.º 092, de 12.07.2007. 10 Referências.

Introdução

Foram as fundações públicas de natureza jurídica de direito privado inseridas no ordenamento jurídico brasileiro quando do advento do Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967[1], por alteração promovida pela Lei n.º 7.596, de 1987[2], vez que

[1] Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967:

"Dispõe sobre a Organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras Providências. [...]

Art. 4.º A Administração Federal compreende:

II – A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Emprêsas Públicas;

expressamente este diploma legal, inserindo no direito brasileiro a figura jurídica da fundação instituída pelo Estado com regime jurídico de direito privado, integrante da Administrações Pública indireta. Portanto, como foram de descentralização administrativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público.

Cabe ressaltar, a título de exame histórico, que originariamente pelo Decreto-Lei n.º 200/1967[3] as fundações públicas integravam a administração indireta e se submetiam ao mesmo regime das empresas estatais, tendo o Decreto-Lei n.º 900/1969[4] alterado essa situação, retirando a fundação estatal do rol das entidades integrantes da Administração Indireta, sujeitando-a apenas às regras gerais do Código Civil.

Assim, conferiu o legislador, à época, regime próprio para esta nova figura jurídica – fundação pública de natureza jurídica de direito privado. E que regime próprio foi este? Regime de direito privado, aplicando-se, pela natureza de suas finalidades, funções e funcionamento, o regramento de direito público, em todas as hipóteses que as normas civilistas não forem derrogadas pelo poder público,

---

c) Sociedades de Economia Mista.

d) Fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. [...]

Art. 5.º Para os fins desta lei, considera-se: [...]

IV – Fundação Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

§ 3.º – As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações".

[2] Cf. BRASIL. Decreto Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: nov. 2009. [2] Cf. BRASIL. Lei n. 7596, de 10 de abril de 1987. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7596.htm> Acesso em: nov. 2009.

[3] Para Odete Medauar, em 1961 o art. 81 da Lei n.º 4.024 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), já estatuía que as universidades oficiais poderiam se revestir de modelo autárquico ou fundacional. Cf. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[4] BRASIL. Decreto Lei n. 900, de 29 de setembro de 1969. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0900.htm> Acesso em: nov. 2009.

quando, claro, conflitantes com esta[5].

Portanto, efetivamente esse tipo de fundação surgiu quando o Poder Público buscou na legislação civil a figura das fundações, procurando dotar determinados serviços seus de uma maior autonomia administrativa e financeira.

Para a administrativista Maria Sylvia Di Pietro:

> [...] a posição da fundação governamental privada perante o poder público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora[6].

Como ressalta o professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Minas Gerais, Dr. Antonio Augusto Anastasia[7], em virtude da vultosa doação que lhe era confiada, essa espécie organizacional começou a ser atraída para o universo das espécies administrativas, passando a integrar a Administração Pública. O primeiro passo nesse sentido deu-se pelo Decreto-Lei n.º 200/1967, que introduziu, em nível federal, a reforma administrativa. Nesse diploma, o ente fundacional integrava a Administração Pública indireta, submetendo-se aos controles próprios das empresas estatais, com expressa menção de sua personalidade de direito privado. A seguir, editou-se o Decreto-Lei n.º 900/1969, de 29.09.1969, pelo qual a entidade fundacional foi subtraída do rol da Administração Pública, sujeitando-

---

5 Ademais, dispõe agora o Código Civil de 2002, no seu art. 41 que: "São pessoas jurídicas de direito público interno: [...]

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código".

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.XXVI, p. 323-324.

7 ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Fundação educacional: opção constitucional por sua desvinculação do Poder Público: consequência quanto à supervisão pedagógica. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, v. 9, n. 4, p. 75-87, out./dez. 1993.

se, tão-somente, às regras gerais do Código Civil.

Posteriormente, com o advento da Lei n.º 7.596/1987 – que alterou, quanto às fundações, o Decreto-Lei n.º 200/67, bem como revogou dispositivos do Decreto-Lei n.º 900/1969 –, houve a caracterização da fundação pública como entidade de direito privado, criada em virtude de autorização legislativa, todavia excluída do cumprimento das normas de fiscalização previstas no Código Civil.

Assim, as fundações públicas contempladas com a Lei n.º 7.596/1987, destacadas anteriormente, são pessoas jurídicas de direito privado e que podem, mutatis mutandi, ganhar existência também no plano estadual ou municipal, sendo que, segundo o Professor Sérgio de Andréa Ferreira:

> A mais importante (alteração) é a que exclui as fundações públicas da incidência das disposições do Código Civil, concernentes às fundações privadas, o que deve ser entendido como excluindo, também, a aplicação do disposto nos arts. 1.199 e segs. do Código de Processo Civil, sobre a organização e fiscalização das fundações, que, aliás, em certos pontos, alteram o estatuído na codificação civil. Essa regra é realista. Em verdade, como já defendemos em trabalhos anteriores, a fundação de direito privado instituída pelo Poder Público – hoje fundação pública – é privada, mas não é particular.[8]

De fato, o poder público, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> [...] ao instituir fundação, seja qual for o regime jurídico, dificilmente pratica simples ato de liberalidade para destacar bens de seu patrimônio e destiná-lo a fins alheios que não sejam de interesse do próprio Estado. Este, ao instituir fundação, utiliza tal espécie de entidade para atingir determinado fim de interesse público; serve-se da fundação para descentralizar a execução de uma atividade que lhe compete, da mesma forma que o faz em relação às autarquias, sociedade de economia mista e empresas públicas, às quais confere a execução de serviços públicos.
>
> Por essa razão, a fundação governamental não adquire, em geral, vida inteiramente própria, como se fosse instituída por particular. É o interesse público que determina a sua criação; sendo variável o interesse público, o destino da fundação também pode ser mudado pelo ente que a instituiu, quer para alterar a lei que autorizou a sua criação, quer para revogá-la. Entender-se de outra forma significaria desconhecer ou desrespeitar o princípio da indisponibilidade do interesse público ao qual se vincula a Administração. Se instituísse uma entidade tendo em vista a consecução de

[8] FERREIRA, Sérgio de Andrea. Atualidades das fundações instituídas pelo Poder Público. Revista de Direito Administrativo, n. 169, p. 1-11, jul./set. 1987.

> determinado interesse coletivo, ela estaria dele dispondo na medida em que deixasse a fundação livre dos laços que a prendem à Administração Pública, necessários para determinar o cumprimento da vontade estatal.
>
> Acresce-se que a fundação governamental não tem, em geral, condições para adquirir vida própria, também por outra razão; a dotação inicial que lhe é feita não é, no mais das vezes, suficiente para permitir-lhe a consecução dos fins que a lei lhe atribui. Por isso mesmo, além da dotação inicial, ela depende de verbas orçamentárias que o Estado lhe destina periodicamente.[9]

1 Características essenciais

1 Criação

Estas fundações públicas de natureza jurídica de direito privado ingressam no mundo jurídico por vontade do Poder Público, manifestada por lei autorizativa, nos expressos termos do inciso XIX, do art. 37, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n.º 19, de 04.06.1998, e pelo art. 1.º, II, da Lei n.º 7.596/1987, e adquirem personalidade por meio da inscrição do seu estatuto no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Assim, no caso de fundação pública de natureza jurídica de direito privado a lei autorizativa de sua criação deverá, obrigatoriamente trazer em seu bojo, preceitos que apresentem ao mesmo tempo a rigidez e a flexibilidade necessárias para resguardar a instituição a ser criada, e o Poder Público instituidor. Assim, são disposições obrigatórias, a denominação, a sede e a duração da fundação, as finalidades e as atividades, o patrimônio, a receita, a administração com seus órgãos, a forma de alteração estatutária e sua extinção, o exercício financeiro e orçamentário, a responsabilidade dos integrantes de seus órgãos, a estrutura organizacional aí contida, o regime jurídico de seus empregados, a forma de acompanhamento e fiscalização e controle e, por fim, as indispensáveis disposições gerais e transitórias.

---

[9] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 324-325.

2 Extinção

Impossível de extinção por sua própria vontade, assim como a criação da fundação pública de natureza privada decorre da vontade do Poder Público, traduzida por meio de edição de lei específica autorizativa, também sua extinção somente poderá ser concretizada por meio desse instrumento, ficando derrogado o art. 69 do Código Civil, que prevê a forma de extinção da fundação, inaplicável às fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público[10].

3 Regime Jurídico e de pessoal

Sujeição de seus empregados ao regime jurídico celetista, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, da CF)[11], inclusive para acumulação de cargos para fins criminais (art. 327 do Código Penal)[12] e para fins de improbidade administrativa (arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 8.429, de 02.06.1992)[13]. Não aplicação da estabilidade constante do art. 41 da Constituição Federal, vez que a elas, da mesma forma que os empregados de empresas estatais não se enquadram na situação descrita na norma. São beneficiários de acordo coletivo de trabalho e do FGTS e possuem plano de carreira, emprego e salários próprios.

Sujeição de seus dirigentes a mandado de segurança quando exerçam funções delegadas do Poder Público (art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 1.533, de 31.12.1951, e art. 5.º, LXIX, da CF); cabimento de ação popular contra atos lesivos de seu

[10] Ao passo que a fundação de direito privado pode extinguir-se quando a maioria dos membros de seu Conselho Curador e Conselho Administrativo assim o decidir, o mesmo não ocorre com a fundação pública de natureza jurídica de direito privado, que continuará a existir, mesmo que o pessoal que lhe integra os quadros, diretivos ou funcionais, resolva o contrário. Criada por lei, extingue-se por lei. É a vontade do legislador que vai determinar o desfazimento da fundação de direito público.

[11] BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: nov. 2009.

[12] BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: nov. 2009.

[13] BRASIL. Lei n. 8429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm> Acesso em: nov. 2009.

patrimônio (art. 1.º da Lei n.º 4.717, de 29.06.1965[14], e art. 5.º, inciso LXXIII, da CF); e legitimação ativa para propor ação civil pública (art. 5.º da Lei n.º 7.347, de 24.07.1985)[15].

4 Regime orçamentário, financeiro e contábil

A fundação estatal não integra o Orçamento Geral da União como unidade orçamentária. Suas rendas são oriundas das receitas que auferir da prestação de serviços e do desenvolvimento de suas atividades, bem como por doações, conforme dispuser a lei ordinária que autorizar sua instituição.

O relacionamento entre fundação estatal e o Poder Público, no tocante à lei orçamentária anual, dá-se, exclusivamente, sob a forma de prestação de serviços, com base em contrato estatal de serviços, que tem por objeto a contratação de serviços e a fixação de metas de desempenho para a entidade.

A fundação estatal não terá recursos assegurados para o seu funcionamento nos orçamentos fiscal e de seguridade social, como ocorre com os entes de direito público instituídos pelo Estado, inclusive no que tange à folha de pessoal. A fundação estatal arca com o ônus de sua própria folha de pagamento, incluídas as despesas decorrentes da remuneração dos eventuais servidores requisitados de outros órgãos.

O sistema contábil da fundação estatal privada, até que seja editado regulamento próprio, será orientado pelos ditames da Lei n.º 6.404/1976[16], que é aplicado às empresas estatais e também serve como subsídio às fundações privadas.

---

[14] BRASIL. Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm > Acesso em: nov. 2009.

[15] BRASIL. Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7347orig.htm> Acesso em: nov. 2009.

[16] BRASIL. Lei n. 6404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L6404consol.htm> Acesso em: nov. 2009.

5 Contrato estatal de serviços

O contrato estatal de serviços que a fundação estatal celebra com o órgão ou a entidade do Poder Público incumbido da sua supervisão tem por objeto a contratação de serviços e a fixação de metas e indicadores de desempenho para a entidade. O pagamento dos serviços prestados fica condicionado ao cumprimento das metas estabelecidas.

Cabe à lei específica que autorizar a instituição da entidade dispor sobre os aspectos gerais da sistemática de avaliação de desempenho e os direitos, as obrigações e as responsabilidades dos dirigentes, sem prejuízo de outras condições que forem estabelecidas no contrato.

O contrato estatal de serviços deve ser publicado no Diário Oficial e divulgado pela Internet.

Na elaboração do Contrato estatal de serviços, devem ser observados segundo proposta desenvolvida pela Secretaria de Gestão do Ministério e do Planejamento, no mínimo, os seguintes preceitos:

a) especificação do programa de trabalho do órgão supervisor, ao qual estarão vinculados os recursos orçamentários previstos para o pagamento, à fundação estatal, pela prestação dos serviços e atividades contratadas;

b) estipulação das metas anuais e plurianuais a serem atingidas pela fundação estatal e os respectivos indicadores e prazos de execução;

c) cronograma de desembolso dos recursos financeiros devidos pela prestação dos serviços e atividades contratados, durante o horizonte temporal de vigência do contrato;

d) as obrigações dos signatários em relação às metas pactuadas;

e) os critérios e prazos a serem observados na elaboração do relatório de gestão e/ou desempenho da fundação estatal;

f) a sistemática de acompanhamento e avaliação do contrato, contendo critérios, parâmetros e indicadores a serem considerados na avaliação de desempenho da fundação estatal e do cumprimento das obrigações estabelecidas no contrato;

g) a obrigatoriedade da observância, pelos signatários, das recomendações exaradas pela comissão de acompanhamento e avaliação;

h) as penalidades aplicáveis aos dirigentes da fundação estatal, em caso de descumprimento injustificado de metas e obrigações pactuadas, bem como eventuais faltas cometidas;

i) as condições para revisão, renovação, prorrogação e rescisão do contrato;

j) o prazo de vigência do contrato; e

k) a obrigatoriedade de publicação do contrato estatal de serviços no Diário Oficial da União e nas páginas oficiais da fundação e da autoridade supervisora na Internet.

6 Regime Tributário

Imunidade tributária referente aos impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes (art. 150, § 2.º, da CF).

7 Regime de aquisição de bens e serviços – Atos e contratos

Submissão à Lei n.º 8.666, de 21.06.93[17], para a realização de licitação, nos termos dos arts. 1.º e 19; possibilidade de contratação direta com o Poder Público, sem licitação, na hipótese prevista no art. 24, inciso XIII.

8 Prerrogativas

Juízo privativo na esfera estadual condicionado à previsão do Código Judiciário ou Lei de Organização Judiciária do Estado.

Sujeição, em matéria de finanças públicas, às exigências contidas nos arts. 52, VIII, 169 e 165, §§ 5.º e 9.º, da Constituição. Bens passíveis de penhor observando-

---

[17] BRASIL. Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: nov. 2009.

se o regime diferenciado previsto no art. 678 do Código de Processo Civil[18].

9 Sistema de governança – órgãos

Comporão a fundação órgãos de deliberação, execução e fiscalização, nos moldes das fundações privadas[19] e no escopo de permitir e garantir a participação da sociedade civil no modelo de governança para que as necessidades sociais e o interesse público se mantivessem sempre presentes.

Portanto, são órgãos obrigatórios o Conselho Curador ou de Administração, o Conselho Administrativo ou Diretoria-Executiva e o Conselho Fiscal. Como órgão facultativo o Conselho Consultivo Social.

O Conselho Curador é o órgão de direção superior, controle e fiscalização da fundação estatal. A ele cumpre assegurar que a entidade atue em alinhamento às diretrizes e estratégias governamentais traçadas para o seu setor de atividade, zelando e velando interna e externamente para que as finalidades públicas sejam efetivamente cumpridas. Cabe ao Conselho Curador aprovar, em nome da entidade, as metas institucionais a serem alcançadas pela fundação estatal, negociadas com o Poder Público por sua diretoria executiva. Cabe, ainda, ao Conselho aprovar as estratégias institucionais.

Como órgão colegiado, com representação majoritária do governo, deverá ser presidido por representante do órgão ou entidade do Poder Público responsável pela supervisão da fundação estatal; contará entre seus membros, com a participação obrigatória de representantes da sociedade civil e dos empregados da Fundação.

O Conselho Administrativo ou Diretoria Executiva é órgão de direção responsável pela gestão técnica, patrimonial, financeira, administrativa e

---

[18] BRASIL. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em: nov. 2009.

[19] Oportuno o exame e leitura do contido nos capítulos VI e IX de nossa obra Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributário, que tratam, respectivamente, do Estatuto fundacional e dos órgãos da Fundação..
Cf. PAES, José Eduardo Sabo. Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010.

assistencial da Fundação, composta por número variável de Diretores conforme a área de atuação da entidade.

O Conselho Fiscal é o órgão colegiado de controle interno, responsável pela fiscalização da gestão econômico-financeira da fundação estatal. Deve examinar suas contas, seus balanços e quaisquer outros documentos que emitir e, ao final, apresentar parecer contábil.

O Conselho Consultivo Social é órgão de caráter consultivo, subordinado diretamente ao Conselho Administrativo (ou de Administração), constituído por representantes da sociedade civil, aí incluídos usuários e outras pessoas físicas ou jurídicas com interesse nos serviços da entidade.

Suas principais funções são informar e orientar o Conselho de Administração acerca das expectativas e interesses da sociedade com relação à atuação da fundação estatal, bem como acompanhar e avaliar o desempenho da entidade, de forma a garantir o alinhamento do processo decisório aos interesses públicos.

O Conselho Consultivo Social, caso exista, poderá eleger um representante, dentre seus membros, para compor o Conselho de Administração, na qualidade de representante da sociedade civil.

2 Controle das fundações instituídas e/ou mantidas pelo Poder Público

As fundações públicas, qualquer que seja a sua natureza, sujeitam-se ao controles pela respectiva Administração.

Carvalho Santos elenca que esse controle pode ser exercido sob três prismas:

> 1) controle político, que decorre da relação de confiança entre os órgãos de controle e os dirigentes da entidade controlada (estes são indicados e nomeados por aqueles);
>
> 2) controle administrativo, pelo qual a Administração Direta fiscaliza se a fundação está desenvolvendo atividade consoante com os fins para os quais foi instituída; e 3) controle financeiro, exercido pelo Tribunal de Contas, tendo a entidade o encargo de oferecer sua prestação de contras para a apreciação por aquele Colegiado (arts. 70 e 71, II, da CF).[20]

[20] Note-se que este último dispositivo emprega a expressão fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, que, por sua abrangência, alcança as fundações públicas de direito público e as de direito privado. Em compensação, entendemos que, se a fundação, a despeito da instituída pelo Estado, tiver recursos próprios para sua a subsistência, não estará ela sob a incidência da regra constitucional.
Cf. GRAU, Eros Roberto. Correção monetária: créditos em concordata. Revista de Direito Público , Ano 22, n. 91, jul./set. 1989. p. 75.

A respeito do controle ou da fiscalização pelo Ministério Público interessante opinião da Professora Di Pietro[21], *verbis:*

> Aliás, a fiscalização pelo Ministério Público, com relação às fundações governamentais, mesmo as de direito privado, é totalmente desnecessária, pois somente serve para sobrecarregar a entidade com duplicidade de controles que têm o mesmo objetivo. A tutela administrativa a que se sujeitam essas entidades, com o nome de "supervisão ministerial", já visa assegurar a "realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade" (art. 26 do Decreto-lei n.º 200/1967). Isto sem falar na fiscalização financeira e orçamentária prevista na Lei n.º 6.223, de 14.07.1975, e agora tornada indiscutível em face da Constituição de 1988 (arts. 71, 49, inciso X, 165, § 5.º, 169, § 1.º).

Acresce que, com relação às fundações instituídas por particulares, a função do Ministério Público justifica-se pela necessidade de atribuir a algum órgão público a função de manter a entidade dentro dos objetivos para os quais foi instituída; vale dizer, como a fundação adquire vida própria e nela não mais interfere o instituidor, o Ministério Público assume essa função.

Nas fundações, públicas ou privadas, instituídas pelo Poder Público, a autonomia da entidade não vai ao ponto de desvinculá-las inteiramente dos laços que a prendem ao ente instituidor; este se encarrega de manter essa vinculação meio do controle interno (tutela) exercido pelos órgãos da Administração Direta.

Já Pontes de Miranda ensinava que, "nas fundações instituídas pelo Poder Público, há o poder de ingerência do Estado, que não se confunde com o dever de velar exercido pelo Poder Público e que se constitui em característica da fundação de direito privado (RF-102/76)"[22].

Para Carvalho Santos: "a função ministerial, no caso, se justifica pela necessidade de fiscalizar se a fundação está efetivamente perseguindo os fins para os quais foi

---

Cf. GRAU, Eros Roberto. Correção monetária: créditos em concordata. Revista de Direito Público , Ano 22, n. 91, jul./set. 1989. p. 75.

[21] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 407-408.

[22] MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954/1956. t 2 e 14.

instituída". Trata-se, portanto, de controle finalístico.

No caso de fundações governamentais, é dispensável essa fiscalização, independentemente da natureza da entidade, haja vista que o controle finalístico já é exercido pela respectiva Administração Direta. Haveria, em conseqüência, duplicidade do controle para os mesmos fins[23]. Esse é o motivo pelo qual em várias leis orgânicas estaduais do Ministério Público há a expressa menção de que a Curadoria de Fundações não tem atribuições para fiscalizar as fundações governamentais.[24]

Observe-se, por oportuno, que mesmo os entes fundacionais de direito privado não recebem integral incidência das normas do Código Civil, e isso em face da peculiaridade de integrarem a administração indireta do Estado. Uma das que não incide é exatamente a que se refere ao velamento das fundações pelo Ministério Público – norma inspirada na necessidade de controle das entidades criadas sob injunção da vontade de particulares.

Portanto, as fundações de direito público ou fundações estatais, por estarem atreladas indelevelmente ao Poder Público, sujeitam-se sempre ao poder da tutela da Administração, tornando-se a princípio dispensável outro sistema de controle. Entretanto, somos da opinião de que nada impede que a supervisão ministerial conviva com o exercício da competência constitucional do Ministério Público de velar pela consecução das finalidades da fundação pública de natureza jurídica de direito privado. Não há, creio, incompatibilidade substancial entre os dois controles. É exatamente importante que o Ministério Público acompanhe a gestão implementando mecanismos de controle e fiscalização tão necessários e com certeza indispensáveis para estas entidades.

---

[23] No mesmo sentido: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, op. cit., p. 277.
Em sentido contrário: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 353.

[24] A Lei Complementar n.º 28, que organizava o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, estabelecia, no art. 32, § 2.º, serem inaplicáveis as atribuições da Curadoria de Fundações às fundações instituídas pelo Poder Público e sujeitas à supervisão administrativa. A lei vigente – Lei Complementar n.º 106, de 03.01.2003 – não reproduziu a norma, mas o entendimento a respeito continua o mesmo.

3 A fundação pública de natureza jurídica de direito privado e o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal de 05.10.1988[25]

Ab *initio,* se faz importante destacar que em nossa atual Constituição houve inserção de várias referências expressas às fundações instituídas pelo Poder Público.

São exemplos o uso das seguintes expressões: "administração fundacional" (art. 22, art. 37, XI, e art. 38); "fundação ou fundações" (art. 37, XIX e XX, art. 39 § 1.º, art. 40, *caput,* e art. 163); e "fundação instituída e mantida" (art. 150, § 2.º, art. 157, art. 158 e art. 165, § 5.º, I e III).

Caberia perquirir se em tais referências constitucionais estariam inclusas tanto as fundações de direito público – autarquias, como as fundações públicas de natureza jurídica de direito privado. A resposta é afirmativa.

Há sim a coexistência de ambas em nosso direito Constitucional e como expresso reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal como adiante veremos.

As primeiras fundações públicas instituídas e mantidas pelo Poder Público e de natureza jurídica autárquica, foram objeto de pormenorizado estudo nas páginas anteriores, e estão consagradas na atual Constituição Federal e na legislação infraconstitucional com estrutura, regime jurídico estatutário, orçamento público e tantas outras prerrogativas típicas das figuras jurídicas de direito público.

As segundas fundações públicas de natureza jurídica de direito privado foram inseridas na ordem constitucional atual com o advento da Emenda Constitucional n.º 19, de 04.06.1998[26], que alterou a redação do inciso XIX do art. 37, estabelecendo que somente por lei específica poderá ser autorizada à instituição de fundação, cabendo à lei complementar definir as áreas de sua atuação.

---

[25] Estudo referido no trabalho publicado na obra: SANTOS, Lenir (coord) Fundações estatais: estudos e parecer. Campinas, SP: Saberes, 2009, denominado "Fundações Públicas: um exame de sua natureza justa de direito público e de direito privado", p. 142-148.

[26] BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998.Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm > Acesso em: nov. 2009.

Releva observar que a nova regra constitucional, em relação ao texto anterior à EC 19/1998, apresentou três aspectos novos: 1.º criação de fundação por meio de lei autorizativa; 2.º supressão da expressão "pública" que se seguia à palavra "fundação"; e 3.º exigência de lei complementar para definir as áreas de atuação das fundações.

Do que se depreende que a redação anterior do inciso XIX do art. 37, ao mencionar que "somente por lei específica poderão ser criadas autarquias e fundações públicas", apenas se referia às fundações públicas de direito público, pois ao estabelecer em nova redação a criação de fundação (não mais apenas pública) por lei autorizativa, franqueou ao Poder Executivo eleger o regime jurídico privado para sua criação e funcionamento de determinar seu registro (da escritura pública) em um cartório.

A supressão ou retirada da expressão "pública" que se seguia à palavra fundação na parte final do inciso XIX do art. 37 indica que quis o legislador permitir que a fundação contida no texto constitucional pudesse ter sua instituição autorizada (por lei específica) pelo Poder Público – leia-se Executivo, independentemente que sua natureza venha ser pública ou privada.

A necessidade de definirem-se em lei complementar as áreas de atuação das fundações, expressão na parte final do multicitado inciso XIX do art. 37, demonstra de forma indelével a preocupação do legislador no sentido de que o campo ou as áreas de atuação das fundações, sendo seu regime jurídico de direito privado, fossem objeto de acurado estudo e debate por parte do Executivo, do Legislativo e da própria sociedade civil, vez que obrigatoriamente as finalidades e as atividades exercidas por estas fundações deverão ser em áreas não exclusivas do Estado e preponderantemente no campo assistencial *lato sensu*, social, cultural e científico.

Evidentemente que estas ações poderão ser exercidas concomitantemente com o setor público ou complementares a este, onde temos como exemplo a área da Saúde em que esta complementaridade está prevista expressamente no art. 199, § 1.º, da Constituição Federal.

4 Do reconhecimento pelo STF da existência das fundações públicas e autárquicas e das fundações públicas de natureza jurídica de direito privado, além das fundações tipicamente privadas

O Supremo Tribunal Federal, por várias vezes, teve a oportunidade de se posicionar no tocante à natureza jurídica das fundações. Preponderantemente o entendimento é de que existem no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro três tipos de fundações[27].

A fundação pública de direito público, que é a autarquia fundacional ou fundação autárquica; a fundação pública de direito privado, que é uma fundação instituída pelo poder público com base no regime jurídico de direito privado e a fundação privada, ou particular, que é instituída por particular (pessoas físicas ou jurídicas de direito privado).

São exemplos os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

> * RE n.º 101.126-RJ, Acórdão de 24 de outubro de 1984, Relator Ministro Moreira Alves.
>
> [...] nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2.º do art. 99 da Constituição Federal.
>
> *Agravo no RE n.º 219.900-1/RS, Acórdão de 4 de junho de 2002, Relatora Ministra Ellen Gracie.
>
> De tudo se conclui que o ordenamento jurídico brasileiro contempla três espécies do gênero fundação: aquelas tipicamente privadas, melhor dito, particulares, por não registrar qualquer participação, em sua criação, do Poder Público, regidas exclusivamente pelo Código Civil Brasileiro; aquelas criadas pelo Poder Público e que consignam, no ato de sua instituição, personalidade jurídica de direito público; e, finalmente, aquelas que, criadas pelo Poder Público, são instituídas, todavia, como pessoas jurídicas de direito privado... Essas duas últimas espécies – as fundações

[27] A este respeito ofereceremos já a alguns anos em nossa obra, classificações de fundações já citada na pág. 221 e seguintes, na qual, no âmbito das fundações privadas ou particulares, inseridas estão, em razão da existência, inclusive de funcionamento e legislação própria, as fundações instituídas para apoiar as instituições de ensino superior, as instituídas pelos partidos políticos, as de Previdência Privada Fechada e as empresariais.

com personalidade jurídica de direito público, criadas pelo Estado, e as fundações com personalidade jurídica de direito privado, também criadas pelo Estado, agora mediante lei e antes por autorização legislativa,

compõem o subgênero dito 'fundações públicas', submetendo-se, ambas, aos controles públicos, e integrando, ambas, a Administração Pública Indireta. O que as distingue entre si é que as fundações de direito público nada mais são que autarquias travestidas em forma fundacional. Por essa razão os seus servidores são considerados servidores públicos civis, aplicando-se-lhes, por exemplo, a norma do art. 39 da Constituição Federal. Já a fundação de direito privado instituída pelo Poder Público – também fundação pública – é privada, mas não é particular.

* MS n.º 24.427-5/DF, Acórdão de 30 de agosto de 2006[28], Relator Ministro Eros Grau.

Apesar das divergências doutrinárias, podem ser visualizadas no Brasil três tipos de fundações: as privadas, as públicas com regime de direito privado e as públicas propriamente ditas. Afirma que, entre as espécies citadas, a única que prescinde de lei para a sua criação é a estritamente privada, sendo vedada ao Estado à criação de fundações dessa modalidade.

*ADI n.º 191-4/RS Acórdão de 29 de novembro de 2007, Relatora Ministra Cármen Lúcia.

Transcrevo excertos do voto da Ministra Cármen Lúcia:

4. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados. [...]

5. A interpretação e aplicação daquele dispositivo, nos tempos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, levaram à distinção entre fundações simplesmente instituídas pelo Poder Público e aquelas mantidas pelo Poder Público, às quais se atribuiu, em geral, natureza de direito público e regime idêntico.

Entretanto, permaneceram, nos diferentes quadros de Administração Pública, não poucas fundações de direito privado, e a elas não se aplicavam o regime de direito público, nem aos seus servidores regime jurídico-administrativo.

---

[28] Mandado de Segurança n.º 24.427-5 Distrito Federal – 30.08.2006 – Relator Ministro Eros Grau: O Tribunal de Contas da União determinou ao Banco do Brasil que providenciasse junto ao Chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional para formalizar a criação da Fundação Banco do Brasil, visto que a instituição da entidade, ocorrida em 1986, não decorreu de lei autorizativa, nos termos das disposições dos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, considerou que a decisão do TCU era inexeqüível, uma vez que determinava providência que somente poderia ser tomada pelo Presidente da República.

> Criadas como tais – mesmo quando instituídas pelo ente público – não tiveram a sua transformação em pessoas de direito público quando do advento da Constituição de 1988.
>
> 6. Aquela orientação constitucional alterou-se pela Emenda Constitucional n. 19/98, pela qual se retornou ao entendimento antes adotado, possibilitando-se a existência de fundações de direito privado no âmbito da Administração pública. Daí o comentário que se tem, agora, na obra de Hely Lopes Meirelles (edições posteriores ao advento daquela Emenda), onde se observa: "A EC 19/98 deu nova redação ao inc. XIX do art. 37 da CF, deixando transparecer ter voltado ao entendimento anterior de que a fundação é entidade com personalidade jurídica de direito privado: 'somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação. Cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação'. A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de Direito Privado): a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de Direito Privado. E mais: lei complementar deverá definir as áreas em que poderá atuar a fundação, não podendo essa figura jurídica servir de panacéia para qualquer atividade que a Administração pretenda efetuar com relativa autonomia" (Idem, Ibidem).

Importante trazer também à colação excertos votos dos Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, que acompanharam o voto da Ministra Relatora e fizeram expressa menção ao regime jurídico das Fundações instituídas pelo Poder Público:

> A matéria chegou a suscitar muitas controvérsias na doutrina, mas, efetivamente, como disse a Ministra Cármen Lúcia, com a Emenda Constitucional n.º 19, na realidade, restabeleceu-se a possibilidade da instituição de fundações sob o regime privatista, porque se retirou a expressão 'fundações de direito público' e colocou-se as fundações ao lado da sociedade de economia mista e das empresas públicas (voto do Ministro Menezes Direito, fl. 15 do acórdão).
>
> Com a Emenda Constitucional n.º 19, de fato, já se manteve a possibilidade de o poder público criar fundações tanto de Direito Privado como de Direito Público, porque depende do regime que a lei complementar expressamente determinar. Por esse motivo que, no dispositivo, no tocante às fundações, colocou-se a oração subordinada de acordo com a lei complementar, que vai determinar o seu alcance, o seu regime (esclarecimento do voto do Ministro Menezes Direito, fl. 17 do acórdão).

> Verifico que há fundações com regime diferenciado (voto do Ministro Ricardo Lewandowski, fl 19 do acórdão).
>
> Aprendi com o meu Professor no Largo de São Francisco, Silvio Marcondes, imenso comercialista, que escreveu um notável artigo sobre as fundações, que existem autarquias fundacionais, pessoas jurídicas de direito público, e as fundações, pessoas jurídicas de direito privado (voto do Ministro Eros Grau, fl. 20 do acórdão).
>
> Autarquia fundacional é uma expressão clássica na doutrina desde o artigo do Silvio Marcondes. O Professor Celso Antonio usa exatamente a mesma expressão (Esclarecimento do voto do Ministro Eros Grau, fl. 25 do acórdão).

5 Do regime jurídico das fundações públicas de natureza jurídica de direito privado

O regime jurídico trabalhista deste tipo de fundação é o de emprego público, ou seja, regido pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho).

Importante registrar que debate recente, provocado inicialmente pela própria inadequação terminológica utilizada pela Constituição para referir-se às fundações e posteriormente pela alteração do caput do art. 39 da Constituição Federal pela EC n.º 19/98, que agora, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o referido dispositivo, voltou a sua redação originária (ADI n.º 191-4, de 2007), trouxe à discussão o tema do regime jurídico dos servidores empregados da fundação pública/privada.

A redação originária do *caput* do art. 39 e que hoje voltou a vigorar era esta: "Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas".

A supressão do *caput* do art. 39 do texto constitucional, por força da aprovação da EC n.º 19/1998, objetivou instituir o regime plural dentro da administração pública federal, para os órgãos e entidades de direito público, pluralidade essa, posteriormente regulamentada pela Lei n.º 9.962, de 22.02.2000[29], que disciplinou

[29] BRASIL. Lei n. 9962, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9962.htm > Acesso em: nov. 2009.

o regime de emprego público para órgãos e entidades de direito público em coexistência com a Lei n.º 8.112/1990, que instituiu o regime estatutário.

A referida EC n.º 19/1998 foi atacada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.135 e pela Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4 para que não se adotasse regime plural para os servidores da administração direta e das entidades de direito público, por meio do restabelecimento do regime jurídico único.

O STF, em decisão de 02.08.2007, deferiu a medida cautelar na ADIn n.º 2.135-4, fez retornar a redação original do *caput* do art. 39, e anulou os efeitos da Lei n.º 9.962, de 22.02.2000, que disciplinava o regime do emprego público para órgãos e entidades de direito público.

No entanto, a observação que deve ser feita é que esta lei, n.º 9.962/2000, nunca se aplicou às fundações públicas de direito privado ou, v.g. às empresas estatais e sociedades de economia mista, todas regidas pelo regime de direito privado.

O STF, assim, ao acolher o pedido da Medida Cautelar na referida ADIN, revigorando o *caput* do art. 39 da CF de 1988, fez com que os entes federativos instituam regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública Direta, das autarquias e das fundações públicas.

É de observar também que este artigo trata apenas dos servidores público estatutários, que são os ocupantes de cargos públicos na administração direta, nas autarquias e nas fundações públicas de direito público, porque equiparadas no referido artigo com a Administração Direta e autárquica o que é, no mínimo, indicativo que estão neste dispositivo constitucional pessoas jurídicas do mesmo regime jurídico.

Argumento a fortalecer este indicativo é o fato de que este dispositivo não mencionou as empresas públicas e as sociedades de economia mista, estas sim, junto com as fundações públicas de natureza jurídica de direito privado, detentoras de empregos públicos (celetista) e não de cargos públicos que aqueles entes da Administração direta, autárquica e fundacional detêm.

Em conclusão, as fundações públicas de direito público devem obediência à regra constitucional que estabelece o regime jurídico único para os ocupantes de seus cargos e, as fundações públicas de direito privado terão seus empregados submetidos ao regime celetista não lhes aplicando, por óbvio, a mesma regra do regime jurídico único que é aplicado, no caso dito acima, aos servidores públicos estatutários.

Importante é, neste momento, trazer a lume as lúcidas considerações de Maria Sylvia Zanella de Pietro, sobre a questão:

> O entendimento que temos defendido é no sentido de que o Regime Jurídico Único, instituído pelo artigo 39 da Constituição de 1988 (extinto pela Emenda Constitucional 19/1998, mas restabelecido por força da medida cautelar concedida, em 02.08.2007, na ADI 2135) somente alcança as fundações estatais que sejam criadas com personalidade jurídica de direito público. O Estado tem a opção de instituir fundações com personalidade de direito público ou privado. Na primeira hipótese, a fundação tem precisamente o mesmo regime jurídico das autarquias, sendo, por isso mesmo, chamadas de autarquias fundacionais. É a elas que a Constituição faz referência no artigo 39 e também no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando fala em fundações públicas. Essa interpretação é coerente com o intuito do legislador constituinte, que somente quis estender o Regime Jurídico Único e a estabilidade excepcional prevista nas disposições transitórias aos servidores que integram a administração direta, as autarquias e as fundações públicas, ou seja, aos servidores que têm vínculo com pessoas jurídicas de direito público. Todos têm um traço em comum, o que justifica tratamento isonômico pela Constituição. Essa interpretação é coerente com o princípio segundo o qual "onde existe a mesma razão deve reger a mesma disposição legal" (ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio). A contrario sensu, os servidores que têm vínculo com fundações de direito privado não foram alcançados pelos referidos dispositivos constitucionais, exatamente pela diversidade de regime a que se submetem.[30]

De igual forma José dos Santos Carvalho Filho assim se expressou:

> O artigo 39 da Constituição Federal, agora restabelecido, ao falar em Regime Jurídico Único, gera o entendimento de que esse regime é o estatutário. Ocorre que o artigo se refere à administração direta, autarquias e fundações públicas, entendendo-se

---

[30] Resposta à consulta formulada pelo Ministro do Planejamento Orçamentário e Gestão, e constante no trabalho da Advogada Lenir Santos, denominado "Fundações estatais: algumas considerações" . Op. cit. p. 76-78

> que estas últimas são as fundações de direito público, de natureza autárquica. Ora, as fundações estatais de direito privado são de categoria diversa e têm seu suporte normativo básico no Código Civil; e, sendo pessoa de direito privado, não pode seu quadro de pessoal ser regido pelo regime estatutário, próprio apenas para as pessoas de direito público. Conclui-se, pois, que seu pessoal terá o mesmo regime jurídico das fundações do setor privado, ou seja, o regime trabalhista previsto na CLT. Desse modo, a decisão do STF não produz qualquer reflexo sobre o regime dessas fundações.[31]

6 Da recepção do art. 5.º, IV, do Decreto-Lei n.º 200/1967 pela atual Constituição

A ausência de lei complementar definindo as áreas de atuação das fundações públicas de natureza jurídica de direito privado não impede o funcionamento ou a criação de fundações, vez que continua vigente o art. 5.º, IV, Decreto-Lei n.º 200/1967, que define as Fundações Públicas de direito privado, porque não destaca ou conflita ele com a Constituição, vez que tal norma (ordinária) já disciplinava o tema com o advento da norma constitucional do inciso IXX do art. 37, foi por ela o referido Decreto-Lei n.º 200/1967 recepcionado. Há, portanto, a possibilidade legal do Poder Executivo instituir fundação pública de direito privado até que a lei complementar prevista no art. 37, inciso XIX, da CF, seja editada.

Este é o posicionamento de Lenir Santos[32], *verbis:*

> O art. 5.º, IV, do Decreto-lei 200 foi recepcionado pela Constituição, em especial o seu art. 5.º, IV, com força de lei complementar, por não haver conflito entre as suas disposições e as da Constituição. As normas são compatíveis, não havendo nenhuma colisão de suas disposições, uma vez que o Decreto-Lei 200, art. 5.º, IV, impõe como limite à atuação da fundação pública de direito privado as atividades públicas dotadas de poder de autoridade. Esse limite estabelecido é o que deve ser observado, até que a lei complementar venha a ser editada estabelecendo quais os campos de atuação das fundações instituídas pelo Estado.

Lenir Santos inclusive apresenta, como exemplo, dentre outros, o que ocorre com a Lei n. 8.080/1990, art. 35 e Lei n. 8.142/1990, arts. 3.º e 4.º, que definem regras de rateio dos recursos da União para os Estados e Municípios na área da saúde; ambas foram recepcionadas com força de lei complementar após a EC

[31] Id. p. 78.
[32] Ib. p. 86.

29/2000, que determinou à lei complementar a fixação desses critérios. Tal lei ainda não existe e os rateios continuam a ser realizados e os recursos transferidos da União para os Estados e Municípios com base na legislação anterior à Emenda, que é uma lei ordinária.

Ademais, Carlos Ari Sundfeld, a respeito da matéria, assim se manifestou:[33]

> Passados mais de oito anos da EC n.º 19/1998, a lei complementar relativa às áreas de atuação das fundações governamentais ainda não foi editada. Em virtude disso, alguém poderia supor que, desde a entrada em vigor da sobredita emenda, estaria vedada a instituição de qualquer fundação pelo Poder Público, dado o vácuo legislativo existente. Conseqüentemente, se fundações governamentais tivessem sido criadas nesse período, seriam ilegítimas.
>
> Mas assim não é, pois já existia, antes da emenda, a disciplina legal do tema (campos de atuação das fundações governamentais privadas), e ela foi recepcionada pela nova norma constitucional. Trata-se do art. 5.º, IV, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, na redação da Lei n.º 7.596, de 1987. É verdade que a regra surgiu originalmente em lei ordinária, mas o certo é que, editada a emenda, foi recepcionada com eficácia de lei complementar.
>
> O caso em tela não é o primeiro nem será o último no qual se está diante de comando constitucional que, embora remeta a regulação de determinada matéria a uma lei complementar, admite a recepção, como tal, de lei ordinária preexistente, no que versar sobre o tema em causa. Como se sabe, é recepcionada a lei ordinária que, sendo preexistente à Constituição, possua conteúdo compatível com as novas disposições constitucionais. Além disso, há entendimento reiterado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a lei ordinária preexistente é recepcionada como lei complementar, se tal status normativo somente tenha sido demandado pela ordem constitucional que lhe seja posterior.
>
> No ordenamento brasileiro, o exemplo mais conhecido é o do Código Tributário Nacional, consubstanciado na Lei federal n.º 5.172, de 1966. Ele tinha status de lei ordinária quando de sua criação e foi recepcionado como lei complementar pela Carta de 1988, que, em seu art. 146, exigiu o tratamento do assunto por essa fórmula

---

[33] Parecer sobre Fundação Governamental de Direito Privado – Consulente: Fundação para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico em Saúde – FIOTEC – Rio de Janeiro-RJ. 13.07.2006.

legislativa[34].

No caso das fundações governamentais, ocorre situação análoga à do Código Tributário Nacional, pois também já existia norma tratando de suas áreas de atuação, no citado art. 5º, IV, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, em sua redação vigente.

privadas), e ela foi recepcionada pela nova norma constitucional. Trata-se do art. 5.º, IV, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, na redação da Lei n.º 7.596, de 1987. É verdade que a regra surgiu originalmente em lei ordinária, mas o certo é que, editada a emenda, foi recepcionada com eficácia de lei complementar.

7 Dos fins e das áreas de atuação da fundação pública de direito privado

As finalidades das fundações públicas de direito privado devem ser antes de tudo lícitas e buscar a consecução do interesse social e serem não lucrativas ou sem fins empresariais e também não poderão as referidas fundações desenvolver atividades que exijam execução obrigatória por órgão ou entidade de direito público.

Tal ocorre primeiro em razão de que as fundações públicas de direito privado têm suporte normativo básico no Código Civil e por isto a elas se aplicam os postulados constitucionais dos entes de interesse coletivo e os previstos especificamente no arts. 62 a 69 do referido Código Civil.

Sobre estas finalidades é importante salientar que o ordenamento jurídico pátrio apenas não admite a criação de fundações voltadas para a administração de interesses particulares, não tão somente para fins coletivos (art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil), lícitos, morais e sem fins lucrativos. Entendo também que deva dar-se ao parágrafo único do art. 62 do Código Civil interpretação extensiva, de modo a encampar não somente nos fins religiosos, morais e culturais e de assistência *(stricto sensu),* mas em todas as áreas de interesse da coletividade em que poderá atuar a pessoa jurídica fundacional, com v.g., meio ambiente, educação, pesquisa

---

[34] De fato, tal dispositivo remete à lei complementar a mesma matéria já tratada no CTN. Dentre as diversas previsões nele contidas, é possível citar, como, por exemplo, o inciso III, alíneas "a" e "b", segundo os quais cabe à lei complementar "III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários."

científica ou preservação do patrimônio cultural[35].

Segundo porque na ausência de lei complementar vigora, como foi dito, a título de recepção como lei complementar o inciso IV, do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 200/1967 (redação dada pela Lei n.º 7.596/1987), que impede que as fundações públicas de direito privado desenvolvam ou desempenhem finalidades que exijam poder de polícia, ou poder de autoridade da Administração Pública e, portanto, são de atuação exclusiva do Poder Público.

Áreas estas que são, dentre outras, de defesa do Estado e das instituições democráticas, a tributação e o orçamento, as de defesa da vida, dentre elas as proteção à saúde coletiva, ao meio ambiente. Também estão incluídas neste rol de impossibilidade de atuação as que são caracterizadas como monopólio, em função da relevância e do interesse público, nos termos dos arts. 173, 174 e 177, da Ordem Econômica e Financeira.

A advogada Lenir Santos[36] aponta como regras que:

> devem prevalecer no caso de instituição pelo Poder Público de fundações regidas pelo direito privado: não podem atuar em área que exija entidades de direito público para o desenvolvimento de suas atividades, tampouco podem atuar fora do campo cultural e da assistência, ou seja, da ordem social, não podendo executar atividades de lucro nem econômica.

E na área de saúde, assevera ela que:

> excluída a vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, regulação, fiscalização e controle, e outras atividades que requerem o poder de autoridade do estado, as demais atividades como serviços hospitalares, serviços de atenção primária, laboratoriais etc. poderão ser executadas por fundações estatais, conforme já ocorre com as organizações sociais, que são entidades privadas, qualificadas pelo Estado, executoras de serviços de assistência à saúde.

---

35 Veja-se a propósito estudo pormenorizado no item 2 do Cap. VIII, op. cit., que trata das finalidades das fundações

36 Resposta à consulta formulada pelo Ministro do Planejamento Orçamentário e Gestão, e constante no trabalho da Advogada Lenir Santos, denominado "As Fundações Públicas de Direito Privado" – Algumas considerações, respectivamente, op. cit. p. 93-94.

8 Da edição de lei estadual regulamentando as áreas de atuação das fundações públicas de direito privado e autorizando o Poder Público estadual a instituir fundações públicas de direito privado

É perfeitamente possível a edição por Estados-membros de lei regulamentando as áreas de atuação das fundações públicas estaduais de direito privado. De igual forma é constitucional a edição de lei estadual autorizando o Poder Público estadual a instituir as referidas fundações.

Os limites a serem observadas pelo legislador estadual e conseqüentemente pelo Poder Público estadual são:

> 1.º A Constituição e o Código Civil, no que tange às finalidades que deverão ser lícitas, morais e não lucrativas ou não econômicas.
>
> 2.º O disposto no inciso IV do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 200/1967, vez que recepcionado foi pela atual Constituição Federal[37].

E, é bom que seja salientado que o Decreto Lei n.º 200/67 estabelece um campo mais restrito de atividades, vez que é da redação do dispositivo que "somente poderá ser instituída fundação para o desenvolvimento de atividades que não

---

[37] São exemplos de legislação estadual a editada pelos Estados: do Rio de Janeiro (Lei Complementar regulando o campo de atuação das fundações públicas de direito privado, e Lei ordinária autorizando o poder público estadual a instituir fundação na área de saúde); da Bahia (Lei Complementar regulando as áreas de autuação das fundações e Lei Ordinária autorizando a instituição de fundações nas áreas de saúde); de Sergipe (Lei ordinária dispondo sobre regramentos gerais para as fundações públicas de direito privado e Leis ordinárias n.ºs 6.346, 6.347 e 6.348, todas de 02.01.2008, dispondo todas sobre autorização para a criação de fundação na área de saúde.

Cf. RIO DE JANEIRO. Lei n. 6346, de 02 de janeiro de 2008. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação de Saúde "Parreiras Horta" - FSPH, e dá providências correlatas. Disponível em: <http://www.ses.se.gov.br/userfiles/lei_n_6346_de_02_jan_2008__dispe_sobre_a_autorizao_para_criao_da_fundao_de_sade_parreiras_horta__fsph.pdf> Acesso em: nov. 2009.

RIO DE JANEIRO. Lei n. 6347, de 02 de janeiro de 2008. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação Hospitalar de Saúde - FHS, e dá providências correlatas . Disponível em: <http://www.ses.se.gov.br/userfiles/lei_n_6347_de_02_jan_2008__dispe_sobre_a_autorizao_para_criao_da_fundao_hospitalar_de_sade__fhs.pdf > Acesso em: nov. 2009.

RIO DE JANEIRO. Lei n. 6348, de 02 de janeiro de 2008. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação Estadual de Saúde - FUNESA, e dá providências correlatas. Disponível em: < http://www.ses.se.gov.br/userfiles/lei_n_6348_de_02_jan_2008__dispe_sobre_a_autorizao_para_criao_da_fundao_estadual_de_sade__funesa.pdf > Acesso em: nov. 2009.

exijam execução por órgão ou entidade de direito público" e ações e serviços que não exijam poder de autoridade da Administração Pública. Portanto, a atuação da fundação estadual é livre respeitando-se os limites do Decreto-Lei n.º 200/1967.

A advogada Lenir Santos assevera acertadamente como cediço que:

> [...] áreas sociais de prestação de serviços, a Constituição admite a ação concomitante ou complementar da iniciativa privada, conforme disciplinam os artigos 197, 199, 202, 209 e 227, § 1.º, dos capítulos II, III e VII da Ordem Social, e ressalvando que o Estado tem exclusividade em relação às atividades que requeiram o uso do poder de autoridade, poder de polícia administrativa nessas mesmas áreas.

Concluindo aquela especialista em direito sanitário pela USP que:

> [...] no caso de instituição pelo Poder Público de fundações regidas pelo direito privado: não podem atuar em área que exija entidades de direito público para o desenvolvimento de suas atividades, tampouco podem atuar fora do campo cultural e da assistência, ou seja, da ordem social, não podendo executar atividades de lucro nem econômicas.[38]

9 Do Projeto de Lei Complementar à Constituição – PLP n.º 092, de 12.07.2007

A Emenda Constitucional n.º 20 de 1998, ao dar nova redação ao art. 37, XIX, impôs um dever ao legislador que foi o de minudenciar as áreas de atuação da fundação pública de natureza jurídica de direito privado. Tal conclusão se extrai do exame de nova regra constitucional que de forma indelével tal qual já discorremos no item 5.4 deste trabalho trouxe-a como exigência que possam as matérias (áreas de atuação e campo de finalidades) serem disciplinadas por uma lei complementar à Constituição Federal.

A exigência de lei complementar para estabelecer as áreas de atuação da fundação pública de direito privado está ligada à importância de dar contornos legais nítidos e consistentes aos ramos de atuação desta fundação, dotadas que são de maior agilidade e flexibilidade administrativa, em similaridade com as empresas estatais.

---

[38] Extraído do trabalho de autoria da Advogada Lenir Santos, intitulado "As Fundações Estatais : algumas considerações", PAES, apud SANTOS, 2009. p.. 181

Com isso, buscou-se, como já dito, impedir que a modalidade institucional pudesse ser aplicada em áreas típicas de Estado, como que executam atividades que exigem o poder de autoridade do Estado. Nessas áreas impõem-se as regras do direito administrativo e a adoção do regime de trabalho estatutário que melhor garante o interesse coletivo nos processos que envolvem decisão de Estado. Por outro lado, pretendeu-se, também, evitar a criação de fundações estatais em áreas do domínio econômico, para as quais já existe a figura jurídica de empresa estatal.

Com fulcro nesta exigência constitucional o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão encaminhou em 04.06.2007 ao Presidente da República Projeto de Lei Complementar para regulamentar o inciso XIX do art. 37 da Constituição, na parte referente às fundações, com o objetivo de estabelecer as áreas de atuação dessas entidades.

O referido Projeto de Lei Complementar que recebeu o número de PLP 92/2007 estabelece que o Poder Público poderá instituir fundação estatal, sem fins lucrativos, integrante da administração pública indireta, nas áreas de saúde, educação, assistência social, cultura, desporto, ciência e tecnologia, meio-ambiente, previdência complementar do servidor público, para os efeitos do art. 40, §§ 14 e 15, da Constituição Federal, comunicação social e promoção do turismo nacional.

Observe-se que a criação de fundação estatal dar-se-á a partir de lei específica, que estabelecerá a sua personalidade jurídica, se de direito público ou privado. Cabe destacar que a proposta apenas autoriza o Poder Público a criar fundação estatal e, no caso da fundação estatal de direito privado, o Projeto prevê que somente poderá ser instituída para desempenho de atividades estatais que não sejam exclusivas de Estado, de forma a vedar a criação de entidade de direito privado para exercício de atividades em áreas em que seja necessário o uso do poder de polícia.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Fundação educacional: opção constitucional por sua desvinculação do Poder Público: consequência quanto à supervisão pedagógica. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais,* v. 9, n. 4, p. 75-87, out./dez. 1993.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Decreto Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Decreto Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Decreto Lei n. 900, de 29 de setembro de 1969*. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0900.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. I*nstitui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 6404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L6404consol.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985.* Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7347orig.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 7596, de 10 de abril de 1987.* Altera dispositivos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7596.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 8429, de 02 de junho de 1992.* Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 9962, de 22 de fevereiro de 2000.* Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9962.htm > Acesso em: nov. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. xxvi, p. 323-324.

FERREIRA, Sérgio de Andrea. Atualidades das fundações instituídas pelo Poder Público. Revista de Direito Administrativo, n. 169, p. 1-11, jul./set. 1987.

GRAU, Eros Roberto. Correção monetária: créditos em concordata. *Revista de Direito Público*, Ano 22, n. 91, p. 75, jul./set. 1989.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 12. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 353.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954/1956. t .2 e 14.

NUNES, José Eduardo Sabo. Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010.

PAES, José Eduardo Sabo. Fundações públicas: um exame de sua natureza jurídica de direito público e de direito privado. In: SANTOS, Lenir (Org.). Fundações estatais: estudos e parecer. Campinas, SP: Saberes, 2009. p. 123-186.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 407-408.

RIO DE JANEIRO. *Lei n. 6346, de 02 de janeiro de 2008*. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação de Saúde "Parreiras Horta" - FSPH, e dá providências correlatas. Disponível em: <http://www.ses.se.gov.br/userfiles/lei_n_6346_de_02_jan_2008__dispe_sobre_a_autorizao_para_criao_da_fundao_de_sade_parreiras_horta__fsph.pdf> Acesso em: nov. 2009.

RIO DE JANEIRO. *Lei n. 6347, de 02 de janeiro de 2008*. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação Hospitalar de Saúde - FHS, e dá providências correlatas . Disponível em: <http://www.ses.se.gov.br/userfiles/lei_n_6347_de_02_jan_2008__dispe_sobre_a_autorizao_para_criao_da_fundao_hospitalar_de_sade__fhs.pdf > Acesso em: nov. 2009.

RIO DE JANEIRO. *Lei n. 6348, de 02 de janeiro de 2008*. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação Estadual de Saúde - FUNESA, e dá

providências correlatas. Disponível em: < http://www.ses.se.gov.br/userfiles/lei_n_6348_de_02_jan_2008__dispe_sobre_a_autorizao_para_criao_da_fundao_estadual_de_sade__funesa.pdf > Acesso em: nov. 2009.

SANTOS, Lenir. Fundações estatais: algumas considerações. In: SANTOS, Lenir (Org.). Fundações estatais: estudos e parecer. Campinas, SP: Saberes, 2009. p. 123-186.

Análise das alterações sofridas na legislação processual penal: os procedimentos — (II)

Sergio Demoro Hamilton (*)

Fizeram e tentam fazer, pois, do processo penal mais um atentado contra os legítimos interesses da sociedade, sempre e cada vez mais desguarnecida e vitimada pela ação de criminosos e agora pela legislação processual .” (**)

1. Dando seguimento ao estudo das profundas modificações ocorridas em nossa legislação processual penal, agora iremos estudar “os procedimentos”, abrangendo, para efeito de simplificação, os dizeres da rubrica contida na Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, que se ocupa da “suspensão do processo”, da *“emendatio libelli”*, da *“mutatio libelli”* e dos “procedimentos”. Antes, em outro estudo, já havíamos examinado “as provas” (Lei 11.690, de 09 de junho de 2008).

2. Seguirei, para fins didáticos, a ordem numérica legal estabelecida no texto a ser examinado. Não me sabe de boa técnica, como tantas vezes já destaquei, tais mudanças setoriais, que acabaram por transformar o nosso pobre e envelhecido Código de Processo Penal numa verdadeira colcha de retalhos. Ao que me parece, a reforma do CPP torna-se inevitável, uma vez que já se encontra formada uma comissão[1] , instituída pelo Senado, tendo como coordenador o ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, voltada para a elaboração de um

(*) Sergio Demoro Hamilton é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário

(**) Entrevista concedida pelo Juiz de Direito Fausto Martin de Sanctis ao jornal “O Globo”, de 19 de julho de 2008, p. 7, “Seção Opinião”.

[1] Integram a Comissão, além do ministro Hamilton Carvalhido; Antonio Corrêa (juiz federal); Antônio Magalhães Gomes Filho (advogado e professor da Universidade de São Paulo – USP); Eugenio Paccelli (procurador regional da República); Fabiano Augusto Martins Silveira (consultor legislativo do Senado Federal); Félix Valois Coelho Júnior (advogado, ex-secretário de Justiça do Estado do Amazonas); Jacinto Nelson de Mirante Coutinho (advogado e professor da Universidade Federal do Paraná – UFPR); Sandro Torres Avelar (delegado federal e presidente da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF) e Tito de Souza Amaral (promotor de justiça). Transcrito do “Jornal do Commercio”, de 14-7-2008, Seção “Direito e Justiça”.

anteprojeto de CPP, tendo sido fixado prazo de 180 dias para a realização dos trabalhos. Resta indagar se haverá vontade política na efetivação da medida por parte das casas do Congresso, pois, desde 1961, ainda ao tempo do governo Jânio Quadros, foram elaborados inúmeros anteprojetos que não lograram sucesso.

Demais disso, impõe-se, do mesmo passo, profunda revisão da lei penal material, pois, com a leniência da nossa lei substantiva penal, de nada adiantará uma reforma processual. Enquanto perdurar o "humanismo piegas", que pervarga a nossa legislação penal, o crime organizado e, até mesmo, o desorganizado continuarão a espalhar o terror e a violência, que faz com que os homens de bem se vejam obrigados a cercar suas casas com grades. Isto sem falar nos grandes escândalos financeiros, que se tornaram corriqueiros diante da impunidade geral.

3. Passemos, pois, ao estudo da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, adotando o sistema preconizado acima (2, supra).

Excelente medida veio a ser tomada com a nova redação adotada no art. 63 parágrafo único do CPP, ao estabelecer que, transitada em julgado a sentença condenatória, a execução possa ser efetuada, desde logo, pelo valor fixado no art. 387, IV.

Trata-se de um valor mínimo voltado para a reparação dos danos causados pela infração penal, tendo em conta os prejuízos sofridos pelo ofendido e que não interfere na futura liquidação, objetivando a apuração do prejuízo efetivamente sofrido pela vítima.

A medida, na realidade, é uma cópia da multa reparatória instituída pelo "Código de Trânsito Brasileiro" (Lei n. 9.503, de 23-9-1997), como penalidade (art. 297), em boa hora incorporada ao processo penal comum.

É evidente que, quando do ressarcimento civil do dano, o valor da multa reparatória terá que ser descontado, evitando-se o enriquecimento ilícito por parte do ofendido.

4. Houve um aperfeiçoamento técnico da lei, no art. 257, I, ao acrescentar que ao Ministério Público compete *"privativamente"* promover a ação penal pública. Na redação anterior dizia-se, apenas, que o Ministério Público promoverá a ação

penal pública (art. 257 do CPP). Cogita-se de correta adaptação da lei ordinária aos termos da Constituição Federal (art. 129, I), que consagrou o sistema acusatório em nossa legislação.

5. O mesmo elogio não merece o art. 265, § 1º, ao ditar que a audiência poderá ser adiada, se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer. Como assinalou o juiz Fausto Martin de Sanctis[2] , em lúcida apreciação a respeito da inovação, basta a juntada de um atestado médico para o interessado pleitear a não-realização da audiência. Ora, no regime anterior, "a falta de comparecimento do defensor, *ainda que motivada"*, não determinava o adiamento de ato algum de processo, devendo o "juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato" (art. 265, parágrafo único).

Observe-se que, mesmo no procedimento do Júri, rico de formalidades inúteis e incompatíveis com a celeridade dos processos, o art. 403 do CPP já previa que, mesmo no caso de enfermidade do defensor, será ele substituído, definitivamente, ou para o só efeito do ato.

6. Introduziu-se, no meu entendimento com vantagem em relação à legislação anterior, a citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 do Código de Processo Civil, na hipótese em que o réu se oculta para não ser citado, devendo o oficial de justiça certificar a ocorrência (art. 362). No regime anterior a citação era efetivada por edital, com prazo de 5 dias, modalidade de citação ficta, sem dúvida, por demais precária e menos efetiva que a citação com hora certa. Uma vez complementada a citação com hora certa, caso o acusado não venha a comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

Entendo que, em tal circunstância, não há razão para a suspensão do processo, uma vez que o réu tem pleno conhecimento de que está sendo procurado pela Justiça, mesmo que ele não venha a constituir defensor, até porque não houve citação por edital.

---

[2] Sanctis, Fausto Martin de, "Sociedade indefesa", extraído do jornal "O Globo", de 19 de julho de 2008, "Seção Opinião", p. 7.

7. O *caput* do art. 383 do CPP repete o princípio da livre dicção do direito: *narra mihi factum dabo tibi jus.* Trata ele da emendatio *libelli.*

Porém, o parágrafo primeiro do aludido dispositivo inova ao admitir, na fase de sentença, a proposta de suspensão condicional do processo se, em razão da nova definição jurídica, o caso o permitir. É sabido que o sursis processual é uma medida a ser proposta pelo Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia (art. 89 da Lei 9099/95). Nada impede que, em casos excepcionais, o *Parquet* venha a fazê-lo em momento posterior, desde que, no decorrer da instrução criminal surjam *novos* elementos que demonstrem ser adequada aquela providência, pois, muitas vezes, quando da denúncia, não dispunha de dados para tal. Porém, não me parece acertada a suspensão condicional do processo após nova definição jurídica advinda na fase da sentença condenatória. Após a sentença, o juiz exaure a sua jurisdição, não mais devendo inovar no feito. Só restará ao magistrado, nesta fase, conceder ao réu o *sursis* clássico. Que fique bem clara nossa posição: a suspensão condicional do processo só devia ser admitida no decurso da ação penal, com o oferecimento da denúncia, e sempre *antes* da fase da sentença.

Agora, com a nova lei, permite-se, quando da sentença, desde que a nova definição jurídica o admita (e atendidos, evidentemente, os demais requisitos a que se refere o art. 89 da Lei 9099/95) a medida de despenalização. É certo que o sursis clássico faz supor a existência de sentença condenatória, tendo, portanto, caráter retributivo. E tanto isto é verdade que, uma vez revogado, o condenado cumpre a pena que apenas se encontrava suspensa. Já a suspensão condicional do processo não reveste natureza sancionatória. Portanto houve um abrandamento da lei. Um entre tantos.

Não se cogitou, na oportunidade, da possibilidade de o Ministério Público vir a interpor recurso contra sentença que propiciou nova definição jurídica para o fato, rendendo ensejo à suspensão condicional do processo:

Quid iuris?

Não vislumbro solução outra que não seja a subida do recurso, quando, então, a definição jurídica restará definida.

Mas as dificuldades não se encerram aí. Com efeito, dispõe o parágrafo segundo do art. 383 que, em se tratando de infração penal da competência de outro juízo, a este serão remetidos os autos. Até aí, tudo bem. E se o novo juízo não aceitar a sua competência? Só restará a este suscitar o conflito negativo de competência (ou de jurisdição, conforme o caso). Até que tudo se resolva é que se poderá saber se o sursis processual terá ou não aplicação. Compreende-se, agora, a sábia razão pela qual a lei anterior cogitava da suspensão condicional do processo antes da sentença.

8. O art. 384 do CPP cogita da *mutatio libelli.*

Assinala o aludido dispositivo que, encerrada a instrução probatória, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou a queixa (art. 29 do CPP), caso da prova colhida haja cabimento de nova definição jurídica do fato, pela presença de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação e que, como tal, o réu não teve a oportunidade de se defender. Para tanto, o *Parquet* disporá do prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude dela tenha sido instaurado processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Conclui-se da lei que se trata de aditamento espontâneo, que deverá conter os mesmos requisitos de uma inicial de acusação.

Caso o órgão do Ministério Público não proceda ao aditamento, aplica-se a regra do art. 28 do CPP.

Não há dúvida que o regime atual apresenta-se tecnicamente mais perfeito, uma vez que põe de lado a possibilidade do aditamento provocado, violador do sistema acusatório[3] . E tanto isto é verdade, que a última palavra sobre a acusação será dada pela chefia do *Parquet.*

Ouvida a defesa, no prazo de 5 dias, o juiz, caso venha a receber o aditamento, atendendo a requerimento de qualquer das partes, dará prosseguimento ao feito, com a continuação da audiência, colheita de provas e novo interrogatório do réu, realizando-se, por fim, os debates e o julgamento.

---

[3] Consulte-se, a propósito, meu estudo "O aditamento Provocado – Uma Heresia", "Separata", "Revista Forense", volume 375.

Não recebido o aditamento, o processo terá seguimento.

Haverá recurso contra a decisão que rejeite o aditamento?

Penso que sim, através de apelo residual previsto no art. 593, II do CPP.

Parece-me que o art. 384 do CPP cogitou, apenas, do aditamento objetivo ao referir-se somente à nova definição jurídica. Dessa maneira, se for o caso da inclusão de novo réu (aditamento subjetivo) só restará ao Ministério Público, diretamente, instaurar novo processo contra o imputado não incluído na acusação originária.

9. O parágrafo único do art. 387 do CPP, coerente com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF), e com os dizeres da Súmula 9 (nove) do STJ, exige que o juiz decida fundamentadamente sobre a manutenção da prisão ou, se for o caso, a respeito da imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, por ocasião da sentença condenatória. Abrange, assim, a cautelar pessoal e a real, além de assegurar o conhecimento da apelação que vier a ser interposta. Depreende-se do dispositivo que a lei processual, ao usar a expressão, no final do parágrafo único do art. 387, "sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta", desejou assegurar que, em qualquer caso, ainda que ausente ou foragido, possa o réu interpor apelação, por intermédio da defesa, mesmo na hipótese em que não venha a ser preso provisoriamente, tendo em conta o art. 8º, n.2, "h", do Pacto de São José da Costa Rica[4] , que assegura ao réu o "direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior", sem fazer qualquer ressalva ou restrição.

10. Chega-se, agora, ao exame dos procedimentos. O art. 394 emprestou, sem dúvida, tratamento sistemático à matéria. No regime anterior, por exemplo, o procedimento sumário vinha elencado entre os procedimentos especiais, quando, na origem, ele nada mais era que o rito comum dos crimes apenados com detenção (art. 539 do CPP) não regulados pela Lei 9.099/95.

---

[4] Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, que promulgou a "Convenção Americana sobre Direitos Humanos" ("Pacto de São José da Costa Rica", de 22 de novembro de 1969). A Carta de Adesão pelo Governo brasileiro a essa Convenção veio a ser depositada em 25 de setembro de 1992.

Era tão comum como o que se previa para os crimes apenados com reclusão (art. 394, antigo). Que dizer do absurdo encarte do "processo" do Júri no meio do rito comum (Livro II, Título I, Capítulo I) e vai por aí...

Agora, não; o procedimento será comum e especial, dividindo-se o primeiro em ordinário, sumário e sumariíssimo (art. 394, § 1º). Reserva-se o rito ordinário para os casos mais graves, quando o feito versar a respeito de crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (I). O sumário só tem aplicação nos crimes, desde que a pena máxima cominada for inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (II). Por fim, o rito sumariíssimo abrange as infrações penais (portanto, crimes e contravenções) de menor potencial ofensivo (III), regidas na atualidade, pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Fez-se, como era de esperar, o procedimento comum como rito-regra, salvo disposições em contrário constantes do próprio Código ou de lei especial (art. 394, § 2º do CPP). Tal dispositivo guarda compasso com o disposto no art. 394, § 5º, este voltado para o procedimento ordinário. Parece-me ociosa a determinação constante do parágrafo terceiro, pois o procedimento do Tribunal do Júri é especial, devendo, em relação a ele, ser observados os preceitos legais indicados nos arts. 406 a 497 do CPP.

Importante mandamento legal vem inserto no art. 394, § 4º ao dispor que o ordenamento constante dos arts. 395 a 398 do Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no Código. Em razão do aludido preceito legal criou-se para o processo penal um verdadeiro rito bifásico: a primeira parte reservada para o *judicium accusationis (*art. 395 a 397) e a segunda fase voltada para *judicium causae* (arts. 399 e seguintes).

Importou-se, destarte, do processo civil o julgamento antecipado da lide. Trata-se de uma boa medida? Não.

A obsessão do legislador, pelo menos em palavras, foi a de imprimir maior celeridade à aplicação da Justiça. Pois bem: esta primeira fase só vai servir para estender, ainda mais, o curso da ação penal, como será demonstrado.

Por maior louvor que se possa tecer à nova fase procedimental, tão elogiada por nomes da maior representatividade no estudo do processo penal, invocando-se, inclusive, legislação e doutrina alienígenas, creio que não se deve receber, de forma acrítica, qualquer novidade, pelo simples fato de que, em alguns países cultos, tais providências foram adotadas. É preciso estar atento para a nossa realidade, evitando-se eternizar os processos. Acaso a situação anterior não garantia o devido processo legal? Por quê mudá-la? Segundo dados colhidos da OAB, o País conta com 7,7 juízes por cem mil habitantes, enquanto na Alemanha essa mesma relação é a de um juiz para cada três mil habitantes (vide informe da Editora Revista dos Tribunais, nº 54, p.4). Por quê, então, estendermos cada vez mais os ritos?

11. Pode-se dividir esta primeira fase, que chamaria de juízo de acusação, em dois momentos:

a) o de apreciação da denúncia ou da queixa (art. 395), como antes ocorria;

b) o de citação do acusado, se recebida a inicial.

Caso a petição inicial não seja rejeitada liminarmente (letra "a"), o acusado será citado (letra "b") para responder, por escrito, à acusação no prazo de 10 (dez) dias (art. 396). No regime anterior, o prazo de alegações preliminares era de três dias, encontrando a ação penal já em curso, pois não havia a fase preliminar. Só por esses dados, já dá para ver como a alegada celeridade não passa de uma falácia.

Nas causas indicadas para a rejeição da denúncia, há alusão à falta de pressuposto processual. É de relevar, porém, que, no caso de incompetência, a hipótese não se subsume na rejeição da inicial, mas sim na remessa dos autos ao juiz competente. É, assim, que a matéria é regulada, com inteiro acerto aliás, nos arts. 108 a 110 do Código de Processo Penal.

O art. 396-A regulamenta a fase de dilação petitória e a da dilação probatória. A primeira demonstrada pela resposta, em si, à acusação e a segunda pelas provas que o acusado pretende produzir. O dispositivo em tela é verborrágico quer numa fase, quer noutra. É evidente que, com a resposta, ao lado do mérito, a parte pode argüir preliminares. E, em segundo lugar, bastaria que a lei dissesse "produzir todos os meios de prova que o caso comportar", na parte relacionada com a prova.

Quanto às exceções (art. 396-A, § 1º) vale a ponderação de que elas, em regra, não suspenderão o curso do processo (art. 111 do CPP).

Torna-se necessário que o juiz, mais que nunca, exerça severa fiscalização para que a instrução probatória não se transforme num verdadeiro processo de conhecimento prévio, fazendo com que a prova a ser produzida se volte, precipuamente, para uma das causas que possam conduzir à absolvição sumária (art. 397), não enveredando para questões outras que deverão ficar reservadas para o juízo de mérito.

Neste momento procedimental incumbe ao réu demonstrar, em sua defesa, a existência de *manifesta* causa excludente da ilicitude do fato, de *manifesta* causa que exclua a sua culpabilidade, ou, ainda, uma causa de extinção da punibilidade. Em relação às duas primeiras a prova deverá ser *manifesta*, *inequívoca*, não passível de dúvida. Em caso contrário, a matéria deverá ficar reservada para o juízo de mérito que se seguirá. Já no que tange à extinção da punibilidade, a prova será documental, oral ou, ainda, restará evidenciada nos próprios autos, dependendo da causa invocada.

A lei deveria ter limitado o número de testemunhas. Como não o fez, cabe ao juiz, provendo à regularidade do processo (art. 259 do CPP) indeferir qualquer providência protelatória, até porque a absolvição sumária só se dará quando *manifesta* e *indiscutível* a prova dos autos, dado que faz com que não haja necessidade de instrução probatória extensa.

A lei usou, nesta fase, a palavra *citação* (arts. 396 e 396-A, § 2º), o que demonstra que a relação processual estará instaurada com o oferecimento da denúncia ou da queixa.

Aliás, não poderia haver absolvição sumária sem a citação do acusado (não-indiciado, que não responde a qualquer ação penal), como o afirma o art. 397, gerando efeitos definitivos para o processo, pois, uma vez trânsita a absolvição, o processo não mais poderá ser reaberto pelo mesmo fato. Antes, o que poderia ocorrer seria a mera rejeição da denúncia (art. 395) em relação ao indiciado, despacho, como sabido, provisório e que pode ser revisto a todo tempo, desde que

surja fato novo (Súmula 524 do STF), caso ela envolva apenas suporte probatório.

É preciso, também, que o fato narrado, *evidentemente,* não constitua crime. Na dúvida, torna-se incabível a absolvição liminar.

Da sentença de absolvição sumária cabe recurso de apelação (art. 593, I do CPP) pois em jogo decisão de mérito. Quanta celeridade!

12. Recebida a denúncia ou a queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399). Nessa fase há mera *intimação* do réu, pois ele já foi citado quando do juízo de acusação, ficando, assim, vinculado à instância.

Não adotou o legislador o critério que presidia o rito dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos nos crimes afiançáveis, em que havia, na fase inicial, a notificação do acusado para resposta (art. 514) e a citação posterior caso a denúncia ou a queixa viesse a ser recebida (art. 517). Aliás, no regime do Código de 41, bastava a resposta do defensor nomeado, caso não fosse conhecida a residência do acusado ou ainda se este se achasse fora da jurisdição do juiz (art. 514, parágrafo único). Agora, exige-se a *citação* por edital do réu, sem maiores especificações, ou seja, desde que ele esteja em lugar incerto e não sabido (art. 396, parágrafo único). Não fixou a lei prazo para o edital, devendo, em consequência, o lapso temporal ser regulado no máximo (art. 361 do CPP)

13. Outra novidade consiste na adoção do princípio da identidade física do juiz em nossa legislação processual penal (art. 399, § 2º). Não me parece uma medida adequada em razão do que estabelecem os arts. 400 e 533, em que se pretende que toda a prova seja colhida em única assentada. Ora, quem milita no foro criminal sabe muito bem que isso dificilmente poderá ser realizado. No processo civil, ao contrário do que se dá no penal, a incidência da prova oral é muito menor. Na prova penal, em regra, deve-se ouvir o ofendido ("sempre que possível", diz a lei no art. 201), inquirir, em média, três testemunhas e interrogar o réu. Isto em procedimento simples, em que só haja um ofendido e um acusado. A concentração da prova oral só irá tumultuar ainda mais a pauta das audiências (art. 400, § 1º).

Observe-se, ainda, que a lei estabeleceu uma ordem rígida para as diversas declarações: o ofendido presta declarações em primeiro lugar, após dá-se a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa e, por fim, ocorre o interrogatório do acusado, *"nesta ordem"*, enfatiza a lei, de forma peremptória (art. 400). Suponha-se, por exemplo, que o ofendido não compareça. Basta isso para a audiência ser adiada, pois o Código não admite inversão da ordem legal.

Tecnicamente, pode-se afirmar que a ordem de declarações que a lei estabelece é a mais correta, porém, deveria dar-se maior flexibilidade ao juiz para alterá-la, desde que, no caso, não houvesse prejuízo *concreto* para a acusação ou para a defesa. Aliás, anteriormente, a jurisprudência já admitia que a inversão da ordem na inquirição das testemunhas não acarretava nulidade para o processo desde que não houvesse prejuízo para parte (art. 563 c/c 566 do CPP). Agora, com a expressa determinação da lei, *"nesta ordem",* pode-se afirmar (sem ser profeta) que tais exigências, para que sejam atendidas (não se muda a realidade por força de lei), irão acarretar adiamento de audiências. Tem mais: a análise que aqui se fez partiu de um processo simples em que não haja requerimento para esclarecimento do perito, acareações e quejandos, contando com um só ofendido, com duas ou três testemunhas, em média, e com um acusado, tudo ocorrendo em um processo sem maiores incidentes.

Outra anotação estranha constante do art. 400 e aplicável ao art. 533 diz respeito ao reconhecimento de pessoas e coisas, que, antes, não se realizava em juízo por absoluta impossibilidade material da sua efetivação (arts. 226 a 228 do CPP). Na instrução criminal o que ocorria era o reconhecimento por mera indicação no depoimento da testemunha ou do ofendido. Agora, no entanto, pelo que indica o art. 400 do CPP, haverá aplicação das regras dos arts. 226 a 228 do CPP? Como? Interrompe-se a audiência para a montagem das exigências a que alude o art. 226 do CPP?

Se assim for, sinto que qualquer audiência, de porte médio, vai levar um dia inteiro para ser realizada, pelo menos nos grandes centros, caso não seja remarcada. Ainda bem que o art. 226, II, da lei processual penal usa a expressão "se possível",

dando ao juiz a possibilidade de uma saída honrosa para não cumprir o Código. No fim de contas ad *impossibilia nemo tenetur*.

Não me refiro aqui, evidentemente, às audiências de grande porte, contando com grande número de acusados, de ofendidos e de testemunhas, típicas dos grandes escândalos financeiros, na atualidade numerosos e até rotineiros, onde, evidentemente, haverá necessidade do desdobramento dos atos processuais, prorrogando-se, em dias diversos, guardada, sempre, a identidade física do juiz e a ordem rígida estabelecida na lei para as diversas declarações. Basta que um ofendido não compareça para que a colheita da prova oral não possa prosseguir (art. 400). Dessa maneira, a regra do art. 400, § 1º do CPP, ao estabelecer que as provas serão produzidas "numa só audiência" nem sempre (ou quase nunca) poderá ser cumprida por afrontar a realidade, salvo nos casos mais simples, desde que se observe a ordem rigorosa estabelecida na lei e que não haja incidentes, tais como acareações, diligências, esclarecimentos de peritos etc...

Ressalte-se, ainda, que os processos volumosos nem sempre se referem aos crimes do colarinho branco[5]. Há vários feitos contando com muitos volumes, diversos réus, inúmeras testemunhas e vários ofendidos, envolvendo quadrilhas, roubos e sequestros praticados pela bandidagem rústica das ruas, dos morros e favelas, que , igualmente, enfrentarão as mesmas dificuldades para o atendimento da lei.

Antevejo, assim, sérias dificuldades para o andamento dos processos nas varas criminais. Oxalá esteja errado!

14. Produzidas as provas (instrução probatória), ao final da audiência, caso não haja necessidade de que ela seja convertida em diligência, segue-se a fase de alegações finais orais (instrução postulatória). O art.

---

[5] Denominação usada por Sutherland (Edwin H.) na sua obra "White-Collar Criminality". A mesma expressão é adotada por Pimentel (Manoel Pedro) no seu estudo "Crime do Colarinho Branco", publicado in Justitia, nº 81, pp. 214/224. Consulte-se, ainda, meu livro "Temas de Processo Penal", 2ª edição, 2000, pp. 41 e seguintes, quando examinei a matéria, ressaltando o valor da prova indiciária para a comprovação de tais infrações penais.

402 previu que o Ministério Público, o querelante, o assistente e o acusado possam, antes de abordar o mérito, requerer diligências, desde que *necessárias* (isto é, aquelas que possam influir na decisão da causa) em razão de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Não se referiu ao juiz; porém, em complemento, o art. 404 alude à diligência ("considerada imprescindível") ordenada de *ofício* ou a requerimento da parte, para que a audiência seja concluída sem alegações finais. Por sinal, ainda que a lei não se referisse ao magistrado, é óbvio que ele poderia determinar qualquer diligência necessária, em função do sistema do livre convencimento.

Caso não haja diligências determinadas pelo juiz nem requeridas pelas partes (ou, no caso destas, ocorrendo o indeferimento), chega-se à fase de alegações finais orais por 20 (vinte) minutos para as partes, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo, o juiz, em seguimento, a sentença.

O art. 403, § 1º estabelece que, havendo mais de um acusado, o tempo previsto 11para a defesa de cada um será individual. A providência é absolutamente correta e técnica, indo ao encontro da garantia da ampla defesa (art. 5º, LV da CF). No entanto, mais uma vez, a balança pendeu, sensivelmente, em favor da defesa, pois, em tal caso, na pior hipótese, deveria ter sido concedido ao Ministério Público o prazo em dobro para que o *Parquet* pudesse enfrentar as diversas defesas individuais (40 minutos, prorrogáveis por mais 20 minutos), ou seja, uma hora.

Quando se fala em contraditório homogêneo deve-se entender que a paridade de armas deve ser exercida na sua totalidade ou pelo menos de forma aproximada de maneira que a acusação, apesar do princípio do *favor rei,* não se veja enfraquecida. Nesse passo, não basta que, tecnicamente, ela seja do mesmo nível; impõe-se, também, que o contraditório se faça de equilibrado, dando a ambas as partes a oportunidade de um exercício adequado do seu múnus. Tal como está na lei, os "processos volumosos", que envolvem inúmeros réus, deixarão o Ministério Público em situação de nítida inferioridade. O contraditório, no meu entendimento, tem mão dupla (art. 5º, LV da CF).

Note-se o cuidado que o legislador teve em resguardar, sempre, a defesa, qual se colhe da leitura do parágrafo segundo do art. 402, providência, sem dúvida,

elogiável, pois, quando houver assistente do Ministério Público, que gozará de 10 (dez) minutos para a sua fala, após a do *Parquet,* prorroga-se, por igual período, o tempo de manifestação da defesa.

Por quê, então, dois pesos e duas medidas?

Observe-se que a lei não previu a ocorrência da hipótese cogitada no art. 29 do CPP, caso em que não se estabeleceu prazo para as falas do querelante e do Ministério Público, uma vez que este deve "intervir em todos os termos do processo". Caberá, em tal caso, ao juiz distribuir o tempo de atuação da acusação entre o querelante e o *Parquet*, valendo o registro de que o Ministério Público, interessado na decisão justa, nem sempre estará, em seu pronunciamento, quanto ao mérito ou em relação a uma questão processual, identificado com o do acusador particular. É um aspecto que o juiz deve atentar quando da divisão de tempo de cada fala.

15. Na verdade, manda o bom senso que o juiz, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceda às partes o prazo de 5 (cinco) dias, sucessivamente, para apresentação de memoriais. É a salutar providência prevista no art. 403, § 3º. Nesse caso, a seguir, terá o magistrado o prazo de 10 (dez) dias para prolatar a sentença.

Em ocorrendo a realização de diligência imprescindível, determinada de ofício ou a requerimento da parte, como a audiência foi concluída sem a apresentação de alegações finais, uma vez ultimada a diligência ordenada, não se reabre a audiência, cabendo às partes apresentar memoriais, no prazo estabelecido na lei, seguindo-se a sentença (art. 404, parágrafo único).

A diligência a ser realizada deve ser, como diz a lei, "imprescindível" para o esclarecimento da verdade processual. Em caso contrário, não se justifica a providência.

Portanto em 2 (duas) hipóteses, uma facultativa e outra obrigatória, justifica-se a apresentação de memoriais:

a) quando o caso reveste-se de complexidade ou quando o número de acusados recomendar a medida;

b) quando a audiência for concluída sem a realização de alegações finais em razão da necessidade de realização de diligência considerada imprescindível.

No primeiro caso (letra "a"), o juiz terá a faculdade de conceder às partes a apresentação de memoriais. No entanto, como já registramos, manda a boa razão que assim proceda.

No segundo (letra "b"), não se renova a audiência, devendo as razões finais ser apresentadas, obrigatoriamente, através de memoriais.

16. O art. 405 trata da documentação do desdobramento dos atos processuais ocorridos em audiência, "em breve resumo dos fatos relevantes". O termo respectivo será assinado pelo juiz e pelas partes.

Já o parágrafo primeiro apresenta certas peculiaridades que merecem análise. Ali se diz que "sempre que possível" (art. 405, parágrafo primeiro) far-se-á o registro, objetivando obter maior fidelidade das informações, dos depoimentos dos diversos sujeitos da prova oral. Afirma-se que tal registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual.

Obrou com acerto o legislador ao usar a expressão "sempre que possível", pois a realidade brasileira é bastante heterogênea, havendo lugares em que aqueles meios, de grande fidelidade para informações, não possam, por falta de recursos materiais e humanos, encontrar aplicação. Aliás, nem mesmo nos grandes centros pode-se ter certeza se e quando poderão ser implementados.

Há uma anotação curiosa do aludido parágrafo primeiro quando ele faz referência ao investigado, figura processual até então estranha ao nosso direito instrumental penal. Refere-se, também, ao indiciado (pessoa que responde a um inquérito policial). Quanto ao indiciado, evidentemente, gozará ele do direito ao silêncio, devendo, no entanto, constar afirmação sua de que não pretende prestar declarações.

Ao referir-se somente ao investigado e ao indiciado, omitindo-se quanto ao acusado (ou réu), o legislador dá a entender que somente pretende o uso daquelas tecnologias na fase pré-processual. É de ver, porém, que o parágrafo primeiro subordina-se ao art. 405, que está voltado para a audiência, parecendo-me, assim, que o uso de toda técnica a que se refere o parágrafo deve ser aplicado, também, e com maior razão, na fase judicial.

Assim, quando da audiência, além do registro a que se refere a cabeça do art. 405, "sempre que possível", deverá ser aplicada, conforme o caso, uma das técnicas cogitadas nos parágrafos primeiro e segundo.

Fica-me a dúvida: quem será o investigado, já que a lei não usa palavras em vão? Penso que o investigado será a pessoa que ainda não chegou a ser indiciado no procedimento respectivo. Trata-se de mera suposição. O investigado, a fortiori, igualmente não estará obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas.

17. O processo sumário segue, servatis servandis, critérios assemelhados ao do procedimento ordinário (art. 531 c/c 400).

A audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias. No processo ordinário, o prazo para a realização daquela audiência é 60 (sessenta) dias. A ordem da colheita da prova oral no procedimento sumário é a mesma do processo comum ordinário: ofendido (I), testemunhas arroladas pela acusação (II) e, após, as da defesa (III), esclarecimentos eventuais do perito, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas (IV), deixando-se, para o fim, o interrogatório do acusado (V). "Nesta ordem", diz a lei. Abre-se a ressalva para o caso de expedição de carta precatória (art. 222 do CPP). É certo que o aludido dispositivo (art. 222) faz referência somente à testemunha. Porém, quero crer, aplica-se, por analogia, também ao ofendido. Vale a anotação, quer para o processo ordinário, quer para o processo sumário, até porque a expedição de precatória não suspende a instrução criminal (art. 222, parágrafo primeiro), não impedindo o julgamento (art. 222, § 2º). No entanto, uma vez devolvida a precatória, será juntada aos autos.

As diferenças entre os dois ritos reside no prazo de sua realização (60 dias para o ordinário e 30 para o sumário), bem como quanto ao número de testemunhas (8 para cada parte no ordinário e 05, também para cada parte, no sumário — art. 533).

A exigência no sentido de que as provas sejam produzidas em uma só audiência (art. 533 c/c art. 400, parágrafos 1º e 2º) parece-me distante da realidade. Já tivemos a ocasião de analisar a questão, quando do exame do rito ordinário (13 a 16, supra).

Há uma regra, no mínimo estranha, contida no art. 400, § 2º, segundo a qual os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes. Trata-se de dispositivo que agride o sistema do livre convencimento e o princípio da verdade processual, pois nada impede que o juiz, de ofício, determine a providência, caso venha entender necessária a medida, haja ou não requerimento prévio da parte. Demais disso, na atualidade, haverá um só perito oficial, não mais ocorrendo a atuação de dois peritos, como previa a art. 159 do CPP.

Haverá possibilidade da apresentação de memoriais no processo sumário?

A lei não cogitou do emprego de memoriais, ao contrário do que ocorre no rito ordinário (art. 403, § 3º).

Com efeito, ao ocupar-se do procedimento sumário (arts. 531 a 536) não cuida daquela providência. No particular, ao regular a audiência (art. 534), deixa claro que "as alegações finais serão orais".

A lei não cogitou do emprego de memoriais, ao contrário do que ocorre no rito ordinário (art. 403, § 3º).

Com efeito, ao ocupar-se do procedimento sumário (arts. 531 a 536) não cuida daquela providência. No particular, ao regular a audiência (art. 534), deixa claro que "as alegações finais serão orais".

O legislador, quero crer, partiu do princípio segundo o qual as infrações penais sujeitas ao rito sumário, por serem de menor gravidade (art. 394, § 1º, II), não ensejariam o emprego de memoriais. Porém, segundo entendo, pode ocorrer que o caso apresente complexidade ou, ainda, número excessivo de acusados. Penso

que, em tal hipótese, o juiz poderá aplicar, subsidiariamente, as disposições do rito ordinário (art. 394, III, § 5º), admitindo a apresentação de memoriais (instrução postulatória), pois a complexidade do caso e/ou o número de acusados não guardam, necessariamente, relação com a pena, nem com a gravidade do fato.

O art. 533 manda aplicar ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400, no sentido de que as provas serão produzidas numa só audiência, devendo o juiz indeferir as consideradas, irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Quanto à questão dos peritos (art. 400, § 2º) já tivemos a ocasião de analisar linhas acima (17, supra). No que se refere às provas orais, todas a serem realizadas em uma só audiência, igualmente, já demonstramos nossa apreensão (13, supra).

Resta de pé a crítica já apresentada quando do exame do procedimento ordinário (14, supra), pois, aqui também, no rito sumário, não se cogitou de aumentar o tempo da sustentação oral da acusação, sempre que houver mais de um réu, referindo-se a lei, apenas, ao imputado (art. 534, § 1º). Dever-se-ia, na hipótese, dobrar o tempo das alegações finais orais da acusação para que se obedecesse o princípio da igualdade das partes, estabelecendo-se um melhor equilíbrio com o princípio do favor *libertatis*.

18. Prevê o art. 538 que, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário. Portanto, ainda que o fato verse a respeito de crime sujeito ao rito ordinário (o que não é provável mas que, em tese, pode ocorrer), adota-se o procedimento sumário. Trata-se de regra estranha e dispensável, pois, em boa técnica, o juizado especial deveria remeter o processo para o juízo comum cabível, adotando-se, conforme o caso, o rito ordinário ou sumário.

19. Que se pode dizer, no conjunto, das reformas introduzidas em nosso processo penal através da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008?

Há medidas boas que foram objeto de análise no decorrer do presente estudo. No entanto, se a finalidade da lei foi a de tornar célere o processo e o julgamento dos feitos criminais, parece-me que a emenda saiu pior que o soneto (10, supra). Basta o registro de que se criou uma fase preliminar (arts. 396 e 397) que denominei

como sendo de um verdadeiro *"judicium accusationis"*, ensejando resposta do acusado e ampla dilação probatória (art. 396-A), que, segundo assinalado (11, supra), deverão sofrer rigorosa fiscalização do juiz para que não se prestem à alicantina e à má-fé, transformando-a num outro processo de conhecimento.

Outro sonho de uma noite de verão do legislador foi o de pretender que todas as provas sejam produzidas numa só audiência, concluindo-se tudo, inclusive os debates, em única assentada. No momento oportuno, destaquei, que, dificilmente, a lei encontrará aplicação, por afastar-se da realidade, pelo menos a dos grandes centros (13, supra).

Cumpre ressaltar, por fim, que o processo já tem início com a citação do réu (art. 396 c/c 363 do CPP) na fase do juízo de acusação, interrompendo-se a prescrição a partir do recebimento da denúncia ou da queixa (art. 117, I do CP). Caso venha a ocorrer o julgamento antecipado da lide, nas hipóteses *taxativamente* previstas no art. 397, uma vez trânsita a sentença, não terá início a fase processual relativa ao julgamento de mérito.

Por fim, pode-se notar o sensível prejuízo da acusação, não somente pelos fatos já destacados no decorrer do presente trabalho, como também, no particular, na fase final de julgamento, quando dos debates, quer no processo ordinário, quer no sumário, sempre que, na ação penal, houver mais de um acusado (14, supra).

20. As modificações trazidas pela nova lei somente propiciam vantagens para a defesa, ao retardar sensivelmente o andamento dos processos, frustrando as expectativas sociais, ao lado de contribuírem para o aumento da violência, ao deixar a sociedade, cada vez mais, ao desamparo.

Dezembro de 2008.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a restrição de direitos como tutela penal e o devido processo legal

Edimar Carmo da Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Especialista em Sistema de Justiça Criminal (UFSC), Mestrando em Ciências Criminais (PUCRS).

SUMÁRIO: Introdução. 1 Direitos fundamentais: noções. 2 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais. 3 Restrições constitucionais de direitos fundamentais. 4 O devido processo legal na restrição de direitos. 4.1 A inobservância do devido processo legal material na restrição de direitos. 4.2 A inobservância do devido processo legal processual na restrição de direitos. Considerações finais. Referências.

Introdução

A dogmática constitucional tem dispensado maior atenção acerca do tema eficácia e necessidade de tutela aos direitos fundamentais. A partir dessa leitura, pretende-se, brevemente, verificar o alcance da dimensão objetiva desses direitos e a relação conflituosa na hipótese de restrição e a observância do devido processo legal.

Desde a superação do Estado de Direito clássico a doutrina constitucional tem traçado contornos de legitimação e maior eficácia aos direitos fundamentais, seja enquanto direitos individuais, sociais, coletivos e difusos. No que interessa ao escrito, destaca-se a mudança de foco do mero direito de defesa para uma exigência de postura positiva do Estado como incremento do dever de tutela aos direitos fundamentais.

Nesse sentido vinga a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Consubstancia-se no (re)direcionamento das ações estatais para incremento dos deveres de tutela dos direitos fundamentais, exigindo eficientes ações positivas

dos poderes públicos de modo a resguardar os direitos fundamentais no plano vertical (contra atos dos poderes públicos) e no plano horizontal (contra atos de particulares). A tanto, o poder público estará legitimado, inclusive, a regulamentar.

Nesse sentido vinga a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Consubstancia-se no (re)direcionamento das ações estatais para incremento dos deveres de tutela dos direitos fundamentais, exigindo eficientes ações positivas dos poderes públicos de modo a resguardar os direitos fundamentais no plano vertical (contra atos dos poderes públicos) e no plano horizontal (contra atos de particulares). A tanto, o poder público estará legitimado, inclusive, a regulamentar os mandamentos constitucionais expressos ou implícitos de penalização como incremento de proteção aos direitos fundamentais e, nessa medida, incriminando abstratamente possíveis ofensas concretas aos bens jurídicos a eles correlatos.

Como se tentará deixar claro, a intervenção do direito penal, como dos demais instrumentos de tutela dos direitos fundamentais, pode culminar na restrição de certos direitos fundamentais, cuja legitimidade estará satisfeita somente quando atendidos os ditames do devido processo legal.

1 Direitos Fundamentais: noções

O presente ensaio toma por distinta a compreensão entre os direitos do homem (ou direitos humanos) e os direitos fundamentais. Porquanto essa distinção possa aparentar de somenos importância, na verdade não o é. Assim se compreende ante a necessidade de estabelecer parâmetros de vigência e eficácia do direito, vinculando-o ao mundo jurídico no qual inserido e nas relações com outros direitos da mesma dignidade. Autorizada literatura pontua que os direitos do homem são aqueles que guardam relação com os documentos pertinentes ao direito internacional, enquanto que os direitos fundamentais são os "direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo"[1].

Apesar da referência a "direito constitucional positivo", não se está a sustentar que os direitos fundamentais sejam tão-somente aqueles expressamente

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 6. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35-36.

contemplados no rol dos direitos e garantias individuais de algum texto constitucional. No modelo brasileiro, exemplificando, não se esgotam no artigo 5º da atual Constituição Federal, senão também possam estar positivados em outras partes do texto constitucional ou em tratados internacionais que contemplem direitos dessa natureza[2].

Para avanço do tema, afigura-se oportuna a tentativa de colocar em destaque algumas notas introdutórias de caráter geral considerada a universalidade do tema e a efetiva mudança percebida no mundo ocidental a partir do Século XVIII.

Sem pretensão de alcançar um marco preciso acerca da origem dos direitos fundamentais, consoante autorizada literatura as progressivas recepções de direitos, liberdades e deveres individuais podem ser consideradas como seus antecedentes, as quais culminaram nas primeiras declarações surgidas no final do século XVIII. São essas as bases dos atuais direitos fundamentais. Muitos desses direitos, mesmo de bases naturais, como o direito de igualdade perante Deus (preconizado pelos cristãos), às cartas de franquia e os forais dos reis portugueses e espanhóis a alguns direitos contemplados na "Magna Charta" inglesa de 1215, servem de informadores dos direitos fundamentais, cujo aprofundamento se remete às lições de Sarlet[3].

Nessa direção, merece registro que os direitos fundamentais são, de fato, produto do Estado de Direito. Somente com dificuldades é possível sustentar a origem desses direitos fora da modernidade, obra marcante da racionalidade humana do final do século XVIII e da origem das Constituições.

A partir dessa idéia, destaca-se, em um primeiro momento, a Declaração da Virgínia - "The Virginia Declaration of Rigths" de 1776 - que objetivou a independência do governo inglês. Segundo a lente de Grimm, esse solene documento elaborado ao "bom povo" da Virgínia elencava diversos direitos, destacando-se, dentre outros, a conclamação dos direitos de igualdade e de liberdade como direitos naturais daquele povo. De outro, emerge a Revolução Francesa, em 1789, visando à derrubada do governo monárquico - caracterizado

---

2 SARLET, op. cit., p. 92-96.

3 SARLET, op. cit., p. 43-53.

pelo feudalismo e pelo paternalismo -, "substituindo-o por uma nova ordem legal baseada nos princípios da liberdade individual e igualdade"[4], apregoando um rol de direitos com relativo caráter de universalidade, referindo aos direitos do homem e do cidadão.

Para Sarlet, ainda seja difícil apontar a "paternidade" dos direitos fundamentais ou a "aspiração universal e abstrata da Declaração francesa dos direitos nela reconhecidos", em paralelo ao "maior pragmatismo das Declarações americanas", é consenso que o "sentido revolucionário da Declaração de 1789 radica na fundamentação de uma nova Constituição, no processo constitucional norte-americano este sentido revolucionário das declarações de direitos radica na independência"[5]. Essa é a confirmação da Declaração da Virgínia como marco dos direitos fundamentais, eis que voltada para o plano interno e sem a nota da generalidade da Declaração de Direitos francesa, fonte de inspiração da Declaração dos Direitos do Homem, de 1948.

2 A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais

Antes de iniciar a investigação acerca da dimensão objetiva, cumpre assentar um rápido apontamento acerca do que a doutrina convencionou de dimensão subjetiva do direito fundamental, vez que antecedente daquela e que será mais vagarmente explorada.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais decorre da primeira vertente dos direitos invocados na modernidade, por meio da qual se conclamava a abstenção do Estado em intervir no exercício da liberdade e da igualdade públicas conferido ao indivíduo: "direito de defesa"[6]. Vale frisar, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais decorrentes, em especial, do modelo de Estado liberal, cumpre uma exclusiva função: de proibir ingerências do Estado na esfera jurídica individual,

---

[4] RIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 149-152.

[5] SARLET, loc. cit., p. 51-53.

[6] DIMOULIS, Dimitri. Elementos e Problemas da Dogmática dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Jurisdição e Direitos Fundamentais. Anuário 2004/2005 – vol. 1, tomo II – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 74.

exigindo "omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos"[7]. No dizer de Zagrebelsky,

> La creación de los derechos determinaba el limite entre el poder del Estado y la liberdad de los particulares y, según los princípios del Estado de derecho, como se há visto, esta determinación era tarea de la ley. Los distintos derechos se reducían así, 'a uma aplicación caso por caso de aquel gereral principio formal según el cual los órganos de la administración, de acuerdo con la idea de Estado de derecho, sólo podían intervenir em la liberdad y en la propriedad de los particulares sobre la base y dentro de los limites estabelecidos por la ley'[8].

Registrando que o tratamento das dimensões ou efeitos dos direitos fundamentais não é tão simples quando parece, convém esclarecer que a referência a direito subjetivo, conforme acima referido e tentado deixar claro (*em simetria ao status negativo*, segundo a teoria dos *status* de Jellinek)[9], não se confunde com direito a prestação (que se aproxima do *status positivo*, do referido autor), vez que esse último está exatamente em posição contrária ao direito subjetivo clássico. O direito a prestação busca uma ação positiva do Estado de modo a implementar algo em prol do cidadão.

Feita essa rápida referência à dimensão negativa do Estado, no que mais interessa ao presente escrito é exatamente a dimensão oposta à exigência de abstenção do Estado frente ao indivíduo.

Produz eco, na atual dogmática constitucional, a dimensão objetiva (ou positiva) dos direitos fundamentais. Essa dimensão não se contenta com a exigência de respeito a esses direitos. Para além, exige do Estado a necessária proteção da ameaça dos atos estatais (verticalidade), como ainda de possível ameaça de lesão proveniente de terceiros, em especial de (e entre) atos de particulares[10] (horizontalidade).

---

7 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 408.

8 ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Trad. Marina Gascón, 5. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 48.

9 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed.. alemã "Theorie der Grundrechte". São Paulo: Malheiros, 2008. p. 254-269.

10 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 249.

Desse modo, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais acentua o dever de proteção aos mencionados direitos, o que autorizada literatura nomina de "imperativo de tutela"[11]. Daí advém a máxima da proporcionalidade a sopesar o grau do dever de tutela estatal suficiente para cada direito fundamental.

Essa é a prevalência e a melhor representação da eficácia dos direitos fundamentais que, agora, possui, dentre os vários instrumentos estatais, a intervenção penal como medida de proteção de bens jurídicos, dispondo de mandamentos constitucionais expressos ou implícitos de penalização para as hipóteses de ofensa a bens jurídicos correlatos aos direitos fundamentais.[12]

Na verdade, como apontado por Sarlet, para além da intervenção penal como medida de incremento da tutela de bens objetos dos direitos fundamentais, no plano da dogmática constitucional ganha força o que a doutrina alemã denomina de eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, afinados com o princípio da dignidade da pessoa humana, "fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional", ou propriamente dito para a "necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais", tal como o critério da interpretação conforme a Constituição, fazendo ruir a clássica concepção dicotômica entre o público e o privado, reafirmando a unidade do sistema jurídico.[13]

No ponto que mais interessa aos efeitos dessa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, especialmente na intervenção penal como instrumento de tutela de bens jurídicos, destaca a nova roupagem assumida pela Constituição como limite (formal e material) do direito penal e da política criminal. Para tanto, ao Estado é atribuído o dever de zelo geral de efetivação da tutela e da ampla proteção de bens jurídicos não somente em decorrência de atos estatais, sobretudo das agressões

---

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 207-244.

[12] FELDENS, Luciano. A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 223 p.

[13] SARLET, 2008, loc. cit., p. 214-216.

provenientes de particulares. Não por outra razão Sarlet, com segurança, considera que "um dos importantes meios pelos quais o poder público realiza o seu dever de proteção em relação a direitos fundamentais é justamente o da proteção jurídico-penal dos mesmos[14]".

Mostra-se oportuno, nesse momento, ressaltar um ponto que, para além de meramente conceitual, certamente evitará má compreensão do que se busca sustentar acerca da relação entre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a legítima intervenção do direito penal como instrumento de tutela desses direitos.

Quando se admite a intervenção do direito penal como incremento de tutela aos direitos fundamentais não se está a sustentar que essa intervenção se legitima a partir da "violação" de um direito fundamental. Na verdade, como bem tratado na moderna dogmática jurídico-penal, a intervenção do direito penal não se concretiza na violação do direito[15] enquanto posição jurídica abstrata, mas pela ofensa ao bem jurídico (vida, saúde, integridade física, patrimônio público ou privado, meio ambiente etc.) tutelado pela norma fundante do direito. Nesse sentido foi o estudo de Birnbaum, em 1834, quando, por certo, além de contestar a abstração teórica que concebia o crime como violação de direitos subjetivos, propugnou que "os comportamentos delitivos não afetavam direitos senão bens; o objeto jurídico da tutela jurídico-penal corresponderia, portanto, à ofensa de um bem e não à violação do direito subjetivo de outrem"[16].

Ocorrendo, pois, algum fato ofensivo a bem jurídico-penal, ter-se-á legitimada a intervenção penal para, observado o devido processo legal, possibilitar a restrição de direitos fundamentais com aplicação da pena privativa de liberdade ou da pena restritiva de direitos previstas em lei.

---

14 SARLET, 2008, loc. cit., p. 220.

15 D'ÁVILA, Fábio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Coord.). Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 76.

16 SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 49.

3 Restrições Constitucionais de Direitos Fundamentais

A Assembléia Nacional francesa, na "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789", além de retratar uma manifestação de rompimento com um regime totalitário, tornou explícita a possibilidade de restrição de certos direitos então concebidos como fundamentais, tais como a liberdade e a propriedade. Mencione-se o disposto no artigo 4 da mencionada Declaração:

> A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o outro: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão naqueles que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites não podem ser determinados senão por lei.[17]

Faz-se o registro dessa importante opção para enfatizar que, mesmo com a nota fundamental, nenhum direito foi concebido como absoluto ou ilimitado, mas sim passível de restrição.

Falar de restrição de direito fundamental equivale a compreender o alcance ou propriamente o limite do âmbito de proteção do direito que se tem em conta[18]. Essa noção de limite traz em si a compreensão de que restrição não se confunde com violação, eliminação ou aniquilamento de algum dos direitos em colisão.

Apenas para registro, dada a limitação do presente escrito, a dogmática constitucional informa duas teorias que versam sobre a restrição de direitos fundamentais. Elas vingam a partir da concepção estanque, ou da relação, entre o direito e a sua restrição. Concebendo como situações distintas - direito e restrição -, ter-se-á como admitir, num primeiro momento, a existência do direito não restringido; em segundo momento, após ocorrência de alguma restrição, o direito restringido. Essa é a teoria externa que, segundo Alexy, dela decorre a negação de uma relação necessária entre o direito e a restrição, podendo essa última hipótese

---

17 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, tradução nossa. "Article 4 – La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la societé la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi". Disponível em: <http://www.textes.justice.gouv.fr>. Acesso em: 08 set. 2008.

18 CANOTILHO, loc. cit., p. 410.

ocorrer quando uma situação externa reclamar a conciliação entre dois ou mais direitos. De outro modo, ainda segundo Alexy, é possível ter "o direito com um conteúdo determinado" e não as duas situações - direito e sua restrição -, vale dizer, "o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite". Está a falar da teoria interna, pela qual quando se fala da restrição de direito, na verdade, está-se a falar dos limites do direito.[19]

Conforme sinalizado, a colisão entre dois direitos fundamentais não implica o aniquilamento de algum deles. Daí, adequado admitir que o direito fundamental possua um conteúdo essencial intangível. A natureza dos princípios não os submete ao jogo do vale tudo - próprio das regras - e não se coaduna com o caráter absoluto de um sobre o outro. Nesse campo a doutrina trata do valor de proteção de cada princípio por duas teorias: a teoria absoluta e a teoria relativa. Para a primeira (absoluta), o princípio "possui no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível"; a segunda (relativa), vê no núcleo essencial o resultado do "processo de ponderação de bens"[20].

Pondere-se, contudo, que essas teorias não são únicas ou dotadas de caráter universal no trato do conteúdo dos direitos fundamentais, eis que contraditadas pela existência da pena de morte em Estados de Direito. Não por outro motivo Bernal Pulido formulou, dentre outras, a seguinte indagação: "Quais medidas de proteção penal são suficientes para proteger o núcleo do direito à vida?". A partir daí expõe a lição de Lübbe Wolff, nominada de "conteúdo prefigurado dos direitos fundamentais", segundo a qual os direitos fundamentais têm um só conteúdo prefigurado pela Constituição, o qual o legislador não pode restringir. Bernal Pulido reconhece, porém, a insuficiência da proposta de Lübbe Wolff por rejeitar os direitos fundamentais como princípios.[21]

---

19 ALEXY, loc. cit., p. 277-278.

20 CANOTILHO, loc. cit., p. 459; ALEXY, loc. cit., p. 297-298.

21 BERNAL PULIDO, Carlos. O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord..). A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 818-820.

De toda sorte, de teoria a teoria prevalece a compreensão do núcleo essencial de cada princípio, na hipótese de colisão, como intangível. Nesse sentido é a posição de Vieira de Andrade que tem no núcleo essencial do direito fundamental a expressão da dignidade da pessoa humana,[22] embora não acolhida por parte da doutrina.[23]

Prosseguindo, afigura-se possível conceber algumas modalidades de restrições de direitos fundamentais levando em consideração a sede autorizativa da restrição. Assim, ter-se-á a restrição de algum direito fundamental pelo próprio texto constitucional ou em virtude da própria Constituição. Nesse sentido, há (1) restrições diretamente constitucionais quando autorizadas por normas de hierarquia constitucional; (2) restrições indiretamente constitucionais quando por normas infraconstitucionais, mas autorizadas por normas constitucionais;[24] (3) ou restrições não referidas expressamente na Constituição.[25]

Em simetria ao direito alemão (artigo 8, 1, da Lei Fundamental da RFA) indicado por Alexy,[26] há no modelo brasileiro, como exemplo de restrição diretamente constitucional, o direito de reunião (sem armas e sem frustrar outra reunião antes convocada para o mesmo local) previsto no inciso XVI do artigo 5. da atual Constituição Federal brasileira, eis que nesse caso a própria constituição estabelece o limite de intervenção no direito fundamental de reunião.

De outro ponto, as restrições indiretamente constitucionais ficam reservadas ao legislador (representante do povo) a possibilidade de, nos termos de lei específica, estabelecer os limites da intervenção no direito fundamental. Percebe-se que entre essas modalidades de restrição de direito fundamental há clara distinção. Na verdade, no plano constitucional dar-se-á a restrição constitucional de direito fundamental apenas na hipótese feita diretamente pela própria constituição, vez que na via indireta o que ocorre é a fixação de uma norma de competência

---

22 ANDRADE, loc. cit., p. 268-269.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 124.

24 ALEXY, loc. cit., p. 286.

25 CANOTILHO, loc. cit., p. 1276-1277.

26 ALEXY, loc. cit., p. 286-287.

autorizativa da restrição, não a restrição propriamente dita. No dizer de Alexy, a norma de competência apenas serve de fundamento para a possibilidade jurídica da restrição nela referida.[27]

A hipótese de restrição diretamente constitucional não deixa maiores questionamentos, vez que o âmbito de proteção ou o alcance da restrição é expressamente definido pela constituição, servindo de exemplo o já citado direito de reunião.

Ressaltando que nem toda reserva de lei significa a restrição do direito a que se refira, na restrição indireta o alcance da restrição fica vinculado à edição da respectiva lei restritiva. Como autorização constitucional, tome-se o exemplo a edição de lei que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal brasileira, quando prescreve a possibilidade de interceptação de comunicações telefônicas para fins de investigação ou instrução processual penal (Lei n. 9.296/96). Nessa modalidade a doutrina faz distinção entre reserva simples e qualificada. Na primeira hipótese - reserva simples - a competência para estabelecer a restrição é tão-somente assegurada pela Constituição, sem mais exigências, como ocorre na possibilidade da identificação criminal do civil identificado previsto no inciso LVIII do art. 5º da Constituição Federal brasileira. Na reserva qualificada o texto constitucional já impõe limitação ao conteúdo da restrição autorizada, como na hipótese da interceptação telefônica, acima referida, somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Como esclarecido por Vieira de Andrade, na reserva qualificada "o legislador só está autorizado a restringir o conteúdo dos direitos para essas *finalidades*"[28] expressas no texto constitucional.

No que respeita à restrição não expressamente autorizada no texto constitucional, afigura-se tal possibilidade na situação concreta que resulte na colisão entre direitos e princípios também com dignidade constitucional, assim considerado em face do princípio da unidade. Nesse caso, embora de escasso exemplo na doutrina, Canotilho registra a hipótese de a Constituição não estabelecer limites ao direito de greve, mas que o legislador salvaguarde outros direitos ou bens também constitucionalmente

---

27 ALEXY, loc. cit., p. 282.

28 ANDRADE, loc. cit., p. 303.

garantidos, prevendo exigência mínima de serviços em hospitais e nos serviços de segurança[29]. No modelo brasileiro serve de exemplo o conflito - concreto - entre o direito de liberdade de expressão com o direito à privacidade (incisos IX e X, ambos do art. 5. da atual Constituição Federal), daí podendo resultar na restrição de algum deles pelo Poder Judiciário. Registre-se, porém, que essa opção não fica imune a críticas por duas razões principais. A primeira, quando indaga acerca de uma possível "quebra da sistemática constitucional que decidiu (com ou sem razão) diferenciar entre direitos fundamentais com reserva e outros sem reserva legal"; a segunda no sentido de todos estarem submetidos ao regime legal cujo limite foi, inclusive, negado ao legislador. Dessas duas situações decorre um questionamento: a restrição por ato de lei possui a vantagem da "democraticidade"[30] do ato e da possibilidade de avaliação da constitucionalidade pelo Poder Judiciário; a restrição por ato/decisão do Poder Judiciário pode "cristalizar" um único entendimento em jurisprudência.

Apesar da referência à lei restritiva de direitos fundamentais, merece observar, na linha de Canotilho, que, na verdade, não é o ato legislativo que atinge o âmbito de proteção do direito, mas sim um ato judicial. Com propriedade, referido autor esclarece que a "lei restritiva" possibilita a "intervenção restritiva" por meio de ato jurídico que se concretiza sobre algum direito fundamental, como ocorre na hipótese da decisão judicial que decreta a prisão preventiva ou aplique pena e daí restringe a liberdade de alguém.[31]

4 O Devido Processo Legal na Restrição de Direitos Fundamentais

Do até aqui exposto, ressalta a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como dever de tutela dos direitos fundamentais, destacando-se, nos limites do presente escrito, a intervenção jurídico-penal como incremento de tutela dos mencionados direitos. Evidência desse incremento de tutela decorre dos mandamentos constitucionais expressos ou implícitos de penalização, cujo aprofundamento se remete ao profícuo trabalho de Feldens.[32] Exatamente nesta

---

29 CANOTILHO, loc. cit., p. 1277.
30 DIMOULIS, loc. cit., p. 89-90.
31 CANOTILHO, loc. cit., p. 1265.
FELDENS, loc. cit., 223 p.
32 FELDENS, loc. cit., 223 p.

sede ganha significativa expressão o princípio da proporcionalidade na proibição de excesso e na proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais.[33]

Também já visto que a intervenção penal ocorrerá quando verificada a ofensa de algum bem jurídico-penal amparado por algum dos mencionados mandamentos de penalização, seja por ato estatal ou por ato de particular. Referida penalização, no caso concreto, somente será legítima quando observado o devido processo legal em suas variadas dimensões.

A cláusula do devido processo está difundida em vários modelos do Estado de Direito Constitucional. No inciso LIV, artigo 5º, da atual Constituição Federal brasileira, impõe-se como um verdadeiro princípio a orientar que ninguém pode ser privado da liberdade e de seus bens sem que se obedeça às normas formalmente estabelecidas pelo poder competente.

Prescindindo de elaborar razões históricas acerca das origens do devido processo legal, mas dada a importância, pode-se consignar que está contemplada no documento maior acerca dos direitos do homem: precisamente na Declaração Universal de 1948, da Organização das Nações Unidas. Consta, respectivamente nos artigos 8 e 10 da referida Declaração Universal, que "Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei;" e que "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela".

Decorre, pois, do devido processo legal na seara penal e processual penal, a observância da legalidade estrita na incriminação, do exercício do contraditório, do direito de defesa, do juiz natural da causa, da vedação de tribunal de exceção, vedação da dupla incriminação, inadmissibilidade de prova ilícita, exigência de publicidade etc. Nessa direção, situam-se como efeitos jurídicos do devido processo

---

[33] FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 73-98.

legal as dimensões processual e material. A primeira prima pela observância das leis estabelecidas pelo poder competente; a segunda, pela proteção substantiva dos direitos fundamentais de modo suficiente a afastar os atos carregados de excesso, as ações arbitrárias e irrazoáveis.

Sempre que algum ato restritivo (intervenção restritiva) ou alguma norma restritiva (lei restritiva) de direito fundamental estiverem contaminados pela insuficiência de atenção ao devido processo legal, em qualquer uma dessas situações fatalmente deixará aberta a guarda para o manejo do instrumento jurídico adequado e suficiente a corrigir o ato maculado e/ou a lei autorizadora, seja ao fundamento da ilicitude, seja invocando a eiva máxima da inconstitucionalidade.

A proposta do presente ensaio não é de esgotar os diversos aspectos pertinentes ao devido processo legal, mas tão-somente elaborar um caminho razoavelmente seguro para compreender a necessidade de observância das suas dimensões formal e material, pertinentes na restrição de algum direito fundamental. Para tanto, e a título demonstrativo, seguirão alguns julgados que poderão, por si, ilustrar e externar a dimensão dos efeitos irradiados pela desatenção ao devido processo legal.

É certo que a restrição de algum direito fundamental, em maior ou menor proporção, atendidas as normas de competência fixadas constitucionalmente, não se esgota na seara penal. É corrente em diversas situações e em cada esfera do Direito (Cível ou Penal). Nesse sentido é o que parece demonstrar o alcance do devido processo legal contemplado na atual Constituição Federal brasileira (art. 5, inciso LIV), deixando em evidência que a privação da liberdade e de bens não fica circunscrita apenas na esfera penal - mencione-se a hipótese de prisão por dívida alimentícia, ínsita da esfera cível -, apesar de na esfera penal ter nítida preponderância.

No modelo constitucional brasileiro algumas possibilidades expressas e implícitas de restrições a direitos fundamentais estão elencadas em alguns incisos do artigo 5 da atual Constituição Federal, ressalvando que lá não se esgotam.

O mandamento constitucional de observância obrigatória do devido processo

legal constitui cláusula limitadora do poder dirigida não somente ao legislador ordinário, mas também aos atores do direito. O grau da inobservância de qualquer uma das dimensões (formal ou material) do devido processo produz, como se verá adiante, efeitos diversos, desde o aniquilamento do ato maculado à negativa total do procedimento.

4.1 A Inobservância do Devido Processo Legal Material na Restrição de Direitos

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7 DF o Supremo Tribunal Federal[34] colocou em destaque a anterioridade tributária como garantia individual do contribuinte, além, dentre outros fundamentos, da imunidade tributária recíproca como garantia da Federação. Nessa ação direta foram atacadas a Emenda Constitucional n. 3/93 e a Lei Complementar n. 77/93, pelas quais se procurou legitimar a cobrança de tributo no mesmo ano da instituição, além de não ressalvar a incidência tributária sobre pessoas jurídicas imunes, sobre as quais incorria a cláusula da imunidade tributária recíproca. Nesse julgado o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de expressar que os mencionados atos normativos atingiam cláusulas pétreas - incisos I e IV, § 4º, do artigo 60 da Constituição Federal -, reconhecendo a anterioridade tributária - prevista na alínea *b* do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal - como "garantia individual do contribuinte", além da imunidade tributária recíproca como cláusula assecuratória da forma federativa do Estado. Nesse julgamento o Supremo Tribunal Federal destacou a impossibilidade, seja pelo poder derivado, seja pelo legislador ordinário, impor "sacrifício desarrazoado" às garantias constitucionais mencionadas, ficando implícita a ofensa material ao devido processo legal.

Em outro julgado, sob o fundamento de flagrante violação do devido processo legal o Supremo Tribunal Federal,[35] no Recurso Extraordinário n. 413.327-BA, deu

---

[34] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n. 939-7 DF. IPMF. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento: 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2008.

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE n. 413.327-BA. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listaJurisprudencia.asp>. Acesso em 23 nov. 2008.

provimento ao recurso reconhecendo que "não foram observadas as formalidades necessárias para a garantia do sigilo da votação referente à cassação do mandato do recorrente".

O fato dizia respeito ter o recorrente, vereador e único opositor político do então prefeito, usado veículo de som divulgando texto segundo o qual o prefeito sustentou em palanque que o recorrente o procurou para se "vender por três mil reais (R$ 3.000,00)". Daí o recorrente foi denunciado perante a Câmara de Vereadores local por falta de decoro parlamentar. Na primeira sessão de votação o recorrente foi absolvido. Contudo, esse julgamento foi anulado sob a invocação de rasura em uma das cédulas de votação, rasura essa que, segundo o recorrente, não ficou provada. Procedeu-se, assim, a uma segunda votação. Nessa última votação houve distribuição de duas cédulas a cada vereador, uma contendo o dizer "SIM", outra o dizer "NÃO". Porém, houve apenas uma urna receptora dos votos, sem outra que recolhesse as cédulas não utilizadas, de modo a garantir o sigilo da votação, como ocorre no Tribunal do Júri. Mais. Esse método teria sido imposto pelo prefeito para assegurar a cassação do recorrente. Nesse julgado o Supremo Tribunal Federal reformou o acórdão atacado para decretar a anulação do julgamento da Câmara de Vereadores, reconduzindo o recorrente ao cargo de vereador.

Em outra oportunidade, no julgamento da Extradição n. 633-9 CH, o Supremo Tribunal Federal[36] indeferiu a extradição, requerida pela República Popular da China, de acusado da prática de estelionato. O indeferimento teve como fundamento não apenas pela desproporcional previsão da pena de morte ao delito, mas também pela imprecisão da tipificação penal, eis que considerada vaga e até indefinida, o que subverteria os princípios legalidade e da dupla incriminação. Ficou assentado, ainda, que o fato da pessoa estar na condição jurídica de extraditado não a torna incompatível com a essência da dignidade da pessoa como titular de direitos fundamentais, dentre os quais avulta o devido processo legal.

---

[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ext. 633/CH. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 28 de agosto de 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listaJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2008.

Por fim, significativo o julgamento do Superior Tribunal de Justiça,[37] no HC n. 76.686-PR, por meio do qual foi reconhecida a falta de razoabilidade na prorrogação, durante quase dois anos, de escutas telefônicas para subsidiar investigação criminal. Assim, deixou assente que a autorização de primeiro grau mostrou-se fora do razoável ao superar, inclusive, o limite estabelecido constitucionalmente para o estado de defesa.

4.2 Inobservância do Devido Processo Legal Processual na Restrição de Direitos

Para além dos atos abusivos e desarrazoados, tem-se por inadmissível o efeito de algum ato procedimental cuja prática não observou a formalidade prevista em lei como garantia individual e como consectário do devido processo.

No julgamento do HC n. 80.949-RJ o Supremo Tribunal Federal, analisou pretensa "confissão" obtida por meio de gravação em fita cassete de "conversa informal" de suspeito, em sede policial, desatendida a formalidade de reduzir a termo o mencionado ato, de assegurar direito ao silêncio, de assistência e comunicação a familiar ou advogado[38]. Nesse caso o Supremo Tribunal Federal considerou a peculiaridade de o paciente ter sido "detido" e "conduzido" à unidade policial sem existência de flagrante, oportunidade em que feita a oitiva informal e obtida a pretensa "confissão". Concedeu-se, em parte, a ordem, determinando o desentranhamento da fita cassete, da degravação de seu conteúdo e das declarações prestadas pelos policiais que procederam à mencionada gravação.

Em outra ocasião, sopesando a única fonte indicadora do pretenso fato delituoso objeto da investigação, no julgamento do HC n. 80.948-ES, o Supremo Tribunal Federal[39] reconheceu a ilicitude de gravação telefônica feita por terceira pessoa,

---

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC n. 76.686-PR. Relator Min. Nilson Naves. Julgamento em: 09 de setembro de 2008. Disponível em: <http://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp>. Acesso em 23 nov. 2008.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC n. 80.949-RJ. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 30 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2008.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC n. 80.948/ES. Relator Min. Néri da Silveira. Julgamento em: 07 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2008.

sem autorização judicial. Deixa à evidência que, para além da insuficiência a revelar a existência do fato ilícito, a fonte informadora do pretenso fato foi obtida em flagrante violação do devido processo legal, decidindo pelo "trancamento da investigação" fundada "em elemento de prova ilícita", sem prejuízo de o Ministério Público proceder à apuração criminal.

Sem mudança de tom, no julgamento do HC n. 2008.059.04669 o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu ordem para anular o processo, desde a acusação, por considerar inadmissível a obtenção de "provas ilícitas" e em flagrante violação do devido processo legal. Foram sopesados: prisão no interior da residência quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão; o "requerente" do mandado foi um oficial (que estava de folga) da Polícia Militar; mandado cumprido por volta das 20h00min; localizados pequena quantidade de substância entorpecente e um projétil de arma de fogo; mandado expedido sem requerimento do Ministério Público, embora posteriormente essa Instituição ratificasse o procedimento e a "prova" obtida.[40]

Considerações finais

A vocação oriunda do Estado de Direito incorpora à ordem jurídica a idéia de direitos inatos, cabendo ao poderes instituídos reconhecê-los e respeitá-los.

Compreendendo a inexistência de direitos absolutos, nem mesmo os fundamentais, fica fácil entender que na colisão entre direitos fundamentais, enquanto princípios, não pode haver a eliminação ou supressão de um em detrimento do outro, mas sim a prevalência de um ao outro, sem aniquilamento, mantendo um núcleo essencial mínimo.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, dentre várias exigências de ações estatais positivas na tutela dos direitos fundamentais, impõe ao Poder Público um verdadeiro dever de incremento na tutela dos mencionados direitos, inclusive por meio da intervenção jurídico-penal. A própria Constituição contempla

---

[40] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Quinta Turma Criminal. HC n. 2008.059.04669. Relator Des. Geraldo Prado. Julgamento em: 11 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2008.

verdadeiros mandamentos expressos e implícitos de penalização para as hipóteses estabelecidas em lei como ofensa a bem jurídico, orientando o legislador com a máxima da proporcionalidade como a proibição de excesso e a proibição de insuficiência de tutela.

No Estado Constitucional de Direito as possibilidades de restrição dos direitos fundamentais estão, de regra, contempladas no texto constitucional. Nessa sede existe a outorga, ao legislador ordinário, dos limites de intervenção que objetiva regular as modalidades de restrição, tudo submetido às exigências do devido processo legal.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, autorizando a intervenção penal como incremento de tutela, não se compraz com a inobservância do devido processo legal na restrição de direitos, em vista da unidade da Constituição. Do contrário, ter-se-á o reconhecimento da ilicitude ou da eiva máxima da inconstitucionalidade do ato praticado em desconformidade com o devido processo legal em qualquer das suas dimensões, conforme assentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. 424 p.

BERNAL PULIDO, Carlos. O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 805-830.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *HC* n. 76.686-PR. Relator Min. Nilson Naves. Julgamento em: 09 de setembro de 2008. Disponível em: <http://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp>. Acesso em 23 nov. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC n. 80.949-RJ. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 30 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2008.

_____. _____. Segunda Turma. *HC* n. 80.948/ES. Relator Min. Néri da Silveira. Julgamento em: 07 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2008.

_____. _____. _____. *RE* n. 413.327-BA. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listaJurisprudencia.asp>. Acesso em 23 nov. 2008.

_____. _____. Tribunal Pleno. *ADI* n. 939-7 DF. IPMF. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento em: 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2008.

_____. _____. _____. *Ext.* 633/CH. Relator Min. Celso de Mello.

fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 149-165.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 6. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 493 p.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 164 p.

_____. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 207-244.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana:* contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 438 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascón, 5. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2003. 156 p.

O direito à identidade genética e o estado de filiação: análise dos critérios definidores do vínculo de filiação e o direito ao conhecimento da origem biológica

Rodolfo Cunha Salles

Promotor de Justiça do MPDFT, titular da 14ª Promotoria de Justiça de Brasília.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Família e filiação. 2.1 Concepção contemporânea. 2.2 Disciplina jurídica da filiação. 2.2.1 Critério jurídico. 2.2.2 Critério biológico. 2.2.3 Critério socioafetivo. 3 Princípios jurídicos. 3.1 Interpretação e aplicação. 3.2 Dignidade da pessoa humana. 3.3 Afetividade. 4 Direito à identidade genética. 4.1 Fundamentos. 4.2 Significado e conteúdo. 5 Identidade genética e estado de filiação. 5.1 O direito ao conhecimento da origem biológica. 5.2 Consequências sobre o vínculo de filiação. 5.2.1 Identidade genética e o critério jurídico 5.2.2 Identidade genética e o critério biológico. 5.2.3 Identidade genética e o critério socioafetivo. 6 Conclusões. Referências.

Introdução

O presente artigo aborda o tema do direito à identidade genética e o estado de filiação. Como delimitação propõe-se a compatibilização do direito ao conhecimento da origem biológica e o estado de filiação.

A construção doutrinária que distingue o conceito de identidade genética do conceito de identidade da filiação enseja uma nova leitura das questões relativas à filiação, uma vez que deve ser reconhecido a cada pessoa o direito personalíssimo à identidade genética, ou seja, ao conhecimento de sua origem biológica, conquanto sejam restritos os seus efeitos no que tange ao estado de filiação.

O estado de filiação e a origem biológica são elementos distintos. Para determinação do estado de filiação devem ser observados os critérios jurídico, biológico e socioafetivo. A controvérsia reside na indagação acerca da prevalência

de um desses critérios sobre os demais, sobretudo quando existente prévia definição da paternidade.

Os princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988 orientam o estudo do tema e exigem uma postura inovadora dos operadores do Direito, com o objetivo de resguardar as relações de afeto, a dimensão existencial dos direitos e o princípio da dignidade da pessoa humana.

2 Família e filiação

2.1 Concepção contemporânea

A família é um instituto jurídico, cultural e social cuja noção admite mudanças e alterações no transcorrer dos tempos e em culturas diversas. A família é condicionada pela cultura e não há um critério único para sua definição.

Por outro lado, a noção jurídica de família sofreu significativa alteração com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu novos paradigmas, resguardando a multiplicidade de arranjos familiares. É sabido que a Constituição Federal de 1988 não enumera, limita ou escalona as entidades familiares.

Afirma Lôbo (2004, p. 137-139) que a família atual apresenta nova função, natureza, composição e concepção. Os princípios básicos que orientam a família são a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade, de maneira que ela se converteu no espaço de realização da afetividade humana e da dignidade de cada um dos seus membros.

Ademais, segundo Lôbo (2002, p. 42) são as seguintes características comuns a todas as entidades familiares: a) afetividade; b) estabilidade; c) ostensibilidade. A afetividade é o requisito principal para a caracterização da entidade familiar. Ela é o traço determinante da família e que a distingue dos agrupamentos de caráter exclusivamente patrimonial. A afetividade consiste no elemento aglutinador e nuclear que define o suporte fático da família (LÔBO, 2004, p. 151). A estabilidade demonstra a coexistência duradoura e exclui os relacionamentos casuais. A ostensibilidade diz respeito à publicidade da convivência.

Acrescenta Tepedino (2008, p. 422) que o atual conceito de unidade familiar

é de caráter flexível e instrumental, uma vez que está inteiramente voltado para realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Predomina, portanto, a compreensão de que as entidades familiares não podem ser previamente enumeradas ou limitadas. O conceito atual de família é indeterminado, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade (LÔBO, 2002, p. 45).

Toda entidade unida pelo afeto, com o objetivo de vida comum e que demonstre ser de caráter público, contínuo e duradouro, deverá ser reconhecida como família. A família, em qualquer um de seus modelos, é considerada como base da sociedade.

A paternidade, de igual maneira, também possui natureza peculiar, considerada sua relação intrínseca à noção de família. O conceito jurídico de paternidade está sujeito aos valores prevalentes em cada momento histórico e cultural.

O estado de filiação, que consiste na qualificação jurídica da relação de parentesco, é inerente às relações de família e, assim, também está sujeito aos valores predominantes.

A definição do estado de filiação foi historicamente relacionada ao vínculo matrimonial. O desenvolvimento da tecnologia genética permitiu a revelação do vínculo biológico, a partir do qual surgiu uma explícita tendência de se estabelecer e restringir a paternidade ao resultado do exame de DNA. Após, em momento mais recente, foi construída a noção de paternidade como função, ressaltado o aspecto afetivo e o conteúdo psicológico da paternidade, necessário para estruturação dos filhos como sujeitos (PEREIRA, 1996, p. 48).

Todavia, observa Lôbo (2003, p. 149) que o estado de filiação efetivamente constituído emerge da dimensão cultural, social e afetiva, quer tenha origem biológica ou não.

Portanto, a abordagem mais recente do estado de filiação recomenda a ampliação do tema de maneira que sejam perquiridos os vínculos jurídico, biológico e socioafetivo, que possuem igual valor juridicizante e devem ser sopesados no debate acerca da paternidade.

Ademais, não pode ser olvidado que as normas legais pertinentes devem ser interpretadas sob orientação dos princípios constitucionais que resguardam a dignidade, a igualdade, a solidariedade e o personalismo. Sob a ótica da Constituição Federal de 1988, impõe-se a preponderância da dimensão existencial da pessoa humana.

2.2 Disciplina jurídica da filiação

A definição judicial da existência ou não do vínculo de paternidade é tema de grande importância dada sua correlação com o indivíduo e a maneira pela qual ele se apresenta perante a sociedade, estando diretamente relacionado com o princípio da dignidade humana.

A atual ordem constitucional abrange os critérios jurídico, biológico e socioafetivo, assim como apresenta as normas para identificação do estado de filiação, conforme será exposto.

2.2.1 Critério jurídico

A filiação legal ou jurídica é aquela de caráter mais tradicional, decorrente do matrimônio, e está descrita no brocardo latino pater *is est quem nuptiae demonstrant,* ou seja, a presunção de ser o pai o esposo da mulher casada.

A Constituição Federal de 1967, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº. 01, de 17.10.1969, dispunha em seu artigo 175, *caput,* que a família era constituída pelo casamento. Assim, somente o casamento permitia a formação da família e tinha a função de legalizar as relações sexuais.

O Código Civil de 1916, também produto do pensamento liberal-patrimonialista, estabelecia em seu artigo 229 que o casamento criava a família e legitimava os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos. Era adotado, portanto, o modelo patriarcal da família, concebida como entidade hierarquizada, com o exercício exclusivo pelo varão do poder marital e do pátrio poder.

Havia a distinção entre os filhos legítimos e os ilegítimos, como também os adotados. Eram considerados filhos legítimos os concebidos ou nascidos na constância do casamento. Os filhos advindos de relacionamentos estáveis,

adulterinos ou concubinários eram considerados como ilegítimos.

A Lei nº. 883, de 21.10.1949, permitiu o reconhecimento da paternidade do filho havido fora do matrimônio e a correspondente ação para declaração da filiação, após a dissolução da sociedade conjugal. Durante a constância do casamento era assegurado ao filho ilegítimo tão-somente a propositura de ação de alimentos. Ademais, o filho reconhecido receberia apenas metade da herança cabível ao filho legítimo. A Lei nº. 6.515, de 26.12.1977, possibilitou o reconhecimento do filho havido fora do casamento, na vigência da sociedade conjugal, por qualquer dos cônjuges por meio de testamento cerrado.

A Constituição Federal de 1988 modificou esse panorama e trouxe novos preceitos a serem observados na aplicação e interpretação do Direito de Família, como a democratização da família e sua funcionalização para realização e desenvolvimento da pessoa humana. Seu artigo 226, caput, estatui que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. No que tange à filiação, foi suprimida a distinção entre filiação legítima e ilegítima. O artigo 227, § 6º, dispõe que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990), em consonância com os novos princípios, estabeleceu que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura pública ou outro documento público, qualquer que seja a origem. Acrescentou que o reconhecimento pode anteceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

É relevante notar que o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu ao reconhecimento do estado de filiação o caráter de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

O Código Civil de 2002, não obstante seu projeto tenha origem na década de 1970

e tenha aguardado longa e exaustiva tramitação legislativa, acolheu os princípios da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente. No artigo 1.596, o primeiro do capítulo destinado à disciplina da filiação, dispôs que os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Os artigos 1.597 a 1.602 regulamentam a filiação advinda do casamento e disciplinam as presunções e a possibilidade de impugnação da paternidade dele decorrente, mantidos os prazos fixados pelo Código Civil de 1916. O aspecto inovador reside no estabelecimento de presunção da paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento por meio de fecundação artificial homóloga, quando são utilizadas as células reprodutivas do próprio casal, mesmo que falecido o marido; os havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga, na qual são utilizados gametas fornecidos por doadores, desde que tenha prévia autorização do marido.

2.2.2 Critério biológico

A filiação biológica é aquela resultante do relacionamento sexual ou da fecundação, ou seja, da fusão dos gametas, e é utilizada para o estabelecimento da filiação quanto às pessoas que não a tem formalmente definidas ou que pretendem impugnar a filiação constante dos registros civis.

A Lei nº. 8.560, de 29.12.1992, regulamenta a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Estabelece a irrevogabilidade do ato de reconhecimento da paternidade e reitera o princípio da igualdade de filiação. Também dispõe sobre o procedimento oficioso de averiguação de paternidade, iniciado no momento do registro de criança apenas com a maternidade estabelecida, legitimado o Ministério Público para ajuizamento da respectiva ação de investigação de paternidade.

O Código Civil de 2002, em seus artigos 1.607 e seguintes, acolheu a disciplina legal do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, mantida a

irrevogabilidade do ato de reconhecimento.

A despeito da disciplina legal, é certo que o desenvolvimento da tecnologia referente à biologia e à genética, com o advento dos exames de DNA, ensejou uma profunda modificação no estudo da filiação.

O surgimento do exame pericial de DNA, em que se verifica a compatibilidade dos pares de cromossomo do interessado com aqueles do suposto genitor ou seus familiares próximos, na hipótese de falecimento, trouxe novos rumos à questão probatória. A certeza antes alcançada no curso de processo de investigação de paternidade ou de negação de paternidade era efêmera e resultava, na maioria das vezes, da prova oral produzida, na qual se insere o depoimento pessoal das partes e das testemunhas. A sentença, portanto, era freqüentemente proferida com base em provas circunstanciais do relacionamento amoroso e da concepção.

O exame pericial de DNA permite que no processo seja alcançada maior certeza acerca da existência ou não do vínculo biológico de filiação entre as partes, o que, numa primeira abordagem, está em consonância com o princípio da verdade real, que orienta as modernas concepções do Direito Processual Civil. Ainda que se afirme não tratar de certeza absoluta[1] , o exame de DNA constitui indiscutivelmente instrumento científico mais adequado e preciso.

O exame de DNA possibilita o acesso à informação científica sobre a paternidade. Com isso foram solucionadas algumas questões e, por outro lado, emergiram questões de grande dimensão ética e jurídica. Na ausência da identificação da paternidade, o DNA revela-se como instrumento efetivo para realização da justiça material. Todavia, se o resultado do exame pericial está em contrariedade com anterior sentença judicial proferida ou com estado de filiação previamente definido, decorrente do reconhecimento voluntário ou do matrimônio, estará configurada situação de conflito.

---

[1] TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade – II. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 15-26.

No que atine à divergência entre a verdade genética e a filiação definida por meio de prévia sentença judicial, os doutrinadores, constatada a ausência de instrumentos precisos no ordenamento jurídico para revisão ou retificação da decisão, na busca de encontrar solução para problema de tal magnitude e relevância, desenvolveram a doutrina da denominada relativização da coisa julgada, com fundamento nos estudos estudo sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle[2]. Também foram levantados argumentos alusivos à técnica da adequação dos princípios constitucionais para definir as possibilidades e os parâmetros de quebra atípica da coisa julgada.[3]

A jurisprudência pátria teve papel relevante para o surgimento e consolidação da doutrina da relativização da coisa julgada das sentenças concernentes ao estado de filiação. Merecem destaque as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, haja vista sua competência para unificação da interpretação da legislação federal, consoante dispõe o artigo 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988.[4]

Entretanto, não demorou ser percebida a insubsistência do critério biológico como único ou prevalente para o estabelecimento da filiação, haja vista que ele não abrange a totalidade do fenômeno em que consiste a paternidade. É certo que

[2] THEODORO JÚNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 795, jan. 2002.

[3] TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

[4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMENTA: PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROPOSITURA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO NÃO COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO INVESTIGANDO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONFISSÃO. COISA JULGADA. AFASTAMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL. I - Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada. II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade. Recurso especial conhecido e provido. REsp nº. 427117/MS. Relator: Ministro CASTRO FILHO. Brasília, DF, 4 de novembro de 2003. Diário da Justiça de 16 de fevereiro de 2004, p. 241. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 30 jul. 2009.

o exame pericial de DNA confere a segurança genética e biológica sobre a filiação, mas do critério biológico não surgem necessariamente os laços afetivos, assim como não torna verdadeiro o papel sociológico a ser desincumbido pelo genitor.

É oportuno retomar a afirmação inicial no sentido de que a família, a paternidade e a filiação, por comportarem dimensão natural e cultural, podem se fundar no critério legal (jurídico), biológico ou afetivo.

A noção de paternidade socioafetiva e, mais atualmente, a concepção acerca do direito à identidade biológica vieram somar-se ao estudo da questão, com o objetivo de melhor definir os contornos da filiação.

2.2.3 Critério socioafetivo

A filiação afetiva, por seu turno, era tradicionalmente concebida no âmbito da adoção, que foi, mais recentemente, ampliada para abarcar a posse do estado de filho e a técnica de reprodução assistida heteróloga.

O critério socioafetivo tem especial relevância para o movimento de esvaziamento do critério biológico e compreensão da paternidade como função a ser exercida em favor do filho.

O ordenamento jurídico pátrio estabelece normas que possibilitam o reconhecimento da paternidade decorrente do vínculo socioafetivo. No que concerne ao fundamento legal para reconhecimento da paternidade afetiva, afirma Welter que:

> O Código Civil de 2002 também não reconheceu, expressamente, o estado de filho afetivo. Entretanto, a filiação socioafetiva pode ser admitida com base nos seguintes artigos: a) art. 1.593, que diz: 'O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem'. Essa outra origem de parentesco é justamente a sociológica (afetiva, socioafetiva, social, eudemonista); b) art. 1.596, em que é reafirmada a igualdade entre a filiação (art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988); c) art. 1.597, V, pois o reconhecimento voluntário da paternidade na inseminação artificial heteróloga não é de filho biológico, e sim socioafetivo, já que o material genético não é do(s) pai(s), mas, sim, de terceiro(s); d) art.
> 1.603, visto que, enquanto a família biológica navega na cavidade sangüínea, a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade

> e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (re)velando o mistério insondável da filiação, engendrando um verdadeiro reconhecimento do estado de filho afetivo; e) art. 1.605, II, em que filiação é provada por presunções – posse de estado de filho (estado de filho afetivo). (WELTER, 2003, p. 161-162)

Lôbo (2008, p. 13-15), por sua vez, afirma que toda paternidade é necessariamente socioafetiva, pois é uma construção cultural e não um dado da natureza, podendo ter origem biológica ou não-biológica, isto significa, a seu ver, que a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica. Também aduz que a opção do legislador brasileiro, conforme se depreende do Código Civil de 2002, pelos mesmos fundamentos trazidos por Welter, acima transcritos, é pela filiação socioafetiva, com a distinção entre paternidade e genética. Assevera que a filiação não é um determinismo biológico, ainda que a natureza humana incentive a procriação, mas uma construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade (LÔBO, 2008, p. 07).

O vínculo socioafetivo apresenta estreita relação com a posse de estado de filiação. A posse do estado de filiação é composta ordinariamente pelos requisitos do trato, nome e fama. Teixeira e Rodrigues (2009, p. 41-42) identificam a socioafetividade — compreendida como o exercício fático da autoridade parental, representada pelos deveres de criar, educar e assistir os filhos —, com o tratamento recíproco da relação de filiação. Afirmam que:

> O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consangüíneos que geral tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de

> exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da paternidade. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2009, p. 38)

O nome e a fama consistem em reflexo do exercício fático da autoridade parental. O nome representa os indícios de formalidade da relação[5].

A fama consiste na publicidade do tratamento recíproco, com o conhecimento manifesto da autoridade parental.

A socioafetividade, compreendida como o exercício fático dos deveres inerentes ao poder familiar, apresenta elemento objetivo para a definição da relação de filiação, independentemente do questionamento de elementos subjetivos e internos, muitas vezes não-determináveis.

A adoção, sob esse enfoque, difere da paternidade socioafetiva apenas no que se refere à prévia utilização do procedimento estabelecido em lei para atribuição do vínculo de filiação. Na reprodução assistida heteróloga também não há relação biológica e o acolhimento da paternidade ocorre antes mesmo da fecundação, com a necessidade de consentimento para o início dos procedimentos.

O aspecto comum à posse do estado de filiação, à adoção e à reprodução heteróloga é certamente o afeto e o exercício espontâneo e verdadeiro da autoridade parental. Também se faz presente a ausência de relação biológica, com a dissociação da figura do pai/mãe e a do genitor/genitora.

No que atine às decisões do Poder Judiciário, é notório o reconhecimento do vínculo socioafetivo como fundamento para definição da paternidade.

Superior Tribunal de Justiça, ao julgar ação tendente à desconstituição do reconhecimento espontâneo de paternidade, examinou a evolução do conceito jurídico da paternidade e concluiu por fixar expressamente que, diante da atual

---

[5] No que tange ao nome, como requisito do estado de filiação, é oportuno notar que a Lei nº. 11.924, de 17.04.2009, concedeu ao enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável, o direito de requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que se faça presente expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

ordem jurídica, ele emerge da construção cultural e afetiva[6]. Neste julgamento foi mitigada a importância excessiva atribuída ao vínculo biológico, para suporte jurídico à identificação da paternidade, e ressaltada a necessidade de se perquirir a existência de laços afetivos permanentes, oriundos da convivência e da responsabilidade.

Também se infere do teor da decisão a superação do entendimento da primazia do vínculo biológico, para conferir efeito jurídico à paternidade socioafetiva, como medida de fortalecimento do afeto nas relações familiares, local adequado para a realização plena e digna dos indivíduos. Foi afirmado que o Poder Judiciário não pode negar o reconhecimento da paternidade socioafetiva, que é construída ao longo dos anos e decorre da relação de afeto, haja vista que na família é que a pessoa humana se desenvolve plenamente e se realiza com dignidade.

A decisão mencionada teve o condão de sedimentar na jurisprudência a importância da relação socioafetiva. Ela também revela a compreensão de que o Poder Judiciário deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade para dar respostas atuais e em harmonia com os anseios da coletividade, em detrimento de uma visão tecnicista, objetivando a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

3 Princípios jurídicos

3.1 Interpretação e aplicação

O presente estudo abrange os princípios da dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, solidariedade e afetividade.

---

[6] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMENTA: AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DO RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO. AUSÊNCIA DE FILIAÇÃO BIOLÓGICA. PRESERVAÇÃO DA FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA. I – O reconhecimento dos filhos é irrevogável, podendo, contudo, ser desconstituído o vínculo parental, no caso de erro ou de falsidade do registro, o que não foi comprovado. II – Preservação do estado de filiação sócio-afetiva, não obstante a inexistência da biológica, demonstrado nos autos o vínculo paterno-filial, o afeto e o abrigo assistencial entre o autor e os filhos, por quase três décadas. III – Apelação conhecida e improvida. Unânime. Recurso Especial nº.

Todavia, considerado o fato de que não existem princípios absolutos e que são possíveis situações de colisão ou concorrência entre eles, não sendo admitida a simples exclusão, dada a sua igual importância e assento constitucional, será necessária a busca solução mais adequada a cada caso concreto.

No que tange à interpretação das normas insculpidas no Código Civil, cumpre observar que ele perdeu a posição central que ocupava no sistema jurídico em relação aos indivíduos e aos conflitos de interesse de caráter privado. Com o advento da idéia de unidade do sistema e de hierarquia das normas, a Constituição passou a ocupar o lugar central e predominante no ordenamento jurídico. Nela repousa o fundamento de validade de todas as demais normas, de maneira que os princípios constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento.

Ademais, a incidência dos princípios constitucionais sobre a norma civil operou o fenômeno descrito como "despatrimonialização" do direito privado, em razão da prioridade atribuída pela Constituição à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento, o que não pode ser desconsiderado na sua aplicação.

3.2 Dignidade da pessoa humana

A idéia de dignidade, como valor inato à pessoa humana, tem sido analisada desde a antiguidade clássica. Petterle (2007, p. 61-63), em histórico acerca da evolução da noção de dignidade, afirma que Kant completou o processo de laicização da dignidade, abandonando sua influência religiosa ou metafísica. Esclarece que, para Kant, a dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa e tem como fundamento a autonomia da vontade do ser humano, como ser racional. Acrescenta que Hegel vislumbrou o reconhecimento recíproco como fundamento da dignidade, notadamente no âmbito das instituições sociais da família, da sociedade civil e do Estado. Afirma que, para Dworkin, a dignidade decorre da importância da vida humana. Também informa que Habermas aprimorou o debate em torno do caráter intersubjetivo da dignidade, colocando em destaque a sua dimensão comunicativa (razão dialógica). Conclui que as diversas concepções de dignidade guardam em

si uma relação de não-exclusão, ou seja, de complementaridade.[7]

No âmbito normativo, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 1º, inciso III, que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Além de consistir em princípio fundamental, a Constituição Federal também mencionou expressamente a dignidade em outras normas. Dispôs que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*); que o planejamento familiar, de livre decisão do casal, é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7°); que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, entre outros, o direito à dignidade (art. 227, *caput*).

Sarlet, em amplo estudo sob o princípio da dignidade da pessoa humana, observada a previsão constitucional, afirma que, na condição de princípio fundamental, ele constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem constitucional. Assevera, pois, ser plenamente justificada sua caracterização como "princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa" (SARLET, 2001, p. 112).

A dignidade da pessoa humana é, portanto, princípio fundamental, embasador e informativo de toda ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais.

Sobre a eficácia do princípio da dignidade, esclarece que ele exerce diversas

878.941 - DF (2006/0086284-0). 3ª Turma. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJ: 17.09.2007, p. 267. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 30 jul. 200

[7] Afirma a Autora: A partir do exposto, não se evidencia uma relação de exclusão entre as dimensões examinadas, aliás, ao contrário, vislumbra-se uma complementaridade. A dimensão comunicativa e intersubjetiva, ligada a uma simetria de relações entre seres morais que atuam comunicativamente como membros de uma comunidade, complementa a dimensão de dignidade de Hegel, enquanto reconhecimento nas instituições sociais da família, da sociedade civil e do Estado. Da mesma forma, a contemporânea concepção de Dworkin, atrelada à importância intrínseca da vida humana, está afinada com a dimensão ontológica de Kant, de dignidade como qualidade inerente à pessoa humana, e cujo fundamento repousa na autonomia do ser humano, na condição de ser racional. (PETTERLE, 2007. p. 78.)

funções. Entre elas, para o estudo em questão, sobreleva a imposição de um dever de abstenção (respeito) ao Estado, cuja atividade deve privar-se da ingerência na esfera individual, como também o dever de proteção, com condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos, isto significa, a concretização do seu programa normativo (SARLET, 2001, p. 112). Também salienta a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que ele serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico, inclusive dos direitos fundamentais e demais normas constitucionais, imprimindo-lhe sua coerência interna (SARLET, 2001, p. 113).

Para Ferraz (1991, p. 19) o princípio jurídico da dignidade exige a criação e manutenção das condições para que as pessoas sejam respeitadas, resguardadas e tuteladas, em sua integridade física e moral, assegurado o desenvolvimento e a possibilidade da plena concretização de suas potencialidades e aptidões. Afirma que o princípio também representa o compromisso inafastável do absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade de todo ser humano.

Logo, resta demonstrado que o princípio da dignidade da pessoa humana funciona com o valor último, a razão de ser do próprio Direito, razão pela qual os demais direitos fundamentais estão a ele instrumentalmente ligados. O homem é, pois, o valor que condiciona todos os demais valores.

3.3 Afetividade

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme antes mencionado, ocorreu grande modificação no panorama jurídico, em especial no Direito de Família.

Logo após, no ano de 1989, Lôbo (2004, p. 136-139) cunhou a idéia de "repersonalização das relações civis no âmbito do direito de família", que pode ser reduzido apenas no termo "repersonalização", segundo a qual há prevalência do interesse da pessoa humana sobre as relações patrimoniais. Acrescentou que a família atual tem como princípios básicos a liberdade, a igualdade, a solidariedade e afetividade.

A família, por conseguinte, passou a ser concebida como o espaço ou ambiente

destinado à realização da afetividade humana e da dignidade de cada um dos seus membros.

Para a atual concepção de família, o afeto ocupa lugar de destaque e desempenha função relevante.

Segundo Lôbo são características comuns a todas as entidades familiares a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade. A afetividade é o requisito principal para a caracterização da entidade familiar. É o elemento nuclear que define o suporte fático da família, haja vista ser o seu fundamento e finalidade (LÔBO, 2004, p. 151). Também é considerado como o denominador comum das entidades familiares (PEREIRA, 2006, p. 520).

Portanto, a afetividade é o traço principal da família e que a distingue dos agrupamentos de caráter exclusivamente patrimonial.

Acerca do afeto como princípio jurídico, sustenta Lôbo que ele encontra fundamentos na Constituição Federal, quais sejam: a) o princípio da igualdade da filiação, que estabelece que todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a equiparação da adoção, como escolha afetiva, à filiação biológica, que a alçou integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a disposição de que a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) o direito à convivência familiar, disposto como prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (art. 227); e e) a possibilidade de dissolução do casamento ou união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º). (LÔBO, 2002, p. 46-47)

Ademais, pode-se identificar no princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, o fundamento para o reconhecimento do princípio da afetividade. A respeito do princípio da solidariedade, Sá e Teixeira afirmam que:

> É esta a solidariedade que estamos a tratar, pois é ela o sentimento unificador da família, que proporciona o surgimento e o crescimento da afetividade. Importa, entretanto, esclarecer que não é o único elemento constituidor da família, mas um

> dos seus componentes, o qual, hoje, ganhou o status de essencial. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 68).

O princípio da afetividade, na hipótese de casamento ou união estável, é evidenciado pelo dever de assistência entre os cônjuges/companheiros, que também encontra fundamento no princípio da solidariedade. O dever de alimentos entre os parentes, de igual maneira, tem por fundamento o princípio da solidariedade familiar.

Verifica-se, pois, à evidência, a íntima relação entre a afetividade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana.

Contudo, faz-se necessário registrar o entendimento contrário à existência do princípio jurídico da afetividade, segundo o qual não se pode impor a qualquer pessoa o dever de afeto.

Teixeira e Rodrigues (2009, p. 38), a fim de superar a questão, formulam proposição intermediária. No seu entendimento há distinção entre o princípio da afetividade e o dever de afeto. Elas reconhecem a existência do princípio jurídico da afetividade, que exerce a relevante função de vetor de reestruturação da tutela jurídica do Direito de Família, e passa a se ocupar mais da qualidade dos laços travados nos núcleos familiares do que com a forma através da qual as entidades familiares se apresentam em sociedade.

Por outro lado, acrescentam que o princípio da afetividade não comanda o dever de afeto, porquanto se trata de conduta de foro íntimo, incoercível pelo Direito. Observada a distinção entre norma jurídica em norma moral, afirmam que:

> O que queremos esclarecer, com essa basilar, mas necessária distinção entre normatividade da moral e do Direito, é que o afeto só se torna juridicamente relevante quando externado pelos membros das entidades familiares através de condutas objetivas que marcam a convivência familiar, e, por isso, condicionam comportamentos e expectativas recíprocas e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade dos integrantes da família.
>
> Nesse sentido, concordamos com Tânia da Silva Pereira que, partindo da idéia de que família é uma estruturação psíquica, na qual cada membro ocupa um lugar e exerce uma função, independentemente de sexo, sexualidade ou da presença de laços biológicos, defende a teoria do afeto como um valor jurídico que distingue e define as entidades familiares contemporâneas. São as relações de afeto que possibilitam o

> estabelecimento de uma convivência familiar diária, a qual é a verdadeira responsável pela realização da personalidade dos membros do núcleo familiar, que encontram uns nos outros os referenciais necessários para construção de sua dignidade e autonomia. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2009, p. 39)

A respeito do afeto considerado como fato jurídico, concluem que:

> Portanto, não é de (des)amor que se trata o afeto como fato jurídico, mas sim aquele que, quando exteriorizado na forma de comportamentos típicos de uma legítima convivência familiar é capaz de gerar eficácia jurídica. Exemplo disso, a posse de estado de filho, geradora do parentesco socioafetivo entre pais e filhos.
>
> Sendo assim, a nosso sentir, o Direito não é capaz de "enxergar" a ausência de afeto, mas é possível que, quando presente a afetividade entre certos indivíduos, condicionante de seu comportamento, caracterizando-o como tipicamente familiar, aí sim, o Direito reconheça um fato concreto, um acontecimento ao qual ele pode outorgar qualificação e disciplina jurídica: "um ponto de confluência entre a norma e a transformação da realidade: o modo pelo qual o ordenamento se concretiza".
>
> Por isso, não podemos falar em direito ou dever de afeto. Mas devemos valorizar as manifestações exteriores — condutas e comportamentos — que traduzam a existência do afeto em determinadas relações. [...] (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2009, p. 40)

Logo, conquanto reconheçam a existência do princípio jurídico da afetividade, adotam a concepção da inexistência do dever de afeto, o que impossibilita a pretensão de indenização pela falta de amor.

4 Direito à identidade genética

4.1 Fundamentos

O catálogo dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 não é exaustivo. Com efeito, a partir da regra expressa em seu art. 5º, § 2º, é possível a identificação e construção de direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Trata-se, pois, da denominada cláusula aberta de direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o suporte normativo para maioria dos direitos previstos no catálogo de direitos fundamentais, cumprindo a relevante função de dar unidade de coerência ao sistema (PETTERLE, 2007, 109).

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, inc. X), que se somam ao princípio da dignidade da pessoa humana para caracterização do direito à identidade genética.

No âmbito da legislação infraconstitucional, o Código Civil de 2002 destina capítulo específico à disciplina e garantia dos direitos da personalidade, estabelecendo que eles são intransmissíveis e irrenunciáveis (art. 11). Abrangem a proteção à vida, corpo, saúde, integridade psicofísica, honra, nome, imagem, a vida privada entre outros, ou seja, tudo que diga respeito à proteção jurídica da pessoa humana.

Os direitos de personalidade compreendem, pois, os direitos atinentes à tutela humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade. Isso significa que não existe um rol taxativo de hipóteses tuteladas, mas que a tutela da personalidade é dotada do atributo da elasticidade, para abranger a salvaguarda da dignidade humana, em todas as situações (TEPEDINO, 2008, p. 55).

Observa Donizetti (2007, p. 64) que a interpretação dos direitos da personalidade conduz à compreensão de eles representam a garantia, no âmbito do direito privado, para afirmar o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

Acerca da identidade, reconhece Tepedino (2008, p. 39) que a tutela conferida ao nome e ao pseudônimo, pelo Código Civil de 2002, deve ser entendida na acepção mais abrangente de um direito à identidade pessoal.

Otero (1999, p. 63-64), ao analisar o direito à identidade pessoal previsto na Constituição portuguesa, esclarece que ele tem como escopo garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irredutível. Para tanto, o direito à identidade pessoal comporta duas dimensões diferentes. A dimensão absoluta ou individual, para qual cada pessoa apresenta um caráter único, indivisível e irrepetível, ou seja, é dotada de uma individualidade que a distingue de todas as demais. Como também a dimensão relativa ou relacional, de maneira que cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, em especial seus respectivos progenitores, denominando-o "direito à historicidade pessoal".

No âmbito de proteção à historicidade pessoal está compreendido o direito de cada ser humano conhecer a respectiva origem e o patrimônio genético, elemento relevante para prevenção de certas doenças e ao desenvolvimento da personalidade. Significa que cada ser humano tem o direito de conhecer a identidade dos seus progenitores, ou seja, quem são seus pais biológicos. Também compreende a proibição de privação deliberada de família, considerada como fator de efetivação do direito ao desenvolvimento integral da personalidade e instrumento garantidor do próprio valor da família como elemento natural e fundamental da sociedade (OTERO, 1999, p. 71-80).

Para Moraes (2000, p. 58), o direito à identidade pessoal contempla duas instâncias: a estática e a dinâmica. A identidade estática compreende o nome, a origem genética, a identificação física e a imagem. A identidade dinâmica se refere à verdade biográfica, ao estilo individual e social da pessoal.

É importante observar a relação estreita entre os dados genéticos e a identidade pessoal.

Ao analisar a concepção científica dos sistemas constitucionais, Baracho (2000, p. 91) afirma que a identidade genética é um substrato fundamental da identidade pessoal, que, por sua vez, é a expressão da dignidade do ser humano.[8]

Sá e Naves (2009, p. 189-190) registram que as dados genéticos têm a capacidade de identificar indivíduos, revelar futuras enfermidades e fornecer informações sobre parentesco. São, portanto, elementos de definição e identificação da pessoa.

Ademais, os dados genéticos são considerados componentes da identidade pessoal, consoante estabelece o artigo 3º da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos.

---

[8] Artigo 3º: Identidade da pessoa. Cada indivíduo tem uma constituição genética característica. No entanto, não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade. Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. Disponível em <http://portal.unesco.org/shs/en/files/9193/11387255151DECLARATION_PORTUGAL.pdf/DECLARATION%2BPORTUGAL.pdf>. Acessada aos 13 ago. 2009.

Verifica-se, pois, que garantia conferida à dignidade da pessoa humana assegura o direito à identidade pessoal e, portanto, o direito à identidade genética, que compõe um nível prévio e atua como seu substrato.

O direito à identidade pessoal é reconhecido pelo Poder Judiciário. A propósito, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2003, afirmou que o direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, e está relacionado com a identidade biológica e pessoal, à origem da ancestralidade e ao reconhecimento da família.[9]

4.2 Significado e conteúdo

O direito à identidade genética, considerado como direito fundamental, apresenta múltiplas acepções, de características defensivas e prestacionais.

Petterle (2007, p. 114-115) identifica as diferentes facetas do direito à identidade genética, quais sejam: a) o direito de não ser um clone humano e, portanto, o direito de não ser clonado para fins reprodutivos; b) o direito de não ter a identidade genética revelada através de testes genéticos, salvo em benefício da pessoa testada; c) a proibição de discriminação pelas características genéticas; d) a garantia de não ter a identidade genética alterada por terapias gênicas; e) o direito de conhecer a ascendência biológica, reconstruindo a historicidade pessoal. Conclui por afirmar:

> A guisa de síntese quanto ao significado e conteúdo do direito à identidade genética, enfatizamos que o significado está focalizado na acepção individual, ou seja, na identidade genética como base biológica da identidade pessoal, que, em última análise, corresponde ao genoma de cada ser humano. Quanto ao conteúdo do direito à identidade genética, cujas características mais marcantes são a irrepetibilidade e inviolabilidade, engloba o dever de respeito e de proteção da constituição genética, única e irrepetível, de cada ser humano, isso porque é elemento que identifica e qualifica a pessoa e que ela não deve ser separado. Além dessa dimensão subjetiva, há uma dimensão objetiva e transindividual, já que a proteção da identidade genética também é uma questão da própria humanidade.
>
> No que tange à função defensiva do direito à identidade genética, trata-se de evitar e eliminar manipulações e intervenções indevidas na identidade genética, cujos

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº. 248.869/SP, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA. Segunda Turma. DJ 13.03.2004, p. 38. Ement. Vol. 02143-04, p. 00773. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 30 jul. 2009.

> autores podem ser tanto os poderes públicos quanto particulares. Na sua dimensão prestacional, primeiramente, destacou-se o dever estatal de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético e fomentar o debate, legislando sobre a matéria, estabelecendo mecanismos garantidores da identidade genética. A partir de possíveis violações concretas (na seara da biomedicina), foi delineado o conteúdo do direito à identidade genética, buscando assegurar a irrepetibilidade do genoma humano, da qual decorre uma vedação constitucional à clonagem humana reprodutiva, proteção inclusive já consagrada no ordenamento infraconstitucional. No que tange à problemática sob a perspectiva da clonagem terapêutica, dos testes genéticos para conhecer o genoma, bem como no que concerne às terapias gênicas para intervir no genoma humano, há que refletir acerca dos limites dos deveres estatais de proteção da identidade genética, questões estreitamente vinculadas aos limites dos direitos fundamentais, para a qual remete-se este estudo, sendo relevante destacar que foram analisadas apenas algumas das dimensões do problema. (PETTERLE, 2007, p. 133-134).

Também acerca do conceito de identidade genética, Sá e Naves (2009, p. 176) registram quatro acepções ou sentidos principais. O primeiro é o da irrepetibilidade do genoma, que significa que cada ser humano tem o direito a ter um genoma único. O segundo é utilizado para designar a mesma constituição genética entre dois ou mais seres, concernente à clonagem ou fraternidade gemelar. O terceiro, relativo à identidade pessoal, consiste em saber a origem genética, a verdade sobre a própria progenitura. O quarto diz respeito ao conhecimento e possibilidade de recusa dos diagnósticos e prognósticos de doenças e pesquisas genéticas realizadas.

O aspecto relevante para o presente estudo consiste no direito ao conhecimento da ascendência biológica, da origem genética individual, de maneira a permitir a identificação da historicidade pessoal, bem como a sua influência para o estabelecimento da relação paterno-filial.

Segundo Baracho (2000, p. 90) a relação entre o direito à identidade pessoal e o direito à identidade genética é evidente quando o último assegura o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, possibilitando o conhecimento do substrato biológico do ser humano.

No que atine à identificação da historicidade pessoal, não se pode deixar de

registrar que o legislador pátrio, em data muito recente, conferiu ao adotado o direito ao conhecimento da sua origem biológica.[10]

Essa norma reconheceu expressamente o direito ao conhecimento da origem genética na hipótese de adoção formal. Ainda que não tenha se referido aos outros métodos de procriação, nada obsta que o direito seja estendido a outras situações, como filiação decorrente de reprodução assistida heteróloga[11] e registro de nascimento sem vínculo biológico (adoção informal), conforme será adiante analisado.

5 Identidade genética e estado de filiação

5.1 O direito ao conhecimento da origem biológica

O desenvolvimento da tecnologia genética, o advento dos exames de DNA e das técnicas de reprodução assistida acarretou profundas transformações culturais, com a remodelação de padrões normativos, reestruturação de valores e costumes. Foram significativas as modificações na noção de família, paternidade e da própria identidade do indivíduo.

A possibilidade de mapeamento genético do ser humano permite que sejam revelados ao indivíduo dados antes fora do alcance do conhecimento, entre eles o DNA e a origem biológica.

O ordenamento jurídico, conforme demonstrado, assegura o direito à identidade

---

[10] Trata-se da Lei nº 12.010, de 03.08.2009, que ao dispor sobre a adoção estabelece que: "Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso
ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica."

[11] São diversos os Projetos de Lei que tramitam ou tramitaram perante o Congresso Nacional que têm por objeto a disciplina do direito ao conhecimento da origem biológica da pessoa gerada a partir das técnicas de reprodução assistida. A título de ilustração, são os Projetos de Lei nº. 4.686/2004, 11.204/2003 e 120/2003. Cumpre salientar que o acesso à identidade do(a) doador(a) dos gametas é tema que suscita grande discussão no âmbito do biodireito e da bioética, considerado os princípios do anonimato e da intimidade. Também é controverso o estabelecimento de direitos-deveres decorrentes da doação de gametas, como os alimentos e as visitas.

genética, que consiste em direito da personalidade, inscrito dentre os direitos fundamentais da pessoa humana.

O direito à identidade genética advém da concepção do direito de identidade pessoal, relacionado ao estabelecimento e identificação do estado do indivíduo, ou seja, à posição que ocupa no seio da sociedade. Ele possui amplo campo de incidência, não se limitando ao vínculo biológico e à historicidade pessoal, que representam apenas uma de suas facetas.

Salienta Barboza (2002, p. 385) que o direito à identidade genética permite o conhecimento da origem biológica para finalidade de estabelecimento da paternidade, assim como para fins médicos, com fundamento no direito à saúde e à preservação da vida. Também resguarda a busca da historicidade pessoal, possibilitando a compreensão de seus traços socioculturais (aptidões, raça, doenças, etnia). Todavia, adverte que se deve abandonar a visão patrimonialista e funcionalizada da identidade genética para consecução de bem-estar econômico, direitos aos alimentos e à herança. Afirma que:

> Impõe-se, contudo, transcender os limites tradicionalmente opostos à busca da verdade genética, na medida em que valores mais altos se impõem, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Reconhecer o direito à identidade genética da criança, do adolescente e do adulto, não importa idade, sexo, cor ou credo, significa não só franquear-lhes o direito à vida, à saúde, à paternidade, mas também a sua história pessoal, a seus traços socioculturais antes assinalados. Mais do que isso, é imperativo avançar e reconhecer a identidade genética "não funcionalizada", vale dizer, não só como um instrumento para criação do vínculo de parentesco. Sendo um direito da personalidade, inscrito, repita-se, dentre os direitos fundamentais, poderá ou não gerar o parentesco com os conseqüentes efeitos patrimoniais, nos termos que o ordenamento jurídico estabelecer.
>
> Observe-se que, não bastassem sua natureza jurídica e o fundamento francamente constitucional, a admissão da descoberta do vínculo genético, em razão de interesses maiores e para fim específico, como assinalado não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, o reconhecimento de um direito à identidade genética, que não gera parentesco e seus "temidos" efeitos patrimoniais, em nada afronta nossas tradições jurídicas. (BARBOZA, 2002, p. 387)

É necessário que, no âmbito do Direito de Família, as pessoas sejam compreendidas em toda sua dimensão ontológica, a ela subordinada as considerações de caráter biológico ou patrimonial.

O acesso à informação correspondente à origem biológica ensejou significativa transformação na noção de filiação, assim como na definição do vínculo de paternidade, com o surgimento de diversas questões de cunho jurídico, ético e moral.

5.2 Consequências sobre o vínculo de filiação

Conforme antes salientado, num primeiro momento, após o advento e difusão dos exames periciais de DNA, houve manifesta predominância do critério genético para definição do estado de filiação, com a superação do critério legal, concernente à filiação matrimonial. Todavia, logo foi constatada a insuficiência do elemento genético para definição da verdadeira paternidade, mormente com a consolidação da noção de paternidade socioafetiva.

Ademais, ainda que fosse reconhecido o critério socioafetivo como suficiente para definição do vínculo de paternidade, permanecia em aberta a questão do direito à busca ou conhecimento da origem biológica, aspecto de significativa importância para formação do indivíduo e desenvolvimento da sua personalidade.

O surgimento da noção de identidade genética trouxe novos elementos para o estudo da questão. Paternidade e origem genética passaram a ser considerados como elementos estanques, ou seja, sem vinculação necessária.

Entretanto, cumpre salientar que o direito à identidade genética não se confunde com identidade de filiação, haja vista que possui componentes diversos, especialmente a afetividade. A relação de parentesco não se reduz ao dado genético, de maneira que a paternidade não mantém necessária correspondência com o vínculo sanguíneo, sendo possível a constituição do parentesco por outros fundamentos legais (BARBOZA, 2002, p. 382).

Portanto, o direito à identidade genética supre a lacuna dos institutos jurídicos e assegura o conhecimento da origem biológica, sem acarretar necessariamente a modificação ou alteração do vínculo de paternidade, que decorra do matrimônio ou

tenha origem socioafetiva, observada a situação específica de cada caso concreto.

O parentesco e o estabelecimento da filiação podem ter por fundamento o vínculo de matrimonialidade, o vínculo biológico e o vínculo de afeto, aspectos que serão a seguir examinados.

5.2.1 Identidade genética e o critério jurídico

O critério legal ou jurídico da filiação é aquela de caráter mais tradicional, decorrente do matrimônio, e está descrita no brocardo latino *pater is est quem nuptiae demonstrant,* ou seja, a presunção de ser o pai o esposo da mulher casada, que está presente no art. 1.597 do Código Civil.

Contudo, as mudanças operadas no Direito de Família exigem um novo enfoque.

Observa Lôbo (2003, p. 145-146), que deve ser privilegiado o nascimento em detrimento da concepção. Ademais, para ao referido autor, o princípio jurídico do afeto enseja a reconfiguração da presunção *pater is est,* e maneira que deve ser presumido como pai o marido de mãe, ou seja, aquele que age e se apresenta como pai, independentemente de ter sido ou não o procriador.

Acerca da gênese e evolução do adágio, bem como a respeito do casamento, como divisor da filiação, sustenta Villela que:

> Expor abertamente a fidelidade da mulher a questionamento significava expor também a sua honra. E expor a honra da mulher, importava ferir o orgulho do marido tanto quanto arranhar a auto-estima dos filhos. Pronto: estava fechado o circuito lógico-histórico que consolidaria em definitivo a regra pater is est quem nuptiae demonstrant. Hipocrisia? Absolutamente não. No processo de refinamento cultural do matrimônio constitui traço fundamental o encapsulamento da vida íntima na esfera interna da família. Assim, atribuir a paternidade ao marido da mulher não significa proclamar uma derivação biológica. Se significasse e, sendo falsa a proclamação, seria correto concluir-se pela hipocrisia. Mas não é o que na linha histórico-cultural acontece. A família não tem deveres de exatidão biológica perante a sociedade, pelo que, se a mulher prevarica e pare um filho que não foi gerado pelo seu marido, isso, tendencialmente, é matéria de economia interna da família. Pode ser um grave problema para o casal. Como pode não ser problema algum. (VILLELA, 1999, p. 128 - grifado no original)

Verifica-se, pois, a nítida distinção entre ser pai e ser ascendente biológico masculino (VILLELA, 1999, p. 141).

Portanto, numa situação específica, em que o estabelecimento da filiação decorra do vínculo de matrimonialidade, é possível a busca da origem biológica, com o conhecimento da ascendência genética, sem a desconstituição da relação de parentesco.

Ainda registra Lôbo (2003, p. 147) que apenas o pai não biológico, marido da mãe, poderá impugnar a paternidade, quando houver divergência entre a presunção legal e a constatação da origem genética. Entretanto, se for demonstrada a paternidade afetiva e a constituição do estado de filiação, não será admitida a impugnação, em respeito ao princípio do melhor interesse do filho, sob pena de quebra da ordem constitucional e do sistema previsto pelo Código Civil.

5.2.2 Identidade genética e o critério biológico

O conhecimento da origem biológica terá importância relevante na hipótese de ausência de reconhecimento da paternidade ou da maternidade, constituindo o estado de filiação com fundamento nos dados genéticos, independentemente da convivência familiar e dos laços de afeto.

O direito à filiação é de caráter personalíssimo, indisponível e imprescritível, além de consistir em direito fundamental atribuído a toda pessoa humana.

São inúmeras as crianças e adultos que desconhecem sua ascendência paterna[12]. Para tutela desse direito o ordenamento jurídico prevê instituto específico, qual seja, a Lei nº. 8.560/92, que estabelece as modalidades de reconhecimento da paternidade e estabelece o procedimento oficioso, instaurando com a simples indicação, no momento do registro do nascimento, do nome e qualificação do suposto pai. Além disso, foi atribuída ao Ministério Público a legitimação

[12] Segundo pesquisa realizada por Thurler, é alta incidência de crianças brasileiras sem reconhecimento paterno em seus registros. Ela afirma, considerando os dados levantados, que uma em cada três crianças anualmente nascidas tem, em seus registros, somente filiação materna, o que representa cerca de oitocentas mil crianças. A esse fenômeno ela atribui o nome de "deserção da paternidade" (THURLER, 2004).

extraordinária para propositura da ação de investigação de paternidade, em virtude da relevância do interesse em questão.

Contudo, não é menos certo a existência de diversas ações tendentes à negação da paternidade anteriormente fixada com fundamento na ausência de vínculo biológico. Nesta hipótese, comprovada a existência de convivência familiar duradoura, com a posse de estado de filho, não se reputa possível a desconstituição da filiação não-biológica, haja vista que:

> [...] a evolução do direito conduz à distinção, que já se impõe, entre pai e genitor ou procriador. Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família. Ao ser humano, concebido fora da comunhão familiar dos pais socioafetivos, e que já desfruta do estado de filiação, deve ser assegurado o conhecimento de sua origem genética, ou da própria ascendência, como direito geral da personalidade, como decidiu o Tribunal Constitucional alemão em 1997, mas sem relação de parentesco ou efeitos de direito de família tout court. (LÔBO, 2003, p. 155).

A busca da paternidade fundamentada apenas no vínculo biológico demonstra, muitas das vezes, conforme antes salientado, o simples interesse patrimonial, o que não se coaduna com a compreensão existencial do direito à filiação.

Consolidado o estado de filiação, será inadmissível a pretensão de sua modificação apenas com fundamento na origem biológica.

5.2.3 Identidade genética e o critério socioafetivo

O critério socioafetivo é de especial importância para a definição do estado de filiação. É oportuno retomar a afirmação de Lôbo (2008, p. 13-15), no sentido de que a paternidade é efetiva e necessariamente socioafetiva, pois é uma construção cultural e não um dado da natureza, podendo ter origem biológica ou não-biológica. Por conseguinte, o critério socioafetivo permeia todas as hipóteses de filiação.

O vínculo socioafetivo está presente, indubitavelmente, na hipótese de adoção. Ele também ocorre na reprodução assistida heteróloga, na qual são utilizados gametas fornecidos por doadores, fazendo-se necessária a prévia autorização do marido, segundo estabelece o art. 1.597, V, do Código Civil.

Assim, é possível a coexistência de dois vínculos, com a prevalência jurídica de apenas um deles.

Na adoção o vínculo biológico e o vínculo socioafetivo são divergentes. O ordenamento jurídico dá prevalência ao vínculo afetivo, dispondo o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) que a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Acrescenta o artigo 39 do referido diploma que a adoção é irrevogável.

Ainda que se trate de adoção, é possível a busca da origem biológica, sem o desfazimento da filiação socioafetiva por ela estabelecida. O Superior Tribunal de Justiça,[13] ao analisar a questão, decidiu que é possível admitir-se a ação de investigação de paternidade, para reconhecimento do vínculo biológico, em respeito à necessidade psicológica do conhecimento dos pais biológicos, subsistindo inalterada a adoção.

Solução diversa foi alcançada em outro julgamento, conquanto tenha sido reconhecida a existência do direito à identidade biológica e pessoal. Foi decidido que, diante das circunstâncias do caso concreto, a chamada "adoção à brasileira" não impedia a investigação da paternidade, com a preponderância do vínculo biológico e a consequente a invalidação da paternidade socioafetiva[14]. Tais decisões demonstram claramente a complexidade do tema envolvido, que exige cuidado e atenção do operador jurídico.

[13] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMENTA: Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA. REsp nº. 127.541/RS (1997/0025451-8). Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO. 3ª Turma. Julgado aos 10.04.2000. DJ 28.08.2000, p. 72. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acessado aos 14 ago. 2009.

[14] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 833.712/RS (2006/0070609-4). Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. 3ª Turma. Julgado aos 17.05.2007. DJ 04.06.2007 p. 347. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acessado aos 15 ago. 2009.

O elemento mais recente consiste no advento da Lei nº 12.010, de 03.08.2009, que conferiu ao adotado o direito ao conhecimento da sua origem biológica. O direito deverá ser exercitado, preferencialmente, após a maioridade civil. Contudo, foi estabelecida a possibilidade de o menor de 18 anos ter acesso ao processo de adoção, a seu pedido, assegurada a orientação e assistência jurídica e psicológica.

O ordenamento jurídico, portanto, dispõe de norma que estabelece expressamente o direito à identidade genética, com o conhecimento da origem biológica, sem acarretar, todavia, a modificação do estado de filiação.

No que atine à inseminação artificial heteróloga é clara a distinção entre sexo e reprodução, assim como entre paternidade e identidade genética. Nesse contexto é amplamente debatida a existência do direito ao conhecimento da origem biológica e as conseqüências dele advindas, em oposição ao anonimato do doador, haja vista a ausência de legislação específica.

Observa Donizetti (2007, p. 100-101) que a utilização dos métodos artificiais de procriação é disciplinada, no âmbito da área médica, pela Resolução nº. 1.358, de 11.11.1992, do Conselho Federal de Medicina,[15] que assegura o anonimato do doador. Em seu estudo, relaciona e examina diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, que trazem disposições conflitantes sobre o anonimato o doador do material genético. Ora se estabelece o sigilo absoluto, com a impossibilidade do acesso à identificação do doador; em outros momentos se propõe a possibilidade de identificação do doador, inclusive para obrigatoriedade de reconhecimento da filiação, com o surgimento dos deveres inerentes à paternidade; ou mesmo a possibilidade de acesso à informação da origem biológica, sem a aquisição de direitos sucessórios (DONIZETTI, 2007, p. 102-110).

Além disso, registra que o princípio do anonimato do doador é acatado em quase todas as legislações estrangeiras, como instrumento para proteção da integridade psíquica da criança gerada por meio de inseminação heteróloga. Observa, todavia,

---

[15] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº. 1.358, de 11 de novembro de 1992. Estabelece as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 19 ago. 2009.

que a restrição ao acesso à origem biológica contraria o princípio da dignidade da pessoa humana tanto da criança quanto do próprio doador. Sustenta, a respeito, que:

> A dignidade da criança é lesionada quando lhe é retirado o direito de ter acesso às suas origens, uma vez que ao privá-la desse conhecimento ela é quase transportada para o mundo animal. Afinal, o que diferencia a reprodução dos seres humanos e dos animais é o conhecimento das origens e a vinculação que se estabelece com quem lha concedeu.
>
> Já a dignidade vista sob a perspectiva do doador é atingida quando se considera que a utilização do ser humano como fornecedor de matéria-prima para a realização do projeto parental do outro conduz o ser humano ao desempenho de um papel banal, reduzindo-o à mera condição de instrumento utilizado para alcançar determinado fim. (DONIZETTI, 2007, p. 121).

Ademais, reafirma a necessidade de compreensão do direito à origem genética de maneira não-funcionalizada, ou seja, que não possa ser utilizado como instrumento para consecução de outros direitos, tais como alimentos, herança, nome, e conclui por afirmar que:

> [...] é legítimo ao filho vindicar o acesso aos dados genéticos do doador anônimo de sêmen, arquivados na instituição em que se deu a concepção tão-somente para proteger os direitos da personalidade, sem, entretanto, fazê-lo com o intuito de investigar a paternidade (DONIZETTI, 2007, p. 127).

Portanto, deve ser resguardado o direito à identidade genética também no âmbito do vínculo socioafetivo, permitindo-se a busca da origem biológica e da historicidade pessoal. Todavia, as consequências da descoberta deverão ser examinadas em cada caso específico. Em regra, presente os laços de afeição e responsabilidade, observado o princípio dignidade da pessoa humana, assim como o do melhor interesse da criança e do adolescente, não se reputa adequado o desfazimento ou desconsideração da paternidade socioafetiva.

6 Conclusão

Após desenvolvimento dos temas abrangidos pelo presente artigo, infere-se que família e filiação são institutos condicionados pela cultura e não pela utilidade biológica.

A noção jurídica de família sofreu profunda alteração com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu novos paradigmas. Impõe-se

a preponderância da pessoa humana, considerada como centro das destinações jurídicas, com a finalidade de permitir a concretização do princípio da dignidade. Por conseguinte, deve ser assegurada a dimensão existencial dos direitos, assim como das relações e situações jurídicas.

Os princípios básicos que orientam a concepção hodierna da família são a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade. A família se converteu no espaço de realização da afetividade e da dignidade da pessoa humana, seus objetivos são a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

A dignidade da pessoa humana consiste em princípio fundamental, razão pela qual os demais direitos fundamentais estão a ele instrumentalmente ligados. Ele assegura a integridade e a identidade de todo ser humano, no sentido de possibilitar a plena concretização de suas potencialidades e aptidões. No campo normativo, cumpre a função de dar unidade de coerência ao sistema jurídico.

A afetividade, por sua vez, decorre dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Consiste em vetor de reestruturação da tutela jurídica do Direito de Família, que deve se ocupar mais da qualidade da relação mantida nos núcleos familiares do que a forma através da qual as entidades familiares se apresentam em sociedade ou dos interesses patrimoniais envolvidos.

A filiação e a paternidade também apresentam nova concepção. O conceito jurídico da paternidade emerge da dimensão cultural e afetiva, mitigada a importância atribuída ao vínculo biológico para suporte jurídico à identificação da paternidade. Para o estudo da filiação devem perquiridos os vínculos jurídico, biológico e socioafetivo, que possuem igual valor juridicizante e devem ser sopesados no debate acerca da paternidade. A filiação, sob essa ótica, não decorre apenas origem biológica.

A noção do direito à identidade biológica agregou-se ao estudo da filiação, com o objetivo de melhor definir seus contornos e trouxe novos elementos.

O ordenamento jurídico assegura o direito à intimidade, à privacidade e à identidade pessoal, que se somam ao princípio da dignidade da pessoa humana

para caracterização do direito à identidade genética.

O direito à identidade genética compreende múltiplas características. No âmbito de proteção à historicidade pessoal está inserido o direito de cada ser humano conhecer a respectiva origem e o patrimônio genético. O direito à identidade genética, sob esse aspecto, assegura o conhecimento da origem biológica, sem acarretar modificação ou alteração do vínculo de paternidade que decorra do matrimônio ou tenha origem socioafetiva. Entretanto, conforme demonstrado, paternidade e origem genética são elementos estanques, sem vinculação necessária, uma vez que possuem componentes diversos, especialmente a afetividade.

É necessário, portanto, abandonar a visão patrimonialista e funcionalizada da identidade genética para consecução de bem-estar econômico, direitos aos alimentos e à herança. As pessoas devem ser compreendidas em sua dimensão ontológica, em razão do caráter existencial do direito à filiação, a ele subordinadas as considerações de caráter biológico ou patrimonial.

A relação de parentesco não se reduz ao dado genético, de maneira que a paternidade não mantém necessária correspondência com o vínculo sanguíneo, sendo possível a constituição do parentesco por outros fundamentos legais.

Na hipótese de a filiação decorrer do vínculo de matrimonialidade é permitido a busca da origem biológica, com o conhecimento da ascendência genética, sem a necessária desconstituição da relação de parentesco.

A origem biológica terá singular importância na hipótese de ausência de reconhecimento da paternidade ou da maternidade, fixando-se o estado de filiação unicamente com fundamento nos dados genéticos. Contudo, comprovada a existência de convivência familiar duradoura, com a posse de estado de filho, não é possível a desconstituição da filiação não-biológica.

Consolidado o estado de filiação, é inadmissível a pretensão de sua modificação apenas com fundamento na origem biológica. Todavia, deve ser assegurado o direito à identidade genética no âmbito do vínculo socioafetivo, admitindo-se a busca da origem biológica e da historicidade pessoal.

Destarte, é possível a coexistência de dois vínculos, com a prevalência jurídica de apenas um deles. As consequências devem observar a situação específica de cada caso concreto, resguardados os laços de afeição e responsabilidade, assim como o princípio dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: bioética e direito. In: *Revista de Direito Constitucional,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 32, p. 88-92, jul./set. 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: FAMÍLIA E CIDADANIA: O NOVO CCB E A VACATIO LEGIS, 3, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2002. p. 379-389.

DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução.* Porto Alegre: Fabris, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, n. 19, p. 133-156, ago./set. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonalização das famílias. In: *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões,* Porto Alegre, v. 05, p. 05-22, ago./set. 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Nome: sobre o nome da pessoa humana. In: *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, n. 7, p. 38-59, out./dez. 2000.

OTERO, Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 509-555.

PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões,* Porto Alegre, v. 10, p. 34-60, jun./jul. 2009.

TEPEDINO, *Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. I*n: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Cap. 2, p.25-62.

THURLER, Ana Liési. *Paternidade e deserção:* crianças sem reconhecimento, maternidades penalizadas pelo sexismo. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/se/v19n2/v19n2a21.pdf>. Acesso em: 16. set. 2009.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. In: *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, n. 02, p. 121-142, jul./set. 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

Governantes em conflito com a lei

Pedro Oto de Quadros

Promotor de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude no Distrito Federal; graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade de Cruz Alta, RS); especialista em Direito Internacional dos Conflitos Armados e em Direito Constitucional Eleitoral (Universidade de Brasília – 2003-2004 e 2005-2006).

Quando são eleitos, os dirigentes políticos do Estado prestam o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo do município, do Estado, do Distrito Federal e do Brasil, respectivamente.

No artigo 227 da Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, sugerido pelos movimentos sociais com mais de 1,3 milhão de assinaturas, restou estabelecido expressamente o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar a crianças e adolescentes com prioridade absoluta todos os direitos que uma pessoa possui:

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

Também se determina que as ações governamentais no atendimento dos direitos da criança e do adolescente serão realizadas e organizadas com base em duas diretrizes: (1ª) descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; e (2ª) participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (art. 227, § 7º, c.c. art. 204, incs. I e II).

Coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que é lei de normas gerais, em cumprimento ao disposto no artigo 227, § 7º e no artigo 204 e inciso II, da Constituição Federal, estabelecer a forma da participação popular. Por isso, no Estatuto da Criança e do Adolescente se determina que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 86). Também se aponta como diretriz da política de atendimento a criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, como órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurando a participação popular paritária por meio de organizações representativas, nos termos de leis federal, estaduais e municipais (art. 88 e inc. II). Necessário salientar que a representação paritária do Poder Público e da sociedade civil organizada, possibilita legitimidade democrática às deliberações dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente. Por outro lado, no artigo 131 e seguintes, do Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplina-se a criação do Conselho Tutelar, órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

A partir da previsão constitucional, pela Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991, é criado o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda – que, entre outras, recebe competência para elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente. São criados, do mesmo modo, conselhos estaduais nos 26 Estados e no Distrito Federal e conselhos municipais ainda não em todos os municípios. Pesquisa de 2006 do Conanda informava que 461 municípios ainda não haviam criado conselho dos direitos da criança e do adolescente e 694 não haviam criado conselho tutelar.

Na Resolução 105, de 15 de junho de 2005, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda – consta que as decisões tomadas pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, no âmbito de suas atribuições e competência, vinculam as ações governamentais e da sociedade civil organizada em respeito aos princípios constitucionais da participação popular e da prioridade

absoluta à criança e ao adolescente (art. 2º, § 2º). As Resoluções do Conanda, consequentemente, são vinculantes para as pessoas jurídicas de direito público que compõem a República Federativa do Brasil. Necessário sempre ressaltar, no entanto, que a competência do Conanda para estabelecer normas gerais (válidas para União, Estados, Distrito Federal e Municípios) está assentada na própria Constituição Federal, como vimos anteriormente (art. 227, § 7º e 204). A descentralização político-administrativa é a própria organização do País em União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Daí, o inciso I do artigo 204 é claro: cabe à União coordenar e estabelecer normas gerais para todo o sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente. A coordenação e a execução dos respectivos programas cabe às esferas estadual e municipal. O Distrito Federal assume competências reservadas a Estados e Municípios. Do mesmo modo, no atendimento dos direitos da criança e do adolescente as ações governamentais também devem ser organizadas com base na diretriz de participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. Esse o fundamento constitucional tanto para a obrigatoriedade da existência dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente com poder deliberativo nas esferas federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, como para a existência dos Conselhos Tutelares, no âmbito municipal.

Essas normas constitucionais causaram verdadeira revolução que ainda não foi bem assimilada na concepção do Estado brasileiro. O dirigente político eleito democraticamente não mais está autorizado a governar o município, o estado, o Distrito Federal, o Brasil, como lhe parecer conveniente e na medida em que as relações de poder existentes o permitam, o que o cientista político argentino Guilhermo O'Donnell denomina de "democracia delegativa". Ele foi eleito para cumprir a Constituição e as leis. Não recebeu delegação alguma para deixar de executar a política de Estado imposta pela Constituição, valorizando a democracia participativa.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, que revogou o Código de Menores (Lei 6.697 de 1979), explicita-se que a garantia constitucional da prioridade absoluta compreende principalmente a destinação privilegiada de recursos públicos nas

áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, entre outras ações.

Até a promulgação da Constituição de 1988 e o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, as normas fundamentadas na doutrina da situação irregular tratavam crianças e adolescentes como objeto da atenção do Estado: lhes destinava a repressão policial, no caso de cometimento de crimes, e a filantropia, no de abandono. A revogação do Código de menores implica a adoção de paradigma novo, que necessita ser conhecido, estudo, efetivado. Há necessidade, inclusive, de adoção de linguagem adequada à pessoa criança e adolescente. Por isso, logo a sociedade civil organizada propôs que fosse abandonado o termo "menor" para se referir a crianças e adolescentes.

Conforme registra o "glossário" da Agência de Notícias do Direito da Infância – Andi – "menor" é um termo de sentido vago, utilizado para definir a pessoa menor de idade. Historicamente revestiu-se de um sentido pejorativo para designar crianças e adolescentes a partir de suas necessidades ou comportamento (menor infrator, menor carente, menor abandonado). Com o rompimento feito pela Constituição de 1988, o conceito tornou-se inapropriado e foi superado pela atual legislação nacional e internacional que garante direitos a crianças e adolescentes, com fundamento nos princípios do interesse superior e da proteção integral. O termo "menor", isolado, sem referência a idade, não é encontrado, nem na Constituição, nem no Estatuto da Criança e do Adolescente. O termo remete à antiga doutrina da situação irregular que inspirou o Código de Menores. Por isso, e por ser discriminatório, pejorativo e dirigido apenas a crianças e adolescentes pobres, negros, em situação de rua, que cometem atos infracionais, foi banido do vocabulário de quem defende os direitos da infância e adolescência. Os termos adequados são criança, adolescente, menino, menina, jovem. Diversos meios de comunicação ainda insistem em utilizar o termo "menor" em textos e títulos, contribuindo para a perpetuação de um conceito preconceituoso e conservador. Muitas vezes o termo vem ainda acrescido de outros igualmente ofensivos à criança e ao adolescente, como carente, abandonado, delinqüente, pivete.

E a própria Andi demonstra a utilização desse termo com sentido pejorativo ao analisar a cobertura jornalística latinoamericana:

> Vale exemplificar: uma das constatações mais alarmantes reveladas pelo presente levantamento foi o uso disseminado de termos pejorativos e ultrajantes para se referir a crianças e adolescentes. Mais de 30% dos textos sobre violência monitorados segundo a metodologia da Rede ANDI mencionam expressões como "menores", "delinqüentes", "bandidos" e "aidéticos", sendo que o país com o melhor desempenho – ou seja, que menos utilizou esses termos – foi o Brasil. Mesmo assim, cerca de 10% das notícias publicadas pela imprensa brasileira sobre violência abusam de palavras que revelam preconceito contra o público infantojuvenil.
>
> Em todo o continente, o termo mais corriqueiro, dentre os muitos presentes na cobertura, é "menor". Em sua faceta mais perversa, seu uso termina contribuindo para realçar a fronteira da desigualdade social, definindo dois universos: o das crianças e dos "menores" – este último, é claro, abrigando os filhos das famílias de camadas economicamente mais desfavorecidas. (ANDI e Rede ANDI América Latina. Direitos, infância e agenda pública: uma análise comparativa da cobertura jornalística latino-americana. Brasília: ANDI, 2007, p. 46)

Assim como os meios de comunicação, profissionais do Direito e de outras áreas do conhecimento também insistem em utilizar o termo "menor". Basta que se preste atenção nas peças lançadas em processos de Família e Criminais. Outros, esforçando-se para acertar e sem a devida atenção para a História da construção do Direito da Criança e do Adolescente, criaram expressões para se referir ao adolescente a quem é atribuída a autoria de um ato infracional, terminologia utilizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Surgiram "adolescente infrator e adolescente em conflito com a lei", por exemplo.

Mas, assim como as anteriores, nenhuma dessas expressões é adequada. Seria de bom aviso ficarmos com as palavras previstas na legislação feita com cuidado e atenção. O adolescente, pessoa em desenvolvimento, possuidor de direitos que, eventualmente, comete um ato infracional, não é "menor", não é «adolescente infrator», não é "adolescente em conflito com a lei". É adolescente a quem é atribuída a autoria de um ato infracional e que, nessa condição, possui direito ao devido processo constitucional. Se vier a ser considerado autor do mencionado ato infracional e lhe for aplicada uma medida socioducativa também há necessidade de dizer adequadamente: adolescente a quem foi aplicada medida socioeducativa de advertência, de obrigação de reparar o dano, de liberdade assistida, de prestação

de serviços à comunidade, de inserção em regime de semiliberdade e de internação em estabelecimento educacional, conforme o caso. Nesse sentido, Wanderlino Nogueira Neto afirma que a categoria "adolescente infrator" não existe, fazendo menção à precisão do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Se referir à criança como criança e ao adolescente como adolescente, assim como utilizar as palavras adequadas para se comunicar, não é preciosismo. É comprometimento. É garantia de direitos da pessoa. Em qualquer meio em que nos encontrarmos, se prestarmos atenção à linguagem utilizada, perceberemos se quem está falando conhece ou não o paradigma da proteção integral e as idéias que defende. Mas há muitos que ainda trabalham propositalmente com o paradigma menorista de antes da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A propósito, em 15 de julho de 2008, em um debate promovido pelo jornal *Correio Braziliense,* uma jovem do Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua – MNMMR – formulou uma pergunta, mais ou menos assim: "– Vocês, autoridades, falam tanto em adolescente em conflito com a lei pra cá, adolescente em conflito com a lei pra lá... A Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não são cumpridos. Não acham que as autoridades que deveriam cumprir a lei e não cumprem também não estão em conflito com a lei?".

De fato. Infelizmente, mais de 19 anos depois da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, e mais de 21 anos da Constituição Federal, a prioridade constitucional para crianças e adolescentes ainda não é uma realidade. Muitos governantes não dão a mínima importância à prioridade absoluta à criança e ao adolescente. Com a falácia de que foram eleitos para governar, preferem construir obras faraônicas, enfeitar as ruas, fazer espetáculos generosamente pagos com dinheiro público, como a Copa de 2014, a Olimpíada de 2016, festas e shows, por exemplo, sem falar nos desvios de recursos públicos e na corrupção. Muitos já passaram da metade do mandato fazem de conta que não existe uma política pública prevista na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente que deve ser executada antes de qualquer plano de governo ou projeto pessoal. Nem mesmo os recursos mínimos previstos no orçamento são investidos. Desprezam as

deliberações dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente. Evidentemente, esses governantes estão em conflito com a Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Não perdem por esperar o enquadramento da conduta na Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, quando na legislação federal se impõe a criação do Conselho Tutelar como colegiado de atendimento a crianças, adolescentes e famílias, privilegia-se o princípio da descentralização. Obviamente, um grupo de pessoas conhecidas escolhidas pela comunidade está em melhores condições de avaliar e decidir sobre qual medida deve ser aplicada em cada situação analisada, do que o antigo juiz de menores, localizado numa Comarca distante. É a comunidade local, articulada nos Conselhos Tutelares, que se responsabiliza pela garantia de que as crianças e adolescentes que ali vivem tenham um desenvolvimento saudável, sendo atendidos em todos os seus direitos.

Nesse contexto, o Conanda aprovou a já mencionada Resolução 75, de 22 de outubro de 2001, dispondo sobre os parâmetros para a criação e funcionamento dos Conselhos Tutelares (DOU, 14 nov. 2001). Na mesma ocasião, o Conanda decidiu elaborar um conjunto de recomendações, na expectativa de que se avance na efetivação dos Conselhos Tutelares, principalmente no que diz respeito à adequação da legislação local. Da Resolução e das recomendações, destacam-se:

> Art. 1º Ficam estabelecidos os parâmetros para a criação e o funcionamento dos Conselhos Tutelares em todo o território nacional, nos termos do art. 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto órgãos encarregados pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.
>
> Parágrafo Único. Entende-se por parâmetros os referenciais que devem nortear a criação e o funcionamento dos Conselhos Tutelares, os limites institucionais a serem cumpridos por seus membros, bem como pelo Poder Executivo Municipal, em obediência às exigências legais.
>
> [...]
>
> 1. DA QUANTIDADE DE CONSELHOS TUTELARES POR MUNICÍPIO
>
> O legislador estabeleceu, conforme a nova redação dada pela Lei Federal nº 8.242/91, de 12/10/91, ao art. 132 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que: "Em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução".

> Ocorre que a diversidade populacional, econômica e de dimensões físicas entre os municípios brasileiros indica a necessidade do estabelecimento de parâmetro para a criação de Conselho Tutelar além do mínimo legal.
> Por considerar de fundamental importância para a implementação de uma política de atendimento eficiente para o município, o CONANDA recomenda a criação de um Conselho Tutelar a cada 200 mil habitantes, ou em densidade populacional menor quando o município for organizado por Regiões Administrativas, ou tenha extensão territorial que justifique a criação de mais de um Conselho Tutelar por região, devendo prevalecer sempre o critério da menor proporcionalidade.
> Além das possibilidades acima, ressalta-se que outras realidades devem ser consideradas para a criação de mais Conselhos Tutelares, prevalecendo, de qualquer forma, o princípio constitucional da prioridade absoluta, notadamente no que tange à destinação privilegiada de recursos para o atendimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente. (Grifos acrescentados)
> [...]
> 9. DA AUTONOMIA E DO FUNCIONAMENTO
> [...]
> Em razão do disposto no art. 134, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a lei municipal deve estabelecer, expressamente, tanto o horário quanto o local de funcionamento do Conselho Tutelar. O CONANDA entende que o funcionamento do Conselho Tutelar deve respeitar o horário comercial durante a semana, assegurando-se um mínimo de 8 horas diárias para todo o colegiado e rodízio para o plantão, por telefone móvel ou outra forma de localização do Conselheiro responsável, durante a noite e final de semana.

Depreende-se do texto acima transcrito que a criação de um Conselho Tutelar dar-se-á a cada 200 mil habitantes ou *em densidade populacional menor quando o município for organizado por Regiões Administrativas ou tenha extensão territorial que justifique a criação de mais de um Conselho Tutelar por região, devendo prevalecer sempre o critério de menor proporcionalidade.* Ressalta-se, assim, que outras realidades devem ser consideradas para a criação de mais conselhos tutelares.

Desse modo, o critério adotado para a criação de Conselhos Tutelares é o da proporcionalidade que efetivamente garanta os direitos de crianças e adolescentes. Além do referencial teórico, o administrador público, a partir do parâmetro quantitativo, deve avaliar outros fatores, como o nível de vulnerabilidade social,

para implementar novos Conselhos Tutelares.

No caso do Distrito Federal, é notório, aliás, que os atuais Conselhos Tutelares estão trabalhando além de limites humanamente aceitáveis, carentes de pessoal de apoio, material e infraestrutura, em razão, entre outros fatores, do número de pessoas que deve atender e da complexidade e extensão das suas atribuições, que estão descritas no artigo 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mas, se, nos termos do disposto na Lei 234 de 15 de janeiro de 1992, deveria haver um Conselho Tutelar em cada Região Administrativa, norma posterior, que deveria aperfeiçoar o sistema, os reduziu para um em cada Circunscrição Judiciária é inconstitucional. Vincular os Conselhos Tutelares a um conceito estabelecido em lei federal constitui retrocesso proibido pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica do Distrito Federal. Levou-se em conta a demanda pelo Judiciário, que é muito menor do que a demanda pela garantia dos direitos das crianças e adolescentes, pois a atuação dos Conselhos Tutelares objetiva, exatamente, a desjudicialização do atendimento e a competência é diversa da área judicial, abrangendo uma atuação política e comunitária, além do atendimento direto e personalizado das crianças, adolescentes e respectivas famílias com direitos ameaçados ou violados.

Ao prever a descentralização política e administrativa, o constituinte de 1988, sensibilizado pela mobilização social, rompeu com o autoritarismo e acolheu princípios de democracia participativa que estão reproduzidos na Lei Orgânica do Distrito Federal e que se tornam realidade por meio do adequado funcionamento dos Conselhos Tutelares. A propósito, registre-se, ainda, que na Lei Orgânica do Distrito Federal há diversos dispositivos que enfatizam a descentralização por regiões. Assim, prevê-se que *"o Distrito Federal organiza-se em Regiões Administrativas, com vistas à descentralização administrativa, à utilização racional de recursos para o desenvolvimento sócio-econômico e à melhoria da qualidade de vida*" (art. 10) e, textualmente:

> CAPÍTULO VII
>
> DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
>
> Art. 267. É dever da família, da sociedade *e do Poder Público assegurar à criança e ao adolescente,* nos termos da Constituição Federal, com *absoluta*

prioridade, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, *além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, constrangimento, vexame, crueldade e opressão.*

§ 1º O Poder Público, por meio de *ação descentralizada* e articulada com entidades governamentais e não governamentais, viabilizará:

I – o atendimento à criança e ao adolescente, em caráter suplementar, mediante programas que incluam sua proteção, *garantindo-lhes a permanência em seu próprio meio;*

II – o cumprimento da legislação referente ao direito a creche, estabelecendo formas de fiscalização da qualidade do atendimento a crianças, bem como sanções para os casos de inadimplemento;

[...]

IV – o direito de cidadania de criança e adolescente órfãos, sem amparo legal de pessoas por elas responsáveis, com ou sem vínculo de parentesco;

V – o atendimento a criança em horário integral nas instituições educacionais.

§ 2º A proteção à vida é feita mediante a efetivação de política social pública, que resguarde o respeito à vida desde a concepção, bem como ampare o nascimento e desenvolvimento da criança em condições dignas de sobrevivência.

Art. 268. *As ações à infância e adolescência serão organizadas, na forma da lei,* com base nas seguintes diretrizes:

I – *descentralização do atendimento;*

II – *valorização dos vínculos familiares e comunitários;*

III – *atendimento prioritário em situações de risco, definidas em lei;*

IV – *participação da sociedade na formulação de políticas e programas, bem como no acompanhamento de sua execução, por meio de organizações representativas.*

Art. 269. O Poder Público apoiará a criação de associações civis de defesa dos direitos da criança e adolescente, que busquem a garantia de seus direitos, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Natural entender-se, pois, que, se os direitos da criança e do adolescente devem ser assegurados pelo Estado com prioridade absoluta, não é possível aceitar a criação de uma Região Administrativa sem a existência de pelo menos um Conselho Tutelar e, a partir de 200 mil habitantes, mais um, como recomenda expressamente o Conanda desde 2001.

Com fundamento na Constituição Federal, o legislador de normas gerais manteve-se fiel aos preceitos constitucionais, reproduzindo no Estatuto da Criança e do Adolescente, os deveres da família, da sociedade e do Estado de assegurar com absoluta prioridade os direitos das crianças e adolescentes (art. 4º). Por sua vez, de forma didática, explicitou o conteúdo mínimo do princípio da prioridade absoluta, compreendendo este, além de outros direitos, porquanto os exemplos não são taxativos, a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, *a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.*

Os direitos positivados na Constituição Federal são comandos cogentes, com destinatários certos, os mandatários de cargos políticos, os gestores dos recursos públicos, na figura dos parlamentares e chefes do Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Tais direitos obrigam o administrador público, o qual, adstrito ao princípio da legalidade, não pode olvidar os comandos insculpidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei Orgânica do Distrito Federal e na Constituição Federal.

Cristalino é o entendimento segundo o qual cabe ao Distrito Federal ultimar todas as ações para garantir o funcionamento dos Conselhos Tutelares em cada uma das Regiões Administrativas. Os dispositivos constitucionais mencionados anteriormente (art. 227, § 7º e art. 204), em síntese, fixam a responsabilidade do Distrito Federal em coordenar e executar programas sociais, bem como garantir a efetiva participação popular na formulação das políticas e no controle das ações relacionadas à garantia dos direitos das crianças e adolescentes.

Tanto a criação do Conselho dos Direitos quanto a dos Conselhos Tutelares são questões afetas ao Distrito Federal que, observando as normas gerais previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, deve editar lei no âmbito de sua competência (Câmara Legislativa do Distrito Federal) e executar as medidas necessárias para dar concretude às normas (Poder Executivo). Constitui dever expresso no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quando são eleitos, os dirigentes políticos do Estado prestam o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo do município, do Estado, do Distrito Federal e do Brasil, respectivamente. Prevê-se, por exemplo, na Lei Orgânica do Distrito Federal:

> Art. 87. O Poder Executivo é exercido pelo Governador do Distrito Federal, auxiliado pelos Secretários de Estado.
> [...]
> Art. 91. O Governador e o Vice-Governador do Distrito Federal omarão posse em sessão da Câmara Legislativa, quando prestarão o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição Federal e a Lei Orgânica, observar as leis e promover o bem geral do povo do Distrito Federal.

Esse compromisso prestado pelos governantes indica que a população pode ficar tranquila: o governo assumiu por quatro anos um dever de ser honesto: "defender e cumprir a Constituição Federal e a Lei Orgânica, observar as leis e promover o bem geral do povo do Distrito Federal".

Mas não é só: a previsão constitucional no sentido de que família, sociedade e Estado devem garantir os direitos da criança e do adolescente, também está em sintonia com a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, aprovada pelo Decreto Legislativo 28, de 14 de setembro de 1990, do Senado Federal, e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, do Presidente da República. A Convenção de 1989 define os direitos da criança frente à sociedade mais que frente à família. Como afirma Daniel O'Donnell, que participou ativamente das discussões com vistas à elaboração do texto, a Convenção representa um esforço de reafirmação e de consolidação dos direitos da criança. A importância da reafirmação é dupla. Juridicamente, a reafirmação de uma ampla gama de direitos fundamentais na Convenção elimina qualquer dúvida que pudesse subsistir sobre o lugar da criança no Direito Internacional dos Direitos Humanos: não é o mero objeto do direito a uma proteção especial, mas sim sujeito de todos os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico internacional como «direito de toda pessoa». A reafirmação da maior parte dos direitos fundamentais, até os já reconhecidos em outros instrumentos vigentes, realça o valor pedagógico da Convenção, facilitando sua

utilização em qualquer programa de conscientização, mobilização, educação e capacitação de toda natureza. Um aspecto importante da Convenção é a incorporação vinculante ao Direito Internacional de alguns direitos previamente reconhecidos em declarações.

A Convenção também cria o Comitê dos Direitos da Criança, formado por membros de nacionalidades diversas, que atuam a título pessoal: não representam os seus países nem eventuais organizações a que pertençam. É o órgão das Nações Unidas encarregado de examinar e monitorar a implementação da Convenção nos países que a assinaram. De acordo com a Convenção (art. 44), os países signatários se comprometem a apresentar relatórios periódicos ao Comitê sobre as medidas que adotaram para garantir os direitos reconhecidos na Convenção e sobre os progressos realizados para a fruição dos direitos pelas crianças. O primeiro relatório deveria ser apresentado pelo Brasil no prazo de dois anos contados da data de ratificação da Convenção, vale dizer, em 1992 e, após, a cada cinco anos, mas o primeiro só foi entregue em setembro de 2004, com praticamente 12 anos de atraso, portanto. Também deveria apresentar relatórios em 1997 e em 2002. No entanto, foi o único entre os países signatários que enviou apenas um relatório.

O Comitê analisa o relatório e se manifesta por conclusões e recomendações, conhecidas como "observações finais". As Observações finais de 2004 são contundentes acerca do muito que falta para a efetivação dos direitos da criança, mas autoriza o Brasil a apresentar os dois relatórios faltantes, consolidados, em outubro de 2007. O Comitê reconheceu que a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 e o Estatuto da Criança e Adolescente incorporam princípios de direitos humanos e o do interesse superior da criança. Mas recomenda que o princípio do interesse superior da criança deve se refletir em atos legislativos, políticas e programas, bem como nas decisões judiciais e administrativas que afetam crianças. Também recomenda treinamento para profissionais e a conscientização do público em geral sobre a implementação desse princípio.

O comitê recomenda que o Brasil assegure a plena implementação da legislação relevante, particularmente o Estatuto da Criança e do Adolescente. O Comitê também pede que o Governo federal assegure que os Estados e Municípios

estejam conscientes de suas obrigações sob a Convenção e de que os direitos da Convenção têm que ser implementados em todos os Estados e Municípios por meio de legislações e políticas, e demais medidas apropriadas.

O Comitê demonstra preocupação com a ausência de um mecanismo independente de acordo com os Princípios de Paris com mandato regular para monitorar e avaliar o progresso na implementação da Convenção e autorizado a receber e atuar sobre reclamações individuais, inclusive de crianças.

À luz do seu Comentário Geral nº 2 sobre Instituições Nacionais de Direitos Humanos, o Comitê encoraja o Brasil a estabelecer um mecanismo independente e eficaz de acordo com os Princípios de Paris (Resolução 48/134 da Assembleia Geral). Essa instituição deve ser provida de recursos humanos e financeiros adequados e deve ser de fácil acesso às crianças, lidando com as reclamações das crianças de forma sensível e expedita e fornecendo respostas para violações de seus direitos sob a Convenção. Essa instituição já existe: é o Conselho Tutelar, só que funciona muito mal até mesmo na Capital do Brasil em razão do completo descaso dos governantes.

O Comitê recomenda que o Brasil dê especial atenção à plena implementação do artigo 4º da Convenção, tendo em consideração os recentes desenvolvimentos econômicos positivos, priorizando e aumentando a alocação orçamentária para assegurar, em todos os níveis, a implementação dos direitos das crianças, particularmente aquelas pertencentes a grupos marginalizados e economicamente em desvantagem, incluindo crianças afrodescendentes e crianças indígenas, "ao máximo dos recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional".

Obviamente que as recomendações não estão dissociadas da realidade interna. A expressão "recentes desenvolvimentos econômicos positivos" indicam claramente o êxito econômico brasileiro decorrente do Plano Real, implantado na economia brasileira a partir de 1993 e consolidado em 1994, mas que ainda não surtiu efeito no cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. E não seria despiciendo relembrar que, nos termos do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, a garantia da prioridade absoluta compreende a destinação privilegiada de recursos

públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, par. ún., alínea "d").

O Comitê também se ocupa da falta de um plano sistemático para continuar treinando e conscientizando grupos profissionais que trabalham com e para crianças. Por isso, recomenda o Brasil a continuar fortalecendo seu programa para a difusão de informação sobre a Convenção e sua implementação entre crianças e pais, sociedade civil e todos os setores e níveis do governo; a fornecer treinamento sistemático e adequado e sensibilização sobre os direitos da criança para todas as pessoas que trabalham com, ou para crianças, tais como parlamentares, juízes, advogados, pessoal de aplicação da lei e de saúde, professores, administradores de escolas, assistentes sociais, e especialmente as próprias crianças.

Acerca da implementação das recomendações do Comitê, o Conanda vem desenvolvendo esforços através da aprovação de resoluções, entre outras medidas. Entre outras, aprovou, por exemplo, a Resolução 112, de 27 de março de 2006, que dispõe sobre os parâmetros para a formação continuada dos operadores do sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente. Em sintonia com o Comitê dos Direitos da Criança da ONU, estabelece-se nessa Resolução que o público destinatário da formação continuada é composto pelos membros de organizações da sociedade civil e do governo, priorizando os atores do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente: defensorias públicas, delegacias especiais da criança e do adolescente, juízes e promotores de justiça, conselheiros tutelares e dos direitos da criança e do adolescente, polícias civis, militares e comunitárias, equipes interdisciplinares, parlamentares, profissionais de programas protetivos e socioeducativos, lideranças comunitárias, gestores, formadores e trabalhadores das áreas da assistência, educação, cultura, comunicação, saúde e segurança, e organizações que trabalham direta e indiretamente com crianças e adolescentes e são parceiras fundamentais na concretização do Sistema. Crianças, adolescentes e familiares também são prioridade como participantes na formação, em espaços escolares, comunitários entre outros. Encontra-se em discussão, atualmente, Resolução que substituirá a Resolução 75, de 2001, para aperfeiçoar os Conselhos Tutelares no Brasil.

Até mesmo na Capital do Brasil o descaso com os direitos da criança tem prevalecido. Acompanhamento feito pela Promotoria de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude aponta que em 2007, primeiro ano do governo atual, dos R$ 212.270,00 (duzentos e doze mil e duzentos e setenta reais) previstos para "manutenção e funcionamento dos Conselhos Tutelares", somente R$ 11.220,00 (onze mil e duzentos e vinte reais) foram executados, o que implica 5% da previsão inicial que, diga-se de passagem, já era ínfima. Em contrapartida, as despesas com publicidade e propaganda, em 2007, apenas da administração direta, alcançaram o montante de 116.500.000,00 (cento e dezesseis milhões e quinhentos mil reais), o que implica 150,65% da previsão inicial, conforme verificou o Tribunal de Contas do Distrito Federal ao examinar as contas do Governador do exercício de 2007. Em 2008, a sociedade civil, a frente parlamentar pelos direitos da criança e do adolescente, a Promotoria de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude e a atuação do Coordenador de Apoio Técnico e Administrativo aos Conselhos Tutelares propiciaram uma previsão orçamentária maior, que chegou a R$ 707.307,00 (setecentos e sete mil e trezentos e sete reais), dos quais, porém, apenas R$ 8.179,88 (oito mil e cento e setenta e nove reais e oitenta e oito centavos) restaram efetivamente pagos, o que implica 1,16%. Em 2008, para despesas com publicidade e propaganda do Poder Executivo estavam previstos inicialmente R$ 70.681.495,00 (setenta milhões e seiscentos e oitenta e um mil e quatrocentos e noventa e cinco reais), mas foram gastos R$ 86.317.019,00 (oitenta e seis milhões e trezentos e dezessete mil e dezenove reais), 122,12% da previsão inicial. Em 2009 havia previsão inicial de R$ 840.000,00 (oitocentos e quarenta mil reais) para os Conselhos Tutelares e de R$ 101.150.000,00 (cento e um milhões e cento e cinquenta mil reais) para publicidade e propaganda. Em razão de antecipação de tutela jurisdicional obtida em ação civil pública, houve reforço de mais R$ 1.340.000,00 (um milhão e trezentos e quarenta mil reais) 2009 e, embora nada tivesse sido executado até abril, até 31 de maio de 2009, R$ 73.379,00 (setenta e três mil e trezentos e setenta e nove reais) foram executados para os Conselhos Tutelares. Publicidade e propaganda, porém, alcançaram o montante de R$ 43.343.409,00 (quarenta e três milhões, trezentos e quarenta e três mil, quatrocentos e nove reais), em 31 de maio de 2009. Mas o vergonhoso disso é que pouco será executado para os Conselhos Tutelares até dezembro de 2009, quando

se anunciam despesas com publicidade e propaganda atingindo montante de mais de 300 milhões de reais.

Para coibir esse tipo de atitude, prevê-se, por exemplo, na legislação:

Lei Orgânica do Distrito Federal:

> Art. 27. Os atos de improbidade administrativa importarão suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.
>
> [...]
>
> Art. 101. São crimes de responsabilidade os atos do Governador do Distrito Federal que atentem contra a Constituição Federal, contra esta Lei Orgânica e, especialmente, contra:
>
> [...]
>
> II – o livre exercício do Poder Executivo e do Poder Legislativo ou de outras autoridades constituídas;
>
> III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
>
> [...]
>
> V – a probidade na administração;
>
> VI – a lei orçamentária;
>
> VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.
>
> [...]
>
> Art. 101-A. São crimes de responsabilidade os atos dos Secretários de Estado, dos dirigentes e servidores da administração pública direta e indireta, do Procurador-Geral, dos comandantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar e do Diretor-Geral da Polícia Civil que atentarem contra a Constituição Federal, esta Lei Orgânica e, especialmente, contra:
>
> [...]
>
> II – o livre exercício dos Poderes Executivo e Legislativo e das outras autoridades constituídas;
>
> III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
>
> [...]
>
> V – a probidade na administração;
>
> VI – a lei orçamentária;
>
> VII – o cumprimento das leis e decisões judiciais.

Lei federal 8.429, de 2 de junho de 1992:

CAPÍTULO I

Das Disposições Gerais

Art. 2° Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Art. 4° Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

[...]

CAPÍTULO II

Dos Atos de Improbidade Administrativa

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que

Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

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

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

[...]

CAPÍTULO III

Das Penas

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

[...]

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Além das sanções previstas objetivamente na legislação, esses governantes que não cumprem a Constituição, a Lei Orgânica do Distrito Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, são evidentemente, desonestos, por isso que devem receber a punição popular nas urnas. Para isso, é importante a conscientização dos eleitores e dos próprios candidatos a cargos eletivos, que o respeito ao princípio constitucional da garantia dos direitos da criança e adolescente com prioridade absoluta é fundamental para melhoria das condições de vida de toda população. Os candidatos devem se comprometer a, uma vez eleitos, investir em políticas públicas destinadas ao atendimento prioritário e preferencial de crianças, adolescentes e suas respectivas famílias, em cumprimento ao disposto na lei e na Constituição Federal.

A propósito, a Constituição do Estado de Minas Gerais dispõe-se expressamente que "a sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz" (art. 73). Não é porque não exista previsão expressa que a sociedade do Distrito Federal e mesmo a brasileira também não possua esse direito. Decorre das boas regras de convivência que o governo eleito cumprirá a lei. Todos os agentes públicos devem respeito aos princípios constitucionais da prioridade absoluta e da proteção integral à criança e ao adolescente. Mas aqueles que não se propõem a assumir tal compromisso de maneira expressa estão dando um claro indicativo de que não pretendem cumprir a Constituição Federal e as leis, e se não fazem isso no que diz respeito a crianças e adolescentes, por certo não o farão em outros setores da administração e da política municipal.

O início dos novos mandatos municipais em 2009 renovaram a esperança de ventos favoráveis às crianças e adolescentes. Que sirvam de inspiração a governantes de Estados e cidades que fazem questão de desdenhar o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição e observar as leis. As eleições de 2010, do mesmo modo, impõem a eleitores e candidatos, a assunção do compromisso permanente pela efetivação de todos os direitos das crianças e adolescentes.

Diga-se, ainda, que, com a promulgação da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, já estão em pleno funcionamento em todo o Distrito Federal, 40 juizados especiais cíveis e criminais, sendo 19 cíveis, 10 criminais e 11 de competência geral. Também

é importante ter em mente que as Polícias Civil e Militar o Ministério Público e o Poder Judiciário do Distrito Federal são organizados e mantidos pela União, que ainda presta assistência financeira ao Distrito Federal nas áreas de educação e saúde. Não há explicação para esse completo descaso com os direitos da criança e do adolescente em plena Capital do Brasil. Aliás, no Distrito Federal hoje há mais de 2,6 milhões de habitantes, distribuídos por 30 Regiões Administrativas. Além de 13 delegacias especializadas, inclusive uma específica para cadastro de roubos e furtos de veículos, há apenas uma delegacia de proteção à criança e ao adolescente, que atende de forma não exclusiva a criança e o adolescente vítima; duas delegacias destinadas ao atendimento do adolescente autor de ato infracional e, nas diversas Regiões Administrativas, cerca de 35 delegacias circunscricionais.

Nunca é demais lembrar que Brasília foi construída para dar cumprimento à Constituição Federal de 1946. Não pode o Capital do país deixar de cumprir a Constituição Federal e sua própria Lei Orgânica. Dessa forma, esperamos entrar o ano do 50º aniversário da cidade com o cumprimento dos princípios constitucionais do interesse superior e da proteção integral a crianças e adolescentes, consubstanciados na imposição à família, à sociedade e ao Estado do dever de garantir com prioridade absoluta os direitos que eles possuem.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ANDI e Rede ANDI América Latina. *Direitos, infância e agenda pública: uma análise comparativa da cobertura jornalística latino-americana.* Brasília: ANDI, 2007. Disponível em: <http://www.redandi.org/_pdf/Direitos,%20Infancia%20e%20Agenda%20Publica.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2009.

ANDI. *Glossário*. Brasília: ANDI, s.d. Disponível em <http://www.andi.org.br>. Acesso em: 1 maio 2009.

BAESSO, Amarildo. O papel do Estado e da sociedade na formulação e fiscalização de uma política para a criança e o adolescente (Painel I). In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 6, 2005, Brasília. *Anais*... Brasília: CONANDA, 2005. p. 68-86.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso: 18 mai. 2009.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília,* DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso: 18 maio 2009.

_____. Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 out. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8242.htm>. Acesso: 6 maio

2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDES, Emílio García(Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado.* 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CYRINO, Públio Caio Bessa; LIBERATI, Wilson Donizeti. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente.* 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado.* 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NOGUEIRA NETO, Wanderlino. *Direitos humanos da infância e da adolescência; marcos teóricos para o Sipia: instrumentos, instituições e mecanismos de promoção e proteção dos direitos humanos da criança e do adolescente.* Fortaleza: Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ceará & Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República: 2006.

O'DONNELL, Daniel. La Convención sobre Derechos del Niño: *estructura y contenido. Infância:* Boletín del IIN, n. 230. Tomo 63, Julio. Instituto Interamericano Del Niño, Montevideo. 1990. Disponível em <http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%202.pdf>. Acesso: 6 abr. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe* (1993-2006). 2.ed. Santiago del Chile. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina Regional para América Latina y el Caribe; Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006.

PONTES JR., Felício. *Conselhos de direitos da criança e do adolescente.* São Paulo: Malheiros, 1993.

Princípio constitucional da transparência na administração e Ministério Público: interrelações e possibilidades da accountability no Brasil

Pedro Thomé de Arruda Neto

Promotor de Justiça do MPDFT - Primeira Promotoria de Justiça de Ceilândia-DF

SUMÁRIO: 1 *Accountability:* um panorama do instituto na literatura da Administração Pública. 2 A Accountability e o Direito brasileiro: a sedimentação do Princípio da Transparência da Administração Pública ("Princípio da Accountability") no Direito Público. 3 O Controle Institucional do Ministério Público sobre a Administração Pública: discussões e reflexões sobre o papel do "Parquet" na realização do Princípio da Transparência. Referências.

1 Accountability: um panorama do instituto na literatura da Administração Pública

A literatura acadêmica da Administração Pública tem dedicado especial atenção ao fenômeno da *accountability,* sendo que desde a década de quarenta, em especial nos países anglosaxões, pesquisadores trabalham com tal conceito, sendo notável a doutrina que discutia a abrangência do termo sob a ótica dos seus mecanismos.

Nesse sentido, parcela da literatura enxergou, de forma limitativa, como mecanismos de *accountability,* em sua modalidade horizontal: a) o controle, e

b) a fiscalização de violações legais por parte de autoridades e agências públicas (KENNEY, 2003, O`DONNEL, 1998; 2003 *apud* CENEVIVA; FARAH, 2007). Por outro lado prevaleceu academicamente o posicionamento da literatura (MAINWARING, 2003, ABRUCIO E LOUREIRO, 2005, CLAD, 2000; SCHMITTER, 1999; ELSTER, 1999 apud CENEVIVA; FARAH, 2007) de que além daqueles dois mecanismos acima indicados, concorreriam para a real compreensão do termo as noções relativas ao monitoramento e a sanção de ações (ou omissões) políticas, que não necessariamente envolvem o cometimento

de delitos ou infrações legais, envolvendo ai um juízo próprio de tipicidade das condutas.

Em recorte pragmático da política em questão, temos como marco referencial da implementação desta ferramenta da gestão da res publica contemporânea: a chamada "experiência neozelandesa" de reforma do Estado. Colocada em prática a partir do State Sector Act de 1988 e do *Public Finance Act* de 1989, promoveu-se uma real vinculação do administrador público ao atingimento de resultados, previamente planejados e detalhados, por meio do uso de indicadores de avaliação de *perfomance* e de critérios para mensurar a qualidade dos serviços prestados, introduzindo paradigmas ligados ao ideário da reforma gerencialista do Estado[1] .

Inúmeros estudos apontam para o sucesso da experiência da Nova Zelândia, em especial, no combate à corrupção por meio da utilização de mecanismos próprios de controle estatal (PAULA, 2005).

A palavra *accountability,* contudo, não tem tradução imediata para o português, tratando-se, portanto, de um anglicismo que tem como origem remota palavra inglesa derivada do latim ad computare (contar para, contar com). Nesse sentido,

[1] O gerencialismo na Administração Pública brasileira remonta à Emenda Constitucional nº 19 que teve no Professor Doutor Bresser Pereira, sua matriz intelectual. No país entendemos que a experiência gerencialista mostrou-se frágil e limitada, grosso modo, por dois motivos: 1) pela não realização da sua dimensão democrático-deliberativa e, portanto, dialógica, e 2) por incompatibilidade com os pressupostos legais da Administração Pública, em apertada síntese, por querer impor uma maior discricionariedade no atuar do administrador, esquecendo-se o legislador constituinte derivado de que os agentes públicos só podem agir segundo o que a lei permite e prescreve. Inúmeras são as críticas a este modelo que apregoa a terceirização dos serviços públicos em áreas como a saúde e a educação e a introdução de figuras jurídicas importadas como o "contrato de gestão", que se adapta mal à rigidez do sistema legal administrativo pátrio (DI PIETRO, 1999). Boa parte das pesquisas constantes da literatura da Administração Pública aponta para críticas ao modelo gerencial e suas figuras centrais (agências executivas, agências reguladoras e organizações sociais), apontando em seus estudos, para a fragmentação do aparelho do Estado e para ausência da preconizada eficiência na prestação dos serviços públicos (PAULA, 2005, p. 73). Outro ponto passível de crítica no gerencialismo está no seu fetchismo pelo controle de resultados que é um ideal que pressupõe aprimoramento ainda não alcançado por nossa Administração Pública: o de possuir uma administração profissionalizada, onde a valorização do servidor público passa pelo respeito ás regras constitucionais do concurso público, em detrimento das terceirizações, além de maiores investimentos em treinamento e desenvolvimento de pessoas, como aponta HAGE (2009). De qualquer sorte, a accountability, ao contrário, mesmo tendo sua origem na literatura da ciência da Administração Pública, da vertente gerencial, é aceita, pela literatura com um recorte positivo (MATIAS-PEREIRA, 2007), como demonstraremos.

a conceituação do que vem a ser *accountability* é particularmente desafiadora para o estudioso brasileiro em virtude não só da inviabilidade de se encontrar um léxico correspondente no vernáculo mas, especialmente, diante do sentido extremamente elástico que possui, mesmo na língua inglesa.

De qualquer sorte, indiscutível é que está ligada ao ideário do "combate à corrupção" no exercício diuturno do Poder Público e à garantia de maior transparência dos atos administrativos. Também se relaciona às discussões acerca da moralidade, probidade, com estudos jurídicos e de gestão pública, além de Ética.

A Administração Pública pátria parece não possuir um real compromisso ético no atuar de seus agentes públicos, o que demanda uma tomada de posição (jurídica, sobretudo) com o inevitável enfrentamento da questão imoralidade administrativa, trazendo, caso necessário, às barras da justiça aqueles que atuam de forma desviante ou exorbitante daquilo a que deveria estar circunscrito ao núcleo das normas jurídicas.

Por oportuno, vale trazer à tona interessante pesquisa, levada a efeito em nível de pós-doutorado (ASPER Y VALDÉS, 2008, p. 270-282), sendo que após o processamento de informações coletadas em campo[2] constatou-se que os "cinco valores mais negligenciados na Administração Pública" seriam: moralidade, interesse público, imparcialidade, eficiência e a honestidade, nesta ordem. Concluiu-se, pari passu, que "a ênfase na transparência e na necessidade de se agir com o devido respeito para com os cidadãos e de ajudá-los efetivamente não foi confirmada pelos resultados colhidos na pesquisa. Tudo isto aponta para o fato de que a *accountability* não seja uma realidade, até os dias de hoje, no Brasil.

Merece menção, neste diapasão, outro artigo, datado de 1990, e intitulado: *"Accountability:* Quando Poderemos Traduzi-la para o Português?". Nele a professora-doutora Anna Maria Campos, em artigo publicado na Revista Brasileira de Administração Pública (RAP), questionou a possibilidade prática

[2] Os questionários foram respondidos por servidores da Controladoria Geral da União (CGU) e foi realizada em julho de 2007, com o apoio do Ministro de Estado e Controle e da Transparência, Dr. Jorge Hage (ASPER Y VALDÉS, 2008, p. 266).

de se implementar a *accountability* no país, em especial por ter suas origens teóricas e pragmáticas em nações onde haveria uma burocracia estável com uma administração profissionalizada[3] , um Estado Social e com uma realidade econômica e política bastante diversas da brasileira. Ao mesmo tempo revelou entusiasmo com o sucesso das experiências alienígenas no desenvolvimento do tema, em especial, com o incremento da efetivação do controle da atividade estatal, por meio da prática do planejamento e da utilização de mecanismos instituídos na dinâmica política do próprio Estado, referentes, primordialmente à três aspectos: 1) a participação política do povo, 2) a prestação de contas do administrador da coisa pública e 3) as "boas práticas"[4] que garantissem um adequado nível de transparência governamental, plenamente exigível em um Estado Democrático e Social de Direito.

Registre-se que existem, mesmo no seio da literatura anglosaxã, leituras críticas acerca da *accountability,* sendo destacável o posicionamento de Amitai Etzioni (2009) que nos brinda com uma concepção alternativa do tema, partindo da experiência estadunidense na gestão da saúde, que, como sabemos tem na figura das agências[5] o órgão central da Administração Pública e principal sujeito material na *accountability* horizontal, na medida são delas que partem os atos punitivos de eventuais desvios praticados.

Para o cientista social e professor da Universidade de Columbia a amplitude conceitual do termo engloba tradicionalmente a: i) responsabilidade e sensibilidade para aludir a uma maior atenção ou consideração para com a comunidade, e ii) exigência de compromisso com valores socialmente relevantes. Nos dois casos está em jogo o uso simbólico da política e não sua força social intrínseca, de molde a enxergar a *"accountability* como gesto", com pouca ou nenhuma

---

[3] Administração Profissionalizada pressupõe o prestígio e o respeito ao concurso público e suas regras, assim como também o planejamento e desenvolvimento de pessoas.

[4] A idéia de "boas práticas" está ligada ao plano governamental, e não estatal que é perene no tempo, enquanto que aquele é transitório. Importante, sem dúvida, por aprimorar os mecanismos governamentais de transparência e controle.

[5] Não assim, o direito administrativo estadunidense é o "direito das agências" (DI PIETRO, 1999).

instrumentalidade. Nesse sentido, Etzioni concebe *accountability* como: a) política realista, ou seja, aquela que vigora na administração e no governo e que reflete em qualquer momento no tempo a totalidade das forças que atuam no sistema e partem de grupos com interesses específicos; b) Abordagem formal ou legal que recai, juridicamente, na instituição política dos "freios e contrapesos" como instrumento regulador da função estatal e como "exigência" de um Poder sobre o outro na sua dinâmica funcional interna e c) orientação, que a enxerga como baseada em uma variedade de forças interativas (em contraposição às concepções anteriores que a enxergavam como um atributo ou mecanismo isolado) tendo base moral (no sentido de valores internalizados pelos dirigentes) e de poder e que se manifestam por meio de coalizões intrínsecas ao sistema social. Nessa concepção, preferida pelo autor, ganha importância vital aquilo que chama de comunicação institucional que tem por escopo a divulgação aos diferentes grupos sociais e à comunidade política dos resultados e objetivos que pretendam sejam atingidos.

Temos, entrementes, que a *accountability,* enquanto modelo teórico, apresenta compatibilidade com o sistema normativo em vigor no Brasil, em especial, no que se refere à responsabilidade e ao comprometimento do agente público na realização do seu poder-dever de realizar o bem comum e em conformidade com as prescrições legais, inclusive, aquelas de natureza restritiva. E isso porque não se pode jamais esquecer a clássica lição de que enquanto na seara privada permite-se tudo que não é vedado em lei, no setor públicos só é autorizado a realização do que é permitido em lei. A restrição ao atuar administrativo representa direito negativo, de primeira geração ao qual corresponde a garantia de todos os cidadãos em uma apreciação de restrição das manifestações de vontade do Estado-Administração que afetem direitos e violem princípios constitucionais.

2 A *Accountability* e o Direito brasileiro: a sedimentação do Princípio da Transparência da Administração Pública ("Princípio da *Accountability"*) no Direito Público

Em uma apreciação jurídica temos que a *accountabilitty* tem correspondência transdisciplinar [6] com o denominado Princípio da Transparência da Administração Pública. Tanto é assim que este princípio também é conhecido como "Princípio da *Accountability",* sendo que o culto Ministro Joaquim Barbosa, lançou mão da terminologia em alguns de seus votos na Suprema Corte[7] .

Em sentido *lato* o princípio da *accountability* compreende subprincípios dentre os quais se incluem os princípios/institutos da prestação de contas pelo administrador da res publica, da responsabilidade, da imputabilidade e do sufrágio universal.

Este último representa hipótese de *accountability* vertical, no sentido de que é exercido pelos eleitores, por meio do voto e diverge, no plano ontológico da *accountability* horizontal que como assinala a melhor doutrina refere-se ao poder das agências estatais de punir desvios de atores estatais (MACHADO, 2007, p. 146).

No plano legislativo, jurisprudencial e doutrinário a inserção da transparência como instituto jurídico tem duas origens remotas apontadas pela doutrina: 1) a edição do *Federal Administrative Procedure Act* de 1946 e os estudos doutrinários do direito escandivano, especialmente o sueco, que há muitos anos trabalhava com a noção jurídica da transparência e da responsabilização (MARTINS JÚNIOR, 2004).

O princípio da transparência da Administração Pública, no Brasil, decorre de normas constitucionais e legais expressas ou implícitas, recebendo o apoio da doutrina e jurisprudência (DI PIETRO, 2009). Mesmo que não tenha conste na

---

6 O termo nos remete a Piaget, bem como à Teoria Geral dos Sistemas, e diz respeito a uma compreensão para além das categorias básicas da ciência tradicional.

7 Vide nota de rodapé de nº 8, com as mencionadas referências jurisprudenciais. Conferiu-se no ementário do STF.

sua literalidade como princípio da Administração Pública no Título III, Capítulo VII da Lex Mater, tem-se que o mesmo deriva da interpretação sistêmica da Carta Magna e que a existência de regras e subprincípios relativos à transparência indicam-no, também, como princípio regente da Administração Pública pátria. Acresce lembrar que outros princípios como o da eficiência já eram trabalhados juridicamente, mesmo sem a sua inserção expressa por força da Emenda Constitucional nº 19 (a chamada "Emenda da Reforma do Estado")[8] .O e. Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece a existência do Princípio da Transparência. Em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 2.472-8, Rio Grande do Sul, Ementário nº 2267-1, Relator originário: Ministro Maurício Correa, Diário de Justiça 09.03.2007), proposta pelo governador do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor da Assembléia Legislativa do Estado, onde se pleiteava a declaração da inconstitucionalidade de lei gaúcha (Lei nº 11.601, de 11 de abril de 2001) que (além de alegado vício de iniciativa) pecava pela violação da igualdade republicana-federativa ao afirmar que as exigências relativas à publicidade estatal destinavam-se, tão-somente ao Poder Executivo, em uma interpretação restritiva de Administração Pública como Poder Executivo, excluindo os demais Poderes (Legislativo e Judiciário), por omissão legislativa, da vinculação às regras relativas à transparência, revelando-se, destarte discriminatória e, como assinalou em seu voto o eminente Ministro Gilmar Mendes (p. 47), reduzindo o significado da norma constitucional de referência (art. 37, § 1º , CF). Não só o STF, mas também

---

[8] Sobre o Princípio Jurídico da Eficiência da Administração Pública a doutrina do Direito Administrativo aponta que ela deve ser considerada em seu sentido amplo no sentido de conceber a eficiência como um dever de exercer suas atribuições com a melhor qualidade, o menor dispêndio de recursos materiais, inclusive naturais e financeiros, no menor tempo possível e com maior respeito ao usuário dos serviços. Deve abranger a efetiva obtenção de resultados de interesse público contidos no texto constitucional e, portanto, o exercício de controle de resultados que engloba todos os aspectos de mérito no exercício dos poderes políticos e administrativos, inclusive quanto a eficiência e adequação na utilização dos meios ao alcance dos fins visados (MUKAI, 2008).
al definição revela, até certo ponto, uma interpretação conforme a Constituição, que por si só acarreta uma numa nova concepção de controle dos atos administrativos, que deve, também ser finalisticamente eficiente. Registre-se, contudo, a necessidade acadêmica de aprofundamento jurídico do princípio da eficiência.

o Superior Tribunal de Justiça reconhecem o princípio da transparência .[9]

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) também já reconheceu o princípio da transparência como vinculante na Administração Pública, em caso concreto relativo a concurso público, sendo que o acórdão seguiu assim ementado *verbis:*

> EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO ADMINSITRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AUXILIAR DE ENFERMAGEM. FUNDAÇÃO ZERBINI. APROVAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. ILEGAL. RECLASSIFICAÇÃO. DIREITO À POSSE.
>
> 1. O reconhecimento de ilegalidade do ato administrativo gera efeitos ex tunc, retroagindo, portanto ao momento de sua concreção.
> 2. O candidato aprovado em concurso público tem mera expectativa de direito em ser nomeado para o cargo. Contudo, em havendo convocação, há de ser assegurada a rigorosa ordem de classificação no certame.
> 3. *Atos emanados do Tribunal de Contas do Distrito Federal não inibem as determinações judiciais que, em caso específico impõe à Administração o dever de cumprir mandamento legal, mormente os princípios da moralidade e transparência administrativa.*
> 4. Há de se assegurar ao prejudicado o ressarcimento dos danos materiais, oriundos da incúria da Administração em preterir injustamente, o candidato aprovado em concurso público.
> 5. Recurso conhecido e improvido (20050110049934EIC, Relator: SANDOLVAL OLIVEIRA, 2ª Câmara Cível, julgado em 02/04/2007, DJ 08/06/2007, p. 121, Registro do Acórdão Número: 272937). (Grifos nossos)

[9] Em outras oportunidades, além daquela supraanalisada, o Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou a matéria da transparência, registrando-se aqui mais duas referências jurisprudenciais da Corte Suprema apreciando a impessoalidade e transparência administrativa: 1) Mandado de Segurança 25.181-6, Ementário nº 2237-1, Publicado no DJ de 16/06/2006, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno), e 2) Medida Cautelar em Mandado de Segurança 24.832-7, DF, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 18/08/2006, Ementário nº 2243-1, Tribunal Pleno. No Superior Tribunal de Justiça (STJ) confira-se: 1) RESP 1123277/RJ Recurso Especial 2009/0027093-2, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Data de julgamento 25/08/2009, DJ 10/09/2009), 2) MS 9744/DF Mandado de Segurança 2004/0078452-0, Relator Ministro José delgado, Primeira Seção, Data do Julgamento 27/10/2004, DJ 04/04/2005. P. 158), e 3) AgRg no MS 9642/DF Agravo Regimental no Mandado de Segurança 2004/0049111-9, Relator Min. Luiz Fux (1122), Primeira Seção, Data do Julgamento 09/06/2004, DJ 16/08/2004, p. 123 Ementa).

Há razões hermenêuticas para se acatar a existência deste princípio da Administração Pública. Ela passa pela própria idéia de que os princípios constitucionais são primários, no sentido de que deles decorrem outros princípios, que são, portanto, subprincípios em relação aos anteriores, e que se podem conter expressa ou implicitamente, no próprio sistema constitucional (ROCHA, 1994) justifica a existência de um Princípio da Transparência no Direito Administrativo pátrio. Enxergamos, nesse diapasão, alguns subprincípios (como a motivação, publicidade e a participação popular) que surgem em nossa legislação, inclusive (mas não necessariamente) de forma explícita, e que confirmam, sob a ótica da lógica jurídica, a existência de um princípio maior que seja enformador dos que dele se derivam sucessivamente. Pela sua amplitude conceitual temos, portanto, que o Princípio da Transparência, mesmo que não expressamente previsto no texto constitucional, no seu artigo 37, *caput,* da CF, tem fundamento implícito na Lei Maior e por isso tem força vinculante com relação ao atuar administrativo, em toda a sua plenitude.

Ele é considerado mais amplo que o princípio da publicidade e dessa construção jurídica é que exsurge a conclusão de que na Administração transparência é a regra, enquanto o sigilo exceção. Esta última tem por fundamento o direito à intimidade que, a exemplo dos demais direitos constitucionais, não poder ser exercido de maneira absoluta (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007), comportando exceções, algumas delas, inclusive, já previstas até mesmo na Constituição Federal, por exemplo, quando restringe o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI) ou para proteção do interesse pública, como o direito a informações que deve ser assegurado com ressalva para aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inciso XXXIII). Sobre o tema vale citar precedente histórico do próprio e. Supremo Tribunal Federal (STF) que pelo voto do Ministro Ilmar Galvão fixou que, *verbis:*

> é legítima a quebra do sigilo quando há interesse público relevante, como o da investigação fundada em suspeita razoável de infração penal. Com base nesse entendimento e afirmando que o art. 38, § 1º, da Lei 4.595/64 – que autoriza a quebra do sigilo bancário quando ordenada pelo Poder Judiciário – foi recepcionado pela CF/88 (art. 5º, X, XII), a Turma manteve o acórdão do STM confirmatório de decisão de juiz auditor que determinara a quebra do sigilo bancário dos recorrentes

> para fim de se apurar ilícitos administrativos decorrentes de superfaturamento na compra de material médico-hospitalar no Hospital Central do Exército" (RMS 23.002-RJ, REL Min. Ilmar Galvão, 2.10.98, publicado no Informativo do STF nº 126 – 5 a 9 de outubro de 1998. In: Carlos Roberto Siqueira Castro, ob. cit, p. 549 apud DI PIETRO, 2009, p. 211).

Apresentar-se-á, neste momento um modelo analítico e de decomposição do Princípio da Transparência que envolve uma noção mais abrangente que a mencionado pela doutrina pesquisada neste artigo, por englobar, ademais, o dever de prestar contas do administrador público, a sua responsabilidade (civil, administrativa e de improbidade, cumulativamente com a possibilidade de se realizar a *persecutio criminis* com a imputação a alguém da prática de uma conduta criminosa, tipificada na legislação penal em vigor e, via de regra, em detrimento da Administração Pública.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico poliédrico que compreende:

1) o princípio jurídico da transparência administrativa *stricto sensu* (ou propriamente dito), e seus subprincípios:

(i) da publicidade (art. 37, *caput,* CF, que determina que as decisões da Administração devem ser públicas e publicizadas. Compreende, outrossim, o direito à publicidade verídica, considerando a necessidade das informações oriundas da Administração serem verdadeiras de molde a propiciar a formação de convicções acerca dos assuntos públicos, sem maledicências, erros e incomprovações (ROCHA, 1994, p. 242; MORAES, 1997, p. 161-16, *apud* MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 44),

(ii) da motivação (prevista na Lei do Processo Administrativo – Lei nº 9,784, de 29 de janeiro de 1999 e formalidade essencial à validade dos atos administrativos que determina que as decisões devem ser expressamente motivadas para que o administrado possa compreendê-la e exercer, se bem entender, seu direito de irresignação por meio da impugnação administrativa ou judicial e, também, para que se possa extrair a consonância aos princípios da impessoalidade e da finalidade),

(iii) do acesso às informações pessoais constantes dos bancos de dados do Poder Público e amparados pelos direitos de informação, de petição, constitucionalmente assegurados no art. 5º, incisos XIV e XXXIII (MARTINS JÚNIOR, 2004); 2) O instituto jurídico da soberania popular e suas subespécies: participação popular e controle social [10];

3) Os institutos de tomada democrática de decisão por meio das audiências públicas, consultas públicas, plebiscitos administrativos, referendos administrativos e, também, do direito de certidão (art. 5º, XXXIV, CF) (MARTINS JÚNIOR, 2004), bem como da gestão democrática, por exemplo, da educação[11] , que, aliás, tem fundamento ;

4) Os instrumentos jurídicos de controle[12] social, mesmo que exercitado por um indivíduo apenas, a exemplo do eleitor por meio da ação popular, ou seja, pela disponibilização pelo sistema jurídico à população, por meio da própria Constituição e da legislação infraconstitucional como o *habeas corpus, habeas datas,* o mandado de segurança, mandado de injunção, processo e recurso administrativos:

5) O dever constitucional de prestar contas ligado ao desempenho da gestão pelo agente público, seja ele um agente político, seja agente administrativo. que, por se utilizar, no exercício de suas funções, competências ou atribuições da coisa pública (bens materiais, bens imateriais, em especial, valores do dinheiro público tem dever de prestar contas caso seja provocado para tanto pelos sistemas de controle interno e externo, apresentando-as, por exemplo, ao Tribunal de Contas para o indispensável controle contábil-financeiro-orçamentário-operacional-

[10] O termo controle social pode ser equívoco, mas é o que vem sendo consagrado na doutrina (CENEVIVA; FARAH, 2007; SIRAQUE, 2009, SILVA, 2009; PIRES,2009 e outros). Seria melhor falar em controle pela sociedade ou controle societal.

[11] Poderia ser gestão democrática da seguridade social ou tantas outras hipóteses previstas na legislação pátria.

[12] Comparato realizou ampla pesquisa sobre o significado do termo controle (apud SIRAQUE, 2005, ps. 88-89). Segundo ele a palavra controle é um neologismo da língua portuguesa, sendo originária da língua francesa, tendo, contudo, sofrido grande influência do inglês e que no Brasil significa não somente vigilância, verificação, fiscalização, mas, também, poder de dominar, regular, guiar e restringir.

patrimonial, determinado na Lei Maior (art. 70 e ss, CF.);

6) A possibilidade de responsabilização civil, administrativa e por improbidade do mau gestor público, podendo cumular-se demandas nestas três esferas, além da criminal, com a imputação da prática de uma conduta criminosa. Essa, ademais, é a lógica[13] instituída pela Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992);

7) A possibilidade de ocorrer uma imputação na esfera criminal a alguém da realização de um conduta tipificada pela legislação penal. Nesta hipótese, temos uma das principais formas de controle exercido pelo Ministério Público sobre as atividades da Administração Pública, principalmente, quando percebe-se que dessa atuação criminal surge a prevenção especial e geral com a coibição da prática de novos crimes contra a Administração Pública, definidos no Código Penal em seu Título XI, arts. 312 a 359 e que, por sua vez, englobariam condutas tipificadas e agrupadas em: crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral (Capítulo I), crimes praticados por particular contra a Administração em geral (Capítulo II), crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira (Capítulo II –A), crimes contra a Administração da Justiça (Capítulo III) e crimes contra as Finanças Públicas (Capítulo IV);

8) O Sufrágio Universal que representa verdadeira retroalimentação do sistema social enquanto resposta da coletividade, por meio da avaliação das políticas públicas[14] , aos governantes por meio da premiação ou reprovação, no exercício dos direitos políticos ativos, e, finalmente,

9) a existência do controle institucional bem aparelhado e eficaz. Esta modalidade de controle é, destarte, exercitada pelo Ministério Público[15] , instituição

---

13 Lógica jurídica que não se confunde com a formal por não estar adstrita a ela. Hermenêutica e Jurisprudência que não se integram em um sistema rigorosamente axiomático do tipo do da matemática ou da ciência do cálculo (LARENZ, 1997, p. 230).

14 As políticas públicas, particularmente, por sua importância social devem ser controladas e, para tanto, continuamente monitoradas e avaliadas, para que delas se extraia a efetiva garantia dos direitos consagrados. Devem ser percebidas não só sob a ótica da prestação do serviço, mas tendo como parâmetro a qualidade e eficiência desta prestação, sendo que estas devem ser maximizadas para que se possa atenuar a desigualdade, fomentar o progresso e instalar a paz social.

15 Abrangendo a instituição do Ministério Público, outrossim, os Ministérios Públicos de Contas (MPC).

de controle e de salvaguarda da democracia, dos direitos sociais e do interesse público em face da Administração Pública, e que lançam mão dos instrumentos processuais e extraprocessuais postos à sua disposição pela legislação em vigor para promover o incremento do engajamento político-social, exemplo da realização de audiências públicas, e do controle, por exemplo por meio da propositura de "ações de improbidade", buscando a reversão de bens, o ressarcimento ao erário, a responsabilização pela improbidade, sem afastar aquelas referentes à esfera civil, penal e administrativa decorrentes do ato ímprobo, por força da independência de instâncias, determinada literalmente pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992) (LIA) (BARBOZA, 2008), ou, ainda, o controle de constitucionalidade por ação ou omissão na prática dos atos administrativos (art. 103, § 2º, CF).

3 O Controle Institucional do Ministério Público sobre a Administração Pública: discussões e reflexões sobre o papel do "Parquet" na realização do Princípio da Transparência

A função controle da Administração Pública exercida pelo Ministério Público decorre do que dispõe o artigo 129, inciso II da Carta Magna quando determina ser uma de suas missões institucionais "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia" [16]. Outrossim, o controle se extrai das determinações da LOMPU, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, em seu artigo 5º inciso I, alínea h, inciso III, alínea b e IV.

A atuação fiscalizatória e de controle preventivo é exercitada pelo Ministério Público e, se dirige a outras instituições e organizações dos demais Poderes, outros que o Judiciário, ou seja, mesmo tendo capacidade postulatória e legitimidade para algumas demandas, nada impede que o membro do Ministério Público atue perante os Poderes Executivo ou Legislativo. Apenas a título ilustrativo, citem-se como exemplos deste tipo de atuação a: i) expedição de uma requisição

[16] A hipótese contemplada no inciso II do artigo 129 da Lei Maior é identificado pela doutrina como sendo a que embasa a atuação ministerial como "defensor do povo" (MARTINS JÚNIOR, 2002; MAZZILLI, 2009).

de documentos (art. 8º, inciso IX, da Lei Complementar Federal n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União, LOMPU) para que sejam fiscalizados os procedimentos de aquisição de remédios pelo Poder Público para o tratamento de uma determinada doença que tem demandas não atendidas nas coletividades de pessoas que padecem de um mal físico específico; ii) recomendação dirigida ao Chefe do Poder Executivo, e demais autoridades com atribuição legal para tanto, no sentido de que implemente ou se aprimore uma política pública educacional relativa à merenda escolar (art. 6º, inciso XX, LOMPU), iii) notificação de uma determinada testemunha (art. 8º, inciso I, LOMPU) a comparecer perante o órgão ministerial para esclarecer questões relativas à qualidade da prestação de serviços de relevância pública relativo ao transporte escolar, iv) requisição da instauração de inquérito policial (art. 129, inciso VIII, CF) para apurar crime praticado por agentes do Poder Público na gestão do SUS, e.v) exercer todos os atos administrativos referentes ao mister de controle externo da atividade policial (art. 129, inciso VII, CF).

A Administração Pública em suas manifestações de vontade (melhor seria falar em realização de seu poder-dever de busca do bem estar social) deve sempre atuar dentro da legalidade, ou seja, com observância ao sistema normativo em vigor. Deve, outrossim, exteriorizar suas vontades com legitimidade, atendendo, sempre, à sua finalidade de interesse público. Mesmo nos atos em que se autoriza ao gestor público discricionariedade, nunca confundida com arbítrio, o ato administrativo exteriorizador da vontade da Administração deve, além de manter conformidade às opções permitidas em lei, atender às exigências do bem comum (MEIRELLES, 1997) e que, em uma visão contemporânea, se reflete na qualidade de um serviço público usufruído pela população e esta é diretamente ligada ao modelo de gestão pública e pelas práticas por ele adotadas.

Os limites do controle jurisdicional do ato administrativo estão em constante revisão na doutrina. A eminente administrativista e professora da Universidade de São Paulo (USP) Odete Medauar (MEDAUAR, 2009, p. 387-388) apresenta uma tipologia diferenciada e moderna baseada no critério do agente controlador e apresenta as seguintes modalidades de controle, quanto:

- ao aspecto em que incide: controle da legalidade geral ou contábil-financeira, controle de mérito e controle da "boa administração".
- ao momento em que se exerce: controle prévio, controle concomitante e controle sucessivo.
- à amplitude: controle de ato e controle de atividade.
- ao modo de se desencadear: de ofício, por provocação e compulsório.

Destaca-se, na tipologia apresentada que a culta doutrinadora faz distinção entre controle de mérito e controle daquilo que ela chama de "boa administração", ou seja, de questões ligadas à eficiência, produtividade e à própria gestão e que amplia os limites tradicionais de controle do ato administrativo pelo agente político do Ministério Público.

O controle exercido pelo *Parquet* sobre os atos da Administração pública há de ser estrategicamente realizado de molde a promover o equilíbrio das relações entre o Estado-Administração e os particulares e, como bem observa Martins Júnior (2002) é ponto vital do alcance de uma autêntica e justa composição do conflito entre autoridade e liberdade e por isso mesmo consiste em poder-dever do Ministério Público o exercício de tal mister, sendo destacável que há uma série de fundamentos favoráveis ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e residem, basicamente, em duas vertentes:

a) a primeira delas diz respeito à proteção ao núcleo essencial (núcleo duro) do direito fundamental que no caso de violação retira dele toda a possibilidade de realização prática, e

b) o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que se contrapõe à postura doutrinária e jurisprudencial que enxerga níveis de eficácia e aplicabilidade das normas da Carta Magna, negando em alguns casos a imediatidade destas (PIRES, 2009).

Por tudo isso temos que a *accountability,* ou de uma forma sintética, transparência, mesmo tendo origem na administração pública gerencial, anda de mãos dadas com a gestão pública societal, vertente ligada ao ideário da democracia deliberativa, superando o paradigma da Administração Pública monológica, por trazer em si a semente da concepção do indivíduo e povo como elementos ativos de produção

e controle político em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, caso do Brasil. Tal ilação se extrai do princípio inserto no artigo 1º, Parágrafo único da Carta Magna que afirma que "todo poder emana do povo".

A participação política, em toda a sua inteireza e explorando toas as suas potencialidades, na gestão da coisa pública é, levada a cabo pelo homem, enquanto animal político (DALLARI, 2004), e não se limita à escolha dos governantes pelos cidadãos. Os indivíduos, seres sociais, demandam a sua oitiva na tomada de decisões objetivas envolvendo diretamente seus interesses, individual e metaindividualmente considerados. E a lei é explícita em estabelecer a gestão democrática em inúmeras hipóteses que vão desde a seguridade social à educação. Por isso é que Martins Júnior (2004, p. 345) aponta:

> Inegavelmente, a participação popular na Administração Pública é fator de legitimidade do poder político e contribuinte do princípio da transparência, implantando técnicas de conhecimento, controle e direção das atividades administrativas com caráter de repartição, partilha e solidariedade na condução política dos negócios públicos entre a Administração Pública e a sociedade, de forma a diminuir a sensível distância entre o instrumento e a destinatária da consecução do bem comum.

A legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, garante por meio de suas diversas regras e princípios a *accountability* e, portanto, a possibilidade de atendimento do princípio jurídico da Transparência da Administração Pública, por meio da utilização dos recursos legais, jurisprudenciais e doutrinários.

Os instrumentos, como registramos, estão postos e o Ministério Público como instituição guardiã da lei e da democracia tem o poder-dever de realizar o controle que o Pacto Constituinte de 1988 lhe confiou, garantindo a fiel observância aos princípios regentes da Administração Pública, seja por meio do exercício das suas funções criminais ou cíveis (aqui incluído, por exemplo, o controle de constitucionalidade por omissão de atos administrativos, a ação penal, a ação de improbidade e as ações coletivas em geral), priorizando-se o controle a *priori* (preventivo).

A concretização dos direitos propiciada pela efetividade da prestação

jurisdicional dependem de uma atividade integrativa no sentido de compatibilizar e viabilizar a realização positiva estatal, que tem, eminentemente natureza política e social, e a um controle adequado e bem formatado para que o Poder Público possa se centrar na realização do Bem Comum (por meio da implementação de políticas públicas), noção consagrada há muito pelos clássicos de nosso Direito Administrativo, garantindo, dessa forma, a necessário transparência na gestão da *res* publica.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ASPER Y VALDÉS, Daisy. Em torno do sistema brasileiro de integridade nacional: princípios e valores como parte da atividade diária da Administração Pública. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano* 07, n. 26, jan./mar. 2008.

BARBOZA, Márcia Noll. Definição de Improbidade Administrativa. In: _____. *Cem Perguntas e Respostas sobre Improbidade Administrativa.* Brasília: ESMPU, 2008.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública (RAP),* 24 (2), p. 30-50, fev./abr. 1990.

CENEVIVA, Ricardo; FARAH, Marta Ferreira Santos. O papel da avaliação de políticas públicas como mecanismo de controle democrático da Administração Pública. In: GUEDES, Álvaro Martim; FONSECA; Francisco (Org.). *Controle social da Administração Pública – Cenário, Avanços e Dilemas no Brasil*. São Paulo: Cultura Acadêmica; Rio de Janeiro: FGV, 2007.

COLETÂNEA de Legislação do MPDFT: 2003. Brasília: Centro de Estudos Técnico-Jurídicos do MPDFT, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política.* São Paulo: Brasiliense, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 17 ed. Atlas: São Paulo, 2004.

_____. *Parcerias na Administração Pública* – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Alcance do Princípio da publicidade das funções públicas:*

transparência e sigilo. In: MORAES, Alexandre (Coord.). Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009.

EMENTÁRIO de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Acesso em: 1 fev. 2010.

ETZIONI, Amitai. Concepções alternativas de accountability: o exemplo da gestão da saúde. In: HEIDEMANN, Francisco G; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas Públicas e Desenvolvimento* – Bases espistemológicas e modelos de análise. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

HAGE, Jorge. *Um debate equivocado.* Folha de São Paulo, São Paulo, 29 de nov. 2009, ano 89, nº 29.460. Tendências/Debates, p. A3.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 230.

MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público* – Organização, Representação e Trajetórias. Curitiba: Juruá, 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Controle da Administração Pública pelo Ministério Público* (Ministério Público Defensor do Povo). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Transparência Administrativa – Publicidade, Motivação e Participação Popular.* São Paulo: Saraiva, 2004.

MAZZILLI, *Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.* 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. I*ntrodução ao Ministério Público.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. Coletânea de legislação administrativa. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado.* 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PAULA, Ana Paula Paes de. *Por Uma Nova Gestão Pública:* limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

_____. Administração Pública Brasileira entre o Gerencialismo e a Gestão Social. RAE, v. 45, n. 1, jan./mar. 2005.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa* – Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios *Constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 169.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado* – Possibilidades e Limites na Constituição de 1988. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Interface direito medicina baseada em evidência saúde mental

Tânia Maria Nava Marchewka[1]

Procuradora de Justiça (MPDFT). Mestrado e Doutorado em Direito (Ugf/RJ). Doutoranda em Medicina Baseada em Evidências (Unifesp). Especialização em Serviços em Saúde Mental, Direito Sanitário (Unb); Saúde Mental e Qualidade de Vida no Hospital Geral (Unifesp). Professora de Criminologia (Fesmpdft). Coordenadora do Curso de Direito e Professora de Direito Penal e Criminologia da Faculdade Alvorada (BsB).

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Medicina baseada em evidência. 3 Direito à saúde e direitos humanos: contribuições da MBE. 4 Medicina baseada em evidência no contexto da saúde mental. Considerações finais. Referências.

Introdução

Esta é uma primeira tentativa de aproximação entre Direito e Medicina Baseada em Evidência(MBE) priorizando os Direitos Humanos e a Humanização da Medicina, em busca da integralidade entre as áreas do conhecimento, contextualizado na Saúde Mental. Trata-se de uma aproximação entre conceitos, práticas e sentidos que envolvem uma e outra ciência, um e outro campo de conhecimento e ações. Das muitas espécies de relações possíveis entre saberes é dado intuitivamente que Medicina e Direito têm inegavelmente algum traço de parentesco, aquele traço(=desenho, desígnio) que identifica duas pessoas como o "mesmo", enquanto simultaneamente singulariza cada uma um "outro."

---

[1] Este texto propõe uma nova maneira de tomar decisões em Direito e Saúde Mental com embasamento científico da Medicina Baseada em Evidências compromissada e honesta com os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

A autora é responsável pela técnica da pesquisa e integra a equipe de estudos e pesquisa do Instituto Cochrane do Brasil/UNIFESP, sob a coordenação do Prof. Dr. Álvaro Nagib Atallah.

Parte do projeto de pesquisa qual se firmou neste artigo acerca dos avanços e retrocessos na história da reforma sanitária e psiquiátrica, através do qual firmou-se constitucionalmente em 1988 a ampliação das fronteiras da saúde pública e individual.

Entre a Medicina e o Direito há um laço evidente que as aproxima enquanto as distingue, e o objetivo deste trabalho é desvendar tais relações e compreender suas implicações, seja no campo dos *saberes,* seja no campo das práticas, ou seja, principalmente no ponto de conjunção entre elas.

Para dar conta desta tarefa, como algo imposto de dentro, isto é, a partir da própria tarefa e, com isso estou querendo destacar, a integração entre Medicina e Direito. Portanto, indica permanentemente um dizer implícito a caminho, embora esses dois "saberes" remetam ao próprio caminho. Assim, debruçar-me-ei primeiramente sobre Medicina Baseada em Evidências e, posteriormente, sobre Direitos Humanos para depois procurar traçar suas relações. Este é o mapa. Todo o caminho, no entanto, reserva surpresas.

O professor Afonso Carlos Neves [2] da Escola Paulista de Medicina, ao referi-se sobre o discurso do professor Felício Cintra do Prado intitulado "A Medicina e o Médico na Sociedade Contemporânea", chama atenção para o fato de que vivemos uma época acentuadamente utilitária e prática, em que se procura o rendimento máximo, rápido e fácil do trabalho, e este, mecanizado quanto possível. Com isso, destaca como sendo a chamada "rehumanização" da medicina nas três grandes áreas da ciência médica: assistência, ensino e pesquisa, ao fazer menção do enfoque do "humano" dentro do campo de trabalho da medicina.

No que se refere ao Direito, a questão também se encontra ligada ao trabalho do profissional do direito, com muito mais razão, pois esta contextualização insere-se na esfera dos direitos humanos para a proteção do homem. Reputou-se imprescindível enfatizar neste trabalho uma melhor compreensão da relação existente entre Direito e Medicina, sintetizada na análise da evolução dos Direitos Humanos, em uma perspectiva relacionada com os direitos à saúde mental baseada na melhor evidência da medicina.

A preocupação primeira foi de estabelecer o objetivo da reflexão e fixar os

---

[2] Humanização da Medicina e seus Mitos. Ed. Companhia Ilimitada. 2005: São Paulo.

pontos fundamentais que devem ser tratados. A preocupação não seria tratar dos instrumentos jurídicos relacionados com os Direitos Humanos do Portador de Transtorno Mental e, sim, buscar sua integração com a Medicina Baseada em Evidência, em uma perspectiva relacionada à reforma psiquiátrica que caracteriza a presença de princípios filosóficos em torno do homem, sua identidade e seu valor. E optei por uma perspectiva relacionada com o resgate da ética e dos direitos humanos do portador de transtorno mental, pretendendo oferecer um referencial cientifico reflexivo capaz de orientar uma prática jurídica comprometida com a dignidade da pessoa humana.

2 Medicina baseada em evidência

Como enfatizam Caco Xavier e Cátia Guimarães (2004)[3] ao perguntarmos à maneira grega, "O que é isto, Medicina Baseada em Evidências?" Acompanhamos estes autores, os quais destacam a campanha da cultura ocidental desde os primeiros pensadores, referindo-se aos pensamentos de Heidegger e de como este encaminhou a questão da Filosofia, em sua célebre conferência de 1955 intitulada "O que é isto- a Filosofia? Afirmam que ouvir de maneira grega uma palavra grega e como sugere o filósofo, leva a enxergar, simultaneamente, aquilo que em dizendo se nomeia" (HEIDEGGER, 1989, p.16).

Pois bem, abordar a Medicina a partir dela própria significa dizer que essa escolha implica abordar a Medicina Baseada em Evidência, do que ela própria significa que a resposta à questão só pode ser, ela mesma, integralizada aos Direitos Humanos, como princípio constitucional, com a prática médica e social, se a desejamos autêntica e legítima. Assim, se poderá desvendar seus sentidos.

Por essa razão, a questão só pode ser formulada para bem compreender uma disciplina e seu estado científico. É imprescindível conhecer, mesmo que brevemente, sua história. E isso não somente para captar com certa profundidade os temas e orientações atualmente predominantes ou o estado da discussão de determinados problemas e questões teóricas e epistemologias metodológicas, mas, sobretudo, para entender sua natureza tal e como se concebe hoje em dia.

---

[3] Pinheiro, R. ; Mattos, R.A.(Org.). Cuidado: as fronteiras da Integralidade. Rio de Janeiro: Hucitec: ABRASCO, 2004. 320p.

Refiro-me à Medicina Baseada em Evidências[4] , com (SACKETT, 1996; JADAD, 1997) demonstrada como uma prova científica rigorosa, apta para nortear as tomadas de decisões sobre os cuidados em saúde, com o compromisso da busca explícita e honesta das melhores evidências científicas da literatura médica.

Longe de realizar neste trabalho uma análise exaustiva e completa da Medicina Baseada em Evidências. Portanto, este texto objetiva apresentar alguns conceitos centrais exposto por Álvaro Nagib Atallah, onde enfoca principalmente as revisões sistemáticas e sua importância nas reflexões desenvolvidas nas relações entre Medina e Direito para as tomadas de decisões em ambas as áreas do conhecimento relacionadas no cuidado e proteção do homem.

3 Direito à saúde e direitos humanos: contribuições da MBE

De certa forma essa concepção de Medicina Baseada em Evidências merece ser incorporada aos conhecimentos na área do Direito contemporâneo por corresponder, com efeito, a uma rigorosa prova para as tomadas de decisões no tocante ao direito à saúde. Isso corresponderia a uma longa evolução do Direito pensado cientificamente, no qual se incluem importantes questões metodológica-que marcarão o acontecer do Direito Sanitário-disciplina atualmente imprescindível nos acontecimentos socioculturais igualmente influentes-assim o fortalecimento dos movimentos sociais da Reforma Sanitária e Psiquiátrica se tornam fundamental para a sustentação do Sistema Único de Saúde, bem como ao desenvolvimento das melhores decisões tanto no campo da Medicina quanto no do Direito.

Que a história de uma disciplina é importante para compreendê-la é algo, sem dúvida, muito aceitável; mais apenas recentemente se extraíram as conseqüências mais decisivas sobre a importância da metodologia científica para o Direito. Em especial a partir dos estudos e pesquisas de Álvaro Nagib Atallah, o qual defende uma concepção da ciência da medicina baseada em evidências para melhor tomada de decisões em Direito e Saúde na qual elementos socioculturais- aqui inclui-se o Direito Sanitário-desempenharia papel decisivo na tomada de decisões.

---

[4] Atallah A. N. Castro A.A. Medicina Baseada em Evidências: o elo entre a boa ciência e a boa prática. Revista da Imagem, v. 20, n. 1, jan./mar. 1998.

Esta análise toma apenas como eixos centrais dois textos de Atallah (1998) e intitulados “Medicina Baseada em Evidências : o elo entre a boa ciência e a boa prática” e “A incerteza, a ciência e a evidência”, publicados em artigo, de 1998. Atallah elabora suas concepções a partir do exame crítico sobre a Medicina baseada nas experiências pessoais, nas autoridades dos indivíduos com maiores títulos acadêmicos e nas teorias fisiopatológicas.

De acordo com esse entendimento (ATALLAH; CASTRO, 1998), afirmam que a Medicina Baseada em Evidências tira a ênfase da prática apenas na intuição, experiência clínica não-sistematizada e nas teorias fisiopatológicas, para se concentrar na análise apurada de métodos por meio dos quais as informações médicas foram e serão obtidas. Dar especial atenção ao desenho da pesquisa, à sua condução e à análise estatística. Ainda, no tocante ao método de pesquisa, enfatiza que ela se baseia na associação de métodos epidemiológicos à pesquisa clínica, chamada Epidemiologia Clínica (CASTELO, 1989). Com esse conjunto completam com métodos bem definidos para avaliação crítica e revisões sistemáticas da literatura médica.

Em linhas gerais, segundo essa concepção, é natural supor que, quando se toma uma decisão em Direito que envolva a interface com a Medicina deva-se levar em conta o que já experimentou a ciência médica, de modo que os prejuízos para o sistema único de saúde serão menores o que levará a que a judicialização da saúde se dê com embasamento na melhor evidência científica. Ao mesmo tempo, também parece lógico que com a aplicação do Direito qualquer sujeito possa ter a oportunidade de obter tratamento ou medicamento com prova na Medicina Baseada em Evidência. Dessa colocação, contudo, pode se inferir que os profissionais do Direito possam adquirir conhecimentos mínimos da Medicina Baseada em Evidências e de Direito Sanitário para melhor tomada de decisões, seja no sentido de promover ações, fiscalização e monitoramento dos serviços de saúde, bem como informações para fundamentação as decisões do judiciário nas demandas em saúde.

Com efeito, essa metodologia contribuirá para o conhecimento dos diversos níveis de evidência, diante da incerteza do profissional do Direito na tomada de

decisões em saúde. Longe de propor aos operadores do direito que sejam também médicos, para que as leis e decisões promovam eficazmente o direito à saúde. Busca-se basicamente o posicionamento preventivo do atendimento ao direito à saúde, o qual se encaixa perfeitamente na MBE: o que é juridicamente racional.

De fato, seria uma nova interpretação da direito radicalmente distinta do referencial positivista. Aqui convém destacar Pereira Barreto(2007)[5] , o qual destaca a gênese do positivismo no cientificismo surgido no início do século XIX como corrente filosófica que acreditava que, somente por meio da razão, poderíamos entender e interpretar a realidade. Desse modo, conheceríamos as da natureza que constituem as bases que devem reger a vida dos homens, do mundo e de todo o universo.

Das leituras do autor referido, extraí-se que as ciências naturais da primeira metade do século XIX, como sendo uma evolução primorosa para a época. Constata-se que vários descobrimentos foram feitos na química, nas ciências biológicas e na física, resultando em novas teorias, as quais mudaram radicalmente os métodos de estudos e pesquisas. Os estudiosos da época foram seduzidos por esses métodos. Como apontado pelo autor, o pensador positivista acreditava que as ciências sociais deviam ser analisadas com base nos mesmos princípios que as ciências naturais. Esse método foi bastante perceptível na obras dos primeiros filósofos positivista; tendo com destaque mesmo Comte, o qual chegou a empregar o termo físico social antes de adotar o nome Sociologia em seus primeiros trabalhos, segundo nos informa o referido autor. Hoje, essa verdade é relativa, pois, como afirma Atallah, citando Stephen Hawking, hoje, nem mesmo a física é considerada uma ciência exata. Nos informa Atallah, com Hawking, que "*o físico nunca sabe onde o pêndulo tem maior probabilidade de estar"*. Ressalta, pois, que o mesmo acontece com a medicina, em que estão envolvidos múltiplos fatores que afasta os pesquisadores da medicina da "*certeza*" ou da "*verdade"*.

A filosofia positiva propunha na época que o modelo de pesquisa e investigação das ciências naturais era o mais adequado para entender a vida social, já que era

[5] Barreto, Pereira. Soluções Positivistas da Política Brasileira. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. N. 78 Ed. Escala.2007. p. 7

clara, para os positivistas, a relação que havia entre ambas. Dessa forma, da leitura de Barreto, constata-se que esses filósofos concebiam a sociedade como um organismo formado por partes harmônicas que tinham uma coerência no modo de interagirem e funcionavam de acordo com os modelos mecânicos. Com esse pensamento, destaca o autor que o positivismo desembarca, pois, no Brasil na segunda metade do século XIX, trazendo idéias com o liberalismo político, os ideais republicanos, a elaborar um projeto positivo para o desenvolvimento brasileiro.

Conforme se depreende, essa elite intelectual, também chamada "nova burguesia", seria a responsável pela expansão das idéias de Comte no país. Entretanto ressalta que o positivismo brasileiro tem, entretanto, características únicas, não se restringindo a reproduzir o que denominou de pensamentos comteanos. Assim, Comte ansiava por elevar a mente ao seu patamar mais elevado, denominado "estado positivo". Já os positivistas brasileiros queriam criar um projeto político para a nação.

Talvez tenha sido justamente por encontrar esse panorama no Brasil, que os positivistas tenham tido uma força tão grande no país, maior inclusive do que a que tinha na França, onde se originou. Para os estudiosos da doutrina positivista, os intelectuais brasileiros puderam se apoiar para organizar as bases da República.

Concluíram que a República passou a simbolizar a luta da ciência contra o domínio da religião, representado pelo Império e somente a com derrubada deste último a razão enfim triunfaria, dando início ao progresso do país.

Chegou-se, em suma, a percepção que o mundo contemporâneo evoluiu a tal ponto que, no direito comparado, os princípios e as garantias fundamentais colocam no eixo do sistema jurídico a tutela da própria pessoa humana. Portanto, não é nova a idéia de proteção da pessoa humana, discutida atualmente no Brasil na Reforma Sanitária, possibilitou a integralidade a partir do que se depreende com os dispositivos na Lei nº 8.080/90. Com a referida lei foi implantado o Sistema único de Saúde, o qual marcou historicamente no Brasil, a necessária e definitiva multi/interdisciplinaridade que existe entre Direito e a Saúde, notadamente a Medicina

impondo um maior envolvimento e aproximação de diversos profissionais destas duas áreas do conhecimento.

É de se entender que o aspecto de abrangência da Lei Orgânica de Saúde (Lei N.º 8.080/90), juntamente com a Lei N.º 8.142/90, criando os Conselhos e Conferências de Saúde, implementou os instrumentos de controle social das políticas de saúde, envolvendo o Ministério Público com as práticas de saúde no Brasil, especialmente face às reformas sanitária e psiquiátrica. Mas, desde logo, sabe-se que este trabalho não esgota a problemática, devido à complexidade das políticas existentes. Procuramos tornar concretos nossos compromissos com os direitos humanos, priorizando os princípios, direitos e garantias inscritos na Constituição Federal de 1988, com a integração do sistema jurídico no contexto das demais áreas do conhecimento preocupadas com a cidadania e a dignidade do doente mental.

Cumpre esclarecer, portanto, que a metodologia da Medicina Baseada em Evidência, em nada traduz o retorno ao positivismo. Esta metodologia científica apenas contribuirá para o melhor conhecimento dos diversos níveis de evidência em medicina diante da incerteza do profissional do Direito na tomada de decisões em saúde. Assim, longe a intenção de propor aos operadores do direito que sejam também médicos ou cientistas para que as leis e decisões promovam eficazmente o direito à saúde. Desse modo, busca-se, apenas o posicionamento preventivo do atendimento ao direito à saúde, o qual se encaixa perfeitamente na medicina baseada em evidências, como prova científica, o que é juridicamente possível.

Isto posto e, em todo o caso, arrisco pelo menos um comentário: o Direito tem que ser em primeiro lugar lógico, se é que quer prevenir e resguardar o direito à saúde. Aliás, da mesma maneira quando o legislador é descrito como um arquiteto sábio, porque constrói um sistema racional, em oposição ao poder econômico perante sua época. Essas perspectivas multidisciplinares da aproximação não resultariam em certa autonomia epistemológica das metodologias abertas pela Medicina Baseada em Evidências, mas na interface entre Direito e Medicina, bem como na perda de características próprias dessas duas áreas do conhecimento para a proteção do direito fundamental à saúde.

Logo, quando a Medicina Baseada em Evidências propõe que o ato médico seja fundado na melhor evidência disponível resguarda o paciente/cidadão dos riscos do arbítrio pessoal do profissional tanto da medicina quanto do direito. A partir dessa conclusão, notadamente sob a ótica do direito, é possível o questionamento acerca do livre convencimento do juiz. Interessante neste aspecto a pergunta: poderia o magistrado decidir contrariamente às evidências científicas disponíveis? Para a linha tradicional dos doutrinadores jurídicos brasileiros, a resposta é positiva. Justamente por isso é que no campo do conhecimento e da informação dos profissionais do Direito deve se reconhecer a multi/interdisciplinaridade como relevante para o aprimoramento da tomada de decisões em direito à saúde.

Esta interface prioriza a cientificidade das evidências médicas para a promoção do direito fundamental à saúde, alicerçado na ordem internacional e derivado da dignidade da pessoa humana, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988. Assim sendo, Direito e Medicina, modulados pela melhor evidência disponível, asseguram a garantia constitucional do acesso à saúde pública adjetivada pela eficiência, resultando no esvaziamento dos arbítrios pessoais e interesses estranhos à cientificidade, tudo com o objetivo final de incrementar a qualidade de vida e a dignidade do homem.

4 Medicina baseada em evidência no contexto da saúde mental

Importa aqui destacar uma síntese importante da contextualização da Política Pública de Saúde Mental inserida no Sistema Único de Saúde brasileiro (Lei 10.216/2001). Tal política surgiu apoiada num rigoroso movimento social que reunia profissionais da saúde mental, gestores, técnicos, familiares, usuários, parlamentares e organizações profissionais. Com isso a reforma psiquiátrica ganhou apoio da opinião pública e fez avançar o modelo dos serviços substitutivos em saúde mental, uma vez que os profissionais do direito não acompanharam este relevante movimento de redemocratização do país.

Assim, hoje o caminho mais adequado para tomada de decisões seriam as fontes de informações em saúde mental, baseadas em estudos e pesquisas no campo acadêmico e prático em busca de evidências em saúde mental, como por

exemplo, nas informações atuais em Ciências da Saúde em Geral: as bibliotecas virtuais em saúde com a Lilacs, Bireme, IBECS, MEDLINE, Biblioteca Cochrane, SciELo, dentre outras. Nestas pesquisas localizei poucos estudos científicos sobre a avaliação da política de saúde mental, bem estudos e pesquisas a respeito das intervenções terapêuticas em primeiros surtos de esquizofrenia. Nestas últimas, localizei algumas experiências terapêuticas, porém, sem revisões sistemáticas da Medicina Baseada em Evidência. Consistiram, apenas, em uma revisão crítica de literatura, cujos objetivos permitiram a organização de informações sobre o conceito geral de esquizofrenia, seu primeiro surto, tipos de intervenções e a atuação no campo da enfermagem.

Nesta busca pude perceber a existência de pouca literatura relacionada ao tema saúde mental, bem como poucos serviços especializados e disponíveis, além de escassos recursos sociais. Com isso se percebe a extrema necessidade de estudos relacionados às revisões sistemáticas randomizadas.[6]

A maior incidência de estudos e pesquisas encontradas ocorreu no tocante à avaliação da política de saúde mental, a partir dos projetos terapêuticos de Centros de Atenção Psicossocial e, de modo geral, em hospitais psiquiátricos, e nos referidos centros de atenção psicossocial. Percebi, porém, diversos resultados positivos e encorajadores, em pesquisas no campo da terapêutica dos centros de atenção psicossocial. Tudo isso resulta na necessidade de estímulos para a realização de pesquisas objetivando o efetivo o fortalecimento da política de saúde mental.[7]

Citamos como exemplo da importância das informações confiáveis, com revisão da medicina baseada em evidências sobre[8 9] os poucos casos sobre os efeitos dos antipsicóticos no tratamento de pessoas idosas com esquizofrenia

---

[6] Bianca Cristina Ciccone Giacon; Sueli Aparecida Frari Galera. Primeiro episódio da esquizofrenia e assistência de enfermagem. Ver. Da Escola de Enfermagem da USP. Vol. 40 no. 2. São Paulo June 2006. Revisão da Literatura.

[7] Vanda Maria Rosa Jardim; Maria do Horto Fontoura Cartana, Luciane Prado Kantorski, André Luis Alves de Quevedo. Avaliação da política de saúde mental a partir de projetos de Centros de Atenção Psicossocial. Texto & Contexto-enferm. Vol.18 no.2 Folrianópolis abr/jun.2009. SciELO.

[8] Revisões Sistemática do Centro Cochrane. Biblioteca Virtual em Saúde-BVS

[9] Idem.

de instalação tardia, onde, pelo menos 0.1% da população idosa no mundo têm diagnóstico de esquizofrenia iniciada tardiamente. O prognóstico da doença pode piorar quando esses indivíduos com esquizofrenia demoram a ser tratados ou resistem ao tratamento.

Foram verificadas as referências de todos os estudos identificados, como estratégia da pesquisa a metodologia utilizada no Centro Cochrane sobre Schizophrenia Group Trials Register (setembro/2002), que é um registro formado a partir de buscas nas bases de dados BIOSIS, Cochrane Central Register of Controlled Trials (CENTRAL), CINAHL, Dissertation Abstracts, EMBASE, LILACS, MEDLINE, PSYNDEX, PsycINFO, RUSSMED e Sociofile, além da busca manual de periódicos e protocolos de conferências.

Percebeu-se, isto sim, a importância dos ensaios controlados randomizados relevantes que compararam antipsicóticos atípicos com outros tratamentos para idosos (pelo menos 80% deles devia ter mais de 65 anos) com diagnóstico recente (até cinco anos) de esquizofrenia ou transtornos semelhantes, como transtornos delirantes, transtorno esquizoafetivo, psicose esquizofreniforme ou parafrenia. Foram encontradas 119 referências na busca eletrônica, das quais 65 foram selecionadas para a avaliação do texto integral, do resultado da pesquisa, correspondendo a 38 estudos. Nenhum estudo satisfez nos critérios de inclusão. A maioria deles era randomizado e envolvia idosos com esquizofrenia crônica. Quatro estudos envolveram pessoas com esquizofrenia e incluíram uma minoria com parafrenia. Os desfechos para esse subgrupo, no entanto, não foram relatados. Um estudo randomizado (n=18) enfocou pessoas com esquizofrenia de instalação tardia, mas infelizmente as duas drogas em avaliação (remoxiprida e tioridazina) tiveram seu uso suspenso.

Nas conclusões das pesquisas destacadas foi constatado que não existem diretrizes para o tratamento da esquizofrenia de instalação tardia. Essa revisão elucidou a necessidade de ensaios clínicos controlados e de boa qualidade para avaliar os efeitos dos antipsicóticos para pessoas com essa doença. Até que esses estudos sejam conduzidos, as pessoas com esquizofrenia de instalação tardia serão tratadas com base no juízo médico e nas prescrições usuais.

A revisão da literatura se deu com leitura crítica dos textos científicos sobre assistência psiquiátrica no cuidado da enfermagem onde foi constatado a existência de pouca literatura sobre o tema. Os pesquisadores encontraram mais informações sobre o que deve ou se pode fazer. Ainda, revelou pouca informação sobre a eficácia das intervenções e sobre as condições em que elas podem ser utilizadas. Poucos trabalhos descrevem problemas vividos pelo paciente e sua família.

Dessa maneira, foi considerado pelos pesquisadores que esta é uma área na qual se deve desenvolver mais pesquisas, oferecendo à comunidade científica contribuições para melhorar a qualidade de vida do paciente e da sua família, como também conhecimentos sobre o transtorno mental e as ações dos profissionais da saúde que possibilitem o desenvolvimento teórico. Na hipótese de o Ministério Público, conforme dispõe o parágrafo 2º do art. 8º da Lei 10.216/2001, efetivar a fiscalização sobre o encaminhamento das internações involuntárias em hospitais psiquiátricos, ou após alguma reclamação sobre as terapêuticas indicadas, necessitar compreender a indicação do medicamento ou tratamento, uma vez que na sociedade contemporânea ocorre enorme incidência de transtornos mentais e de divergências acerca da terapêutica hospitalar ou não, seria o caso de se buscar em pesquisas as informações mais confiáveis para respaldar sua tomada de decisão em saúde mental.

Nessa situação a indagação seria a respeito do modelo ou medicamento mais apropriado e, quais condições de estudos dirão se um paciente em tratamento hospitalar ou extra-hospitalar estava exposto a determinado fator de risco ou não? Ainda acerca do medicamento ministrado, seria a hipótese se questionar sobre os resultados das evidências disponíveis para que o Ministério Público possa intervir com base em estudos científicos que embasariam sua decisão no caso em tela. Para se fazer uma revisão sobre terapêutica, da mesma forma, deve-se desenvolver eficazmente uma revisão da literatura, tomando-se como base as melhores evidências disponíveis.

É o que nos informa Atallah[10] ao lecionar com maestria sobre a importância de uma pesquisa clínica de boa qualidade. Afirma ele como sendo uma das maiores contribuições que um médico pode oferecer à humanidade. Enfatiza, ainda, que a pesquisa que é demorada e requer amplo planejamento, como o de um edifício, para que não desabe sobre sua cabeça e de outrem. Requer, pois, entusiasmo e perseverança para que não se desista nunca e, para tal, é preciso estar "sinceramente entusiasmado" com a pergunta. E é preciso também muito apego ao método que será como o cimento de um monumento, cuja solidez o fará durar através dos tempos, honrar aqueles que o fizeram e beneficiar de fato aos que dela se servirem.

Segundo o psiquiatra Paulo Amarante (2003)[11] deve-se pensar sobre a necessidade da reconstrução do conceito de prática clínica como sendo um aspecto fundamental da reforma psiquiátrica, para que a relação técnico-instituição-sujeito não seja a reprodução daquela clínica da medicina naturalista, anteriormente inserida no pensamento da medicina positivista. Informa o referido psiquiatra-uma referência no Brasil no processo da reforma psiquiátrica- que é preciso reinventar a clínica como construção de possibilidades, como construção de subjetividades, com possibilidades de ocupar-se de sujeitos com sofrimento, e de, efetivamente, responsabilizar-se para com o sofrimento humano e a cidadania, enquanto princípio ético. Atenta para o projeto em que a clínica psiquiátrica não seja uma estratégia de normalização e disciplinamento, atenta para o fato de que mesmo a psicanálise pode aspirar tais projetos. Informa, ainda, que a clínica, no contexto da reforma psiquiátrica, é um processo. Algo permanente, que aprende e constrói, cotidianamente, novas formas de lidar, de escuta, de reprodução social dos sujeitos como refere Franco Rotelli (1990).

Segundo ele os operadores podem ser psiquiatras, psicólogos, enfermeiros, assistentes sociais, terapeutas ocupacionais, musico terapeutas, educadores físicos. Cita como exemplo, o Centro de Atenção Psicossocial como sendo um espaço de produção de novas práticas sociais para lidar com o sofrimento psíquico, com

---

[10] Álvaro Nagib Atallah. Professor livre docente, chefe da Disciplina de Medicina de Urgência da Universidade Federal de São Paulo/Escola Paulista de Medicina e Diretor do Centro Cochrane do Brasil.

[11] Paulo Amarante.Médico Psiquiatra e Pesquisador da FioCurz. A (clínica) e a Reforma Psiquiátrica). Archivos de Saúde Mental e Atenção Psocossocial. Ed. Nau, 2003 p.59.

experiência diversa; para a construção de novos conceitos, de novas formas de vida, de invenção de vida e saúde. Preconiza a extinção significativa de leitos e hospitais psiquiátricos com a simultânea implantação de serviços de atenção psicossocial. Enfatiza, como fez Atallah, que as ciências hoje já não são pensadas como verdades absolutas.

Portanto, dentre os elementos da prática profissional em saúde mental substitutiva do manicômio destaco o desfecho do enfrentamento dos desafios da nova forma de lidar com o fenômeno da doença mental. Este exigiu uma abordagem diferenciada, consubstanciada em um novo olhar e escuta, além do medicamento e da participação da família e comunidade-uma das dimensões das práticas em torno da responsabilidade- a implicação em membros da família e da comunidade no cuidado.

Assim, a reforma psiquiátrica brasileira deve ser vista como um novo pacto entre o Estado e a sociedade civil, com novas formas de modificar as clássicas. Vale dizer: uma prática discursiva de responsabilização dos profissionais, dos serviços de saúde e dos usuários que possibilite uma autonomia e cidadania aos usuários, através de uma rede de suporte social consistente e coesa, composta tanto por funcionários de órgãos estatais quanto membros da sociedade civil. Isto tudo, com a utilização de diversas contribuições teóricas e práticas que apresentem a responsabilização como conceito operador de mudanças na assistência psiquiátrica pública.

Isto significa dizer que o Sistema único de Saúde contra o neoliberalismo mundial, sendo a saúde é dever do Estado e Direito do cidadão suscitado nos Projetos como Programa de Apoio à desospitalização - Lei 10.216/2001-suporte social dos egressos de longa permanência em hospitais psiquiátricos.

A colaboração Cochrane em Direito à Saúde, a partir dos processos internos e externos de aprendizado e da experiência adquirida no enfrentamento do tema, considera que é possível resumir os estudos a um parâmetro objetivo; a saber, a evidência médica-científica, que se desdobra em hipóteses que assegurariam a cientificidade das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário, tanto na proteção

da saúde em geral, como na saúde mental. Por exemplo: a) Hipótese em que o medicamento/tratamento/tecnologia pretendido pelo autor da ação judicial revele alto nível de evidência científica; b) Hipótese em que não existem estudos disponíveis para o fármaco/tramento/tecnologia pretendido pelo autor da ação judicial; c) Hipótese em que existem evidências científicas que apontem contrariamente à administração de medicamento ou tratamento/tecnologia pretendida pelo autor da ação judicial.

Aqui é importante ressaltar que a relação Medicina e Direito mostra-se ainda mais intensa quando tal paralelo se constrói a partir dos fundamentos da medicina baseada em evidência (MBE), notadamente em saúde mental. De fato, a MBE é o elo entre a boa pesquisa científica e a prática médica. Em outras palavras, recorre às provas científicas existentes e disponíveis no momento, com boa validade interna e externa, para a aplicação de seus resultados na prática clínica. Consiste na tomada de decisão baseada na melhor evidência de forma a atingir o desfecho que alie a preservação da ida à dignidade do paciente. Significa dizer que a melhor resposta decorrerá da melhor informação, atribuindo-se às evidências disponíveis em uma escala de valor científico.

Já no Direito, de forma a redundar na resolução do conflito social submetido à tutela do Poder Judiciário, as decisões também são tomadas com alicerce em evidências denominadas como provas. De fato, é com alicerce nas provas (ou evidências), produzidas nos autos do processo, que o juiz formará sua convicção e, finalmente, decidirá. Assim, não se pode prescindir do intercâmbio científico, especialmente numa sociedade desigual e com intensas mudanças sociais que afetam de forma inexorável, os paradigmas antes alicerçados no enclausuramento do conhecimento desses setores do conhecimento humano. Ao contrário, sem que os apercebamos, nosso exercício profissional diário, seja no campo do direito, seja no da medicina, são permeados por um e outro com marcante intensidade.

E não apenas isso, mas, nosso objetivo nesse estudo é o de ilustrar se a psiquiatria está embasada na medicina baseada em evidências ou comprometida com a construção de modelos teóricos que refletem interesses de classe. Procuramos levantar alguns aspectos das Reformas Sanitária e Psiquiátrica contextualizando-

as no processo de redemocratização do país, onde se articulam movimentos sociais para a desinstitucionalização do portador de transtorno mental, como política pública.

Pressupõe a reforma psiquiátrica a transferência do eixo hospitalar para atendimento nos serviços diretamente vinculados à comunidade, aproveitando toda a rede de assistência pública e do setor privado, uma vez que todos prestam serviços de relevância pública. Esse novo modelo foi desenhado a partir da Declaração de Caracas[12] e de vários eventos nacionais.

Por outro lado, um conjunto de portarias ministeriais estabeleceu administrativamente as bases dessas mudanças, por exemplo, as portarias n.º 6.281/2000 e 2.391/2002. A atual portaria n.º 2.391/2002 regulamenta o controle das internações psiquiátricas involuntárias de acordo com o disposto na Lei n.º 10.216/2001. Aqui é importante destacar a importância das revisões sistemáticas na fiscalização da terapêutica psiquiátricas. A Lei n.º 10.216/2001 inseriu no art. 8º, § 2º essa atribuição para o Ministério Público, o que leva a comprometimento de seus membros ao mínimo do conhecimento científico na interface da Medicina Baseada em Evidências com o Direito. Por outro lado, um conjunto de portarias ministeriais estabeleceu administrativamente as bases dessas mudanças, por exemplo, as portarias n.º 6.281/2000 e 2.391/2002. A atual portaria n.º 2.391/2002 regulamenta o controle das internações psiquiátricas involuntárias de acordo com o disposto na Lei n.º 10.216/2001.

Percebe-se, portanto, a partir desse processo modernizador e democrático, o envolvimento das práticas no campo médico e acadêmico na área da saúde mental. Trata-se, pois, de uma política pública de saúde no contexto político-jurídico, político-institucional e político-organizacional. Esse processo deve ser entendido

---

12 Carta de Brasília 2005 - Princípios Orientadores para o Desenvolvimento da Atenção em Saúde Mental nas Américas. O Ministério da Saúde do Brasil, a Organização Panamericana da Saúde e a Organização Mundial da Saúde convocaram a "Conferência Regional para a Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 Anos depois da Declaração de Caracas", nos dias 07 ao 09 do mês de novembro do ano de 2005, com o objetivo de avaliar os resultados obtidos desde 1990 (anexo).

como implementação do direito universal e fundamental a ser executado pelo Sistema Único de Saúde, o qual objetiva eficiência, eficácia e eqüidade. Esses mesmos princípios que comumente são aplicados podem e devem ser utilizados para avaliar a utilidade de determinada terapia e prognóstico na saúde mental com base nas revisões sistemáticas da Medicina Baseada em Evidência para reforçar esta importante política pública do país.

Portanto, dentre estes princípios de atuação à saúde deve-se destacar a saúde física ou mental como um direito fundamental do ser humano. Deve assim, o Estado promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício mediante políticas sociais e econômicas (art. 2º, § 1º da Lei n.º 8.080/90; art. 196 da CF/88).

A partir da Medicina Baseada em Evidências, procuramos dar ênfase à importância da pesquisa da formulação da pergunta sobre a melhor terapia e sobre o prognóstico na saúde mental, no que concerne a assistência psiquiátrica para a efetivação da desinstitucionalização dos portadores de transtornos mentais enfatizando o cuidado para que as emergências sejam tratadas nas unidades psiquiátricas dos hospitais gerais, e que naturalmente não se tornem um manicômio.

Atallah(1998) enfatiza que considerar que apenas as pesquisas básicas e fisiológicas merecem reconhecimento acadêmico adequado equivale a ignorar a importância da necessidade da pesquisa da efetividade e da segurança antes de levar a novas hipóteses, conceitos e conhecimento para o exercício profissional. O cidadão procura o profissional da saúde porque considera que ele se embase mais na ciência do que nos indivíduos da sociedade. Faz parte de a ética atender a essa expectativa lógica dos pacientes. Ética essa que justifica a existência da própria ciência e do reconhecimento do profissional na área da saúde mental.

Em publicação eletrônica (Cochrane BVS), Atallah, acentua a importância da pesquisa clínica como sendo a ferramenta da melhor evidência científica para o aprimoramento da prática médica e do ensino em qualquer área da medicina. Esclarece que isso é feito a partir de estudos primários ou de busca explícita, seguida de um julgamento honesto das evidências obtidas que será adaptada a realidade de cada caso, para tomada de decisão no exercício profissional baseada

na melhor evidência possível. Enfatiza que isso irá refletir não só na probabilidade de acerto clínico como na maior credibilidade do estudo.

As publicações das evidências da área clínica obedecem a vários níveis de confiança. Assim, por exemplo, um relato de série de casos não poderá ser equiparado a evidências considerada de primeira categoria, segundo o referido autor, que seria o ensaio clínico randomizado. Além disso, explica que as revisões sistemáticas têm a vantagem de seguir métodos científicos rigorosos, qual seja, podem ser reproduzidas, criticadas, e a crítica, pois a crítica é incorporada em sua publicação eletrônica. Ainda, como vantagem acentua que pode ser atualizada de tempos em tempos, como também poderá ser utilizada mundialmente.

Assim, utilizando-se a Medicina Baseada em Evidência, teremos tanto na prática médica como na jurídica a garantia de boas tomadas de decisões, diminuindo-se claramente as possibilidades de enfraquecimento do custo da saúde, na judicialização da saúde, com decisões que poderão até acarretar menor desperdício de recursos e energias para o profissional da saúde e do direito.

Em suma, o médico e o operador do direito ao envolver sua conduta no compromisso com a boa evidência científica, não estarão diminuindo sua capacidade global de decisão. Aliás, como afirma Atallah, a sensibilidade do médico *(feeling)* continua, só que com algo mais, que são informações precisas na orientação naquilo que funciona. O mesmo poderá se dizer para o profissional do direito na tomada de decisões.

Considerações finais

Vivemos uma época acentuadamente utilitarista e prática, em que se procura o rendimento máximo, rápido e fácil do trabalho, e este, mecanizado quanto o possível. É o domínio, fatalmente passageiro, da material sobre o espiritual, e outras verdades sediças. O reflexo desta mentalidade já atingiu as arraias do ensino, e o profissional influenciado pelo meio, corre o risco de transformar-se num simples técnico.

Importante destacar nossa atenção para esses aspectos da sociedade

contemporânea, preocupada com o binômio "consumidor-mercado", onde a defesa do ensino, passou a ser artigo de barganha econômica, "objeto de investimento", se puder conduzir a ganhos no mercado; ou ainda, inversamente, se ela levar a prejuízos, pode ser motivo de objeto de aceitação "do cliente" no rol dos benefícios pelo mercado oferecido.

Quando se define o caminho como construção de diálogo gerador de autonomia e de busca por um bem comum e não como transferência unilateral de uma ou outra área do conhecimento, falamos de ética, educação e comunicação. Arriscamos dizer que encontramos o resumo do que se busca na tomada de decisão em saúde como transformação destas decisões: nos espaços formadores do conhecimento para tomada de decisões no campo prático e de informação com uma comunicação mais pedagógica e pautada na ética.

Nesta virada de século, a proteção com os direitos humanos é a base para explicar tudo o que existe e, a partir daí, interferir na realidade. Assim, todas as preocupações dimensionam-se, neste início de século para o estudo da técnica e da ética, entre o fazer e o saber conduzir-se. Hoje, percebe-se uma sede de ética na sociedade atual. "Ética seria espírito humano para formular juízos tendentes a iluminar a conduta das pessoas". A ética tem vários aspectos e desdobramentos. Uma das mais sensíveis aplicações da ética é aquela que se refere ao exercício das profissões, pois toda profissão tem uma ética. Sabe-se o exato cumprimento do "dever de estado" de "cada pessoa", segundo "critérios éticos". Isto é "essencial" para uma "sociedade justa"[13].

No presente trabalho procurou-se contextualizar os princípios da atenção à saúde mental como resultantes dos direitos humanos, assim como fortalecer o Sistema Único de Saúde, para além da universalidade do acesso às ações e aos serviços, postulando a melhor evidência científica da medicina. Além disso, acredita-se que, no momento em eu surgirem novas práticas médicas, torna-se imprescindível a exigência dos caminhos da multi/interdisciplinatridade como novo paradigma.

---

[13] Emmanuel Carneiro Leão. Professor de Filosofia da UFR. Anotações de aulas.

Não se trata de substituir as especialidades em generalidades na área médica. O que e pleiteia é uma concepção unitária contra uma concepção fragmentada na tomada de decisões em saúde. Neste contexto é relevante tratarmos a questão da saúde como direito fundamental, comprometia a medicina baseada em evidência honesta e compromissada com a consolidação da democracia, cujo princípio fundamental é a garantia dos Direitos Humanos.

Chegamos ao século XXI com uma realidade profundamente desumana em todo o mundo. A realidade das pesquisas científicas da medicina baseada em evidências deve ser estrategicamente traçada para o fortalecimento das políticas públicas do país, onde se busca um *despertar-como um vento violento a abrir janelas*- de um amor latente pelo ser humano, pela justiça, submetidos às regras impostas pelo constituinte. Resulta, pois, de um amor e de um sonho pela ciência, para compor uma sociedade mais justa e solidária, através da comunicação destes dois saberes, Medicina e Direito.

Assim, promover a integralidade na saúde depende, portanto, por vezes necessária e facilmente perceptível, da promoção de ações e processos de comunicação. Como é apropriada, nesse momento de estabelecer as relações entre a Medicina Baseada em Evidência e os Direitos Humanos, apontando, ainda que sem se aprofundar, sua interdependência nas práticas. Tais relações, uma vez identificadas e compreendidas, abrem mil caminhos a serem explorados, caminhos de pesquisas e ações, a serem trilhados por nós mesmos. Assim, a busca é o próprio fim.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMARANTE, Paulo (Org.). *Loucos pela vida.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fio Cruz, 2000.

_____; ROTELLI, Franco. Reformas psiquiátricas na Itália e no Brasil: aspectos históricos e metodológicos, In: BEZERRA JR., Bebilton; AMARANTE, Paulo. *Psiquiatria Sem Hospícios-Organização.* Ed. Relume Dumará, 1992.

_____. *Ensaios:* subjetividade, saúde mental, sociedade. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 2000.

_____. et al. A psiquiatria no âmbito da previdência social. In: *Saúde e Debate*, RJ, abr./jun.

_____. et al. *A trajetória do pensamento crítico em saúde mental no Brasil*: o planejamento na desconstrução do aparato manicomial. Rio de Janeiro: Mimeo, 1992.

_____. et al. *Condições de Assistência ao doente mental.* In: opus cit, 1980.

_____. et al. *Loucura e Complexidade.* Trabalho de final de curso da disciplina Metodologia da Investigação do Curso de Doutorado em Saúde Pública da UNSP/ FIOCRUZ, RJ: Mimeo, 1991.

AMARANTE, Paulo de et al. *Análise dos Determinantes e Estratégias das Políticas de Saúde Mental* - projeto da reforma psiquiátrica. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ ENSP/DAP/NUPES, 1990. (Projeto de pesquisa).

ARANHA, Márcio Iorio et al. *Curso de especialização à distância em direito sanitário para membros do ministério público e da magistratura federal.* Brasília: UnB, 2002.

ATALLAH, A. N. A incerteza, a ciência e a evidência. *Diagnóstico e Tratamento,* 9:27-8, jan./mar. 2004.

ATALLAH, A. N.; CASTRO, A. A. Medicina Baseada em Evidências: o elo entre a boa ciência e a boa prática. *Revista da Imagem,* v. 20, n. 01, jan./mar. 1998.

BASAGHIA, F. *A psiquiatria alternativa:* contra o pessimismo da razão, o otimismo da prática.

BIBLIOTECA Virtual-BVS-Literatura Científico-Técnica-BVS pesquisa-id:(i)-458977.

BVS-LITERATURA CIENTÍFICO-TÉCNICA-ESQUIZOFRENIA. Medicina Baseada em Evidência: Assunto Pesquisado: Transtorno Mental Transtornos Psicóticos. Hospitais Psiquiátricos. Saúde Mental. Estudos Caso-Controle. Ensaios Clínicos Randomizados. Guias de Prática Clínica. Revisões Sistemáticas.

CANESQUI, Ana Maria (org.). *Ciências sociais e saúde.* São Paulo: Hucitec-Abrasco, 1997.

CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica:* a idade de ouro do alienismo. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

CENTRO COCHRANE DO BRASIL. *Revisão sistemática de ensaios clínicos randomizados sobre stents recobertos com rapamicina ou paclitaxel versus stents convencionais".* São Paulo, 2008. Disponível em: <portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/STENT.pdf>.

CIÊNCIA & SAÚDE COLETIVA. Rio de Janeiro, v. 14, n.1, jan./fev. 2009.

COMISSÃO NACIONAL DA REFORMA SANITÁRIA. *Documentos I, II, III.* Rio de Janeiro: Secretaria Técnica da Comissão Nacional da Reforma Sanitária, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 2001

CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 4, 2000, Brasília. Relatório... Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL, 10, 1996, Brasília. *Relatório final.* Brasília: Ministério da Saúde, 1996.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL, 11, 2000, Brasília. *Relatório final.* Brasília: Ministério da Saúde, 1996.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL, 2, 1994, Brasília.

Relatório final. Brasília: Ministério da Saúde, 1994.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL, 3, 2001, Brasília. *Caderno de textos.* Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

COOPER, David. *Psiquiatria e antipsiquiatria.* 2. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1989.

COSTA, Augusto Cesar de Farias. Direito, *Saúde Mental e Reforma Psiquiátrica.* Curso de especialização à distância em direito sanitário para membros do Ministério Público e Magistratura Federal, 2002.

DELGADO, Pedro Gabriel. As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992.

DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica.* Trad. Vera Ribeiro, revisão técnica Paulo Amarante. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 1994.

EL DIB RP; ATALLAH, A. N. Fonoaudiologia baseada em evidências e o Centro Cochrane do Brasil. *Diagnóstico e Tratamento,* 11:103-6, 2006.

EL DIB RP. Como praticar a medicina baseada em evidências. J Vasc Bras, v. 6, n. 01, 2007.

ELIAS, Paulo Eduardo. *Reforma ou contra-reforma*: algumas reflexões sobre as políticas de saúde no Brasil. Manual do Curso de Especialização em Direito sanitário para Membros do Ministério Público e Magistratura Federal.

FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise dos direitos numa sociedade em mudança.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

_____. *Direito e Justiça:* a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1994.

_____. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA., G. De volta para casa-Prática de Reabilitação com pacientes

crônicos em saúde mental. In. PITTA, A. (Org.). *Reabilitação Psicossocial no Brasil*. São Paulo: Hucitec, 1996.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto: Léa Porto de Abreu Novais et al. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1999.

_____. *Doença mental e psicologia.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

_____. *História da loucura.* São Paulo: Perspectiva, 1972.

_____. *História da loucura.* São Paulo: Perspectiva, 1999.

_____. *Microfísica do poder.* Organização e tradução de Roberto Cabral de Melo Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal,1979.

_____; DERRIDA, Jacques. *Três tempos sobre a história da loucura*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

GOFFMAN, Erving. *Estigma:* notas sobre a manipulação de identidade deteriorada. Trad. Márcia Bandeira M. L. Nunes e Rev. Gilberto Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

_____. *Manicômios, prisões e conventos.* São Paulo: Perspectiva, 1974.

INFORMATIVO da Saúde Mental - MS/SAS/DAPES/Área Técnica de Saúde Mental, ano II, n. 1, jan./fev. 2003.

INTERFACE-COMUNICAÇÃO, SAÚDE, EDUCAÇÃO. Botucatu, v. 12., fev. 2003.

JANETE, Adib D. et al. *Saúde loucura* – saúde mental e saúde da família, v. 7. 2. ed.. São Paulo: Hucitec, s/d.

LEAL, Erotildes Maria. *A Noção de Cidadania como Eixo da Prática Clínica:* uma análise do programa de saúde mental. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 1994.

LEGISLAÇÃO em saúde mental. 2. ed., rev. e atual. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. (Série E, n. 4).

LLOPES, J. L. A psiquiatria e o velho hospício. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria,* 1965.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* São Paulo: Atlas, 1997.

MURALHAS abertas. ISTO É, São Paulo, 07.jul. 1996.

NEVES, Afonso Carlos. *Humanização da Medicina e Seus Mitos*. São Paulo: E. Companhia Ilimitada, 2005.

ORNELAS, Cleuza Panisset. *O paciente excluído:* história e crítica das práticas médicas de confinamento. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

PESSOTI, Isaias. *O século dos manicômios.* São Paulo: Editora 34, 1996.

PITTA, Ana. *Reabilitação psicossocial no brasil.* 2. ed., São Paulo: Hucitec, 2001.

PORTO, Amanda Cruz. Entrevista com a psicóloga da equipe CAPS Arthur Bispo do Rosário – Aracaju/SE.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno.* São Paulo: Saraiva, 1990.

REVISTA BRASILEIRO DE SAÚDE MATERNO INFANTIL. Recife, v. 5, n. 3, jul./set. 2005.

REVISTA DA ESCOLA DE ENFERMAGEM DA USP. São Paulo, v. 40, n. 02, jun 2006.

REVISTA DE DIREITO SANITÁRIO : JOURNAL OF HEALTH LAW. São Paulo: Centro de estudos e pesquisas de direito sanitário, vol. 2, n. 3, 2001.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira. *Manual de atuação jurídica em saúde pública* – programa de apoio ao fortalecimento do controle social do SUS. Brasília, 2002.

RIBEIRO, Herval Pina. *O hospital:* história e crise. São Paulo: Editora Cortez, 1993.

SARACENO, Benedetto. *Libertando identidades:* da reabilitação psicossocial à cidadania possível. Rio de Janeiro: Instituto Franco Basaglia, 1999.

SILVA, Marcus Vinícius de Oliveira. *Palestra proferida na abertura do Fórum Nacional como anda a Reforma Psiquiátrica Brasileira.* Brasília, 2000.

TEXTO & CONTEXTO-ENFERMAGEM. Florianópolis, v. 18, n. 2, abr./jun.2009.

TORRE, Juan Carlos. Esquema para análise dos movimentos sociais na América Latina. *Revista de Cultura Contemporânea*, ano I, n. 2, 1979.

VIVÊNCIA de trabalhadores de um centro de atenção psicossocial: estudo à luz do pensamento de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, jul./set. 2006.

O papel do Ministério Público na defesa da segurança dos cidadãos que comparecem aos espetáculos esportivos de futebol

Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub

Procuradora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

SUMÁRIO: Introdução. 1 História do futebol. 2 Aspectos sociológicos relativos às torcidas organizadas. 3 O estatuto do torcedor e o papel do ministério público na fiscalização das condições de segurança dos estádios e da prevenção e coibição da violência. Conclusão. Referências.

Introdução

Desde o início de sua história o futebol tem sido impregnado pela violência, podendo tal fato ser explicado por questões sociais, culturais e econômicas, bem como encontra-se intrinsecamente ligado a um comportamento masculino agressivo, baseado na luta pelo poder e dominação.

Com o desenvolvimento social passou-se a buscar formas de regulamentar o esporte e de impedir a violência praticada nos estádios, havendo um visível processo civilizador, passando vários países a encarar a violência no futebol como questão de segurança pública e a legislarem sobre o assunto a partir de um tratado firmado no Conselho da Europa que entrou em vigor em 01 de novembro de 1985[1].

Seguindo esta tendência mundial foi editada no Brasil a Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003[2] , que dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor, sendo que neste

---

[1] REIS, Heloisa Helena Baldy dos. A violência nos estádios. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 71, março-abril de 2008, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 327.

[2] BRASIL. Lei nº nº 10.671, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.671.htm>. Acesso em: 17 nov. 2009.

diploma legal foi incumbido ao Ministério Público zelar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis dos cidadãos que assistem as partidas de futebol, com a finalidade de promover a segurança em relação às questões de engenharia e sanitárias dos estádios, além de prevenir e reprimir a prática de ilícitos penais decorrentes de atos de violência.

Este artigo visa abordar a violência nos estádios de futebol sob os prismas histórico e sociológico, bem como demonstrar o papel do Ministério Público na prevenção e coibição dos atos de violência neste esporte, notadamente os conflitos entre torcidas organizadas.

1 História do futebol

As origens do futebol moderno são longínquas e indefinidas, podendo se remontar a muitos séculos antes de Cristo, baseando-se em dados e referências de livros e gravuras. Alguns historiadores definiram que algumas das primeiras civilizações jogavam variantes do futebol primitivo, apontando a América Central e o Amazonas como as fontes culturais do esporte, onde tribos indígenas já praticavam jogos de bola em 1500 a.C[3] .

Foi na Grécia que ocorreram vários jogos precursores do futebol, sendo um deles denominado *Spiskiros,* esporte este adotado pelos romanos depois da conquista de 1500 A.C[3].. Em razão disto surgiu posteriormente em Roma o *harpastum,* que tinha grande semelhança com o *rugby,* tendo tais esportes uma característica em comum que era a violência, caráter este que não se perdeu nas atividades desenvolvidas na Idade Média.

No século XII a juventude britânica praticava um jogo parecido com o harpastum, havendo competições entre as cidades vizinhas, sendo que o jogo transformava-se numa verdadeira batalha, razão pela qual o Rei Eduardo II o proibiu em 1314. A resistência dos reis a autorizar a prática do esporte persistiu até o século XVIII e somente em princípios do século XIX, com a atenuação da violência e as tentativas

[3] GIULIANOTTI, Richard. Sociologia do futebol: Dimensões históricas e socioculturais do esporte das multidões. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant e Marcelo de Oliveira Nunes. São Paulo: Nova Alexandria, 2002. p. 15.

de regulamentá-lo, é que prevaleceu a preferência britânica pelo jogo[4] .

Assim, oficialmente o futebol teve sua origem na Inglaterra, na segunda metade do século XIX, notadamente em 1863 quando foi criada a *Football Association* que codificou o esporte em 1877, criando suas regras universais e livrando-se de qualquer inconsistência remanescente[5] . Antes desta uniformização as regras eram definidas por tradições locais, variáveis de um local para o outro[6] . Em 1846 a Universidade de Cambridge publicou o primeiro regulamento que foi devidamente aprovado e homologado.

Após divorciar-se do *rugby* o futebol passou a ser o esporte preferido da Inglaterra, difundindo-se posteriormente para o mundo, sendo que em 1904 foi fundada a Federação Internacional de Futebol (FIFA), que teve como missão uniformizar as regras do jogo, elaboradas pelo *Internatinal Board,* tornando possível a elaboração de calendários internacionais, que resultaram na inclusão do futebol nos Jogos Olímpicos de 1920 e na realização da primeira Copa do Mundo de Futebol em 1930[7] .

Segundo Marcos Guterman o futebol inglês nasceu no seio da classe operária que trazia para os locais públicos toda a raiva contida pelas classes sociais menos privilegiadas, apontando que invariavelmente as partidas terminavam com lutas e depredações[8] .

Mas o grande avanço do esporte se deu através da sua profissionalização, que ocorreu na Inglaterra a partir de 1885, tendo havido um acelerado interesse das classes populares pela sua prática e o hábito de assistir futebol, que inicialmente

---

4 Ibidem,p. 18-19.

5 Ibidem, p. 19.

6 REIS, Heloisa Helena Baldy dos. Futebol e Violência. Campinas: Armazém do Ipê, 2006., p. 5-6.

7 "FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION. Estatuto. Disponível em: <http://www.fifa.com/aboutfifa/federation/statutes.html>.Acesso em: 17.11.2009.

8 GUTERMAN, Marcos. O futebol explica o Brasil: uma história da maior expressão popular do país. São Paulo: Contexto, 2009. p. 16-17.

configurava um lazer se transformou em uma fonte de trabalho para os praticantes, que viram nele um meio de identificação e de sobrevivência[9] .

Este esporte foi trazido para o Brasil por Charles Muller em 1894, inicialmente restrito à elite, aos descendentes de imigrantes ingleses e proprietários de fábricas têxteis de São Paulo, passando posteriormente a sua prática aos empregados destas indústrias. No dia 14 de abril de 1894 ocorreu a partida inaugural organizada por Miller: *Gas Works Team versus* São Paulo *Railway Team*. Mas José Moraes dos Santos Neto esclarece que esse esporte já havia sido introduzido anteriormente em 1887 no Brasil por padres Jesuítas de São Paulo, que após viajarem à Europa trouxeram grandes novidades da prática desportiva, incluindo tal modalidade nos currículos escolares, porém ressalta o referido autor que "o pioneirismo de Miller reside no fato de ter iniciado a prática do futebol dentro de um clube, estimulando os outros a praticá-lo "[10]

Importante ressaltar no plano nacional que o primeiro passo para a criação de uma entidade nacional que disciplinasse o futebol foi dado em 30 de agosto de 1915 por Mário Cardim de São Paulo, criando a Federação Brasileira de Futebol. No mesmo ano no Rio de Janeiro foi criado em 15 de novembro a Federação Brasileira de Esportes, por iniciativa da Liga Metropolitana de Sports Atléticos. Em 6 de dezembro de 1916 os dirigentes Mário Cardim, de São Paulo e Lauro Muller do Rio de Janeiro entraram em acordo e fundaram a Confederação Brasileira de Desportos – CBD[11] , que posteriormente deu origem a atual Confederação Brasileira de Futebol – CBF, fundada em 20 de agosto de 1919[12] .

---

9 DAOLIO, Jocimar (Org.). Futebol, cultura e sociedade. Campinas: Autores Associados, 2005. 147 p. REIS, Heloisa Helena Baldy dos. Espetáculo Futebolístico e Violência. p. 105-130. p. 107-108.

10 SANTOS NETO, José Moraes do. Visão do jogo- primórdios do futebol no Brasil. São Paulo: Cosac & Naify , 2002. P. 17,30.

11 SANTOS NETO, p. 93.

12 A Confederação Brasileira de Futebol, fundada em 20 de agosto de 1919, é uma entidade civil e sem vínculos governamentais. A ela, respondem as Federações Estaduais e Distritais (Distrito Federal) que são os responsáveis pelos campeonatos estaduais. A CBF é responsável diretamente pelas seleções masculinas e femininas de futebol, tendo com o futebol masculino, conquistado cinco títulos mundiais e com a seleção feminina, dois vice-campeonatos mundiais. Organiza os campeonatos brasileiros de futebol das séries A, B, C e D, além da Copa Brasil, que reúne os campeões estaduais. Disponível em: <http://www.bicodocorvo.com.br/saude/esporte/futebol/cbf>. Acesso em: 12 nov. 2009.

Na década de 1930 passou o esporte a ser divulgado pelo rádio que lhe trouxe segundo Heloisa Helena Baldy, ”uma linguagem própria e instigante”, que se mantém até os dias de hoje, “que prende a atenção do ouvinte por meio de uma narrativa própria e cheia de apelos emocionais”[13] .

A partir da década de 1960 e 1970 a sua difusão se massifica com as transmissões dos jogos através da televisão, inicialmente em preto e branco e posteriormente com transmissão a cores[14] . Com a sua divulgação e seu visível processo de mercadorização, passa a se tornar preocupante a violência praticada no esporte, para a citada autora[15] :

> As raízes da violência relacionada ao esporte-espetáculo devem ser entendidas a partir de análises macro e microestruturais das sociedades modernas. Em uma perspectiva macro, precisamos denunciar, como geradores da violência, a influência que o crescente empobrecimento da grande maioria da população mundial vem sofrendo, principalmente em países do hemisfério sul, e o aumento acelerado das desigualdades sociais nesses mesmos países. Esses dados permitem-nos a interpretação de que a violência se vem configurando uma problemática de ordem estrutural. Já em uma perspectiva micro, é necessário analisarmos os fatores intrínsecos ao futebol e à organização do espetáculo futebolístico, que são fatores geradores de violência.

As torcidas organizadas surgiram no final da década de 1960 e início de 1970, sendo responsáveis pela crescente rivalidade no esporte. Na década de 1990 foram presenciados vários conflitos entre torcidas, sendo que esses atos de instigação da violência podem ser simbólicos, que são os demonstrados através de gestos, canções e hinos, bem como podem ser de violência real, que são os que originam os confrontos diretos, que podem ou não serem premeditados.[16]

---

13 REIS, Futebol e violência, p. 8.
14 Idem, p. 6.
15 DAOLIO, p. 105-106.
16 DAOLIO, Jocimar (Org.). Futebol, cultura e sociedade. Campinas: Autores Associados, 2005. 147 p. A Dinâmica da rivalidade entre Pontepretanos e Bugrinos. p. 73, 99.

2 Aspectos sociológicos relativos às torcidas organizadas

Os principais estudos britânicos apontados por Dunning revela que a violência entre grupos rivais de torcedores de futebol *(hooliganismo)* está diretamente relacionado à sua gênese, pois trata-se de um jogo inventado por homens que utilizam-se do esporte em busca de auto-afirmação e onde disputam o poder através da força [17].

De acordo com Richard Giulianotti "as evidências levam todas a concluir que a masculinidade hegemônica do futebol é uniformimente agressiva e chauvinista", acrescentando que "a subcultura ocupacional dos jogadores é dominada pela ávida busca por conquista sexual", e que "a cobertura do futebol pelos meios de comunicação de massa satisfaz continuamente o olhar masculino", pois "as manchetes expõem os segredos sexuais dos astros do esporte"[18].

Segundo Heloisa Helena Baldy a violência também é estimulada pela profissionalização do esporte, pois cada vez mais se exige dos jogadores, técnicos e times o alcance de resultados positivos.[19]

Deve se destacar ainda que principalmente a partir da Copa do Mundo de 1990 que ocorreu na Itália houve um crescimento financeiro inédito no futebol, tendo o Presidente da FIFA João Avelange informado em 1994 que o esporte gerava 225 bilhões de dólares por ano.[20]

Mas o fato histórico mais marcante quanto à agressividade no esporte se deu no dia 29 de maio de 1985, no Estádio de Heysel na Bélgica, na disputa final da Copa dos Campeões, quando foram praticados atos extrema violência pelos *hooligans* ingleses contra os italianos, ato este denominado como o massacre de Bruxelas. Antes mesmo do inicio do jogo já havia decorrido o conflito com o resultado

---

17 DUNNIG, Eric. El fenómeno deportivo: estudios sociológicos en torno al deporte, la violencia y la civilización. Barcelona: Paidotribo, 2003. Apud: REIS, A violência nos estádios, p. 335.

18 GIULIANOTTI, p . 197-198.

19 REIS, A violência nos estádios, p. 335.

20 GIULIANOTTI, p. 116.

catastrófico de 39 mortos e 450 feridos.[21]

Para Richard Giulianotti "o principal objetivo dos *hooligans* é aumentar o *status* de seu grupo em confrontos com os rivais", sendo que eles mantêm vários graus de prestígio e de respeito pelos que ergueram e lutaram 'corajosamente', mesmo que tenham desistido do pior, mas aqueles que voltaram para trás e correram de um confronto são considerados humilhados"[22] .

No Brasil houve também um episódio trágico que chocou a sociedade ocorrido no dia 20 de agosto de 1995, no Estádio do Pacaembu na disputa da Copa de Juniores do Estado de São Paulo, quando as torcidas dos times do Palmeiras e do São Paulo entraram em conflito e de que resultou uma morte e 87 feridos.[23]

Em razão destes fatos trágicos vários ocorridos em vários países e no Brasil a legislação vem buscando garantir a segurança nos estádios e a coibir a violência no esporte.

No plano internacional a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, aprovou em 1978 a Carta Internacional da Educação Física e do Esporte, enquanto o Conselho da Europa aprovou o Tratado Europeu sobre a violência e a invasão de espectadores em espetáculos esportivos e especialmente de partidas de futebol, que entrou em vigor em 01 de novembro de 1.985.[24]

3 O estatuto do torcedor e o papel do Ministério Público na fiscalização das condições de segurança dos estádios e da prevenção e coibição da violência

O futebol como modalidade esportiva é sem dúvida alguma uma expressão da

---

21 SILVA, Gustavo Serafim de Aguiar Silva. Futebol e a fúria das torcidas organizadas – Aspectos sociológicos e jurídicos. Disponível em:<http://www.duplipensar.net/fraternidade/gustavo-serafim-de-aguiar-silva.html>. Acesso em: 04.11.2009.

22 GIULIANOTTI, p. 76.

23 REIS. A violência nos estádios. p.329.

24 REIS. Futebol e Violência. p. 54-56.

cultura nacional. O art. 215 da Constituição Federal[25] estabelece que "o Estado garantirá a todos, o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais", enquanto a Lei 9.615, de 24 de março de 1998[26] , conhecida como Lei Pelé, em seu art. 4º, § 2º, dispõe que o esporte integra o patrimônio cultural brasileiro e é considerado de elevado interesse social.

O Ministério Público por seu turno é instituição essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, na forma do art. 127 da Carta Magna.

Desta forma incumbe-lhe zelar, na forma do art. 129, inciso II, pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública e aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Compete-lhe portanto, assegurar a incolumidade dos cidadãos que assistem as partidas de futebol, a fim de que esta manifestação cultural não os exponha a perigo, seja em relação à segurança relativa a própria estrutura arquitetônica dos estádios e as medidas de ordem sanitárias, seja com fim de evitar principalmente a prática de ilícitos penais decorrentes de atos de violência física, notadamente os conflitos entre torcidas organizadas.

Assim, quanto segurança estrutural e condições sanitárias dos estádios de futebol a Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003, que dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor, estabelece em seu art. 23 que a entidade responsável pela organização da competição apresentará previamente ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, antes da realização do evento desportivo, os laudos técnicos expedidos pelos órgãos e autoridades competentes pela vistoria das condições de segurança dos estádios a serem utilizados na competição. Tal dispositivo legal tem o seguinte teor:

---

[25] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17.11.2009.

[26] BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998.Dispõe sobre as normas gerais sobre desporto e dá outras providências.

> Art. 23. A entidade responsável pela organização da competição apresentará ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, previamente à sua realização, os laudos técnicos expedidos pelos órgãos e autoridades competentes pela vistoria das condições de segurança dos estádios a serem utilizados na competição. (Regulamento)
> § 1o Os laudos atestarão a real capacidade de público dos estádios, bem como suas condições de segurança.
> § 2o Perderá o mando de jogo por, no mínimo, seis meses, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, a entidade de prática desportiva detentora do mando do jogo em que:
> I - tenha sido colocado à venda número de ingressos maior do que a capacidade de público do estádio; ou
> II - tenham entrado pessoas em número maior do que a capacidade de público do estádio.

Este artigo foi regulamentado pelo Decreto nº 6.795, de 16 de março de 2009[27], no que concerne ao controle das condições sanitárias e de segurança dos estádios a serem utilizados em competições desportivas, conforme previsto em seu artigo primeiro, enquanto o artigo 2º assim estabelece:

> Art. 2o A entidade responsável pela organização da competição apresentará ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, previamente à sua realização, os laudos técnicos expedidos pelos órgãos e autoridades competentes pela vistoria das condições de segurança dos estádios a serem utilizados.
> § 1o Os laudos técnicos, que atestarão a real capacidade de público dos estádios, bem como suas condições de segurança, serão os seguintes:
> I - laudo de segurança;
> II - laudo de vistoria de engenharia;
> III - laudo de prevenção e combate de incêndio; e
> IV - laudo de condições sanitárias e de higiene.
> § 2o Na hipótese de o estádio ser considerado excepcional por seu vulto, complexidade ou antecedentes ou sempre que indicado no laudo de vistoria de engenharia, será exigida a apresentação de laudo de estabilidade estrutural, na

[27] BRASIL. Decreto nº 6.795, de 16 de março de 2009. Regulamenta o art. 23 da Lei no 10.671, de 15 de maio de 2003, que dispõe sobre o controle das condições de segurança dos estádios desportivos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6795.htm>. Acesso em: 17 nov. 2009.

> forma estabelecida pelo Ministério do Esporte.
>
> § 3o O Ministério do Esporte estabelecerá, em até cento e vinte dias a partir da vigência deste Decreto, os requisitos mínimos que deverão ser contemplados nos laudos técnicos previstos nos §§ 1o e 2o e indicará as autoridades competentes para emiti-los.

É atribuição do Ministério Público acompanhar a emissão destes laudos e exigir que os estádios atendam a todas as normas de segurança já disciplinadas pela lei, além daquelas medidas exigidas pelos Conselhos de Engenharia de cada estado da federação. O papel do *Parquet* como fiscal do exato cumprimento da lei e defensor da segurança do torcedor, como já dito vai além das questões afetas a segurança estrutural dos estádios e a fiscalização dos laudos exigidos pelo Estatuto do Torcedor e pelo Decreto que regulamentou o seu artigo 23, estendendo-se para a busca de medidas que venham impedir a violência praticada nos estádios.

Para Heloisa Helena Baldi apesar de o esporte ser uma das mercadorias mais rentáveis do capitalismo, até o ano de 2003 não havia leis que regulamentavam a promoção do espetáculo como espetáculo. No entanto que se trate de um marco histórico o Estatuto do torcedor é ainda limitado em relação às medidas de prevenção da violência relacionadas aos espetáculos esportivos.[28]

Esta autora aponta sugestões de medidas de segurança para os espetáculos futebolísticos no Brasil, mas salienta que caberá a Comissão Nacional de Prevenção da Violência e Segurança nos Espetáculos Esportivos – CONSEGUE, criada pelo Presidente da República em 19 de janeiro de 2004, através do Decreto nº 4.960/2004 determinar as diretrizes de uma política de ação para espetáculos esportivos no Brasil.[29]

Dentre as sugestões apresentadas estão as seguintes que foram consideradas mais relevantes para o enfoque abordado neste artigo [30] :

> 1-colocação de cadeiras em todos os setores dos estádios devidamente enumerados;
>
> 2-promoção de cursos preparatórios e de treinamento para a Polícia Militar específicos para a prevenção da violência em eventos de multidão, enquanto não

---

28 REIS. Futebol e Violência, p. 98.
29 Idem, p. 109.
30 Idem, p. 112, 114, 115.

> é criada uma polícia especializada;
> 3-criação em todos os estádios com capacidade superior a 10 mil pessoas de uma unidade de controle operacional munida de todos os equipamentos de filmagem com circuito fechado e com sistema de som por setores;
> 4-criação pelos clubes profissionais de futebol do cargo de chefe de segurança registrado na comissão permanente do estado a qual o clube pertence;
> 5-sinalização das vias de saída por representações simbólicas e luminosas;
> 6-identificação de todas as torcidas organizadas por unidades federais (estados e Distrito Federal), que deverão enviar um cadastro atualizado de todos os seus sócios para o CONSEGUE;
> 7-separação de torcedores nos estádios, principalmente os pertencentes às torcidas organizadas de maior rivalidade;
> 8-proibição de venda de bebidas alcóolicas;
> 9-atualização do Código Penal de forma que trate os infratores de distúrbios em eventos esportivos separadamente e promova a agilidade dos processos.

No Seminário realizado sobre Estádios, Segurança e Condições de Uso referente aos jogos de Futebol, realizado em Brasília nos dias 22 e 23 de outubro de 2009, ficou realmente patente a necessidade de implementação das várias medidas visando dar maior segurança ao torcedor, tais como a criação de Juizados Cíveis e Criminais, a regulamentação das Torcidas Organizadas com o cadastramento dos torcedores, bem como foi dada especial ênfase a necessidade de proibição da venda de bebidas alcoólicas durante as partidas de futebol.

Quanto à criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Torcedor visa tal medida atender ao disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 39 da Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003 que assim dispõe:

> Art. 39. O torcedor que promover tumulto, praticar ou incitar a violência, ou invadir local restrito aos competidores ficará impedido de comparecer às proximidades, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, pelo prazo de três meses a um ano, de acordo com a gravidade da conduta, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.
> § 1o Incorrerá nas mesmas penas o torcedor que promover tumulto, praticar ou incitar a violência num raio de cinco mil metros ao redor do local de realização do evento esportivo.

> § 2o A verificação do mau torcedor deverá ser feita pela sua conduta no evento esportivo ou por Boletins de Ocorrências Policiais lavrados.
> § 3o A apenação se dará por sentença dos juizados especiais criminais e deverá ser provocada pelo Ministério Público, pela polícia judiciária, por qualquer autoridade, pelo mando do evento esportivo ou por qualquer torcedor partícipe, mediante representação.

O Projeto de Lei nº 82/2009 que dispõe sobre as medidas de prevenção e repressão dos fenômenos de violência por ocasião de competições esportivas e que visa alterar o Estatuto do Torcedor, em seu art. 41 A, também prevê a criação pelos Estados e Distrito Federal de Juizados do Torcedor, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, visando o processamento, julgamento e execução das causas decorrentes dos atos praticadas por ocasião de competições esportivas, especialmente os atos de violência entre torcedores e torcidas.

Para o Juiz de Direito do I JECRIM de Recife/PE Dr. Ailton Alfredo de Souza a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais tem como objetivos otimizar a segurança dos torcedores, acabar com a impunidade promovendo o acesso rápido à Justiça, além de promover parceria permanente com todos os órgãos governamentais e entidades não governamentais envolvidos com a problemática dos direitos e deveres dos torcedores e campanhas educativas informando sobre os principais direitos do torcedor e as condutas que são vedadas.[31]

A competência destes Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Torcedor está em consonância com as disposições do Estatuto do Torcedor, bem como da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995[32] , que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, desde que os fatos tenham ocorrido, tanto nos locais de realização dos eventos desportivos, quanto nas proximidades desses locais, além disto se faz necessário que a infração penal tenha sido praticada no âmbito da realização de evento desportivo.

---

[31] SOUZA, Ailton Alfredo de. Juizado Especial Criminal: Avanços e Problemas. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b16_08.html>. Acesso em: 04 nov. 2009.

[32] BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9099.htm>. Acesso em:17 nov. 2009.

O cadastramento dos associados das Torcidas Organizadas que constitui uma da formas eficazes de evitar a violência nos eventos desportivos apontados pelos estudiosos no assunto, também está previsto no mencionado Projeto de Lei nº 82/2009, conforme abaixo se vê:

> Art. 4º A Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 1º-A, 2º-A, 13-A, 31- A, 39-A, 39-B e 41-A, e do Capítulo XI-A, com os arts. 41-B, 41-C, 41-D, 41-E, 41-F e 41-G:
>
> Art. 1º-A A prevenção da violência nos esportes é de responsabilidade do poder público, das confederações, federações, ligas, clubes, associações ou entidades esportivas, entidades recreativas e associações de torcedores, inclusive de seus respectivos dirigentes, bem como daqueles que, de qualquer forma, promovem, organizam, coordenam ou participam dos eventos esportivos.
>
> Art. 2º-A Considera-se torcida organizada, para os efeitos desta Lei, a pessoa jurídica de direito privado ou existente de fato, que se organize para o fim de torcer e apoiar entidade de prática esportiva de qualquer natureza ou modalidade.
>
> Parágrafo único. A torcida organizada deverá manter cadastro atualizado de seus associados ou membros, o qual deverá conter, pelo menos, as seguintes informações:
>
> I - nome completo;
>
> II - fotografia;
>
> III - filiação;
>
> IV - número do registro civil;
>
> V - número do CPF;
>
> VI - data de nascimento;
>
> VII - estado civil;
>
> VIII - profissão;
>
> IX - endereço completo; e
>
> X - escolaridade.
>
> Art. 13-A. São condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, sem prejuízo de outras condições previstas em lei:
>
> I - estar na posse de ingresso válido;
>
> II - não portar objetos, bebidas ou substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar a prática de atos de violência;
>
> III - consentir com a revista pessoal de prevenção e segurança;
>
> IV - não portar ou ostentar cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com mensagens ofensivas, inclusive de caráter racista ou xenófobo;

> V - não entoar cânticos discriminatórios, racistas ou xenófobos;
> VI - não arremessar objetos, de qualquer natureza, no interior do recinto esportivo;
> VII - não portar ou utilizar fogos de artifício ou quaisquer outros engenhos pirotécnicos ou produtores de efeitos análogos;
> VIII - não incitar e não praticar atos de violência no estádio, qualquer que seja a sua natureza; e
> IX - não invadir e não incitar a invasão, de qualquer forma, da área restrita aos competidores.
> Parágrafo único. O não cumprimento das condições estabelecidas neste artigo implicará a impossibilidade de ingresso do torcedor ao recinto esportivo, ou, se for o caso, o seu afastamento imediato do recinto, sem prejuízo de outras sanções administrativas, civis ou penais eventualmente cabíveis.

A fim de implementar uma política de segurança no esporte a Confederação Brasileira de Futebol – CBF editou a Resolução nº 001/2008, que proíbe a venda de bebidas alcoólicas nos eventos desportivos por ela organizados, que tevê por base o termo de Adendo ao Protocolo de Intenções assinado em maio de 2008 pelo Presidente da Confederação Brasileira de Futebol e o Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais da Justiça –CNPG[33] .

Tal proibição precisa ser estendida para as partidas realizadas pelas Federações Estaduais de Futebol, competindo aos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal buscar a efetivação desta proibição através de Termos de Ajustamento de Conduta firmados com entidades e com os órgãos públicos envolvidos.

Por fim é necessário frisar que o art. 18 do Estatuto do Torcedor estabelece que os estádios com capacidade superior a vinte mil pessoas deverão manter central técnica de informações, com infra-estrutura suficiente para viabilizar o monitoramento por imagem do público presente, enquanto o art. 25 prevê que o controle e a fiscalização do acesso ao público ao estádio com capacidade para mais de vinte mil pessoas deverá contar com meio de monitoramento por imagem

[33] O Protocolo de Intenções que foi firmado no Rio de Janeiro em 31 de agosto de 2007 entre o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais dos Estados e da União (CNPG) e a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) tem como objetivo a formulação de propostas de aperfeiçoamento das atividades operacionais de segurança dentro e fora dos estádios de futebol.

das catracas[34] . O cumprimento de tais normas é importantíssimo, pois desta forma todos os atos ilícitos praticados poderão ser filmados e servirão como provas da autoria do crime e os seus autores deverão ser encaminhados imediatamente por seguranças ao Juizado do Torcedor instalado no Estádio para um julgamento célere, isto porque a impunidade e a morosidade no julgamento são fatos que contribuem para o desrespeito da lei.

Conclusão

A prática desportiva deve ser incentivada pelos Poderes Públicos, tais como o Ministério dos Esportes e as Secretarias estaduais de Esportes, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Defensoria Pública, as Polícias Militares e Civis dos Estados, a Defesa Civil, além da Confederação Brasileira de Futebol-CBF e das Federações estaduais, porém incumbe aos seus representantes buscarem medidas efetivas que venham prevenir a violência nos campos de futebol.

O Ministério Público está buscando em conjunto com órgãos evolvidos na questão tomar medidas visando promover a segurança nos estádios de futebol e buscar ações de prevenção contra a violência praticada por torcedores, nos termos da Lei nº 10.671/2003 _Estatuto de Defesa do Torcedor_ e de efetivar o Protocolo de Intenções firmado entre o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e a Confederação Brasileira de Futebol.

As Polícias Militares e Civis dos Estados, a Defesa Civil, além da Confederação Brasileira de Futebol-CBF e das Federações estaduais, porém incumbe aos seus representantes buscarem medidas efetivas que venham prevenir a violência nos campos de futebol.

---

[34] No referido Protocolo de Intenções firmado entre o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais dos Estados e da União (CNPG) e a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) acha-se consignado no § 1º da Cláusula Décima Quinta que a CBF recomendaria às federações estaduais e aos demais responsáveis que os estádios com capacidade superior a 20 mil espectadores mantenham uma central de informações, com monitoramento por imagem ao público presente, conforme dispõe o art. 18 da Lei nº 10.671/03.

O Ministério Público está buscando em conjunto com órgãos evolvidos na questão tomar medidas visando promover a segurança nos estádios de futebol e buscar ações de prevenção contra a violência praticada por torcedores, nos termos da Lei nº 10.671/2003 _Estatuto de Defesa do Torcedor_ e de efetivar o Protocolo de Intenções firmado entre o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e a Confederação Brasileira de Futebol.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. Lei nº nº 10.671, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.671.htm>. Acesso em: 17 nov. 2009.

DAOLIO, Jocimar (Org.). *Futebol, cultura e sociedade.* Campinas: Autores Associados, 2005. 147 p.

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION. Disponível em: <http://www.fifa.com/aboutfifa/federation/statutes.html>. Acesso em: 17 nov. 2009.

GIULIANOTTI, Richard. *Sociologia do futebol:* dimensões históricas e socioculturais do esporte das multidões. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant e Marcelo de Oliveira Nunes. São Paulo: Nova Alexandria, 2002. 248 p.

GUTERMAN, Marcos. *O futebol explica o Brasil:* uma história da maior expressão popular do país. São Paulo: contexto, 2009. 270 p.

REIS, Heloisa Helena Baldy dos. A violência nos estádios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 71, p. 326-343, mar./abr. 2008.

REIS, Heloisa Helena Baldy dos. Futebol e Violência. Campinas: Armazém do Ipê, 2006. 118 p.

SANTOS NETO, José Moraes do. *Visão do jogo- primórdios do futebol no Brasil.* São Paulo: Cosac & Naify , 2002. 114 p.

SILVA, Gustavo Serafim de Aguiar Silva. *Futebol e a fúria das torcidas organizadas* – aspectos sociológicos e jurídicos. Disponível em: <http://www.duplipensar.net/fraternidade/gustavo-serafim-de-aguiar-silva.html>. Acesso em: 04 nov. 2009.

SOUZA, Ailton Alfredo de. *Juizado Especial Criminal:* Avanços e Problemas.

Disponível em: < http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b16_08.html>. Acesso em: 04 nov. 2009.

A violência no casal heterossexual e a Justiça criminal estudos junto ao Juizado Especial Criminal em Brazlândia-DF

Alessandra Campos Morato

Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Território e pesquisadora. É especialista em Segurança Pública pelo UniCeub. Membro do Grupo Candango de Criminologia e Pesquisa da UnB, do Conselho de Pesquisadores, da Comissão de Política Criminal e do Núcleo de Gênero do MPDFT.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A violência no casal heterossexual como objeto de pesquisa. 3 Os conceitos propostos. 4 Os dados estatísticos consolidados: o que dizem os autos? 5 Refletindo sobre os dados colhidos. Referências.

Introdução

A violência é um tema recorrente quando o assunto é segurança pública. Está no dia-a-dia das manchetes de jornais, nas ruas, nas escolas e nos lares. No espaço doméstico, até bem pouco tempo, contava com a complacência social e se mantinha sob o confortável manto da invisibilidade.

Buscar um conceito relativamente uniforme para o vocábulo violência é uma tarefa inglória e ao mesmo tempo necessária para quem pretenda discorrer sobre este aspecto das relações que se estabelecem entre um homem e uma mulher que se encontram numa situação de interação afetiva[1] .

Ao enveredar por esse caminho, tanto o pesquisador, quanto o leitor devem se manter alertas para a circularidade inextinguível ressaltada por MICHAUD (1989)

[1] A expressão interação afetiva é aqui empregada como qualquer sentimento acompanhado de certo grau de tensão e composto de emoções particulares em diferentes graus de complexidade, tais como, amizade, amor, ira, paixão, etc.

– que revela nossa incapacidade de nos colocarmos em um lugar exterior para uma visão desinteressada e objetiva dos fenômenos sociais, em especial da violência – evitando a tentação de conceber a possibilidade de um conceito unívoco.

Tenhamos em mente que qualquer conceito de violência que se proponha provavelmente levará em conta os fatos somados às maneiras com que o autor do discurso o apreende, julga, vê ou ignora (MICHAUD, 1989).

O imaginário popular associa os vocábulos violência e força. Sob essa perspectiva, ao observarmos uma cena é fácil constatar estarmos diante de violência quando vemos a força sendo usada para subjugar. Talvez, por isso, o senso comum tenha se apropriado do conceito de violência como ruptura de qualquer forma de integridade: física, psíquica, sexual ou moral. Isto não deixa de ser verdadeiro, mas não pode ser tomado como única forma de manifestação de violência.

Tal abordagem mostra-se insuficiente principalmente ao nos aproximarmos da violência na modalidade conflito de gênero. Justamente porque, nestes casos, é muito tênue a linha que separa a quebra da integridade e a obrigação feminina de suportar a sujeição ao marido ou companheiro. Como cada mulher colocará o limite em um ponto diferenciado, ou seja, interpretará a violência de uma forma muito singular, não é possível defini-la com univocidade. "Se não existe uma percepção unânime da violência, cada socius definindo-a como a sente, não se pode fazer ciência sobre a violência caracterizada como ruptura de integridades, uma vez que não há ciência do individual" (SAFFIOTI, 2004: 76).

Aceitando, portanto, que a conceituação apresentará nuances diferenciadas conforme a abordagem que se dê do ponto de vista sociológico, antropológico, jurídico, filosófico, enfim, a partir do campo de observação escolhido, fica mais fácil lançarmos nossos olhares sobre a violência que se estabelece dentro de uma relação de gênero, seja no ambiente familiar ou doméstico, ou ainda na forma mais particular na qual nos concentraremos neste artigo, a violência no casal heterossexual.

2 A violência no casal heterossexual como objeto de pesquisa

Pesquisas qualitativas e quantitativas sobre a violência praticada dentro do lar no cenário nacional ainda são poucas, o que dificulta a formulação de políticas públicas sérias e confiáveis para enfrentamento do fenômeno (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2001; IZUMINO, 2004; SENADO FEDERAL, 2005; SUAREZ & BANDEIRA, 1999).

Muitos dos estudos estatísticos nacionais sobre o tema da violência contra a mulher se concentram em dados obtidos junto às delegacias especializadas de atendimento à mulher, sendo que a dificuldade de acesso a informações e mecanismos próprios do Judiciário e do Ministério Público corresponde a uma relativa lacuna da produção acadêmica acumulada na temática (IZUMINO, 2004).

O presente trabalho objetiva contribuir com os estudos sobre o tema trazendo à luz alguns dados colhidos a partir de nosso dia-a-dia na Promotoria de Justiça Especial Criminal de Brazlândia, no Distrito Federal, analisados com o auxílio de algumas das teorias das relações sociais de gênero[2] .

Observar a violência do ponto de vista da teoria social é um desafio particularmente difícil para o profissional de formação jurídica e que já se anuncia quando percebemos que não há consenso quanto à natureza e os objetivos da própria teoria social que orientará nosso olhar (GIDDENS & TURNER, 1999). Da mesma forma, os processos através dos quais se obtém o conhecimento do social não são matéria de consenso. Devemos partir de uma estrutura ampla e abstrata para interpretar os eventos históricos e empíricos particulares ou observar as interações pessoais nos contextos da vida cotidiana, construindo teorias a partir delas?

Qualquer que seja o método escolhido, o mais importante é a vigilância constante, ressaltada por Bourdieu, que nos permitirá fugir das armadilhas da ilusão do saber

---

[2] Teorias enfocadas durante o Curso de Gênero ministrado no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no 1º semestre de 2006, pelas Professoras Lourdes Bandeira e Ana Liési Thurler, da Universidade de Brasília.

imediato, brotado da realidade que salta aos nossos olhos e nos confunde diante da sua infinita riqueza (BOURDIEU; CHAMBOREDON; PASSERON, 1999).

Com esse cuidado, escolhemos nosso universo de pesquisa a partir dos 989 termos circunstanciados novos que chegaram às Promotorias Especiais Criminais de Brazlândia no período de 1º de agosto de 2004 a 31 de julho de 2005. Cada termo circunstanciado novo representa um conflito distinto que é levado à apreciação do Judiciário e do Ministério Público. Esses conflitos que resultaram em procedimentos de natureza criminal estão registrados no Sistema de Controle de Processos e Documentos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – SISPRO[3] /MPDFT.

Do total inicial percebemos que 63,1% eram casos de lesões corporais leves, ameaças e vias de fato, tipos penais que são da competência do Juizado Especial Criminal. Ocorre que esses 63,1% dos casos representavam conflitos tanto entre pessoas de sexos diferentes, como entre pessoas do mesmo sexo. Assim, esse universo foi novamente recortado porque queríamos investigar somente conflitos entre homens e mulheres, ou seja, pessoas de sexos diferentes.

Chegamos, portanto, a um total de 59,1% de casos utilizando como critério que tais conflitos tivessem pelo menos um homem e uma mulher em pólos distintos do processo (autor/vítima). Estes 59,1% de casos correspondiam a 369 processos, que foram analisados um a um, classificados como violência de gênero, violência doméstica/familiar ou violência no casal heterossexual, conceitos que serão explicitados adiante.

Aqui fizemos novo recorte porque era necessário manter apenas os casos que se relacionassem com a violência doméstica no casal heterossexual e que fossem da competência dos Juizados Criminais (JECRIM). Assim, os processos que foram

---

[3] O Sistema de Controle de Processos e Documentos - SISPRO é o software desenvolvido pelo Departamento de Modernização Administrativa do MPDFT para o tratamento de informações referentes a Processos Judiciais, Termos Circunstanciados, Inquéritos Policiais e Procedimentos e Investigação Preliminar. O SISPRO foi desenvolvido em 1995 e implantado em todo o âmbito do MPDFT em 1996.

redistribuídos para a Vara Criminal comum porque houve reclassificação do crime[4] foram excluídos. Também foram excluídos os casos que, embora continuassem tramitando no JECRIM e tivessem homens e mulheres em pólos opostos, não se encaixavam nas categorias acima propostas[5] .

Enfim, chegamos a um universo final de 340 processos filtrados e com suas respectivas informações cadastradas em forma de questionários. Estes processos representam mais de 1/3 (34,4%) de todos os termos circunstanciados instaurados no período analisado e mais da metade (54,5%) dos casos de lesões corporais leves, ameaças e vias de fato levados ao Ministério Público naquele período.

Como instrumento de coleta de dados foi utilizado um questionário com perguntas fechadas e abertas com campos para conhecer traços dos perfis de autor e vítima, do relacionamento deles, da violência praticada, da situação do processo no momento da pesquisa e de eventuais encaminhamentos/resultados.

As respostas dos questionários nos levaram a três grupos distintos de casos: 252 casos classificados como violência no casal heterossexual, 52 casos de violência doméstica/familiar, e 36 casos de violência de gênero.

Antes de visualizarmos os dados, porém, é necessário explicar melhor essas categorias que elegemos, verificando porque tais conceitos foram escolhidos para nortear a classificação dos casos.

3 Os conceitos propostos

Alguns consideram que os primeiros estudos que se debruçaram sobre o conceito de gênero datam da década de 70 e são atribuídos à socióloga americana *Ann Oakley – Sex, gender and society,* 1972; *The sociology of housework*, 1974 e *Housewife,* 1976 (BENOIT, 2000). Para outros, o verdadeiro formulador do

---

[4] Por exemplo, quando um caso é inicialmente considerado como lesão leve (competência do JECRIM), mas depois se verifica que era na verdade lesão grave (competência da Justiça Comum).

[5] or exemplo, um acidente de trânsito que resultou em lesão corporal leve, conflito cuja causa originária nada teve a ver com as relações sociais de gênero, a violência doméstica ou familiar, ou ainda, a violência no casal heterossexual.

conceito de gênero foi um homem, Robert Stoller, em 1968 (SAFFIOTI, 2004). É também famosa a frase de Simone de Beauvoir – *"On ne naît pas femme, on le devient"* (Ninguém nasce mulher, torna-se mulher) – já insinuando que o gênero era um conceito social e historicamente construído. Assim, embora não tenha cunhado o termo gênero, há estudiosos que vêem naquela afirmação de Beauvoir um dos primeiros ensaios para a conceituação do termo, ainda na década de 40 (SAFFIOTI, 1999).

Durante as décadas de 60 e 70, o discurso feminista se alimentava basicamente de conceitos baseados na "luta entre os sexos". De certa forma, o conceito de gênero se propõe como uma alternativa àquele discurso, caminhando para uma superação de conceitos focados no determinismo biológico, mostrando como a desigualdade entre homens e mulheres não é um dado natural (biológico), e sim um construto social. O gênero, assim, não existiria enquanto realidade ontológica. O conceito de gênero pressupõe que homens e mulheres não podem ser estudados separadamente, mas sim e principalmente em sua situação relacional.

3.1 Violência de Gênero

De modo geral, há um consenso no sentido de que a violência de gênero incluiria violências praticadas entre pessoas do mesmo sexo, não se restringindo àquelas praticadas por homem contra mulher ou vice-versa. Embora não seja este nosso objeto de estudo propriamente dito – eis que optamos por focar na relação violenta do casal heterossexual – é interessante o registro dessa realidade.

> Muitos dos acontecimentos violentos que ocorrem no âmbito interpessoal – se não todos – são antecedidos por conflitos abrigados nos diferentes relacionamentos de gênero, que são relacionamentos que podem por em interação conflituosa não apenas homem e mulher, mas também mulher e mulher ou homem e homem. (SUÁREZ & BANDEIRA, 1999, p. 16)

Menos que o sexo das pessoas envolvidas, o importante para o conceito de violência de gênero é que a agressão tenha alguma relação com os estereótipos construídos historicamente sobre os papéis tradicionalmente atribuídos ao homem ou à mulher, estereótipos que reforçam a desigualdade entre o feminino e o masculino (SAFFIOTI, 2004). Assim, por exemplo, se dois homens se enfrentam

em um contexto de disputa por uma mulher, ambos a considerando propriedade de um deles, estaríamos diante de uma violência calcada sobre uma perspectiva de gênero.

> A disputa por uma fêmea pode levar dois homens à violência, o mesmo podendo ocorrer entre duas mulheres na competição por um macho. Como se trata de relações regidas pela gramática sexual, podem ser compreendidas como violência de gênero. (SAFFIOTI, 2004, p, 71).

Neste trabalho, contudo, optamos por nos debruçar apenas sobre a violência de gênero que se manifesta no casal heterossexual. Talvez por que, nas salas de audiências, seja a que se apresenta mais cotidianamente. O próprio estigma que cerca a relação homossexual pode ser um dos fatores que fazem com que os conflitos daí oriundos pareçam menos comuns no Judiciário do que os conflitos envolvendo os casais heterossexuais. A questão da violência na relação de um homem com uma mulher será abordada com mais detalhes adiante, quando tratarmos do conceito específico de violência no casal heterossexual.

Ainda buscando melhor delimitar o conceito de gênero – enquanto uma das categorias de análise propostas nesse trabalho – é interessante observar como o vocábulo é utilizado pelo legislador.

No parágrafo único do artigo 5º, do Projeto de Lei 4559/04[6] - que acabou resultando na chamada Lei Maria da Penha – o legislador brasileiro propunha seu conceito de relação de gênero. Assim, as interações consideradas de gênero seriam aquelas "*relações desiguais e assimétricas de valor e poder atribuídas às pessoas segundo o sexo"*.

Nossa proposta é que consideremos como violência de gênero, para os fins de compreensão desta nossa análise, *a relação violenta entre homens e mulheres que se estabelece independente da proximidade afetiva dos envolvidos*, ocorrendo também entre pessoas que mal se conhecem, mas que, por um motivo qualquer,

---

[6] Essa redação acabou sendo retirada e não consta no atual artigo 5º da Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, resultado do referido projeto de lei.

encontram-se em situação de interação – como, por exemplo, entre colegas de trabalho, companheiros de viagem, etc.

Esse conceito nos pareceu útil e apropriado a este trabalho porque contempla violência de gênero como uma categoria mais ampla, para onde poderíamos deslocar aqueles casos que não coubessem dentro dos conceitos de violência familiar, violência doméstica e violência do casal, esta última, nosso objeto de estudo propriamente dito.

Como vimos, o conceito acima proposto para nortear nosso olhar sobre a violência de gênero nesta análise *não exige proximidade afetivo-sexual ou familiar entre os envolvidos,* embora não seja raro que aconteça também entre pessoas próximas.

3.2 Violência doméstica/familiar

A violência que ocorre onde circulam fortes afetos – como entre familiares e cônjuges - pode fazer emergir os mais intensos sofrimentos, dando um colorido especial a esse fenômeno e exigindo uma abordagem própria.

Podemos, portanto, estabelecer também uma análise mais particular das violências que ocorrem no âmbito doméstico, no âmbito familiar e entre um casal verificando em que medida as representações de gênero moldam, permeiam ou refletem nestas interações.

A *violência familiar* é a que ocorre entre pessoas ligadas por vínculos de parentesco, natural ou por afinidade. "Não há maiores dificuldades em se compreender a violência familiar, ou seja, a que envolve membros de uma mesma família extensa ou nuclear, levando-se em conta a consangüinidade e a afinidade" (SAFFIOTI, 2004, p. 71). A violência familiar pode se consubstanciar, ou não, em violência de gênero.

A violência no seio da família tem uma dinâmica própria, diferente da violência nas ruas ou no ambiente de trabalho. Ocorre entre pessoas muito próximas e as vítimas mais freqüentes são mulheres, crianças e idosos (SCHRAIBER, 2007).

A rivalidade entre irmãos, a dependência alcoólica de um avô, a privação de bens materiais, o desentendimento entre sogra e nora, enfim, há toda uma teia de relações que podem se tornar um verdadeiro barril de pólvora.

É um conceito mais amplo que o de violência doméstica porque não se restringe àqueles que coabitam num mesmo espaço físico. Também difere da violência do casal por abranger relações e sentimentos que extrapolam a dinâmica das relações marido/mulher.

O conceito de *violência doméstica*, por sua vez, está ligado ao conceito de território, abrangendo aqueles casos em que os envolvidos desfrutam de uma certa intimidade e convivência dentro de um espaço que pode ser concreto ou simbólico. "Estabelecido o domínio de um território, o chefe, via de regra um homem, passa a reinar quase incondicionalmente sobre seus demais ocupantes. O processo de territorialização do domínio não é puramente geográfico, mas também simbólico" (SAFFIOTI, 2004, p. 72).

Sabemos que a violência doméstica, de uma maneira geral, não se restringe ao espaço territorial do domicílio ou residência das partes. "A violência doméstica tem lugar, predominantemente, no interior do domicílio. Nada impede o homem, contudo, de esperar sua companheira à porta de seu trabalho e surrá-la exemplarmente, diante de seus colegas de trabalho, por se sentir ultrajado com sua atividade extra lar" (SAFFIOTI, 2004, p. 72).

A legislação uruguaia define como violência doméstica "toda ação ou omissão, direta ou indireta, que por qualquer meio menoscabe, limitando ilegitimamente o livre exercício e o gozo dos direitos humanos de uma pessoa, causada por outra com a qual tenha ou haja tido uma relação afetiva baseada na coabitação e originada por parentesco, por matrimônio ou por união de fato" (ANDRADE, 2003, p.155).

Como se vê, o conceito legal de violência doméstica e familiar acima transcrito contempla também os casos de violência praticada por ex-maridos, ex-namorados ou ex-companheiros, ocorridos dentro ou fora do lar, diferentemente do que vamos propor para este trabalho. Aqui sugerimos que a *violência doméstica ou familiar*

seja um conceito reservado para abranger aqueles casos em que a relação afetiva decorra da convivência sob o mesmo teto (empregados domésticos, agregados, etc.) ou *da relação de parentesco* (pais, avós, primos, tios, etc.). O mundo jurídico considera que não há parentesco entre marido e mulher, entre companheiros ou entre namorados/noivos.

A violência doméstica abrangeria, portanto, também a violência originada por parentesco, com pontos de intersecção com a violência familiar, como, aliás, o legislador brasileiro preferiu.

O artigo 1º da Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – diz que seu objetivo é criar "[…]*mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher* […]". Aqui os vocábulos doméstica e familiar são utilizados para abranger tanto aqueles casos em que a mulher é agredida pelo companheiro, quanto aqueles em que é agredida por outro que desfrute de uma relação mais próxima dela, como o pai ou irmão, por exemplo, diferentemente do que propomos para este trabalho.

A referida lei, em seu artigo 5º, *define violência doméstica contra a mulher como sendo* "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". Abrange a violência praticada *dentro da unidade doméstica,* definida como "espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas" (inciso I); *na família*, compreendida como uma "comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa" (inciso II); e ainda, "*em qualquer relação íntima de afeto*, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação" (inciso III).

Optamos por não restringir o conceito de violência doméstica/familiar, para efeito deste trabalho, apenas aos casos de violência contra a mulher, por acreditar que as crianças e os idosos também podem ser vítimas – e muito freqüentemente o são – da agressão perpetrada no seio da família.

Porque portador de uma dinâmica própria preferimos chamar nosso objeto de

estudo de *violência no casal heterossexual*, observando ainda mais de perto essa modalidade de interação que ocorre entre homens e mulheres.

3.3 Violência no casal heterossexual

A *violência no casal heterossexual* ocorre entre homens e mulheres ligados por vínculos afetivo-sexuais, muito calcada nas representações construídas sobre o masculino/feminino, alimentada pela dificuldade de diálogo e situações de *stress*.

Não se confunde com a violência doméstica ou familiar porque constitui um microcosmos próprio dentro da dinâmica das relações familiares. Também não necessita de convivência sob o mesmo teto para se manifestar, sendo freqüentes as manifestações entre casais de namorados, onde já se constrói, antes mesmo da vida em comum no domicílio conjugal, uma sociabilidade violenta.

É muito freqüente também entre ex-casais, principalmente quando a iniciativa da separação é da mulher, onde o companheiro ainda a considera uma propriedade sua e reforça a violência para trazê-la de volta e subjugá-la.

A violência no casal é um construído. As agressões físicas surgem como uma evolução de atos que se iniciaram muito antes do primeiro evento de espancamento. A maior parte dos cônjuges violentos estabelece uma espécie de "preparação da companheira" para o que virá depois. O desprezo, a ironia, a ofensa verbal, as humilhações, o controle sexual são todos parte de uma escalada que "amacia o couro[7] " da mulher para o controle físico sobre o próprio corpo dela que surgirá finalmente, geralmente como último recurso para garantir seu domínio sobre ela.

---

[7] Expressão regional corrente no interior de Goiás que significa preparar a pessoa, fazê-la se acostumar com uma determinada situação, conformar-se, agir de acordo com o que se espera dela. Antes do aparecimento das indústrias, em muitas fazendas no interior do Estado o couro era preparado artesanalmente, e dentre as técnicas utilizadas nesse preparo estava a de amarrá-lo em um varal e surrá-lo com um pedaço de pau para torná-lo mais macio, maleável e próprio ao fim a que se destinava: vestuário, artigo de decoração, revestimento de móveis, etc.

3.4 As dificuldades em objetivar a violência: situando o local da minha fala

Brazlândia, cidade localizada no Distrito Federal, foi o *locus* por excelência da nossa pesquisa. Contudo, no decorrer dos trabalhos fizemos também diversas viagens para o Estado de Goiás, onde encontramos outros subsídios que acabaram sendo incorporados ao texto. O interesse em inserir neste trabalho aspectos que retratassem a cultura e as representações sociais peculiares da região goiana surgiu a partir do momento em que verificamos em Brazlândia a similitude de gestos, expressões e modo de significar o social dos goianos. A pesquisa identificou que, depois dos nascidos no Distrito Federal, os goianos são maioria, respondendo por quase 13% das mulheres e 18% dos homens pesquisados.

Por ser meu Estado de origem, identifiquei imediatamente algumas das representações sociais evidenciadas nas falas consignadas nos processos pesquisados com imagens e causos guardados da infância, adolescência e vida adulta.

Ao descobrir que Brazlândia foi povoada a partir de famílias goianas[8] – os Cardoso de Oliveira que se instalaram na região da Chapadinha por volta de 1910 – e mineiras – os Rodrigues do Prado, Abreu de Lima e os Braz, sendo que estes últimos acabaram dando nome à cidade – passamos a ver algum sentido em incorporar ao presente trabalho essas impressões, vivências e *causos* da mulher goiana que sou.

Uma das lições mais ricas que aprendi com os mestres sociólogos que nos guiaram nas aulas presenciais do curso de gênero – do qual esse trabalho é resultado – é que não existe cientista social absolutamente isento. Render-me, portanto, à *circularidade inextinguível* presente em qualquer o conhecimento que se queira do social, implicou em admitir minha condição de mulher goiana, trazendo para dentro do trabalho todos os significantes e significados que essa condição representa.

[8] Fonte: http://www.brazlandia.df.gov.br/ famílias pioneiras - acessado em 15 de outubro de 2009.

A convivência com as mulheres agredidas me fez perceber que um dos maiores entraves ao enfrentamento da violência doméstica é a percepção da própria mulher agredida de que está em uma situação de abuso, o que contribui para que seja reproduzida como algo cotidiano e banal. "O grau de tolerância de cada um é função de sua história e de sua sensibilidade" (HIRIGOYEN, 2006, p. 12).

Muitas mulheres, embora sofram visivelmente com o controle, as ofensas verbais, os empurrões, os esganamentos, só foram capazes de racionalizar isso como violência após confrontadas com a possibilidade por uma terceira pessoa (geralmente um psicólogo, assistente social ou mesmo alguém da sua comunidade). Ela precisou que um Outro descortinasse, verbalizasse, aquilo que o intenso sofrimento dela já indicava: ela era vítima de uma sistemática violência física e psicológica.

Ora, essa dificuldade de objetivação reflete na própria percepção e definição da violência. Já vimos anteriormente que não há um conceito único que atenda aos diversos tipos de violência e as definições propostas apenas realçam nuances diferenciadas, não se constituindo categorias estanques e sendo perfeitamente possível que haja superposição entre elas.

À falta de um conceito unívoco sem, contudo, perder de vista os traços mais marcantes de cada uma delas, nos permitimos, para melhor delimitar o objeto desse trabalho, considerar *violência no casal* qualquer agressão, física ou psicológica, limitadora do livre exercício e gozo dos direitos humanos de uma pessoa praticada por alguém com quem ela já teve ou ainda tenha uma relação afetiva, de namoro, matrimônio ou união de fato. "*A violência no casal é um modo de relação fundado no controle e na violência psicológica*" (HIRIGOYEN: 2006, p. 27).

Também como já dissemos anteriormente, apesar de saber que as relações homoafetivas poderem ser incluídas como reprodutoras de violência no casal, neste trabalho o universo se restringe a relações entre homens e mulheres envolvidos em uma relação amorosa (maridos, companheiros, namorados/noivos).

Os casos de violência entre irmãos, cunhados, genro/nora/sogro/sogra, pais

e filhos, enfim, entre pessoas ligadas por vínculos de parentesco, natural ou por afinidade que não aqueles abrangidos pelo conceito de violência no casal heterossexual foram classificados como casos de *violência familiar ou doméstica.*

Por fim, todos os demais casos não abrangidos pelos conceitos anteriores – violência entre colegas de trabalho, vizinhos, conhecidos, etc. – foram remetidos à categoria *violência de gênero* que, de resto abrange todas as demais, desde que presente, por óbvio, o componente específico relacionado à construção do feminino/masculino.

4. Os dados estatísticos consolidados: o que dizem os autos?

Como salientado anteriormente, de todos os conflitos que chegaram ao Juizado Especial Criminal de Brazlândia no período analisado, selecionamos 624 processos referentes exclusivamente a casos de lesões corporais leves, ameaças e vias de fato. Esse número corresponde a 63,1% do universo original. Isso significa que as lesões leves, ameaças e vias de fato foram os tipos de infrações penais que mais foram levados ao Juizado Criminal naquele período.

Em seguida verificamos que 59,1% daqueles 624 processos se referiam a autores e vítimas de sexos diferentes, evidenciando que, nesses tipos de conflito, é mais comum que agressões entre homens e mulheres cheguem ao Juizado Criminal do que agressões entre pessoas do mesmo sexo.

Os 59,1% correspondiam a exatos 369 processos e destes, apenas 22 tiveram como vítimas exclusivamente pessoas do sexo masculino, os demais tiveram ao menos uma vítima do sexo feminino. Este resultado nos permite afirmar que em 93,77% dos casos em que houve lesão corporal leve, ameaça ou vias de fato envolvendo pessoas de sexos distintos, as mulheres foram as vítimas.

Como explicado no início deste trabalho, foram ainda excluídos 29 processos porque, na análise manual, verificamos que alguns já haviam saído da competência do Juizado Especial Criminal, redistribuídos para a vara criminal comum. Outros porque não se enquadravam nas categorias de análise propostas para este trabalho, ou seja, eram casos envolvendo pessoas de sexos diferentes, mas sem nenhum

contexto de violência de gênero (acidentes de trânsito, etc.).

Restaram, finalmente, 340 processos que serviram de base para preenchimento dos questionários. Se compararmos com o universo inicial de 989 processos – que correspondem a *todos os conflitos* registrados no período de um ano – temos que *mais de 1/3 dos casos que passaram pelo Juizado Especial Criminal de Brazlândia/DF no período analisado estão relacionados com conflitos de gênero*. Isso, por si só, já anuncia a importância que a Justiça Criminal deve dar ao fenômeno da violência de gênero. As tabelas que veremos a seguir foram montadas a partir dos dados extraídos dos questionários aplicados.

Tabela 1 – Distribuição de processos por categorias construídas

Tipo de Violência	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Violência no Casal	256	75,3%
Violência Doméstica/ familiar	52	15,3%
Violência de Gênero	32	9,4%
Total	340	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

A tabela 1 nos mostra que a grande maioria dos conflitos analisados é de violência no casal, ou seja, 75,3% dos casos. 15,3% correspondem a casos de violência doméstica ou familiar (entre pessoas ligadas por consangüinidade, afinidade ou que desfrutam de coabitação em um mesmo espaço doméstico, excluído o casal). Os outros 9,4% se referem a conflitos entre vizinhos, entre pessoas que se conhecem ou até mesmo entre estranhos, e que por qualquer motivo refletiram as representações de gênero, mas não se enquadraram nas categorias anteriores.

A violência no casal heterossexual é, pois, um dos sérios problemas que se coloca diante dos Juizados Especiais Criminais. A visibilidade que esse tipo de violência adquiriu com a criação dos Juizados fica demonstrada. A agressão entre pessoas que desfrutam ou desfrutaram de uma relação amorosa/sexual é muito

mais comumente levada ao Judiciário que aquelas outras (conflitos interpessoais diversos, gênero/doméstica/familiar).

A convivência de um casal é permeada por disputas pelo poder e estas, por sua vez, quando potencializadas pelas representações de gênero consubstanciam terreno fértil para a proliferação da violência. Nesse confronto, em geral, as mulheres estão em desvantagem, como veremos a seguir.

Tabela 2 – Distribuição dos casos de Violência no Casal Heterossexual por Sexo de Autor e Vítima

Sexo Autor/Vítima	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Masculino/Feminino	241	94,14%
Feminino/Masculino	15	5,98
TOTAL	256	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

Dos casos de violência no casal heterossexual a maioria das vítimas (241) é mulher. Há diferença na distribuição dos casos de violência em função do dia da semana. Observa-se claramente uma predominância de ocorrência de conflitos nos domingos e o dia de menor incidência é terça-feira.

Tabela 3 – Distribuição da freqüência dos casos de violência no casal por dia da semana

Dia da Semana	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Domingo	68	26,56%
Segunda-feira	42	16,41%
Terça-feira	25	9,77%
Quarta-feira	28	10,94%
Quinta-feira	27	10,55%
Sexta-feira	23	8,98%
Sábado	43	16,80%
TOTAL	256	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005.

A maioria dos casos ocorre no final da tarde ou à noite, geralmente quando as pessoas estão chegando do trabalho, pois verificamos também que a casa é o local por excelência desse tipo de conflito, respondendo por 78,91% dos casos. Os maiores percentuais foram obtidos nos períodos entre 20 e 21 horas, 17 e 18 horas, 23 e 24 horas, respectivamente.

Tabela 4 – Distribuição da freqüência dos casos de violência no casal por período do dia

PERÍODO DA OCORRÊNCIA	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
00h – 06h	30	11,72%
06h – 12 h	35	13,67%
12h – 18h	61	23,83%
18h – 24h	130	50,78%
TOTAL	256	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

Tabela 5 – Distribuição da freqüência dos casos de Violência no Casal por Local de Ocorrência

Local	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Casa	202	78,91%
Via Pública	39	15,23%
Trabalho	6	2,34%
Outros	9	3,52%
TOTAL	256	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos se lecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

Trabalha-se com a hipótese de que os problemas cotidianos não resolvidos no ambiente de trabalho ou nas ruas são levados para casa, onde o agressor se sente mais "livre" para expressar sua frustração. BANDEIRA[9] observou que "tanto no percurso, como em casa, quaisquer motivos [...] tornam-se objeto de disputa, discussão, briga, agressão, e que, em geral, não são resolvidos a contento na rua e são levados para casa. O que acentua o fato de que grande parte dessas ocorrer em espaços privados".

> A maioria deles (agressores) é difícil na relação do casal, mas não apresenta dificuldades maiores em sua vida social, nem distúrbio psiquiátrico evidente. Tudo acontece como se o fato de polarizar suas dificuldades para o âmbito do casamento dê a esses homens possibilidades de preservarem sua vida social .[10]

Apesar das dificuldades em obter dados quanto à utilização de álcool ou outras substâncias entorpecentes – em quase setenta por cento dos casos esta informação não estava disponível no processo, indicando que se dá pouca importância a esse tipo de dado, o que é um equívoco em nosso entender – verificamos que a bebida alcoólica estava relacionada à maioria deles. Dos 340 casos de violência entre pessoas de sexos diferentes, apenas em 103 (cento e três) deles constava informação sobre esse fenômeno. Dos 256 casos de violência no casal, a informação estava disponível em apenas 85 (oitenta e cinco) processos.

Tabela 6 – Violência no casal/Autor utilizou/ingeriu

Cocaína	Maconha	Álcool	Não disponível	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
X	X			1	0,39%
X	X	X		2	0,78%
	X	X		2	0,78%
		X		72	28,13%
				8(1)	3,12%
			X	171	66,80%

9 BANDEIRA, Lourdes. Op. Cit. p. 460.

10 HIRIGOYEN, Marie-France. Op.,cit. p, 126.

TOTAL				256	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005 (1) – Não utilizou nada

Geralmente a vítima não procura a Justiça logo na primeira agressão. Como comprovam os dados abaixo, desconsiderando os processos onde a pergunta não foi feita (sobre existência de agressão anterior), a maioria refere que já foi agredida pelo mesmo autor anteriormente. Mais da metade dos agressores responde por inquéritos policiais ou termos circunstanciados por agressões anteriores, embora não conste processo (oferecimento de denúncia) ou condenação.

Tabela 7 – Autor responde a IP Anterior

Autor IP Anterior	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Não	112	43,75%
Sim	120	46,88%
Não Informado	24	9,38%
TOTAL	256	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

Tabela 8 – Vítima refere Agressão Anterior por parte do mesmo autor

Agressão Anterior	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Sim	124	48,44%
Não	81	31,64%
Não Informado	51	19,92%
TOTAL	256	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

Apesar de referir agressão anterior, a maioria das vítimas afirma que não registrou ocorrência sobre tal fato, reforçando a hipótese de que há uma subnotificação com relação à violência entre homens/mulheres e a violência no casal.

Tabela 8.1 – Vítima registrou ocorrência pela agressão anterior referida

Registro de Ocorrência	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Não	62	50,00%
Não Informado	35	28,23%
Sim	27	21,77%
TOTAL	124	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

Na tabela a seguir procuramos observar quantos processos foram levados adiante – sem desistência de plano da vítima – identificando qualquer forma de resposta do Judiciário, como por exemplo, encaminhamento ao psicossocial, transação penal (prestação pecuniária ou de serviços, etc), composição civil (acordo financeiro do agressor com a vítima), denúncia (processo-crime instaurado), diligências, etc. Verificamos que a imensa maioria dos casos, principalmente quando é violência no casal, é arquivada porque a vítima não autoriza o Ministério Público a prosseguir com o processo criminal. À época da pesquisa o Ministério Público só podia oferecer denúncia nos casos catalogados quando a vítima autorizava o prosseguimento da apuração.

Tabela 9 – Distribuição da freqüência dos casos de Violência no Casal -Denúncia

Houve Denúncia	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Não	254	99,22%
Sim	2	0,78%
TOTAL	256	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

Conforme se observa, dos vinte e um casos em que as vítimas quiseram o prosseguimento do processo (tabela 10), apenas dois (tabela 9) resultaram em processo criminal, com o oferecimento de denúncia. Isto ocorre porque a lei previa medidas responsabilizatórias imediatas (prestação de serviços à comunidade, por exemplo) ao autor do fato que preenchesse alguns requisitos (bons antecedentes, etc.), impedindo o oferecimento de denúncia.

Para um autor primário e de bons antecedentes, na prática, a medida alternativa aceita antes do processo (antes do oferecimento da denúncia) é muito similar à que seria aplicada após todo o tramitar do processo, em uma sentença final condenatória. Diz-se que a vantagem para o autor do fato que aceita a medida imediata é livrar-se de um processo criminal tradicional, evitando a inclusão do seu nome no rol dos culpados e para a vítima a rápida resposta estatal serviria (simbolicamente) para prevenir futuros casos de violência.

A afirmação de que uma medida alternativa ao processo criminal (prestação de serviços à comunidade, por exemplo) apresentaria vantagens no enfrentamento da violência doméstica, contudo, não é bem recebida por uma parte do movimento social feminista, que ainda relaciona medida ou pena alternativa com impunidade.

O senso comum, que exerce influência e dialoga com os demais saberes, associa crime com prisão e castigo. Assim, a importância de um crime varia conforme o castigo que lhe é determinado. No paradigma vigente não se concebe qualquer resposta que fuja a essa convicção social, ainda que os resultados práticos estejam gritando que ela é ineficaz (a falência do sistema carcerário é notória).

Impregnado dessa significação social, o Estado, sempre que cobrado acerca de sua ambigüidade em relação ao tema, assim como em outras questões, dá a resposta que mais sabe fazer, a mais fácil, mais palatável justamente porque a ela a sociedade responde positiva e visceralmente: uma lei penal mais severa, para o criminoso o castigo merecido, a prisão, justamente porque não consegue fugir do paradigma já posto.

O Direito, como a Economia e as Ciências de um modo geral, são calcados

em paradigmas androcêntricos, o que se revela claramente nas respostas estatais tradicionais para a violência. Tudo que não se adequa aos significantes construídos pelo paradigma vigente soa como amenidades[11] , falta de objetividade, falta de firmeza no combate ao crime, impunidade.

Um paradigma feminino, ou melhor ainda, um paradigma calcado no reconhecimento das diferenças de gênero, ainda não foi experimentado nem pelas próprias mulheres que, chamadas a se defrontar com a questão, continuam atuando segundo o mundo social que lhes foi dado. Essas mulheres, ao mesmo tempo em que continuam depositando sua confiança nesse sistema tradicional, quando convidadas a dar a ele seu aval, autorizando o prosseguimento da apuração, retrocedem e recusam as respostas que o Estado lhes oferece, evidenciando o caráter paradoxal e peculiar desse tipo de violência e, mais ainda, a inadequação ou insuficiência destas respostas.

Na tabela a seguir, verifica-se que a vítima recusou as alternativas tradicionais que lhes foram apresentadas pelo Estado em mais de 90% dos casos. O prosseguimento do processo, nos termos em que existe hoje, significa imposição de castigo, pena ou responsabilização por fato que já aconteceu. O Estado não dispõe hoje de alternativas que busquem a construção de uma sociabilidade menos violenta do par relacional.

Enquanto o olhar da vítima se estende para o futuro, para uma vida livre de violência, as respostas tradicionais do Estado oferecem castigo pelo que já ocorreu, e só (IZUMINO, 2004). As intervenções multidisciplinares ainda são muito tímidas, como veremos mais adiante.

Tabela 10 – Vítima autorizou prosseguimento do processo

Vítima quer prosseguir	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Não	235	91,80%
Sim	21	8,20%
TOTAL	256	100,00%

[11] Qualquer associação com o feminino não será mera coincidência.

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

Dos 21 casos em que a vítima autorizou o prosseguimento, 14 ainda estavam em andamento durante o período pesquisado. Portanto, conseguimos observar o resultado (responsabilização do autor do fato) em apenas 7 casos, conforme tabela 11.

A aplicação de cesta básica foi registrada em apenas um caso. Isso significa dizer que os dados coletados não sustentam a crença do senso comum de que a violência doméstica contra a mulher era respondida pela Justiça com a obrigação do autor em pagar cestas básicas. Em mais de 80% dos casos a resposta judicial consistiu em responsabilização diversa da cesta básica, tais como, prestação de serviços, acompanhamento multidisciplinar (AA), indenização à vítima (composição civil).

Tabela 11 – Distribuição da freqüência dos casos de Violência no Casal – Vítima autorizou prosseguimento – Responsabilização do Agressor

Transação/Condenação	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Composição Civil	2	28,57%
Encaminhamento ao AA	2	28,57%
Prestação de Serviços	2	28,57%
Cesta Básica	1	14,29%
TOTAL	7	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

Como se verifica na tabela 12, em mais de 70% dos casos a vítima desistiu do processo expressamente, seja porque fez acordo com o autor perante o conciliador ou o Juiz (geralmente isso acontecia mediante um compromisso anotado em ata onde o autor afirma que não irá mais agredir, etc.), seja porque manifestou essa vontade antes mesmo que o autor fosse chamado diante do Juiz ou do conciliador. Neste último caso, era comum que somente a vítima comparecesse à audiência para manifestar seu interesse.

Tabela 12 – Distribuição da freqüência dos casos de Violência no Casal – Decisão do Arquivamento

Motivo do arquivamento	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Vítima desistiu expressamente	104	43,88%
Acordo entre as partes	64	27,00%
Vítima intimada, não compareceu	48	20,25%
Vítima mudou de endereço e não compareceu	18	7,59%
Houve cumprimento da transação	2	0,84%
Composição civil	1	0,42%
TOTAL	237	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

O encaminhamento ao NUPS – Núcleo Psicossocial Forense do Tribunal de Justiça do Distrito Federal era exceção, ocorrendo em apenas 6 casos dentre os processos pesquisados. Antes da Lei Maria da Penha era comum que um caso só fosse encaminhado ao NUPS/TJDFT se a vítima não desistia do procedimento criminal, ou seja, para que o atendimento fosse feito era necessário que o processo ainda estivesse tramitando perante o Judiciário.

O reduzido número de casos encaminhados para intervenção multidisciplinar talvez explique porque tão poucos avanços têm ocorrido no controle da violência doméstica contra a mulher. A insistência nos modelos tradicionais, que redundam nas sistemáticas recusas das vítimas ao que lhes é oferecido, e as apostas tímidas no multidisciplinar nos fazem patinar no mesmo lugar, gerando a sensação na sociedade de que o Estado não está dando a atenção necessária ao fenômeno.

Tabela 13 – Distribuição da freqüência dos casos de Violência no Casal – Encaminhamento ao NUPS/TJDFT

Encaminhamento ao NUPS	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Não	250	97,66%
Sim	6	2,34%
TOTAL	256	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

Buscando uma alternativa para essa realidade, o Ministério Público investiu na CEMA – Central de Medidas Alternativas e o resultado está estampado na tabela a seguir, onde verificamos que mais de 90 casos receberam intervenção multidisciplinar independente do interesse da vítima na resposta processo criminal propriamente dito.

Isso ocorreu por que, antes de homologada a desistência da vítima, o Promotor de Justiça selecionou e encaminhou casos que receberam um atendimento multidisciplinar. Assim, graças à inovação trazida pela CEMA/MPDFT, apesar do grande número de casos em que a vítima não autorizou o processo, quase metade deles recebeu intervenção do Estado de forma diversa da aplicação de pena ou medida alternativa, indicando uma alternativa à abordagem desses casos por parte do Sistema de Justiça Criminal.

A Central de Medidas Alternativas do Ministério Público do Distrito Federal – CEMA – foi instalada em Brazlândia/DF em agosto de 2004 com o objetivo de fornecer subsídios aos promotores de justiça por ocasião da aplicação de medidas alternativas. Rapidamente, entretanto, superou as expectativas iniciais mostrando-se um instrumento eficaz de relacionamento com as instituições parceiras, promovendo fóruns locais de debates e incrementando a rede social de atendimento às vítimas e autores de infrações penais. Ao passar a atender os casos de violência doméstica, a CEMA criou o SISDEV, núcleo especializado composto por psicólogos responsáveis por identificar o foco do conflito entre

as partes e sugerir encaminhamentos que contribuíssem com a construção de uma sociabilidade menos violenta entre o par relacional, independente do prosseguimento da ação criminal. A CEMA não faz atendimentos psicossociais, apenas fornece subsídios aos promotores de justiça que indicam o tipo de intervenção que será mais adequada. Os atendimentos psicossociais são feitos por profissionais das instituições parceiras, na rede local ou distrital de enfrentamento à violência doméstica.

Tabela 14 – Distribuição da freqüência dos casos de Violência no Casal – Atuação da CEMA/MPDFT

Ato praticado	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Relatório de Investigação Social	38	41,76%
Entrevista com autor e vítima	24	26,37%
Entrevista com vítima	8	8,79%
Localizar autor/vítima	6	6,59%
Localizar vítima	5	5,49%
Atendimento individual SISDEV	4	4,40%
Encaminhamento para apoio psicossocial	2	2,20%
Informação não disponível	2	2,20%
Encaminhamento ao COMP/DF	1	1,10%
Relatório de Evolução da Medida	1	1,10%
TOTAL	91	100,00%

Fonte: DMA/MPDFT – Tabelas elaboradas a partir da análise dos processos selecionados dentre os existentes no banco de dados do SISPRO/MPDFT/ BRAZLÂNDIA/DF, 2004-2005

A abordagem multidisciplinar é uma aposta que pode render muitos frutos positivos a serem confirmados em futuras pesquisas.

5 Refletindo sobre os dados colhidos

Esse texto não tem o objetivo de apontar soluções para o problema da violência doméstica contra a mulher. Nossa principal preocupação foi a de traçar um breve

perfil dos casos trazidos ao Judiciário, dentro do recorte proposto, mostrando como foram encaminhados, tanto pelas partes envolvidas no conflito, quanto pelos integrantes da Justiça Criminal.

A maioria esmagadora das vítimas de violência no casal heterossexual em Brazlândia – considerando somente os casos de lesões leves, ameaças e vias de fato no período analisado – é do sexo feminino.

Geralmente as mulheres não denunciam na primeira agressão, recorrendo ao Sistema de Justiça criminal quando a violência já se instalou na relação. Quase metade dos casos de violência no casal heterossexual se deu entre ex-parceiros, evidenciando a dificuldade que as vítimas enfrentam em conseguir colocar um ponto final na relação violenta.

Muitas mulheres vítimas de violência tendem a compreendê-la somente quando materializada em agressões físicas que deixem marcas pelo corpo, minimizando a violência indireta ou psicológica, o que se revela nas falas das entrevistas e nos boletins de ocorrência que, diante da limitação necessária ao formato deste artigo, não puderam ser aqui contempladas.

Dos 256 casos de violência no casal, 156 estavam relacionados com lesões leves, vias de fato ou danos materiais, cumulados ou não com ameaças. Foram encontradas 100 denúncias de ameaças, o que a princípio nos indicaria que as vítimas de Brazlândia estariam considerando também a violência psicológica. Ocorre que a maioria dessas vítimas afirmou que já sofrera agressão anterior por parte do mesmo autor e muitas não haviam denunciado essa agressão anteriormente.

A maioria dos casais heterossexuais catalogados na pesquisa possuía ao menos um filho em comum, o que evidencia a necessidade de uma política de enfrentamento do problema para que se evite a chamada *violência transgeracional*, ou seja, o aprendizado da violência por parte dos filhos que vivenciam essa situação cotidianamente.

No período pesquisado, um número mínimo de casos foi encaminhado para

atendimento pelo NUPS/TJDFT ou para outras instituições similares. Aqui devemos observar que mais de 90% dos casos de violência no casal foram arquivados porque a vítima não autorizou o prosseguimento do feito. Ainda hoje um caso só é encaminhado ao NUPS/TJDFT quando a vítima insiste no prosseguimento do processo. Não há uma política de acompanhamento psicossocial que independa do processo criminal.

Um avanço observado é que mais de um terço dos autores/ vítimas em situação de conflito, independentemente do interesse no prosseguimento do feito, foram encaminhados à CEMA/MPDFT – logo no seu primeiro ano de instalação – recebendo ao menos uma intervenção de profissionais especializados no tema. Ampliar essa atuação nos demais casos é o grande desafio que se apresenta.

O sistema legal poderia ser aperfeiçoado para que as vítimas somente possam manifestar seu interesse no prosseguimento do feito após lhes ser dado um mínimo de apoio psicossocial. Atualmente, a família só é encaminhada para atendimento especializado se a mulher insiste no prosseguimento do feito que, como vimos, ocorre em menos de 10% (dez por cento) dos casos.

Ora, essa mulher agredida que procura o Judiciário, muitas vezes está sob a dependência econômica e emocional do agressor. É muito difícil exigir dela, nesse momento, que tome alguma atitude, e o prosseguimento do feito é uma atitude que demanda autonomia e equilíbrio entre as partes. A desigualdade de poder entre homens e mulheres em situação de conflito doméstico ainda é uma realidade.

O encaminhamento para apoio especializado deveria ser praxe, independentemente de se investigar eventual vontade da vítima sobre o processo criminal. Não é estranho que ela não queira ver o parceiro processado, afinal trata-se de uma relação afetiva. O que está acontecendo na prática, contudo, é que a intervenção multidisciplinar ainda é exceção, privilegiando-se o oferecimento da intervenção penal coercitiva, que redunda na esmagadora maioria de casos em que a própria vítima retira a autorização do Estado para nela prosseguir.

A perplexidade diante da evidência de que as vítimas – em sua esmagadora

maioria – não autorizam o processo criminal do autor nos fez buscar compreender, ainda que superficialmente, alguns dos conceitos propostos para o vocábulo violência. Que violência é esta em relação à qual a vítima não aceita a mera atuação estatal coercitiva e tradicional? Por que é difícil para o Estado e a sociedade compreender que essa vítima muitas vezes quer preservar essa relação, mas abomina a violência que nela se instalou? Fechar os olhos a essa evidência, negando voz a essas mulheres não contribuirá para a solução do problema.

Daí a importância dos integrantes da Justiça criminal conhecerem mais de perto o fenômeno com o qual estamos lidando, incluindo os atores diretamente envolvidos, seus dramas e expectativas, a partir do que poderemos construir soluções mais conscientes e mais eficientes para esta abordagem. A falta de diálogo entre o Jurídico e as demais áreas do conhecimento – em especial a Sociologia, a Antropologia e a Psicologia – é outro grande erro quando o assunto é política pública de enfrentamento da violência doméstica contra a mulher.

O que os dados da pesquisa me sugerem é que o Estado não pode continuar a elaborar políticas públicas para o tema sem conhecer as realidades dos envolvidos. Descobrir o que as mulheres agredidas realmente pretendem quando buscam o Judiciário, investigando novas formas de enfrentamento do fenômeno são medidas imprescindíveis.

Ao contrário de ser negada, a desigualdade entre homens e mulheres precisa ser explicada e compreendida como algo que não impeça o convívio respeitoso e dialógico. A diferença é uma realidade social propulsora de crescimento, mudanças, os conflitos são inevitáveis. Negar essa diferença, sufocando o conflito ou estabelecendo estruturas sociais por demais rígidas que impeçam qualquer tentativa de mudança, deixa o terreno fértil para o surgimento da violência.

A modificação dos papéis sociais tradicionalmente atribuídos ao homem e à mulher é uma realidade econômica, inclusive. Negar essa realidade, adotar padrões rígidos que neguem essa mudança, negar ao outro a condição de sujeito, negar seu direito de acesso a uma luta justa pela administração da escassez dos bens almejados pelos indivíduos, negar o diálogo e o próprio conflito são atitudes

que propiciam o surgimento da violência enquanto ruptura.

Acreditamos na construção de Arendt (2004), concebendo poder como sinônimo de consenso, interação dialógica. Enquanto o poder for significado como forma de submeter o outro à minha vontade, como sinônimo de violência, sempre haverá espaço para legitimar essa forma de gerenciamento de conflito. Violência é ausência de poder, incapacidade de argumentação respeitosa e construção conjunta de consensos. A criação de um espaço dialógico próprio onde o conflito possa ser reconhecido, trabalhado e negociado é, pois, um fator crucial para redução da violência nas relações sociais.

E dentre as formas de enfrentamento da violência doméstica contra a mulher, ao buscar a parceria da sociedade civil organizada, a Justiça Criminal deve abrir espaço para que este trabalho seja feito de forma horizontal, favorecendo ambiente propício onde os envolvidos no conflito e os parceiros da rede de atendimento multidisciplinar possam encontrar a solução mais adequada ao caso.

A lei estabelece que a prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária – espécies de penas alternativas à prisão – dar-se-ão em entidades com destinação social, assistenciais, orfanatos e outros congêneres, em programas comunitários e estatais [12,] ou seja, atribui uma tarefa dentro do sistema de administração dos conflitos à sociedade civil organizada.

Se a relação de parceria é mais eficaz, a CEMA pode ser um canal de aproximação entre o Ministério Público, uma das agências de controle oficial, e a sociedade civil organizada. A CEMA é um órgão do MPDFT criado em 2001 para auxiliar promotores de justiça na proposição, fiscalização e sistematização dos dados relativos às penas e medidas alternativas. A partir do trabalho desenvolvido pela CEMA, é possível mapear o número de medidas aplicadas, as instituições beneficiadas, o perfil do autor do fato e coletar dados que nos permitam especular sobre a eficácia das penas e medidas alternativas.

---

12 Artigos 43, 45 e 46 do Código Penal.

A par dessas vantagens, após quase cinco anos de sua implantação em Ceilândia, atuando em Brazlândia desde 2004, a CEMA vem demonstrando ser um excelente canal de aproximação e diálogo com a sociedade civil para o enfrentamento de várias questões, inclusive a violência doméstica. As intervenções são feitas fora do ambiente formal das salas de audiência, por profissionais de outras áreas, tais como, psicólogos e assistentes sociais, o que favorece a abordagem multidisciplinar tão desejada e mencionada no início deste ensaio. Além disso, essas áreas do conhecimento parecem ter maior facilidade de interagir com os protagonistas desse processo de forma não-hierarquizada, dificuldade encontrada no ambiente eminentemente jurídico.

Assim é que, por exemplo, nos casos de violência doméstica caracterizada por conflitos entre marido e mulher que resultam em lesões corporais leves, o canal estabelecido entre o MPDFT e a sociedade através da CEMA pode representar uma interessante opção, porque prescinde da pergunta à vítima sobre seu interesse no prosseguimento do feito criminal.

Antes da lei dos juizados especiais criminais tais conflitos (violência no casal) eram praticamente excluídos da apreciação do judiciário. Não é preciso participar do dia-a-dia forense para inferir que entre um roubo e uma briga de marido e mulher, esta era preterida nas atenções da justiça criminal. Nos Juizados Especiais Criminais a violência doméstica se tornou mais visível para os operadores do direito e para a própria sociedade. Esta, através das instituições que recebem os agressores e suas vítimas, passou a se permitir discutir algo que jazia sob o manto da invisibilidade social.

Ao fazer parte de algo tão importante quanto o sistema de enfrentamento da violência de gênero, a sociedade civil, por suas instituições, assim como as demais áreas do conhecimento envolvidas no tema, merecem ser tratadas como parceiras pelas agências estatais de controle social e chamadas para o diálogo.

A parceria pressupõe troca de informações visando fomentar o crescimento e fortalecimento de tais instituições, para além do tradicional modelo de fiscalização pura e simples por parte do Ministério Público contribuindo, assim, para uma política de segurança pública mais eficiente.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ADORNO, Sérgio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica. Os crimes que se contam no Tribunal do Júri. *Revista USP,* São Paulo, v. 21, p. 132-51, 1994.

ALEXANDRE, Marcos. O saber popular e sua influência na construção das representações sociais. Revista Comum, Rio de Janeiro, v.5, n. 15, p. 161-171, ago./dez. 2000. ISSN 0101-305X.

ANDRADE, Anderson Pereira de. Violência doméstica contra crianças e adolescentes. Prevenção, repressão e proteção à vítima no âmbito brasileiro e latino-americano. *Revista de Informação Legislativa,* ano 40, n. 160, p. 155, out./dez. 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 336 p.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 14, p.276-287, abr./jun.1996.

_____. Da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. p. 105-117.

ARIÉS, Philippe. *História social da criança e da família.* Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1981.

ARENDT, Hannah. *Crises da República. Tradução*: José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva. 2004. p. 93-156. (Coleção Debates).

ARENDT, Hannah. *A condição humana. Rio de Janeiro*: Forense Universitária, 2005.

AZEVEDO, Lúcia. Problemas (pouco) familiares. *Revista Junguiana,* n. 11.

Disponível em: <http://www.sbpa.org.br/artigos.aspx>. Acesso em: 07 dez.

2005.

BENOIT, Lelita Oliveira. Feminismo, gênero e revolução. *Revista Crítima Marxista.* Disponível em:<http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/05lelita.pdf#search='sociologia%20g%C3%AAnero%20>. Acesso em: 24 jan. 2006.

BERGER, Peter; BERGER, B. Como ser um membro da sociedade. In: FORACCHI, M.; MARTINS José de Souza (Org.). Sociologia e sociedade: leituras de introdução à sociologia. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1977.

BOURDIEU, P. A Força do Direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: Bourdieu, P. *O Poder Simbólico.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 209-254.

_____; CHAMBOREDON, Jean Claude; PASSERON, Jean Claude. *A profissão do sociólogo:* preliminares epistemológicas. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

CAMPOS, Carmen Hein. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, 11(1): 336, 2003.

_____. Violência doméstica no espaço da Lei. In: BRUSCHINI, Cristina; PINTO, Céli (Org.) *Tempos e lugares de gênero.* São Paulo: Fundação Carlos Chagas; Editora 34, 2001.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. *Entre a lei e a ordem:* violência e reforma nas polícias do Rio de Janeiro e Nova York. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2004. p. 45.

COSTA, W. & ALMEIDA A. Teoria das Representações Sociais: uma abordagem alternativa para se compreender o comportamento cotidiano dos indivíduos e dos grupos sociais. *Revista de Educação Pública.* v.12, n. 21, jan./jun. 2003. ISSN0104-5962.

ELIAS, Norbert. Formação do Estado e Civilização. In: *O processo civilizador.*

Volume 2. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *A mulher brasileira nos espaços público e privado.* São Paulo: NEOP, 2001.

GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Org.). Introdução. In: *Teoria Social* Hoje. São Paulo: Editora UNESP, 1999. p. 7-21.

GROSSI, Miriam. Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo conjugal. In: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (Org.). *Masculino feminino plural.* Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998.

HIRIGOYEN, Marie-France. *A violência no casal: da coação psicológica à agressão física.* Tradução: Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas:* o sistema penal em questão. Tradução: Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1997.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher:* o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. São Paulo: Annablume; FAPESP, 2004.

KANT DE LIMA, Roberto. A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição. In: VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos (Org.). *Cidadania e Violência.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000. p. 167-178.

MACHADO, Lia Zanotta. *Masculinidades e Violências*. Gênero e mal-estar na sociedade contemporânea. Brasília: 2001.

MACHADO & MAGALHÃES, Lia Zanotta; BOSSI, Maria Tereza. Violência conjugal: os espelhos e as marcas. In: SUAREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (Org.). *Violência, gênero e crime no Distrito Federal.* Brasília: Paralelo 15; Editora Universidade de Brasília, 1999.p. 173-237.

MICHAUD, Yves. *A Violência.* São Paulo: Ática, 1989.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.); DESLANDES, Suely Ferreira; GOMES, Romeu. *Pesquisa Social.* Teoria, método e criatividade. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

NIETZSCHE, Friederich W. *Ecce Homo:* como se vem a ser o que se é. Tradução: Heloísa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

OLIVEIRA, F.; WERBA, G. *Representações Sociais.* Texto fornecido pela Professora Cyntia Ciarallo durante o curso de Psicologia Social e Relações Interpessoais ministrado para alunos de Pós-Graduação lato sensu do ICPD/ CESAPE – ago./set. 2004.

PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria. *Percepções das mulheres em relação ao Direito e à Justiça.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

PINTO, Louis. *Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social*. Tradução Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000. 192 p.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, v*iolência. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCHRAIBER, Lilia Blima et al. Prevalência da violência contra a mulher por parceiro íntimo em regiões do Brasil. Rev. Saúde Pública [online], v. 41, n. 5, p. 797-807, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_ arttext&pid=S0034- 89102007000500014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 set. 2009.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www.cfemea.org.br/pdf/ pesquisaviolenciadomestica_senadofederal.pdf>.

SIMMEL, Georg. A natureza sociológica do conflito. In: MORAES FILHO, Evaristo de (Org.). *Georg Simmel Sociologia*. São Paulo: Ed. Ática, 1983. (Coleção Grandes Cientistas Sociais, vol. 34).

SOLER, Colette. *O que Lacan Dizia das Mulheres.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

SUAREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (Org.). *Violência, Gênero e Crime* no Distrito Federal. Brasília: Paralelo 15; Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. Um recorrido pelas estatísticas da violência. In: Violência, Gênero e Crime no Distrito Federal. Brasília: Paralelo 15; Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 173-237.

WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade*. Rio de Janeiro: Observatório Ippur/OFRJ-Fase/Revan, 2001.

WIEVIORKA, Michel. Para compreender a violência: a hipótese do sujeito. In: *Em que mundo viveremos?* Trad. Eva Landa e Fabio Landa. São Paulo: Perspectiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1 Teoria Geral do Direito Penal.

Democracia na gestão da segurança pública

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília; Doutor em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Professor da Fundação Escola Superior do MPDFT.

Promotor de Justiça do MPDFT.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Repensando a gestão democrática. 2.1 A necessária superação do isolamento jurídico e da democracia como status. 2.2 A democracia como projeto político. 3 O resgate da ação política. 3.1 A busca de um critério e a idéia de desenvolvimento humano. 3.2 A participação cidadã. 4 Os conselhos de segurança e os desafios da integração. 4.1 Como verificar a consistência democrática e cidadã das propostas? 4.2 Conselhos comunitários e a integração local e regional. 4.3 A integração entre os âmbitos local e regional. 5 Conclusões. Referências.

Introdução

Os temas de segurança pública no Brasil gozam de um sofisticado arcabouço normativo nos planos constitucional e infraconstitucional. O princípio federativo impõe a repartição e concorrência de atuações entre União, Estados e Municípios na gestão da segurança pública e não raramente se vê a ausência de um diálogo interestatal das agências de segurança pública com as instituições e estruturas incumbidas da realização do sistema de justiça criminal. O enfrentamento de tais temas, em regra, acabam por resumir-se à sua feição jurídica, cuja relevância não se nega, mas igualmente não se superestima a ponto de imaginá-la como suficiente e hábil a abarcar toda a complexidade das questões ventiladas.

Faz-se necessário, então, uma abordagem de cunho crítico[1] , isto é, ao se

[1] A expressão "crítica", aqui veiculada repetidamente, é compreendida como referência ao instrumental pedagógico operante, nas esferas teórica e prática, hábil a permitir uma tomada histórica de consciência e, com isso, desencadear processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora, num marco histórico-concreto, de prática cotidiana insurgente, dos conflitos, das interações sociais e das necessidades humanas essenciais (WOLKMER, 2002, p. 5).

considerar o compromisso de apresentação de propostas que estimulem a participação qualificada da sociedade civil e do diálogo interestatal das agências incumbidas da gestão da segurança pública e do funcionamento do sistema de justiça criminal, impõe-se a adoção de um marco teórico comprometido com mudanças sociais e com a justificação de práticas sociais emancipatórias já existentes ou a serem criadas. As categorias operacionais desenvolvidas, nesse particular, pela teoria crítica dos direitos humanos, tal como desenvolvida por Joaquín Herrera Flores (2008, passim), respondem afirmativamente a essas demandas.

Salientando a necessidade de visibilização dos contextos subjacentes à realidade normativa e a natureza dos direitos como produtos culturais, Herrera apresenta uma proposta metodológica comprometida com a realização da dignidade da pessoa num sentido concreto, material, efetivo. Por meio da repulsa a soluções que reduzam os problemas sociais ao âmbito jurídico – não se nega o jurídico; mas cumpre reconhecer a necessidade de construir soluções que não sejam só jurídicas para assegurar a efetividade das prescrições normativas –, Herrera reivindica a formulação de propostas hábeis a fomentar o exercício das potencialidades humanas, bem assim diminuir o abismo existente entre as prescrições normativas postas como garantias dos direitos humanos e a realidade que insiste em negá-los.

O compromisso de uma teoria crítica é o de tomada de consciência, de modificação da realidade. Nesse sentido, inserir-se num marco teórico crítico exige do investigador a assunção desse compromisso de mudança – e daquele que trava contato com os frutos desse esforço intelectual a ciência desse compromisso e dessa orientação finalisticamente dirigida à construção de propostas, meios, instrumentos destinados a uma maior participação em práticas insurgentes, voltadas às necessidades humanas essenciais e às interações sociais das pessoas envolvidas.

Na primeira parte da investigação, apresenta-se a necessidade de superação do vezo de isolamento da abordagem jurídico-dogmática a respeito do funcionamento do sistema de justiça criminal e dos temas manuseados na construção de um modelo de gestão da segurança pública. Parte-se de concepção que não rechaça a abordagem jurídica, mas que a situa de modo agregado a outras leituras

destinadas à construção de um marco de pensamento interdisciplinar, que respeite a complexidade dos problemas que envolvem a gestão de segurança pública e o funcionamento do sistema de justiça criminal. Ver-se-á que os reclamos de visualização do contexto subjacente ao funcionamento das agências estatais envolvidas atendem à preocupação de democratização no acesso a tais temas. A própria idéia de democracia, usualmente apresentada como status nas abordagens que a resumem ao seu viés representativo, deve ser repensada, para que seja ela assumida como projeto político.

Na segunda parte da investigação, a partir da contribuição do pensamento crítico na abordagem dos direitos humanos, procurar-se-á apresentar um critério de avaliação das propostas destinadas ao resgate da ação política num modelo de gestão democrática da segurança pública e de visualização do contexto subjacente ao funcionamento do sistema de justiça criminal. Para tanto, firmar-se-á a necessidade de compromisso ético com o desenvolvimento das potencialidades humanas e de abordagem da idéia de desenvolvimento integral, isto é, não restrito a categorias quantificáveis ou de viés puramente econômico.

A terceira parte da investigação, aproveitando-se da categoria operacional "participação cidadã" construída ao logo do trabalho, pretende abordar a consistência democrática das propostas de um modelo de gestão de segurança pública de caráter relacional e compartilhado, além de apontar características de incidência necessária à verificação de consistência dessas novas propostas. Nesse particular, toma-se o Distrito Federal como hipótese de trabalho, para se construir a idéia do que sejam âmbitos local e regional de participação cidadã e diálogo interistitucional, bem assim apontar o funcionamento de conselhos comunitários como exemplo prático das propostas de gestão democrática.

Longe da pretensão de completude ou mesmo de esgotamento do tema, os aportes e colocações lançados ao longo do presente trabalho têm por objetivo apenas contribuir à construção de práticas de segurança pública e de funcionamento do sistema de justiça criminal comprometidas com a idéia de cidadania, bem assim prestar-se como justificação teórica ao fomento de práticas de caráter emancipatório e de resgate da ação política.

2 Repensando a gestão democrática

2.1 A necessária superação do isolamento jurídico e da democracia como status

A leitura isolada dos diplomas normativos brasileiros, especificamente aqueles que tocam de algum modo os agentes e as estruturas estatais voltadas à realização do poder punitivo do Estado, permitiria a fácil conclusão de que o Brasil encontra-se seguramente entre os países do mundo que melhor asseguram o bem segurança a sua população. Porém, é essa a realidade do contexto brasileiro hoje?

A política social brasileira, o diálogo democrático para a solução de conflitos e a preocupação com os verdadeiros problemas sociais seguem sendo substituídos cada vez mais por um discurso alarmista sobre as ameaças advindas da criminalidade. Preocupações democráticas e os avanços duramente conquistados que permitem afirmar o modelo de Estado social cedem lugar ao discurso fácil e tentador de um Estado penal.[2]

O resultado disso, além do alijamento do componente político nas discussões a respeito do campo jurídico-penal, é uma dualidade das manifestações que ocupam hoje um espaço que seria de incumbência da política criminal. De um lado, os partidários da ampliação da repressão penal tentam justificar esse crescimento por meio de uma afirmada necessidade de combater a criminalidade e de estabelecer

---

[2] A expressão "Estado penal" é aqui tomada de Wacquant, quando descreve o que chama de "febre neoliberal" nos Estados Unidos e em diversos países europeus, bem como a difusão de uma política pública característica do "Estado mínimo": o programa "Tolerância Zero" da cidade de Nova Iorque. A propósito da redução do Estado Social e consequente aumento do Estado Penal, diz: "Pois à atrofia deliberada do Estado Social corresponde a hipertrofia distópica do Estado Penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro" (2001, p. 80). Ainda que se refira a países centrais – Estados Unidos e países europeus – a assertiva de Wacquant é perfeitamente aplicável ao Brasil; aliás, no Brasil, as consequências de tal constatação são ainda mais duras, porque a situação do sistema

> *prisional – superlotação, falta de vagas, instalações antigas, ausência de programas de reintegração social etc. – dá tratamento a seres humanos que os assemelha a animais. Em outras palavras, mesmo o Brasil, que nunca passou por uma experiência de Estado de bem-estar social, vê agigantar-se essa figura fixada por Wacquant como "Estado penal".*

uma reação oficial a manifestações de desvios "causados"[3] por fatores biológicos, psicológicos ou mesmo sociais. De outro lado, há quem reconheça a preponderância dos fatores sociais da criminalidade e, a partir disso, propõe estratégias que se dirigem à melhoria da situação social das classes mais pobres e não centradas no combate aos próprios criminosos[4].

A par disso, a temática dos direitos humanos frequentemente é associada a posições utópicas, sonhadoras ou descompromissadas com um ideal de segurança coletiva. O discurso identificado com os direitos humanos, em geral, é encarado como um discurso de abolição ou laxismo penal, porque centrado na defesa intransigente de liberdades e garantias individuais. Quando se cuida das discussões que tocam a intervenção penal do Estado, tal percepção é ainda mais agravada, como se a luta pela concretização dos direitos humanos fosse conflitante com as razões que justificam a intervenção do Estado por meio da repressão penal.

É em razão dessa abissal distância entre esses dois eixos temáticos – direitos humanos, de um lado, e sistema de justiça criminal e segurança pública, de outro lado – que se faz necessária uma abordagem diferenciada das questões que tocam a intervenção penal do Estado, máxime nos temas que envolvem a gestão da segurança pública. Mais que a proposta de modificação legislativa ou mesmo a redução do tema ao âmbito jurídico, o que sói ocorrer nos debates acerca da ineficácia das previsões atinentes às garantias dos direitos humanos, o tema reclama contribuição que respeite a complexidade das questões envolvidas e, principalmente, assuma um compromisso de realização material da dignidade humana.

Para a consecução dessa tarefa, parece evidente que, em lugar das vazias construções estritamente jurídicas e dogmáticas – as quais, diga-se desde logo,

[3] É nítido o viés etiológico da assertiva, reproduzida aqui justamente para salientar o perigoso vício de insistir na reprodução de um modelo teórico de criminologia há muito superado.

[4] Ainda que por um discurso de sofisticado cariz social, aqui também há a reprodução desavisada de um modelo etiológico de abordagem criminológica, na medida em que veicula a idéia de que a criminalidade se centra nos pobres. Logo, se superada a pobreza, superado estaria o fenômeno criminoso.

possuem sua importância e valor, mas não têm aptidão de modificar por si só a realidade, se consideradas isoladamente –, faz-se necessária uma abordagem com vocação mundana, impura, contaminada pelo contexto e pela dura realidade do sistema de justiça criminal. [5]

Todo fenômeno jurídico – e assim o é também para o fenômeno criminoso – está perpetrado de interesses ideológicos e não pode ser entendido a margem de seu fundo cultural. Essa realidade é muito mais presente quando se trata de temas próprios das ciências criminais. É essa tendência "descontextualizante" que permite ao direito ser objeto exclusivamente de análises lógico-formais e submetido a um fechamento epistemológico, autopoiético, como se suas normas estivessem separadas e isoladas dos contextos e interesses que necessariamente são subjacentes a toda produção normativa.

O que deve orientar as propostas de um sistema de justiça criminal e de um modelo de gestão de segurança pública destinados a se aproximarem da implementação dos direitos humanos? As propostas hão de se comprometer com a idéia de abalar as características de centralização e hierarquização do sistema de justiça criminal e da organização estatal do pensamento sobre segurança pública no Brasil. A supremacia quase totalitária do jurídico nas respostas estatais acaba por alijar a contribuição de outros campos de conhecimento – sociologia, antropologia, serviço social, ciência política etc. – e restringir toda sorte de construções de respostas ao pensamento jurídico-dogmático.

Os agentes públicos envolvidos na prestação jurisdicional no campo jurídico-penal não conseguem sequer enxergar-se como agentes públicos igualmente comprometidos com a atuação do Estado na concretização do direito social de segurança pública. As estruturas hierarquizadas de Tribunais, carreiras do Ministério Público, órgãos policiais, repartição de competências, serviços de defesa

[5] A utilização dessa abordagem guarda referência ao pensamento de Joaquín Herrera Flores (2000, p. 21 et seq.; 2008, p. 42 et seq.), para quem, ao se pôr em crise um objeto de estudo, especialmente um produto cultural, é preciso afastar todo tipo de metafísica e ontologia transcendentais, isto é, é preciso mundanizar o objeto de estudo.

civil e programas de inclusão social por vezes dificulta, ou mesmo impedem, o necessário diálogo interinstitucional que permitiria a identificação de problemas e ineficiências mútuas.

Essa hercúlea sorte de compromissos a serem assumidos por meio de propostas de resgate da ação política, acredita-se, pode ser resolvida com a assunção de um componente democrático, a ser observado em todos os esforços de realização de uma política criminal e de um modelo de gestão de segurança pública compromissados com os direitos humanos. Convém, então, delinear algumas idéias sobre o que seja democracia para os marcos de possíveis propostas de resgate da ação política.

A democracia, como conceito operacional, pode ser visto por dois vieses. O primeiro refere-se à democracia como status sem Estado e diz respeito à democracia representativa, a respeito do qual convém tecer algumas considerações. Usualmente, entende-se a democracia representativa, desenvolvida durante o século XIX e firmada durante o século XX, como a forma de democracia liberal em que "representantes" do povo, eleitos livremente, se agrupam em instituições como Parlamento, Congresso ou qualquer outra em que se faça necessário falar, decidir e atuar em nome de todos. O conceito de democracia sob o viés representativo isola-se da prática para justificar-se apenas como projeção teórica e abstrata da participação popular no processo político. Isso porque a democracia representativa não permite a visualização de sujeitos políticos.

A valer, a democracia representativa, por si só, evidencia uma situação quase esquizofrênica, pois permite a identificação de pessoas com qualidades negativas, ainda que se mantenha em alto conceito as instituições que representam essas pessoas. Ainda, vê-se que a análise da democracia representativa é usualmente auto-referencial. Seu conceito perde-se em sua localização histórica e passa a observar uma referência pretensamente universal, abstrata e, por isso mesmo, vazia de sentido. O conceito se universaliza e perde a noção de tempo. Nessa perspectiva, a democracia representativa tem definição ao mesmo tempo neutra e avalorativa. Não traz em si elementos políticos, econômicos, culturais. Sua definição é objetiva, carece de sujeitos. Cuida-se de definição externa, afastada de qualquer experiência empírica.

A democracia representativa apenas reduz a participação popular a uma regra procedimental (regra do jogo). Sem adjetivos, a democracia representativa mostra-se objetiva, universal, auto-referencial. Existe notadamente como técnica, que se converte ao mesmo tempo num fator possível de composição, vez que toda técnica tem sua tecnologia (ROITMAN, 2007, p. 13-14).

Em verdade, a própria compreensão do componente democrático e sua estrita compreensão como exercício de voto nada mais faz que repetir a ilusão do natural, a ilusão do "sempre foi assim", de sorte a provocar o que Pierre Bourdieu chamou de "amnésia da gênese" (2005, p. 71), para criar obstáculos aos questionamentos a respeito da "ordem natural" das coisas. Em verdade, ao reduzir a participação popular ao exercício do voto, a democracia representativa oculta a distinção entre o modo de produção e elaboração da opinião e o modo de expressão dessa opinião. Convém mencionar literalmente o que diz Bourdieu (2005, p. 73):

> A visão liberal identifica o ato elementar da democracia tal como é geralmente concebido com a ação solitária, ou melhor, silenciosa e secreta de indivíduos "reunidos somente para essa circunstância excepcional, que não se conhecem, que não contribuíram mutuamente para a formação das suas opiniões". Esse ato, a um só tempo público e secreto, é artificialmente instituído pela cabine de votação cuja cortina protetora, que o oculta aos olhares, e, portanto, ao controle de terceiros, a escolha efetuada, cria, com a urna onde se coloca o voto escolhido, as condições materiais de expressão invisível, incontrolável, inverificável (essa é toda a diferença em relação ao voto aberto) de uma opinião dita pessoal que, por motivos diferentes, pode-se querer manter secreta. Além do mais, ao fazer existir num dia determinado, a sucessão dos indivíduos "que vão uns depois dos outros desfilar diante da urna", e ao suspender, "durante um momento", o tempo de uma escolha, todas as ligações sociais, entre marido e mulher, patrão e empregado, paroquiano e cura, mestre a aluno e, ao mesmo tempo, as dependências e promessas (como verificar, mesmo no seio do grupo de conhecidos, ou de um conjunto, se tal ou qual manteve os compromissos?), ele reduz os grupos a uma série desagregada de indivíduos cuja "opinião" não passará de uma agregação estatística de opiniões individuais individualmente expressas.

A contribuição de Bourdieu ao debate revela-se na utilidade da investigação sobre as condições sociais de possibilidade das práticas democráticas. Isso implica tanto um rechaço às idéias abstratas aos grandes ideais quanto a consideração dos comportamentos políticos, significados e organizações realmente existentes. Daí a necessidade de localizar não apenas as capacidades políticas inscritas nas estruturas formais, mas também as variadas predisposições e esperanças dos agentes concretos e como essas disposições passam a ser dotadas, ou não, de categorias, habilidades e desejos necessários à dinâmica do jogo democrático (WACQUANT, 2005, p. 11).

Assim, além do viés da democracia como status, cumpre compreender a democracia como prática política. Há de se compreendê-la não como uma imposição, mas como autonomia de cidadania, como vivência. O resgate da ação política num marco crítico exige a democracia como opção radical de articulação entre o particular e o universal. A democracia considerada como prática política implica um projeto de construção ética do bem comum a partir da participação cidadã. Mais que regras procedimentais, cuida-se de uma forma de vivência, pois não se restringe a âmbitos ou esferas específicas. Implica uma cidadania plena que não deriva do Estado, mas decorre de uma prática plural de controle e de exercício do poder a partir do "dever ser" do poder.

2.2 A democracia como projeto político

A democracia assumida como prática política veicula um valor ético. Pressupõe que a cidadania conduz a uma relação que tem como objetivo unir a diferença e a alteridade (unir o uno e o diferente, aceitando as diferenças), que implica a construção do "político" como aqui desenvolvido, a construção da autonomia do ser. A democracia, assim, assume-se como uma prática plural de exercício de poder. Pressupõe a autonomia do sujeito e sua responsabilidade de atuar, pois fixa sua responsabilidade a partir justamente da diferença. A democracia como prática plural de controle de exercício do poder se relaciona com o político e com a autoridade e suas formas (ou com as formas da autoridade e do poder).

O marco da democracia como prática política significa o exercício radical da democracia, isto é, compreende-se a democracia não como um meio, mas como

um projeto político. Esta é a diferença em relação à democracia como status (democracia representativa), que aparece muito mais como uma concessão ou favor do Estado ao exercício de suas instituições (regras para acesso das instituições por elites). A democracia relaciona-se com a construção e o exercício do poder. Não é um meio, tampouco um fim: é um projeto político dinâmico e sempre inacabado. É um processo político essencialmente conflitivo; em outras palavras, não atua no consenso, mas no conflito e nas lutas (dissenso). É um fato a ser pensado de modo qualitativo, não quantitativo. Desse modo, não é um problema de maioria e minoria, mas um fato dialogal, de hábito e de palavra. A democracia implica a construção permanente de um pacto num espaço de conflito.

É possível visualizar, a partir de tais considerações, algumas características para a definição desse marco de democracia como prática política. Em primeiro lugar, a democracia é um espaço constituinte, não constituído. É poder aberto, que se define e se redefine continuamente. É preciso refletir sobre sujeitos e não atores. Justamente por ser aberto, envolve a construção de tempo em termos de alternativas, pois são estas que abrem o tempo ao futuro. Em segundo lugar, a democracia é contingente, existe como forma capaz de construir um processo alternativo. Em terceiro lugar, a democracia é igualmente absoluta (o que não significa que seja totalitária) em relação ao espaço que ocupa. Em quarto lugar, a democracia é coativa, nos sentido de que em seu marco não se permite fazer o que bem se quer. Cuida-se de valorizar a responsabilidade social e o valor ético do compromisso coletivo.

A enumeração da democracia, assim, implica admitir o risco de que ela possa sofrer involuções ao longo do tempo. A democracia, como projeto político, tem que expressar a liberdade de realização do ser, que é a capacidade de realização das expectativas na sociedade em que se insere o sujeito. Ao guardar relação com suas consequências, vê-se o valor ético da consecução da democracia. Ao contrário de uma abordagem instrumental, que apenas considera uma causa eficiente, a democracia como prática política substancia um projeto de realização do ser humano e, assim, há de ser fomentada em todos os graus e medidas de atuação estatal e popular. A liberdade de potencialidades é que constrói a democracia. Não há dualidade entre a ideologia do ser e a ética do ser (não pode haver guerra para evitar guerra, por exemplo).

O esforço teórico, para criar e justificar práticas sociais de caráter emancipatório, reside, assim, na recuperação da dimensão estrutural e estratégica da democracia, para implicar a rearticulação e a reafirmação de seus conteúdos materiais. A democracia é válida quando política, social, econômica e culturalmente dá respostas e soluciona os problemas que, no campo jurídico-penal e na gestão da segurança pública, dizem respeito à inefetividade das decisões judiciais, à ineficácia do sistema carcerário, à ineficácia de práticas prevencionais de crimes, por conta da sua absoluta inaptidão para concretizar um ideal prevencional de pena, à utilização da resposta penal como prima ou solo ratio para questões sociais de considerável complexidade etc.

A análise, portanto, da democracia inclui, como pressuposto básico para seu estudo, a realização do bem comum, isto é, a satisfação de direitos sociais e individuais, o que impõe refletir sobre a democracia não como modelo teórico baseado em princípio metafísicos, mas como realmente se apresenta (desigual ou mesmo morta) (ROITMAN, 2005, p. 148-149). Trata-se de reconhecer a democracia como parte da luta pelo poder político, não apenas a luta representativa, mas articulada com objetivos sociais, econômicos, culturais e políticos em sua ampla acepção.

Ao relacionar o conceito de desenvolvimento com o conceito de democracia como instrumento de resgate da ação política, parece claro que essas categorias operacionais atuam numa concepção de sociedade e de política fundada em valores constitutivos do ser humano. A idéia de desenvolvimento não se resume a um conceito econômico quantitativo[6] , mas substancia uma qualidade inerente

[6] Alijado de uma unidade integradora, o conceito de desenvolvimento em geral é utilizado apenas como critério de interpretação quantitativa em relação a avaliações de economia, investimento e tecnologia, isto é, dados a respeito de progresso técnico, crescimento econômico, renda per capita, índices de consumo e bem-estar social. Nesse marco quantitativo, de marcado viés etnocêntrico e formalista, a idéia de desenvolvimento constitui-se basicamente de três pontos. O primeiro refere-se a uma elevação sustentável dos níveis e taxas de economia e investimento mediante a transferência básica de recursos de economia e tecnologia de países centrais para países em desenvolvimento (pobres). O segundo diz respeito à elevação das taxas de economia e investimento e o efeito necessário de incremento do produto nacional (Produto Interno Bruto – PIB) por habitante até o patamar dos países desenvolvidos, por meio de um processo de racionalização dos métodos de uso dos recursos disponíveis (humanos, físicos, culturais, tecnológicos, financeiros). O terceiro cuida do processo de trânsito do subdesenvolvido ao desenvolvido que assume feição linear e ascendente, com a observância de três etapas ou fases históricas: ciclo de acumulação, ciclo de desenvolvimento e ciclo de desenvolvimento auto-sustentado. Essa foi a ótica orientadora do usual conceito de desenvolvimento – inoperante, frise-se – na América Latina,

da condição humana, pois incorpora os distintos âmbitos de atuação da pessoa em sua vida social. A idéia de "desenvolvimento", assim, apresenta-se como uma categoria integral. O desenvolvimento e o conjunto de esferas que o constituem – isto é, o político, o social, o cultural, o étnico e o econômico – são um todo indivisível. A construção de um projeto democrático tem por premissa fixar a democracia como fundamento que explica, dá sentido e orienta o desenvolvimento humano. Caso contrário, uma leitura reduzida da idéia de desenvolvimento inevitavelmente produzirá uma deficitária compreensão teórica que, por sua vez, alijará a concretização desse desenvolvimento democrático como opção política.

As questões atinentes à idéia de desenvolvimento, para os fins do presente trabalho, assumem essa necessária abordagem integral. Trata-se de conceito a ser manuseado igualmente nas discussões de gestão de segurança pública e de propostas para emancipação social nessa área. Longe de apenas restringir-se a quantitativos econômicos, a concepção integral de desenvolvimento, à vista da própria condição humana, servirá de lastro e ao mesmo tempo de limite às discussões sobre imposições de condutas num marco penal, bem assim sobre o modo com que atua o sistema de justiça criminal como um todo e se gere a segurança pública. A referência aqui, então, é à possibilidade de exercício de potencialidades humanas, num marco emancipatório, o que representa o maior desafio do pensamento crítico no campo jurídico-penal. Como conciliar o fomento de práticas sociais emancipadoras pelas instituições que integram o sistema de justiça criminal? Como afastar o cariz tendencialmente regulatório e opressor que existe na atuação estatal sem perder de vista a necessária função estatal de proteção do particular?

Faz-se necessária uma relação próxima, indissociável, entre discurso e prática, entre "ser" e "dever ser". Por apresentar-se comprometida com a realização de justiça social, por força de seu conteúdo ético, a democracia pressupõe dois elementos: igualar desigualdades sem eliminá-las (a democracia é fato político, não econômico, por isso não elimina as desigualdades, mas assume as diferenças); e a idéia de "mandar obedecendo". É a consciência dessa dinâmica que permitirá a

transição de agentes políticos passivos a agentes políticos ativos.[7] A democracia, assim, realiza-se em dois estados do social, isto é, em sistemas objetivos de posições (situados nos campos político e burocrático) e pacotes subjetivos de disposições (situados nas estruturas mentais que compõem o habitus político) depositadas nos agentes sob a forma de esquemas cognitivos e conativos que informam pensamentos, sentimentos e conduta (WACQUANT, 2005, p. 11).

Então, esses cinco elementos constituintes da democracia — mediação, participação, representação, coação, negociação — evidenciam que a questão principal (ROITMAN, 2005, passim), além de visualizar as distinções entre democracia como status (democracia participativa) e democracia como prática política, reside em pensar propostas e instrumentos de coexistência e mantença desses elementos num marco de resgate da ação política. A apresentação e a

---

com destaque para o Brasil. Em grande medida, o fracasso de tal concepção parece decorrer da eliminação dos conteúdos políticos, sociais, econômicos, culturais e democráticos, de sorte a resultar num conceito de desenvolvimento vazio de significado. O desenvolvimento, tomado numa perspectiva quantificada apenas, resume-se a um desenvolvimento econômico, isto é, reduz-se a uma busca por eficiência e por racionalidade em ações de mercado e de consumo. Sua relação com a democracia acaba por transferir para a área econômica toda e qualquer potencialidade de eficiência, ao custo da perda da vitalidade política da concepção de desenvolvimento. Um panorama dessas construções e suas relações com a idéia de democracia pode ser encontrado em ROITMAN, 2005, p. 48 et seq..

[7] Um conjunto de questões que, atualmente, vêm ocupando a atenção dos estudiosos no campo da sociologia política, principalmente nos estudos vinculados com o problema da constituição de novas estruturas e de novas formas de exercício da política, se refere às relações que são tecidas no interior de quatro campos: o campo da política, envolvendo os dirigentes e os protegidos, ou o que Weber denomina os "agentes políticos ativos" e os "agentes políticos passivos"; o espaço situado entre o Estado e a sociedade civil, onde se debatem os que são autorizados pela própria função a fazer política e os delegados da sociedade civil que ingressam no campo da política; a intercessão entre o público e o privado ou entre os representantes do que é o público e os representantes do que é o privado; o campo onde se opõem a cultura política local e o que Bourdieu e Wacquant denominam o "imperialismo cultural" (WACQUANT, 2005, p. 209). Essas tensões se estruturam, de uma só vez, a partir de noções como as de desigualdade, diferença, competição, solidariedade, integração e inclusão, que ganham sentidos específicos nos diferentes campos e, principalmente, em função dos atores que as proclamam. No Brasil, esse quadro é localizado, em geral, no interior do que seria a reforma e a democratização do Estado e a reestruturação do campo da política. Mas, enquanto alguns estudiosos abordam prioritariamente as mudanças operadas no quadro formal-institucional e sustentam que estaríamos, atualmente, ingressando num patamar político e de democracia qualitativamente novo e superior, outros se concentram na análise dos sujeitos que elaboram essas mudanças e, assim, na análise das posições e das disposições desses sujeitos no interior dos diversos campos onde atuam; realçam, com isso, a importância dos conteúdos veiculados pelas formas e instrumentos através dos quais se vem elaborando e operando as novas estruturas de poder e, consequentemente, os novos modos de subalternização e de dominação na política. Esse dualismo ficará mais evidente adiante no presente trabalho, quando da abordagem do poder local e de um modelo de gestão relacional.

assunção de propostas deve observar a necessária e permanente abertura ao surgimento de novos sujeitos políticos, além de uma aproximação e fidelidade das demandas existentes dos sujeitos políticos já existentes.

As razões da democracia, isto é, a construção de sujeitos éticos e políticos, dizem respeito à semelhança do que ocorre com as razões da liberdade, ao bem comum, objetivos irrenunciáveis para atingir o desenvolvimento da condição humana. Com precisão, lembra Marcos Roitmann (2005, p. 35-36) que a relação que une as razões da democracia e da liberdade não se resolve de forma pragmática. Aliás, as práticas democráticas e de liberdade são sempre contraditórias, mas jamais antagônicas. Por veicularem valores e fins políticos, a relação entre razões democráticas e de liberdade traça um conjunto que dá corpo aos diferentes projetos políticos de transformação social.

A necessidade de construção de um projeto democrático de textura aberta se justifica por substanciar uma ferramenta possível de adequação a um contexto em que a velocidade das mudanças sociais não é acompanhada pelas transformações dos aparatos formais do Estado. A velocidade das mudanças, que impõe o adjetivo de "novo" a tantos fenômenos sociais – nova criminalidade transnacional, novos crimes de perigo abstrato, novos objetos jurídicos a reclamarem intervenção penal, novos movimentos sociais, novas tecnologias, nova economia, nova gestão pública etc. –, implica uma adaptação permanente das formas de organização e pede também que se ponha em evidência os desajustes próprios dos períodos de transição. A política criminal hoje vivenciada no contexto brasileiro é exemplo desse desajuste. Isso é patente quando se tem em conta a exacerbada distância que fixa, de um lado, a política realmente existente e suas estruturas (governamentais e institucionais) de (re)produção no sistema de justiça criminal e, de outro lado, os novos desafios e as novas formas de manifestação da criminalidade.

Vale frisar a lição de Herrera Flores (2008, p. 182), quando afirma que a democracia "[…] debe consistir en un proceso de construcción de un 'espacio público de empoderamiento', donde puedan darse una variedad de tipos de experiencias y donde primen la mutabilidad y las posibilidades de cambio y transformación" .[8]

[8] Tradução: "[…] deve ser um processo de construção de um espaço público de fortalecimento, de onde emane uma variedade de experiências e de possibilidades de mudança e transformação".

Se o compromisso ético que impõe a democracia como prática política decorre da eleição de um valor, cumpre então buscar um critério de avaliação suficientemente amplo, que permita afirmar ou negar a generalidade de um direito, de uma teoria ou de práticas sociais. Porém, há de ser um critério que permita concreção, isto é, que supere apreciações ou considerações transcendentais ou alheios aos contextos que subjazem a realidade do sistema de justiça criminal e da realidade como um todo.

3 O resgate da ação política

3.1 A busca de um critério e a idéia de desenvolvimento humano

Um critério consentâneo com a preocupação de um modelo de gestão de segurança pública e de incidência do sistema de justiça criminal compromissados com uma participação popular e cidadã deve desdobrar-se de modo a permitir, de um lado, o desenvolvimento das capacidades humanas e, de outro lado, a construção de condições que permitam a apropriação e evolução dessas capacidades por parte de indivíduos, grupos, culturas, enfim, de todas as formas de vida.[9]

A preocupação, portanto, de resgate da ação política justamente por meio da fixação da democracia como prática política revela-se medida imprescindível a qualquer tentativa de compromisso com a temática dos direitos humanos que se afaste das costumeiras armadilhas de redução do tema ao jurídico e de esforços teóricos que redundam em abstrações irrealizáveis. Nessa linha de idéias, o debate político criminal não pode dar-se apenas no momento de criminalização primária; mas, ao revés, deve espraiar-se e estender-se às práticas próprias da criminalização secundária e da criminalização terciária.[10] Igualmente, o teste de consistência de um modelo de gestão de segurança pública passa pelo atendimento a esse critério de avaliação.

---

[9] A referência aqui é ao que desenvolve Herrera Flores a respeito do critério da riqueza humana (2008, p. 178), hábil a desestabilizar as estruturas tradicionais de abordagem da temática dos direitos humanos e, ao fim, transformar a realidade a partir de propostas de caráter emancipatório.

[10] O paradigma da reação social, no pensamento criminológico, trouxe a concepção de que os processos de criminalização são criadores da criminalidade; daí a necessidade de reconhecimento das variantes (ou dos momentos desse processo). Cf. BARATTA, 2004, p. 94-95.

Estudos avançados que envolvem o manejo do aparato policial na segurança pública evidenciam que, embora seja corrente a idéia de que as cidades com mais policiais envolvidos em patrulhamento têm índices de criminalidade menores, desde que alcançado um limite mínimo, a multiplicação do número de policiais não surte efeito significativo na queda do volume da criminalidade (por todos, cf. ROLIM, 2006, p. 50-51). Isso porque a política de simples patrulhamento – que é muito visível, diga-se – orienta-se precipuamente à realização do aumento do número de prisões. Contudo, igualmente já se sabe que, no enfrentamento da criminalidade, a realização sistemática de pesquisas de vitimização e a utilização de sistemas de georreferenciamento para a atuação policial revelam-se instrumento muitíssimo mais úteis e efetivos na abordagem da criminalidade, especialmente a de caráter violento (Ibid., p. 60-61).

Daí a necessidade de pensar categorias que sirvam para articular seriamente a relação entre direitos sociais e políticas públicas destinadas a satisfazê-los, de gerar standards que permitam avaliar em termos jurídicos essas políticas e, por fim, de apontar casos em que se possa exigir dos poderes públicos aqueles direitos incluídos em Constituições e pactos de direitos humanos (COURTIS, 2007, p. 190).

O desafio é apreender a noção de complexidade, que não se limita aos direitos sociais – de que o direito à segurança pública é espécie –, mas também os inclui. Não há uma fórmula simples que permita sua efetivação, tampouco se pode limitar a responsabilidade de sua concretização apenas a ferramentas jurídicas. Debruçar-se sobre a temática da concretização dos direitos sociais, em especial o direito social de segurança pública, implica desenvolver ferramentas criativas e rever construtos teóricos, a fim de que novas realidades sejam enfrentadas com novas idéias, novas soluções. Vale salientar que não se trata aqui de rechaçar as soluções tradicionalmente levadas a efeito para assegurar a concretização de direitos – há um sem número de avanços arduamente conquistados ao longo do tempo para efetivação dos direitos de cunho privatista que devem certamente ser considerados –; ao contrário, cumpre propor meios e alternativas que se somem ao arcabouço já existente, para que daí se permita visualizar novas soluções.

Nesse passo, a via da participação popular nos temas afetos à segurança pública parece ser a chave para a construção de práticas voltadas ao desenvolvimento de instrumentos de empoderamento individual e coletivo. A segurança pública, alijada da participação popular e de instrumentos que permitam sua fiscalização, controle e abertura a propostas que venham a surgir de novos sujeitos coletivos, resume-se a um fim em si mesmo.

Entretanto, deve-se compreender a segurança como uma condição de desenvolvimento de potencialidades humanas. Sua razão é muito mais de instrumento vocacionado a fomentar potencialidades humanas que de justificativa para ação regulatória por parte do Estado. É esse o viés emancipador, comprometido com um acesso igualitário e não hierarquizado de modo apriorístico à segurança, bem imaterial imprescindível à uma vida digna.

Também nos campos da gestão da segurança pública e do funcionamento do sistema de justiça criminal é necessário agregar a idéia de desenvolvimento. A contextualização dessas discussões não prescinde da visualização dos panoramas econômico, cultural, social. A idéia de desenvolvimento, porém, não se reduz ao viés econômico e de visibilização dos processos de globalização e de imposição neoliberal, mas ganha complexidade para se referir igualmente à potencialização das capacidades humanas.

Em 1994, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em 1994, no seu relatório anual, trouxe o conceito de segurança humana (PROGRAMA, 1994, p. 25 et seq.)[11]. Para o PNUD, o conceito de segurança humana deve modificar-se evolucionando de tal maneira que, em vez de se basear exclusivamente na segurança nacional, passe a destacar muito mais a segurança da pessoa. Em lugar do tradicional discurso de segurança mediante o armamentismo, que se passe à segurança para o desenvolvimento humano; em lugar da segurança territorial à segurança alimentícia, no emprego e o meio ambiente. A definição de

[11] Embora o conceito de segurança humana já fosse empregado em círculos acadêmicos do âmbito da investigação para a paz na década de 1980, a divulgação em nível internacional ocorre no ano 1994, quando o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em seu Relatório de Desenvolvimento Humano .

segurança humana consiste em proteger a essência vital de todos os seres humanos de maneira que realce as liberdades humanas e a potencialidade de realização humana.

distintos momentos de incidência dos instrumentos formalizados de controle social, dentre eles a intervenção penal pelo Estado. A complexidade do tema, que toca a própria condição humana, reclama o manejo de elementos como estratégia, desenvolvimento humano e segurança humana. A verificação prática dessas idéias substanciam a trama e os fios da vida.

Vale destacar que as acepções ora desenvolvidas não contrariam as conclusões da Comissão de Segurança Humana da Organização das Nações Unidas, que, em relatório datado de 2003, destacou que garantir a segurança humana significa: proteger as chamadas liberdades vitais, proteger as pessoas expostas a ameaças ou situações críticas, desenvolvendo os seus pontos fortes e procurando realizar as suas aspirações; criar sistemas que proporcionem às pessoas os elementos básicos de sobrevivência, dignidade e meios de subsistência.

A Comissão destaca que a segurança humana complementa a segurança do Estado, promove o desenvolvimento humano e reforça os direitos humanos. A tarefa de complementar a segurança do Estado concentra-se nas pessoas e toma em consideração os riscos que não foram consideradas uma ameaça para a segurança do Estado. Ao contemplar este outro tipo de riscos, entende a Comissão que essa atuação complementar faz com que o desenvolvimento humano vá além do conceito de "crescimento em equidade". Com isso, entende que o respeito pelos direitos humanos encontra-se no cerne da proteção da segurança humana.

É possível, a partir desse conceito de segurança humana, destacar três ordens de obstáculos à sua implementação: a preocupação pela segurança dos indivíduos e suas comunidades, especialmente nos setores mais vulneráveis; conflitos, ameaças e violências de diferentes tipos (conflitos entre Estados, colapso de Estados, violações de direitos humanos, terrorismo, crime organizado etc.); a pobreza e as situações de exclusão econômica.

Corrupção, discriminação em função de raça, sexo, etnia, religião ou filiação política, juntamente com insegurança política e ausência de possibilidades democráticas, põem em risco a segurança humana em muitos países, entre eles o Brasil. Problemas relacionados a fatos violentos de diferentes tipos são citados em muitos informes, principalmente dos países latino-americanos: violência urbana, homicídios, crime organizado, tráfico ilícito internacional de entorpecentes etc. Observa-se um aumento das redes de criminalidade que agravam a violência urbana. No Brasil, destaca-se a violência urbana, especialmente contra jovens O conceito de segurança humana, por se vincular à concepção de desenvolvimento humano, surge quando se debatem os paradigmas de segurança e outros conceitos interrelacionados[12]. A idéia de segurança humana, sua natureza, seu alcance e

desenvolveu dito conceito. O PNUD entende que a essência da insegurança humana é a vulnerabilidade que apresentam os seres humanos. Existe uma estreita vinculação entre o desenvolvimento humano e a segurança humana, até se pode afirmar se temor a equivocar-se que são as duas caras de uma mesma moeda. Mesmo que existem diferentes campos onde se manifesta a insegurança humana, as questões que têm maior incidência na vida dos seres humanos podem ser divididas em seis pontos. O primeiro refere-se à proteção das pessoas nos conflitos violentos. Uma vez que os civis são as principais vítimas dos conflitos, o esforço deve dirigir-se a reforçar as normas e os procedimentos para protegê-los. O segundo menciona a proteção e potencialização das pessoas que se trasladam. Para muitas pessoas a migração é uma oportunidade de melhorar seu meio de vida; para outras, contudo, a migração é a única opção que dispõe para se proteger, como por exemplo, o caso das pessoas que estão obrigadas a fugir a causa dos conflitos ou de graves violações dos direitos humanos. O terceiro diz respeito à potencialização e proteção das pessoas em situações posteriores aos conflitos: Os acordos de cessação de fogo e os arranjos de paz podem indicar o final do conflito, mesmo que não a obtenção da paz e segurança humana. O quarto refere-se à insegurança econômica, o poder de escolher entre diversas oportunidades. Trata da subsistência de uma situação geral de pobreza extrema. O funcionamento adequado dos mercados, bem assim o estabelecimento de instituições fora dos mercados são chaves para a erradicação da pobreza. O quinto ponto diz respeito à saúde como elemento da segurança humana. O sexto, sobre os conhecimentos, preparação para a vida e valores como elementos da segurança humana. Aqui a referência é à educação e à informação pública que proporciona conhecimentos, técnicas de preparação para a vida e o respeito da diversidade, temas que são especialmente importantes para a segurança humana.

[12] Os componentes desse conceito podem ser visualizados do seguinte modo. Entende-se por segurança econômica o manejo de fontes seguras de ingressos provenientes do trabalho produtivo e remunerado (a partir da necessária mudança da lógica de apropriação para a lógica de uso); segurança nas fontes de emprego; luta contra a má distribuição de ingressos e a perda de poder aquisitivo. A idéia de segurança alimentar traz a idéia de que a população conta com os acessos necessários aos alimentos básicos. A segurança na saúde é assegurada na situação em que existe proteção contra a existência e disseminação de doenças infecciosas e parasitárias nas zonas mais vulneráveis do mundo. A segurançapessoal implica a proteção

suas aplicações concretas, portanto, afetam sensivelmente a vida humana. A idéia do que se conhece como "segurança nacional" é algo remoto, no sentido de que frequentemente é definida nos termos de preparação militar, empenho de forças policiais, indústrias para a defesa e outros temas de política nacional. E a segurança humana é mais ampla e tem vigência em cada dia e em adultos em situação de hipossuficiência econômica, como um dos obstáculos centrais à segurança humana.

A leitura dos dados e conclusões aportados pela Comissão de Segurança Humana permite, desse modo, a visibilização de um contexto, a desestabilização da compreensão vigente e imposta como natural e imutável, tudo de sorte a pavimentar o surgimento de propostas hábeis a provocar uma transformação da realidade e promover efetivas práticas sociais de empoderamento e participação social.

O conceito de segurança humana complementa o conceito territorial de segurança do Estado, pois diz respeito mais ao indivíduo e à comunidade do que ao Estado. Portanto, pode ser estabelecida uma diferenciação clara entre as políticas de segurança nacional – centradas na integridade territorial de um Estado e na liberdade de determinar sua forma de governo – e o conceito de segurança humana, que tem como foco as pessoas e as comunidades, especialmente civis que estejam em situação de vulnerabilidade extrema, em consequência de guerras ou por marginalização social e econômica. Os perigos para a segurança das pessoas incluem ameaças e condições que nem sempre eram vistas como tais para a segurança do Estado; e, o que é ainda mais importante, o campo dos atores envolvidos foi ampliado, deixando de ser exclusivamente estatal. O objetivo da segurança humana implica não somente a proteção das pessoas, mas também seu

---

das pessoas contra mortes criminosas, violência física, delitos associados ao narcotráfico, etc. e seu impacto sobre grupos mais vulneráveis. Por segurança comunitária se entende o fato de que ser de um grupo social, étnico ou racial gera uma concorrência pela preservação cultural, o qual pode derivar em situações de conflito, violência ou discriminação, e tal circunstância requer proteção, com observância de um marco de práticas interculturais. Por segurança ambiental há de se compreender que seres humanos dependem, para seu desenvolvimento, de um ambiente físico saudável. Por fim, a segurança política supõe a garantia de abertura ao surgimento de novos sujeitos e práticas sociais de cunho emancipador, máxime nas situações de transição política.

empoderamento, para que possam enfrentar as situações por si mesmas.

Num viés crítico, que não rechaça, mas demanda releitura das estruturas já existentes, o conceito de segurança humana amolda-se ao compromisso de realização dos direitos humanos como resultado de processos de luta voltados a assegurar o acesso igualitário e não aprioristicamente hierarquizado ao bem imaterial denominado segurança, necessário a permitir uma vida digna de ser vivida por todos.[13]

A revisão dos papéis das instituições com atribuição de garantia, a participação popular e a criação de práticas emancipatórias no tema da segurança pública hão de ser incorporadas no campo jurídico-penal por meio de uma política criminal compromissada com o resgate da ação política. A noção democrática de política criminal surge justamente por meio da criação de novos espaços políticos, frise-se, sem rechaço das garantias já arduamente conquistadas, mas por meio da reinvenção do já existente e do acréscimo de novos modos de pensar a realidade jurídico-penal dos órgãos incumbidos de realizar na prática o sistema de justiça criminal.

3.2 Participação cidadã

O desenvolvimento, então, de um modelo de gestão de segurança pública e de práticas de um sistema de justiça criminal compromissados com os direitos humanos tem por ponto de partida e de chegada o resgate da ação política. Dessa percepção surge a idéia de que a participação popular e o diálogo coletivo devem ser promovidos e fomentados pelas agências estatais responsáveis pela segurança pública e pelo funcionamento do sistema de justiça como um todo. Tal compreensão tem por fundamento a participação democrática promovida num marco de fortalecimento do poder local e da participação popular.

A implementação do resgate da ação política tem por pressuposto a renovação da própria idéia de participação popular. Isso porque o processo de construção

[13] As categorias operacionais mencionadas no conceito, por evidente, são aquelas desenvolvidas pelo marco teórico da presente investigação, qual seja, a teoria crítica dos direitos humanos tal como a desenvolve Herrera Flores (2008, passim; 2000; passim; 2005b, passim).

da cidadania vinculado à consolidação do Estado de Direito fundamentou-se num modelo político de democracia representativa. Esse modelo procedimental e formalista foi incapaz de incorporar plenamente os cidadãos nos assuntos públicos. Por consequência, pode-se afirmar que o modelo de democracia representativa motivou uma cidadania de natureza passiva.[14]

Essa é a razão pela qual se visualizam e se vivenciam no âmbito da sociedade em geral, mas também de modo particular nas próprias instituições vocacionadas à garantia dos direitos humanos, um evidente desinteresse e uma significativa perda de adesão da cidadania. Quantos agentes públicos participam de modo ativo nas decisões e rumos assumidos pelas instituições a que pertencem? O questionamento, por óbvio, refere-se à política como prática constituinte, à prática democrática, de pertencimento e atuação na conformação das orientações e revisões dos atos estatais. No âmbito da sociedade em geral, existe um sentimento de participação ativa nos rumos da segurança pública ou mesmo nos ditames do sistema de justiça criminal?

Há de se buscar e fomentar práticas sociais que valorizem movimentos de cidadania, que fomentem a criação de espaços de singularidade própria, com base territorial e, por conseguinte, de desenvolvimento de capacidades dentro de um processo de confluências territorialmente identificadas. Cumpre adotar uma perspectiva de complementariedade dessas territorialidades, que projete a extensão das demandas locais a garantias de maior amplitude, combinando eficazmente estratégias de reivindicação e mobilização por meio da prática de experiências de ação direta, de autogestão e de gestão compartilhada com outras agências, instituições e órgãos de governo locais. A lógica de construção de políticas públicas voltadas à implementação de demandas de atuação do sistema de

[14] Julio Alguacil Gómez (2006, p. 11) salienta que o modelo de democracia representativa, por seu significado e fomento à passividade, constituiu um impedimento à consolidação de uma cidadania social e ativa, mais próxima de uma participação real nas decisões e na construção dos objetivos coletivos. Nesse sentido, "[…] La no implicación plena de los ciudadanos en la política y en los asuntos públicos hace de la propia política una dimensión muy vulnerable frente a los procesos económicos y territoriales propios del actual contexto de una globalización neoliberal". Tradução: "[…] O não envolvimento pleno dos cidadãos na política e nos asuntos públicos faz da própria política uma dimensão muito vulnerável frente aos procesos económicos e territoriais próprios do atual contexto de uma globalização neoliberal".

justiça e, principalmente, à concretização de uma gestão democrática da segurança pública deve passar por processos de constituição que atuem segundo uma lógica de baixo para cima.

Com efeito, a dinâmica de leitura de demandas e respostas, na tensão entre o geral e o particular, deve atuar a partir da consideração que permita uma relação de tensão dinâmica entre o todo e a parte, entre diretivas de caráter geral e condições concretas de espaço social e âmbitos locais, entre formalização de demandas por garantias (jurídicas, sociais, econômicas, políticas) e reclamos particulares de efetivação concreta dessas garantias. Planos e estratégias que não observem essa lógica "de baixo para cima", isto é, de fortalecimento de poder local, correm inevitável risco de ineficácia, de permanência na apatia própria de uma cidadania passiva. As estratégias excessivamente genéricas ou se encontram submetidas a diretrizes emanadas de um centro decisório ou acabam por carecer de recursos para sua implementação. As políticas locais, num marco de poder centralizado e geral, não são políticas de decisão, mas políticas subordinadas de execução e transmissão da política geral.

A prática de cidadania e de compromisso com o acesso igualitário e não hierarquizado a priori aos bens necessários a uma vida digna jamais é plena se não reflete e projeta a esfera do mundo numa perspectiva de suas demandas e leituras cotidianas. A origem de propostas de política criminal surge necessariamente de um lugar, hábil a permitir a construção de identidade e de relação do sujeito face ao seu entorno. É possível verificar dois marcos na construção desse lugar.

O primeiro marco refere-se, na esteira da idéia de lugar, a orientar as propostas de práticas sociais, à criação de um sentimento de pertencimento das pessoas que são destinatárias e ao mesmo tempo razão de existência dessas ações. A idéia de pertencimento, imprescindível à construção de uma autonomia cidadã, traduz-se na possibilidade real de acesso direto às relações sociais. Nesse sentido,

> […] La identidad se forja a través de la alteridad (reconocimiento de los "otros" diferentes) y esto precisa de una gestión democrática de la pluralidad que permita alcanzar la adhesión necesaria sin la cual resulta imposible abordar los retos de la ciudadanía: construir conjuntamente (donde ningún tipo de singularidad puede arrogarse la superioridad). (ALGUACIL, 2006, p. 16). [15]

Logo, a participação política plena só pode desenvolver-se num espaço de realidade social vinculado a um espaço concreto, que seja suporte de uma população (crescentemente diversa em sua composição), de seus recursos e de sua organização social.

O segundo marco refere-se à cidadania como participação nos assuntos públicos, que conduz necessariamente à redistribuição ou a socialização do poder. Há de ser compreendido como o desenvolvimento das capacidades para efetivar decisões sobre a gestão dos recursos de seu ambiente social e físico, bem assim poder afrontar a solução dos problemas que afetam aos sujeitos por parte dos próprios sujeitos. É essa orientação prática que permitirá a construção da democracia num viés de textura aberta, de prática democrática constituinte.

Um exemplo específico é elucidativo para demonstração do que aqui se desenvolve. Tome-se, por amostra, o caso do Distrito Federal. É preciso ter em mente, na realidade do Distrito Federal (região), o que seriam unidades hábeis a serem consideradas como locais. A criação de um espaço que sirva de local, num marco teórico de caráter propositivo, isto é, que pretenda propor ou justificar práticas sociais emancipadoras de sorte a agregar à realidade, e não simplesmente desconstruir as estruturas de que já se dispõe, deve, tanto quanto possível, considerar as estruturas formalmente existentes para a consolidação de uma prática democrática. Além disso, por conta da descentralização das unidades

---

[15] Tradução: "[…] A identidade se forja por meio da alteridade (reconhecimento dos 'outros' diferentes) e isso exige uma gestão democrática da pluralidade que permita alcançar a adesão necessária sem a qual resulta impossível abordar os desafios da cidadania: construir conjuntamente (onde nenhum tipo de singularidade pode arrogar-se como superior)".

administrativas, a permitir a leitura localizada de demandas e de atuações comunitárias, a melhor variável para apreciação da descentralização é a divisão das regiões administrativas.

A participação com maior intensidade pode se dar com maior facilidade e operacionalidade na medida em que o âmbito de atuação mantenha um certo equilíbrio, o que reclama uma dimensão territorial suficientemente grande, para contar com estruturas mínimas e próprias de organização, e suficientemente pequena, para possuir uma densidade relacional adequada e poder estabelecer instrumentos de controle coletivo e participação real. Por se tratar de divisão que deriva de reclamos políticos – pois, como se verá, a unidade é criada a partir de uma lei –, bem assim por já constar na estrutura do Distrito Federal, a região administrativa surge como unidade mínima de lugar para os fins de articulação política ora propostos.

A Lei Orgânica do Distrito Federal prevê, em seus artigos 10 a 13, que "[…] o Distrito Federal organiza-se em Regiões Administrativas, com vistas à descentralização administrativa, à utilização racional de recursos para o desenvolvimento socioeconômico e à melhoria da qualidade de vida", bem assim que "[…] as Administrações Regionais integram a estrutura administrativa do Distrito Federal". As Regiões Administrativas evidenciam exemplo, ao menos formalmente, de governo descentralizado, uma vez que cada Região […]" terá um Conselho de Representantes Comunitários, com funções consultivas e fiscalizadoras, na forma da lei" e a criação ou extinção de cada uma dessas Regiões, segundo a mesma Lei Orgânica do Distrito Federal, se fará mediante lei aprovada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Atualmente, o Distrito Federal conta com vinte e nove regiões administrativas.[16]

[16] São elas: Candangolândia, Águas Claras, Brasília, Brazlândia, Ceilândia, Itapoã, Planaltina, Samambaia, Santa Maria, São Sebastião, Sobradinho, Sobradinho II, Taguatinga, Cruzeiro, Gama, Guará, Jardim Botânico, Lago Norte, Lago Sul, Núcleo Bandeirante, Paranoá, Park Way, Recanto Das Emas, Riacho Fundo, Riacho Fundo II, Setor Complementar de Indústria e Abastecimento, Setor de Indústria e Abastecimento (SIA), Sudoeste e Octogonal, Varjão.

Esses âmbitos locais, onde os cidadãos podem alcançar maior autonomia e construir a oportunidade de incorporar-se a uma estrutura comum de ação política, permite o encontro de estruturas de ordem governamental e também de ordem social (organizações sociais, associações comunitárias etc.). A proximidade dessas estruturas formais – estatais e não estatais – possuem a aptidão para se converterem em verdadeiras escolas de democracia, desde que se assegure o interesse e se estime o sentimento de pertencimento de cada cidadão na gestão da res pública. A temática da segurança pública, inserida na esfera político-criminal, é essencialmente uma questão política e, como tal, deve ser debatida e construída por todos os cidadãos, independentemente de sua formação e conhecimento (ROLIM, 2006, p. 49).

Nesse sentido, também aos temas atinentes à política criminal, notadamente na sua feição de segurança pública, há de se desenvolver um conceito de cidadania, de modo que seja ela compreendida como um espaço de mediação, um conjunto de procedimentos diversos para confluências em escalas territoriais, grupos e coletividades em geral, em que o espaço social e de governo local seja um primeiro momento básico e fundamental de inclusão dos sujeitos para construção de relações ótimas de liberdade e igualdade.

A advertência de Alguacil Gómez é precisa, quando afirma que "[…] Unas organizaciones sociales separadas de la política, de la gobernación local, pueden llevar a movimientos sectarios y antisociales; un gobierno local separado de las organizaciones sociales puede llevar al autoritarismo y a la deslegitimación de las instituciones" (2006, p. 18). Esse risco é justamente o que pode vir a acometer instituições e agências estatais, na hipótese de que suas disposições evidenciem um descompromisso com os direitos humanos e com o resgate da ação política nos temas de segurança pública e funcionamento do sistema de justiça. Mais que formalmente e juridicamente estabelecidos como estruturais estatais de garantia ao cidadão, cabem a esses órgãos e instituições assumir o papel de fomentador dessa nova cidadania, também no campo jurídico-penal, para que possam atuar de modo emancipatório.

A solução para afastar o perigo mencionado é uma nova cultura política que dê protagonismo a políticas locais. Com isso, as novas dimensões da cidadania

recuperam a originária vinculação às particularidades, aos territórios e à esfera da vida cotidiana. Essa nova articulação entre o universal e o particular e a nova complexidade derivada da fragmentação dos âmbitos de poder anunciam a necessária observância de vetores de que atuem de baixo para cima e de dentro para fora. A preocupação é com a construção de um projeto democrático de política criminal para o sistema de justiça e de construção de um modelo de gestão de segurança pública que deem azo e possibilidade ao desenvolvimento das capacidades humanas e, por conseguinte, se apresentem como complexo, multidimensional e interativo, isto é, de textura aberta. Vale lembrar o que leciona Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 238-239) a respeito:

> Uma tal concepção da emancipação política implica a criação de um novo senso comum político. A conversão da diferenciação do político no modo privilegiado de estruturação e diferenciação da prática social tem como corolário a descentração relativa do Estado e do princípio do Estado. A nova cidadania tanto se constitui na obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado, como na obrigação política horizontal entre os cidadãos. Com isto, revaloriza-se o princípio da comunidade e, com ele, a idéia da igualdade sem mesmidade, a idéia de autonomia e a idéia de solidariedade.

A emergência de políticas locais substancia justamente a ferramenta necessária para o desenvolvimento local. Igualmente, a multidimensionalidade e a complexidade de políticas locais de coesão social, próprias de uma intervenção integrada e inclusiva, só podem ter lugar a partir da introdução de inovações participativas de caráter transversal. É esse o ambiente para o surgimento de uma democracia de caráter reflexivo, em que seus agentes atuam como produtores e comunicadores sobre si mesmos e sobre suas ações externas, graças a interatividade com os demais sujeitos-agentes de outros locais.

É bem verdade que o tema da participação local e da democracia participativa como um todo por si só reclamaria uma investigação monográfica própria. No entanto, ao menos para os fins do presente trabalho, há de se ter em conta que a democracia participativa, por configurar uma autonomia crítica ao sujeito, baseia-se na participação como um conjunto de procedimentos e processos relacionais em que os agentes atuam em relação simétrica e recíproca, de comunicação, de

cooperação, de corresponsabilidade (ALGUACIL, 2006, p. 24). A compreensão da participação na vida social passa pela variáveis necessidade e direito, de modo a permitir a recuperação do sentido transversal e relacional da participação popular.

4 Os conselhos de segurança e os desafios da integração

4.1 Como verificar a consistência democrática e cidadã das propostas?

A participação popular como ação cidadã conjunta, quando se cuida de política criminal e segurança pública, demanda a assunção de um conceito complexo de participação. Mais que enunciar as propostas, é preciso igualmente dotar aquele que atua no sistema de justiça criminal e na gestão da segurança pública de mecanismos de verificação do êxito dessas propostas. Em outras palavras, a tarefa não se resume a enunciar as propostas, mas também implica apresentar os testes de consistência dessas propostas como ferramentas para o empoderamento cidadão.

Os testes de consistência para propostas de empoderamento e participação cidadã nos rumos de política criminal, especialmente na sua feição de segurança pública, passam por três pontos de análise. O primeiro refere-se à complexidade da própria participação, o segundo cuida do modelo a ser adotado que define o grau de participação e o terceiro define-se pela análise do produto dessa participação.

Passa-se à análise da complexidade da participação. Pode ser ela enunciada por cinco momentos (os quais não são sucessivos ou estanques, mas atuam em relação cíclica, dinâmica). O fomento à comunicação (i), compreendida esta como o amplo acesso à informação sobre a gestão da res pública, é o meio para que a construção de uma política inclusiva, em que o cidadão é parte de redes sociais. O fomento ao conhecimento (ii) acerca de como se gere o aparato de segurança pública implica uma integração próxima do cidadão em relação ao seu lugar, isto é, o cidadão, desse modo, está parte da coletividade. A consciência (iii) advinda desse processo permite ao cidadão a construção de uma relação de identidade/alteridade em relação a si próprio e ao seu meio, de modo que ele se sente parte de uma comunidade. Comunicação, conhecimento e consciência conduzem à ação (iv), em que o cidadão é chamado a decidir num projeto futuro ou mesmo na construção de procedimentos, de sorte que ele tem parte ou toma parte no processo

democrático. Por fim, num ambiente em que os sujeitos compartilham, cooperam e se corresponsabilizam (v), parece evidente que estão eles implicados num processo mais amplo e, por conseguinte, concretizam sua participação.

Em relação ao modelo de gestão da política criminal, vê-se em regra um modelo de gestão direta, em que a administração formalmente estabelecida gere exclusivamente a criação e programação de serviços, prestações e espaços públicos. As limitações à participação popular são máximas, pois esse modelo de gestão compreende essa participação apenas como direito à informação a respeito das atividades realizadas pelo gerenciamento central das áreas e departamentos administrativos (decisões que derivam de cima para baixo). Em contraposição, o modelo a se almejar é um modelo de codecisão e gestão compartilhada, em que os sujeitos assumam responsabilidades de organização e gestão dos serviços e espaços, para obter a capacidade de (re)orientar suas demandas e necessidades, bem assim aliviar a carga decisória do governo local em particular e do setor público em geral.[17]

A análise do produto da participação popular implica necessariamente comunicação e participação interna nas estruturas administrativas, além de comunicação e participação externa com o entorno e as estruturas sociais (redes sociais). O produto de um modelo de gestão relacional da política criminal, espera-se, deve promover: uma análise da realidade mais acurada; a concepção de estruturas e de programas mais consistentes e próximos aos anseios da comunidade; a formulação de serviços públicos (demanda); a produção de serviços públicos com a participação da comunidade; o balanço social dos resultados obtidos.

O aprimoramento de caráter institucional – que reclama o maior esforço do operador jurídico, que costumeiramente encontra-se cerrado em suas posições

---

17 Não se vislumbra possível, no campo penal, a incidência de um modelo de auto-gestão, que supõe o controle a apropriação plena por parte dos cidadãos de continentes e conteúdos, de espaços e atividades de caráter público, independentemente de quem seja a propriedade jurídica. Isso porque tal modelo implica a afastar a feição repressiva que inegavelmente exerce o controle penal, a atuar muitas vezes de modo contramajoritário. A respeito do modelo de autogestão, cf. ALGUACIL, 2006, p. 28-29).

estritamente jurídicas – diz respeito às relações entre os agentes envolvidos nos temas de política criminal. Na relação entre governo local e entidades sociais, é preciso desmitificar o infundado costume de desconfiança e instrumentalização da atuação dessas entidades. Na relação entre governo local e cidadãos em geral, cumpre incorporar os cidadãos às decisões públicas e, para tanto, revela-se imprescindível o trabalho em redes, onde cada um cumpre seu papel de forma não exclusiva nem excludente. Essa última preocupação também destina-se a instituições como o Poder Judiciário, o Ministério Público e às Polícias, muitas vezes enxergados pela população em geral apenas como estruturas de governo.

Nas relações interadministrativas, vê-se a necessidade de estabelecer um plano de comunicação relacional interno entre as administrações locais. A comunicação e a participação, que devem ser relacionais e transversais, devem ter a aptidão de conduzir a uma capacidade de liderança e também a competências para articular partes distintas da estrutura da administração na construção comum e democrática dessa estrutura administrativa. Em particular, as agências estatais destinadas à repressão da criminalidade e à realização do sistema de justiça devem atentar para a abertura dos temas em debate institucional para a colheita das demandas e necessidades da coletividade.

A leitura dessas demandas e necessidades – de onde podem também surgir propostas de solução – se dá pela cultura de redes sociais. A criação desses tecidos comuns há de permitir o surgimento de uma potencialidade sinérgica para um projeto comum: que considere os temas de política criminal com uma textura abertura, de profunda densidade democrática e, principalmente, de efetiva participação – tanto da sociedade quanto de cada agente público envolvido na realização da segurança pública e do sistema de justiça criminal.

É importante ter em mente que, ainda que considerada a realidade da Administração Pública, as idéias aqui lançadas – num menor ou maior grau – a ela também se aplicam. Em outras palavras, também a produção derivada de uma participação amiúde e relacional deve ocorrer dentro das instituições e agências estatais de segurança pública e de funcionamento do sistema de justiça. As orientações derivadas e havidas pelos órgãos públicos hão de ser fruto da

mobilização e diálogo permanentes de todos os integrantes de seus quadros, observando a lógica de baixo para cima, de dentro para fora, para que igualmente possam afirmar-se democráticas. A democracia, não é demais repetir, há de ser considerada como status, como prática constituinte e complexa, de sorte a implicar igualmente a sua observância também na gestão institucional da Administração Pública, a fim de que o componente democrático de sua conformação não se esgote na eventual luta pela escolha por voto de seus dirigentes.

Tem-se, pois, que, politicamente, um modelo de pretensão emancipatória, a reclamar práticas sociais de empoderamento cidadão e de maior diálogo com as instituições e agências que concretizam o sistema de justiça criminal, apresenta-se, no plano político, como um Estado descentralizado, de feição participativa no seu conteúdo democrático (democracia reflexiva) e dotado de uma comunitarização dos serviços. A gestão pretendida, por conseguinte, é uma gestão compartilhada, de corresponsabilidade, em lugar do modelo de gestão direta hoje presente nos temas de segurança pública e de política criminal como um todo. A qualidade dos serviços eleitos, das propostas formuladas, das demandas exteriorizadas, de toda a estrutura organizacional – estatal e não estatal –, enfim, é entendida como processo, e não como produto. A participação é compreendida numa perspectiva de cooperação e diálogo, em lugar de simples consulta ou mesmo de audiência para um monólogo estatal. Culturalmente, abre-se espaço para uma nova cultura política, aberta a uma multiculturalidade ou, melhor dizendo, interculturalidade (HERRERA, 2008, p. 124 et seq.).

Os instrumentos de participação de um modelo de participação democrática, por conseguinte, são facilmente visualizáveis. A ampla realização de assembléias no âmbito das regiões administrativas do Distrito Federal parece ser amplamente necessária para a discussão comunitária dos temas que envolvam segurança pública e práticas comunitárias. O fomento a oficinas que resultem em projetos de interesse comunitário parece ser interessante. Workshops, congressos, seminários, toda sorte de espaço de discussão sobre a gestão pública, nesse ponto, é bem-vinda. O fomento a planos integrais de desenvolvimento comunitário surge como medida premente e necessária. O orçamento participativo, experiência pioneira da cidade de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, também parece interessar

aos temas de segurança pública e justiça criminal, na medida em que permite ao cidadão a participação e decisão sobre os rumos de gastos e investimentos que refletirão na segurança da comunidade.

Os chamados conselhos comunitários, como proposta de participação popular de formulação de políticas criminais, especialmente voltados a temas de segurança pública, assumem importante papel num modelo de administração relacional, isto é, num modelo de administração que permita uma participação cidadã e democrática. Com efeito, os Conselhos exercem papel semelhante ao que exercem as Associações, que atuam em cooperação e mediação amparadas em compromissos de reciprocidade e corresponsabilidade, e os cidadãos de um modo geral, que atuam tanto de modo ativo, corresponsável e participativo.

Propostas de cunho relacional, portanto, em qualquer âmbito de atuação, implicam comunicação e participação internas em face das estruturas administrativas e também comunicação e participação externas em face do entorno e das estruturas sociais (redes sociais). Isso porque, parece óbvio, o conteúdo democrático de determinada sociedade há de ser medido, entre outros meios, pelo grau de articulação de seu tecido social. Assim, permite-se a satisfação das necessidades e demandas no nível mais próximo possível dos cidadãos. Nesse sentido, confira-se:

> […] la función de las administraciones públicas, en cuanto que se trata de estructuras de las que democráticamente se han dotado los ciudadanos en su conjunto, es garantizar la cohesión social y, en consecuencia, potenciar, promover y fomentar el desarrollo de la capacidad de los ciudadanos para que estos puedan acometer de forma autónoma y democrática el diseño de la acción colectiva, la gestión, la gestión de las actividades, espacios y ámbitos necesarios para dar solución a las demandas y necesidades de la sociedad. Sería también cometido de las administraciones públicas armonizar las diferentes iniciativas sociales, favoreciendo la compatibilidad de los diversos intereses colectivos, evitando los corporativismos o sectarismos y garantizando a la vez la participación y la transparencia de los proyectos, así como el uso de los recursos públicos gestionados por las propias organizaciones ciudadanas. (ALGUACIL, 2006, p. 43).

Assim, o processo de democratização passa, no aspecto econômico-administrativo, pela distribuição de recursos da economia pública, por meio da desconcentração político-administrativa. No aspecto político, passa pela desconcentração política e, por conseguinte, pela transferência de competências. No aspecto sócio-político, passa pela desburocratização sócio-política, hábil a permitir a distribuição do poder.

A presença concomitante desses aspectos da democratização permite a multiplicação de pontos de confluência entre o âmbito estatal e o âmbito não-estatal, de modo a permitir a melhor das políticas locais, a participação e a confiança necessária para o desenvolvimento dos recursos e capacidades de natureza comum e relacional. Nessa linha de idéias, a utilização dos chamados conselhos comunitários atende ao critério de desenvolvimento humano já mencionado.

4.2 Conselhos comunitários e a integração local e regional

O conceito de conselho comunitário insere-se na idéia mais ampla de proposta de segurança pública comunitária como política pública. Com efeito, parte-se da concepção de segurança comunitária, que, segundo conceito veiculado em ato normativo regulamentar (DISTRITO FEDERAL, Portaria n. 30, item 5.23):

> […] é uma filosofia de segurança pública do Governo do Distrito Federal, cuja diretriz é a integração e o engajamento, na implantação de uma nova forma de gestão, dos órgãos do Sistema de Segurança Pública e Defesa Social, demais órgãos governamentais, representantes da sociedade civil e as autoridades locais dos Poderes Legislativo, Judiciário e do Ministério Público, através da participação de todos na formulação, desenvolvimento e avaliação das medidas operacionais que objetivem a redução da criminalidade, violência, sinistros, desastres e acidentes, priorizando ações preventivas tendentes à obtenção de uma melhor qualidade de vida, maior percepção de risco da sociedade e aumento da sensação de segurança.

Convém destacar que o tema da segurança comunitária vai além da questão criminal. Com efeito, podem-se visualizar duas vertentes de segurança pública e

defesa social a ser veiculadas no modelo de segurança comunitária. Uma primeira vertente, própria de segurança pública, diz respeito à violência e à criminalidade e se refere precipuamente, na esfera do Poder Executivo, às Polícias Militares e Civil. À Política Militar incumbe precipuamente a realização do policiamento ostensivo e a manutenção da ordem pública e, por isso, deve ela buscar um engajamento na comunidade, de sorte que atue ela também como sujeito na prevenção e solução dos problemas comunitários. À Polícia Civil cabe a tarefa de realizar as funções de polícia judiciária e investigativa das infrações penais. Uma segunda vertente, que se refere à defesa social, refere-se aos acidentes, sinistros e desastres, e guarda pertinência com o Corpo de Bombeiros Militar, A Subsecretaria de Defesa Civil e o Departamento de Trânsito.

Ainda que os programas de segurança pública fiquem a cargo, em regra, das pastas (Secretarias) de segurança pública, é importante ter em conta que a questão criminal, para que se respeite a sua complexidade, exige abordagem interorganizacional, isto é, que permita o enlace e a atuação de diversas instituições e órgãos, pois são diversos os temas e matérias atinentes à questão da segurança.

Os Conselhos Comunitários de Segurança são entidades comunitárias privadas de cooperação voluntária com a política de segurança pública e defesa social do Distrito Federal. São constituídos por pessoas de uma mesma comunidade que se reúnem com autoridades públicas para discutir, analisar, planejar, avaliar e acompanhar a solução de seus problemas de proteção social, assim como para estreitar laços de entendimento e cooperação entre as várias lideranças locais. Formalmente, os Conselhos são compostos de um Presidente, um Vice-Presidente, um Diretor Comunitário, um Primeiro Secretário e um Segundo Secretário, escolhidos dentre representantes da comunidade.

A partir da previsão formal de sua existência, a serem considerados pela estrutura organizativa do Governo local, os conselhos passam a influir decisivamente nos rumos da política criminal estatal, máxime na vertente de segurança pública. Substanciam canal privilegiado para o direcionamento dessas ações. Ainda, ao chamar à participação os integrantes de uma mesma comunidade, os conselhos cumprem com a previsão normativa que fixa a segurança pública como um dever

de todos (e não apenas das estruturas burocráticas e organizativas do Estado), a teor do art. 144 da Constituição brasileira.

A previsão normativa dos Conselhos de Segurança Comunitária passa ainda por divisões que atendem tanto ao critério de local – um conselho para cada região administrativa, no mínimo, chamados de CONSEGs/RA – quanto a um critério de especialização de matéria[18]. É interessante notar que o surgimento desses Conselhos Especiais ocorreu muito pela presença e luta política das classes ou grupos envolvidos nos processos de luta acerca dos bens tocados pela temática do Conselho. Com efeito, rodoviários, taxistas, empresários e outros grupos articulam-se politicamente para, a fim de consolidar maior (e melhor) espaço político também nos temas de segurança pública, verem reconhecidos conselhos específicos e, com isso, assegurarem um canal direto e privilegiado para a exposição de suas demandas de segurança pública.

Desse modo, segundo a estrutura formalmente prevista ao Conselho de Segurança, hoje, incumbe aos Conselhos tarefas que podem ser agrupadas em cinco pontos. O primeiro ponto refere-se à função de identificar e mobilizar os segmentos representativos da comunidade para, juntos com os órgãos do sistema de segurança pública e defesa social do Distrito Federal, promoverem o planejamento de programas de prevenção à violência, à criminalidade e a outros fatores envolvidos na problemática dos fenômenos da segurança pública e defesa social. O segundo ponto refere-se ao papel de possibilitar a integração entre a comunidade mobilizada e as autoridades locais de segurança pública e defesa social. O terceiro ponto menciona a realização de estudos para promoção de cursos de capacitação dos segmentos da comunidade, sobre medidas de proteção social.

[18] O Distrito Federal, por exemplo, conta com diversos Conselhos temáticos, os chamados Conselhos Comunitários Especiais de Segurança (CONSEGs/ESPECIAIS), previstos na mencionada Portaria n. 30 da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social. Atualmente, os CONSEGs/ESPECIAIS são compostos pelos Conselhos Comunitários Especiais de Segurança Rural – CONSEGs ESPECIAIS/Rural, Conselhos Comunitários Especiais de Segurança Escolar - CONSEGs ESPECIAIS/Escolar, Conselho Comunitário Especial de Segurança da Universidade de Brasília – CONSEG ESPECIAL/UnB, Conselho Comunitário Especial de Segurança dos Rodoviários – CONSEG ESPECIAL/Rodoviários, Conselho Comunitário Especial de Segurança dos Taxistas – CONSEG ESPECIAL/Taxistas, Conselho Comunitário

O quarto ponto, promover a articulação com outros órgãos públicos, visando ao planejamento e a execução de medidas necessárias à preservação da ordem pública. O quinto ponto diz respeito à função de apresentar sugestões e propostas às autoridades, que resultem em leis de interesse à proteção social.

A composição dos Conselhos, portanto, é mista e deve contar com membros da comunidade, mas também com agentes estatais titulares de atribuições que tenham relação com os temas afeitos ao Conselho. Assim, são eles integrados por membros governamentais efetivos, ou seja, autoridades do sistema de segurança pública e defesa social do Distrito Federal[19] ou, conforme o caso, de acordo com as características do Conselho, de outros órgãos públicos, com participação obrigatória nas reuniões mensais, e membros colaboradores, estes representantes de entidades comunitárias legalmente constituídas, como associações locais, clubes de serviço, organizações religiosas, organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP, organizações prestadoras de serviços relevantes à coletividade, dentre outras de mesma natureza.

A participação no Conselho, então, é aberta a qualquer pessoa disposta a atuar e com interesse nos assuntos daquela comunidade. O interessado pode integrar a Diretoria do Conselho, submetendo-se a eleição regulamentar, ou mesmo colaborar

---

Especial de Segurança dos Postos de Combustível – CONSEG ESPECIAL/Postos de Combustível, Conselho Comunitário Especial de Segurança da Indústria Gráfica – CONSEG ESPECIAL/INDÚSTRIA GRÁFICA, Conselho Comunitário Especial do Comércio Atacadista – CONSEG ESPECIAL/COMÉRCIO ATACADISTA e Conselho Comunitário Especial do Transporte Alternativo – CONSEG ESPECIAL/TRANSPORTE ALTERNATIVO.

[19] O Decreto n. 24.316, de 23 de dezembro de 2003, define, em seu artigo 7.º, que os Grupos Gestores Regionais de Segurança Comunitária – GESCOM, com atuação no território da respectiva Região Administrativa e sob a presidência do Administrador Regional, é composto por membros governamentais efetivos e membros colaboradores. Nos Conselhos Comunitários, os membros efetivos são: o Comandante do Batalhão ou Companhia de Polícia Militar da respectiva Região Administrativa; o Comandante do Batalhão ou Companhia do Corpo de Bombeiros Militar da respectiva Região Administrativa; os Delegados-Chefes das Delegacias de Polícia Civil da respectiva Região Administrativa; um representante do Departamento de Trânsito do Distrito Federal; um representante da Subsecretaria de Programas Comunitários; um representante do Centro Integrado de Operações de Segurança Pública e Defesa Social.

com as atividades oferecendo propostas, sugestões e idéias, além de participar de debates sobre os meios e formas com que cada comunidade organizada possa colaborar com os órgãos públicos. Os órgãos dentro do Conselho são alcançados mediante eleição livre, direta e com participação de todos os membros da comunidade.

Os Conselhos, assim, constituem canal privilegiado ao Estado à obtenção de subsídios da sociedade, para otimizar a atuação dos órgãos de segurança pública e defesa social do Distrito Federal (exemplo construído para o presente trabalho), em benefício do cidadão e da comunidade. Os Conselhos têm aptidão para congregar as lideranças comunitárias afins, conjuntamente com as autoridades locais, no sentido de planejar ações integradas de segurança que resultem na melhoria da qualidade de vida da comunidade e na valorização dos integrantes do sistema de segurança pública e defesa social. Ainda, auxiliam as autoridades na definição e execução de ações prioritárias de segurança pública e de defesa social, bem assim mobilizam a comunidade, com vistas à solução de problemas que possam trazer implicações à segurança pública e à defesa social.

Os Conselhos, igualmente, podem constituir importante foro para a promoção de palestras, conferências, debates, campanhas educativas e outros empreendimentos culturais que orientem a comunidade na percepção de riscos à sua segurança. A integração dos Conselhos com outras estruturas – educacionais, de pesquisa universitária, por exemplo – pode permitir a realização de estudos e pesquisas, com o fim de proporcionar o aumento da segurança na comunidade e maior eficiência dos órgãos integrantes da segurança pública e defesa social, inclusive mediante convênios ou parcerias com instituições públicas e privadas. Por fim, além de levar ao conhecimento das autoridades públicas as queixas e reivindicações da comunidade, o Conselho servirá como um canal útil de comunicação para a formulação de propostas e reunião de subsídios para elaboração legislativa em prol dos temas que toquem a segurança da comunidade e a questão criminal como um todo.

O incentivo à participação e à efetividade dos Conselhos passa necessariamente por uma mudança de cultura. Esse fomento, na linha do que já se afirmou,

necessariamente implica a preocupação com os postulados de informação e consulta da cidadania. O resgate da ação política e a inserção cidadã atuam num movimento cíclico, que inclui instrumentos de consulta, de expressão de opiniões, reclamos e propostas, bem assim instrumentos de melhor acesso à informação da população sobre as normas, diretivas, acordos, parcerias e projetos que toquem aquela localidade (região administrativa). O incentivo à participação será tanto maior quanto maior for a presença e a influência dos conselhos comunitários na gestão da segurança pública.

4.3 A integração entre os âmbitos local e regional

A questão seguinte refere-se ao modo de integração com o âmbito regional. Entenda-se por âmbito regional a unidade federativa brasileira. No caso do presente trabalho, tem-se, por amostra, o Distrito Federal como região. Parece evidente que o agente público envolvido na segurança pública e no sistema de justiça deve conhecer não apenas as estruturas normativas próprias de sua atividade, mas, em verdade, deve travar contato amiúde com a realidade social, cultural, política, econômica, enfim, o contexto do local em que exercerá suas funções. O risco de desconhecimento da realidade em que fará atuar o sistema de justiça criminal é evidente: repetir inconscientemente uma estrutura que peca por seu isolamento e por se entender o reducionismo próprio da abordagem jurídica como suficiente. [20]

A consideração do contexto subjacente aos locais em que atuam os órgãos e agências estatais incumbidos da realização da segurança pública e do sistema de justiça criminal, dentre outros modos, pode ser feita por meio da interação continuada com os conselhos comunitários de segurança pública, bem assim por meio do fomento à instalação de outros tipos de núcleos de exercício de democracia popular quanto aos temas de política criminal, tais como conselhos de segurança

[20] O risco de isolamento da abordagem jurídica foi objeto de abordagem no início da presente investigação. Repita-se: não se cuida de rechaçar a abordagem jurídica; ao contrário, há de se considerá-la como uma – quiçá das mais importantes – possibilidades de construção de garantias aos direitos humanos. Contudo, a efetividade dos direitos humanos passa também pela consciência de que outras estruturas de garantias também são necessárias (culturais, sociais, econômicas, políticas) e devem consistir igualmente em objetivos das lutas sociais para a efetivação dos direitos humanos.

escolar, conselhos de segurança comunitária rural e urbano e tantos outros. Essa atuação em rede há de permitir a leitura mais aproximada da realidade, a fim de que as agências estatais, em suas feições técnica e jurídica, concretizem uma prática de segurança pública e de funcionamento do sistema de justiça contaminada do A seletividade do sistema de justiça criminal – constatada pelo modelo teórico da criminologia da reação social – há de ser superada ou ao menos atenuada por meio de uma consciência do contexto em que inserida a atuação do Estado. A esta altura, convém analisar, sempre a título exemplificativo, a estrutura de formulação de políticas públicas locais de segurança pública no Distrito Federal. O Governo regional – isto é, o Governo do Distrito Federal – atua, ao menos em sua estrutura normativa, em conformidade com o que apregoam os chamados Conselhos Regionais de Segurança Pública. Tais Conselhos têm a competência de promover, no âmbito regional, a troca de experiências, bem como realizar o planejamento integrado e a coordenação de ações de segurança pública de interesse comum, tendo em vista que estas muitas vezes extrapolam os limites das unidades federadas.

O Conselho Regional é composto pelos seguintes integrantes da esfera regional: Secretário de Segurança Pública (presidente), Comandante Geral da Polícia Militar, Diretor Geral da Polícia Civil. Além deles, participam dos Conselhos Regionais os seguintes representantes do governo federal: Secretário Nacional de Segurança Pública, o respectivo Superintendente da Polícia Federal na unidade federativa e o superintendente da Polícia Rodoviária Federal na mesma unidade federativa.

Nota-se a ausência de participação do Ministério Público, do Poder Judiciário e de setores da advocacia (especialmente a Defensoria Pública) nesse diálogo entre as esferas regionais e nacional, o que, por evidente, em muito prejudica a visão mais ampla de programas que toquem, ainda que por via oblíqua, o funcionamento do sistema de justiça criminal. Afinal, a questão da segurança pública, se não passa toda ela pelas discussões do campo jurídico-penal, decerto em muito redundará em demandas e respostas a serem deduzidas pelo sistema de justiça criminal.

Ainda, para tratar da vinculação da esfera regional em relação à esfera nacional, merece destaque a figura do Gabinete de Gestão Integrada (GGI), que atua como um fórum deliberativo e executivo e opera por consenso, formalmente sem hierarquia e com respeito à autonomia das instituições que o compõem. Visa

coordenar o Sistema Único de Segurança Pública nos Estados, que será tratado a seguir, conforme termo de convênio celebrado entre a União, por intermédio do Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, e os Estados Federados, por intermédio de suas Secretarias Estaduais de Segurança Pública e Defesa Social.

A operacionalização do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) como desdobramento do Plano Nacional de Segurança Pública, tenta integrar de maneira prática os órgãos pertinentes ao campo da justiça criminal. Deve-se salientar, no entanto, que a integração não implica unificação desses órgãos, uma vez que o SUSP foi concebido com o objetivo de integrar as ações das polícias nas três esferas do Poder Executivo. O Gabinete de Gestão Integrada atua segundo três diretrizes: a) o incremento da integração entre os órgãos do sistema de justiça criminal; b) a implantação do planejamento estratégico como ferramenta gerencial das ações empreendidas pelo sistema de justiça criminal; e c) a constituição da informação como principal ferramenta de ação policial.

O Gabinete de Gestão Integrada, situado no âmbito da unidade federativa (regional), decorre da adesão ao Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) pelo Estado (ou, no caso do presente trabalho, do Distrito Federal). Tem por objetivo integrar as ações nas três esferas do Poder Executivo: local (aqui considerado na acepção de municípios), regional (Estados e Distrito Federal) e nacional. O Gabinete é composto pelo Secretário de Segurança Pública da unidade federativa (que atuará como coordenador) e por representantes da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, da Polícia Civil, da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros Militar e das Guardas Municipais (onde existirem).

Ainda que não haja previsão formal de participação, não há impeditivos a uma participação próxima do Ministério Público ou mesmo de representantes do Poder Judiciário. As decisões e análises levadas a efeito pelo Gabinete de Gestão Integrada serão levadas à consideração do Conselho Nacional de Segurança Pública, de sorte a bem permitir um intercâmbio entre experiências bem sucedidas de uma localidade em relação a outras assemelhadas. Além disso, o Gabinete poderá exercer função relevante na construção das prioridades para investimentos federais na área de segurança pública.

A análise da estrutura formal dos órgãos estatais incumbidos dos temas atinentes à segurança pública evidencia a ausência de uma presença assegurada do Ministério Público, que surge como um dos principais atores político-criminais após a Carta Constitucional de 1988. O resultado desse vazio comunicacional é tanto causa como consequência do isolamento do jurídico no que diz respeito à construção das soluções no campo jurídico-penal. Essa ausência de participação mais efetiva de um dos protagonistas do funcionamento do sistema de justiça criminal apenas presta-se a tornar menos visível o contexto subjacente à sua atuação. A assertiva revela-se, mutatis mutandis, igualmente aplicável ao Poder Judiciário.

É indispensável, para que a perspectiva multissetorial seja de fato aplicada – desde o diagnóstico à avaliação e ao monitoramento, passando pelo planejamento –, que o núcleo de formulação de estratégias e políticas públicas de política criminal seja composto por um colégio que envolva ministros, no governo federal; secretários de Estado, nos governos estaduais; secretários municipais, nas prefeituras; bem assim interlocutores do sistema de justiça criminal e da própria comunidade. Desse modo, o novo sujeito institucional apresentará a mesma abrangência da política a ser formulada e executada. Guardadas as especificidades das esferas governamentais, deve-se buscar uma coordenação unificada para a gestão da política integrada de segurança pública. Nesse contexto, as secretarias de segurança e, por consequência, as polícias, assim como o Ministério da Justiça, não estarão mais isolados no comando da política de segurança pública. Cada projeto, cada estratégia, cada intervenção deve ser pensada e implementada a partir da articulação dos agentes políticos criminais, a fim de que o produto dessa interação seja também integrado, a exemplo dos problemas enfrentados, verdadeiros novelos compostos por fios diversos e quase indiscerníveis.

Uma nova abordagem requer um gestor de novo tipo ou um novo sujeito institucional e ambos exigem uma nova aliança ou uma nova modalidade de pacto com a sociedade. Não há política de segurança consequente sem participação e transparência, sem confiança popular nas polícias e nas instituições públicas – e todos sabem que, frequentemente, o policial uniformizado na esquina é a face mais tangível do Estado.

Além disso, uma política consistente precisa moldar-se às peculiaridades variáveis dos contextos sociais e só pode ser eficaz se enfrentar a insegurança pública como uma problemática multidimensional – vale insistir –, que supera o âmbito exclusivo da criminalidade. Daí a necessidade de imersão na vida de cada uma das comunidades-alvo, para aplicação de uma metodologia de mapeamento interativo e participativo dos problemas e das prioridades.

Essa metodologia depende de proximidade cotidiana, interação permanente, diálogo sistemático com as sociedades locais e presença capilar do poder público. Está mais acessível aos estados e, sobretudo, aos municípios. O diálogo com as sociedades locais focalizadas criará condições, em pouco tempo, para a negociação democrática de contratos locais de cogestão do programa de segurança, entendido em seu sentido mais abrangente, e que poderá também ser denominado programa de construção social da paz.

A distância entre as demandas e leituras de caráter local a respeito das diretrizes de caráter nacional reside nem tanto na origem e composição dos Conselhos Nacionais, mas a rigor na ausência de refinamento dos instrumentos de leitura e alimentação dessas demandas/respostas populares. É certo que será tanto melhor – no que diz respeito à preocupação de empoderamento cidadão – que lideranças comunitárias ou representantes de conjuntos de lideranças alcancem efetivamente assento nos órgãos institucionalizados de ditar metas e prioridades político-criminais. Mas, independentemente da "personificação" dessas demandas, parece – numa preocupação eminentemente prática a respeito do atendimento a essa preocupação emancipatória – que tais demandas/respostas tenham efetiva voz, e não mero assento, ao ditar os rumos de política criminal no Brasil e a construção de um modelo de gestão da segurança pública.

5 Conclusões

Os temas que se referem à abordagem do sistema de justiça criminal e à gestão da segurança pública reclamam uma necessária contextualização. Sem rechaçar a relevância da abordagem jurídica, cumpre reconhecer que ela, por si só, não tem aptidão para modificar a realidade. O isolamento do pensamento jurídico explica em grande parte a abissal distância entre dois eixos temáticos que deveriam estar

próximos: os direitos humanos, de um lado, e as questões que envolvem o sistema de justiça criminal e a gestão da segurança pública, de outro.

As propostas de um sistema de justiça criminal e de um modelo de gestão de segurança pública destinados a implementarem direitos humanos devem, pois, se comprometer com a idéia de abalar as características de centralização e hierarquização, por meio de fomento a um diálogo interistitucional entre os agentes públicos incumbidos dessas tarefas e o fomento de propostas voltadas ao resgate da ação política parecem ser o caminho necessário a um compromisso real e contextualizado com os direitos humanos.

Impõe-se superar superar a idéia de democracia como status, para assumi-la como projeto político, a veicular valor ético e assumir-se como prática plural de exercício de poder. A democracia, assim, apresenta-se como um espaço constituinte, aberto e de (re)definição permanente; além de contingente, absoluta e coativa, cujo pressuposto básico é a realização do bem comum. Vincula-se, por conseguinte, à idéia de desenvolvimento, a ser tomada de modo integral, para servir de lastro e limite às discussões.

Um modelo de gestão de segurança pública e a formulação de propostas de participação popular e de exercício de poder cidadão devem permitir, de um lado, o desenvolvimento das capacidades humanas e, de outro lado, a construção de condições que permitam a apropriação e evolução dessas capacidades por parte de indivíduos, grupos, culturas, enfim, de todas as formas de vida. A via da participação popular nos temas afetos à segurança pública parece ser a chave para a construção de práticas voltadas ao desenvolvimento de instrumentos de empoderamento individual e coletivo. A segurança, pois, surge como condição de desenvolvimento de potencialidades humanas.

A revisão dos papéis das instituições com atribuição de garantia, a participação popular e a criação de práticas emancipatórias no tema da segurança pública hão de ser incorporadas no campo jurídico-penal por meio de uma política criminal compromissada com o resgate da ação política, com a criação de novos espaços políticos por meio da reinvenção daquilo que já existe e do acréscimo de novos modos de pensar a realidade jurídico-penal pelos órgãos incumbidos de realizar na

prática o sistema de justiça criminal. A lógica de construção de políticas públicas voltadas à implementação de demandas de atuação do sistema de justiça e, principalmente, à concretização de uma gestão democrática da segurança pública deve passar por processos de constituição que atuem segundo uma lógica de baixo para cima, ou seja, de fortalecimento do poder local.

A cidadania deve ser compreendida como um espaço de mediação, um conjunto de procedimentos diversos para confluências em escalas territoriais, grupos e coletividades em geral, em que o espaço social e de governo local seja um primeiro momento básico e fundamental de inclusão dos sujeitos para construção de relações ótimas de liberdade e igualdade. Num modelo de democracia reflexiva, a multidimensionalidade e a complexidade de políticas locais de coesão social, próprias de uma intervenção integrada e inclusiva, só podem ter lugar a partir da introdução de inovações participativas de caráter transversal.

As propostas de empoderamento e participação cidadã passam por uma análise de sua complexidade, de seu modelo e de seus produtos. Essa gestão relacional e o fomento de diálogo interistitucional podem ser respondidos pelos chamados conselhos comunitários. Não há política de segurança consequente sem participação e transparência, sem confiança popular nas polícias e nas instituições públicas. O diálogo com as sociedades locais focalizadas criará condições para a negociação democrática de contratos locais de cogestão do programa de segurança, entendido em seu sentido mais abrangente, e que poderá também ser denominado programa de construção social da paz.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALGUACIL GÓMEZ, Julio. Los desafíos del nuevo poder local: ¿hacia una estrategia relacional y participativa en el gobierno de la ciudad? In: ALGUACIL GÓMEZ, Julio (org.). *Poder local y participación democrática.* Mataró: El viejo topo, 2006, p. 9-47.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR* 6023: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 10520:* informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*: introducción a la sociología jurídico-penal. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004. 264p.

BOURDIEU, Pierre. *O mistério do ministério:* das vontades particulares à "vontade geral". In: WACQUANT, Loïc (org.). O mistério do ministério: Pierre Bourdieu e a política democrática. Trad. Paulo Cezar Castanheira. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 71-79.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 2 jun. 2008.

COMISSION OF HUMAN SECURITY. *Human security now.* New York: UN; Communications Development Incorporated in Washington, DC, 2003. 160p. Disponível em: <http://www.humansecurity-chs.org/finalreport/English/FinalReport.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2009.

COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo:*

ensayos escogido. Madrid: Trota; Instituto de Investigaciones jurídicas, 2007. p. 185- 209.

DISTRITO FEDERAL. Lei Orgânica do Distrito Federal. *Diário Oficial do Distrito Federal.* Brasília, DF, 9 de junho de 1993, Suplemento Especial. Texto atualizado disponível em: <http://sileg.sga.df.gov.br/default.asp>. Acesso em: 2 jun. 2009.

_____. Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social. Portaria n. 30, de 28 de fevereiro de 2005. Estabelece a atuação específica dos órgãos, unidades e Conselhos de que trata o Decreto nº 24.316, de 23 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a implantação no Distrito Federal do Programa de Segurança Comunitária e sobre a criação do Conselho Deliberativo de Segurança Comunitária e dos Núcleos de Segurança Comunitária, dos Grupos Gestores Regionais de Segurança Comunitária e dos Núcleos de Segurança e dá outras providências, e institui a Diretriz de Segurança Comunitária. *Diário Oficial do Distrito Federal.* Brasília, DF, 3 de março de 2005, p. 13-16.

_____. Decreto n. 24.316, de 23 de dezembro de 2003. Dispõe sobre a implantação no Distrito Federal do Programa de Segurança Comunitária e sobre a criação do Conselho Deliberativo de Segurança Comunitária, dos Grupos Gestores Regionais de Segurança Comunitária e dos Núcleos de Segurança e dá outras providências. *Diário Oficial do Distrito Federal.* Brasília, DF, 24 de dezembro de 2003, p. 3-5.

HERRERA FLORES, Joaquín (org.). *El vuelo de Anteo:* Derechos Humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. 308p.

_____. *La reinvención de los derechos humanos.* Sevilla: Atrapasueños, 2008. 224p.

_____. *Los derechos humanos como productos culturales:* crítica del humanismo abstrato. Madrid: Catarata, 2005b. 302p.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). Informe sobre desarrollo humano 1994. Trad. de Bugni & Rivkin. México: Fondo de Cultura Econômica, 1994. 244p. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1994/chapters/spanish/>. Acesso em: 2 jun. de 2009.

ROITMAN RONSENMANN, Marcos. *Democracia sin demócratas:* y otras invenciones. Madrid: Sequitur, 2007. 114p.

_____. *Las razones de la democracia en América Latina.* México: Siglo XXI, 2005. 264p.

ROLIM, Marcos. A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006. 314p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice:* o social e político na pós-modernidade. 8. ed. Porto: Afrontamento, 2002. 300p.

WACQUANT, Loïc J. D. As prisões da miséria. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 174p.

_____. (org.). *O mistério do ministério:* Pierre Bourdieu e a política democrática. Trad. Paulo Cezar Castanheira. Rio de Janeiro: Revan, 2005. 232p.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 218p.

Queixa-crime subsidiária e ação penal popular: análise de um caso concreto

Diaulas Costa Ribeiro

Promotor de Justiça Titular da Pró-Vida, Doutor e Pós-Doutor em Direito e Bioética, Professor Titular da Universidade Católica e da Uniplac-Brasília.

Repúdio ministerial à queixa-crime subsidiária 8ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, DF. Autos nº 2009.01.1.096513-9

QUERELANTES: Dácio Rogério Vieira dos Santos e Sibelle Verônica Batista Vieira

QUERELADOS: Isis Maria Quezado Soares Magalhães, Paula Maria de Azevedo Allemand Lopes, Raquel Alves Toscano e José Carlos Martins Córdoba

O MINISTÉRIO PÚBLICO, nos termos do art. 29 do Código de Processo Penal, **REPUDIA** a *queixa-crime subsidiária* apresentada contra os querelados, aos quais os querelantes atribuem, de forma genérica, erro médico que teria causado a morte de sua filha, uma criança de cerca de 3 anos de idade.

As peças de informações sobre os fatos relatados na inicial foram formalmente apresentadas pelos querelantes a esta Promotoria de Justiça, que, dentro de suas atribuições legais, instaurou o Procedimento nº 08190.008121/06-53, onde foram autuadas. Após exaustiva análise dos fatos, com ampla complementação de informações, incluindo-se a oitiva das testemunhas indicadas pelos querelantes, foi emitido Parecer Médico-Legal relatado pelo Médico Legista Rodrigo N. Avellar Fonseca e referendado pelos Médicos Paulo de Sousa Montenegro e André Ricardo Meinicke, todos Assessores do Ministério Público, no qual concluiu-se que não houve erro médico por falta de nexo causal entre supostas ações e omissões de profissionais de saúde, e o resultado. A morte decorreu de outras causas.

As atribuições desta Promotoria de Justiça estão previstas na Resolução 90/09, de 14 de Setembro de 2009, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios *(DOU nº203, Seção 1, pág. 104 a 117, de 23/OUT/09),* que, na essência, repetiu o teor da Portaria nº 500, de 26 de Maio de 2006, do Procurador-Geral de Justiça, a saber:

> Art. 27. Às Promotorias de Justiça Criminais de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde – Pró-Vida, competem as atribuições previstas nos arts. 2º e 11 desta Portaria, e ainda:
>
> I. investigar ou dirigir a investigação de todas as infrações penais que resultarem perigo ou dano à vida ou à saúde de pessoa humana determinada, resultante da ação ou omissão individual ou associada de médico, odontólogo, enfermeiro, auxiliar de enfermagem, farmacêutico, biólogo, fisioterapeuta ou outro profissional de saúde;
>
> II. investigar ou dirigir a investigação de todas as infrações penais resultantes da prática ilegal de qualquer das profissões mencionadas no inciso anterior, bem como as que resultarem perigo ou dano à vida ou à saúde de pessoa humana determinada, resultante da prática ilegal de qualquer dessas profissões;
>
> III. investigar ou dirigir a investigação de todas as infrações penais conexas com as infrações definidas nos incisos anteriores;
>
> IV. promover e acompanhar a ação penal, em primeiro grau de jurisdição, relativa aos crimes mencionados nos incisos anteriores;
>
> V. *promover o arquivamento das peças de informação, procedimentos de investigação criminal, procedimentos administrativos e outros procedimentos de sua atribuição que instaurar, assim como dos inquéritos policiais, todos relativos aos crimes mencionados nos incisos I e II.*

Em 6 de Dezembro de 2007, enquanto Titular da Pró-Vida, após a conclusão e análise do inteiro teor dos autos nº 08190.008121/06-53, determinei o arquivamento dessas peças de informação e submeti a decisão à revisão hierárquica da 2ª *Câmara de Coordenação* e *Revisão da Ordem Jurídica Criminal,* onde, por autorização do Relator, Procurador de Justiça Eduardo Albuquerque, os querelantes tiveram oportunidade de manifestar irresignação contra essa decisão, tendo, inclusive, requerido diligências, como consta da cópia integral do procedimento juntada à

queixa-crime.[1]

Confiro o Enunciado nº 36, do Conselho Institucional das Câmaras de Revisão:

> *ENUNCIADO Nº 36: Cabe ao próprio promotor de justiça, com atribuição para atuar no feito, promover o arquivamento dos procedimentos administrativos que versem sobre matéria criminal, instaurados no âmbito do Ministério Público e ainda não jurisdicionados, submetendo o feito à Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal, nos termos do inciso IV, do artigo 171, da Lei Complementar nº 75/93. (PA nº 08190.061164/97-11) (Antigo enunciado 16).*[2]

Afinal, em 3 de Fevereiro de 2009 a 2ª Câmara de Revisão Criminal, cumprindo o seu Regimento Interno, editado pelo Conselho Superior,[3] e as disposições do art. 171, IV da Lei Complementar nº 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU),[4] cuja inovação convive com o sistema instituído pelo Código de Processo Penal (art. 28), homologou a promoção de arquivamento. Dispõe o Regimento Interno que:

> *Art. 4º Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão: [...]*
> *IV - homologar a promoção de arquivamento de inquérito civil, procedimento de investigação preliminar ou peças de informação ou designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo (art. 171, inc. IV, LC 75/93);*

---

1 Código de Processo Penal, art.47: Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

2 BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Enunciados, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=696&Itemid=231>. Acesso em 30 mar. 2010.

3 Regimento Interno das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:

4 Lei Complementar nº 75/93 (LOMPU)
Art. 171. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão: [...]
IV - homologar a promoção de arquivamento de inquérito civil ou peças de informação ou designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo; [...]
V - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral.

[...]

Art. 4º Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão:

I - promover a integração e a coordenação dos órgãos institucionais que atuem em ofícios ligados ao setor de sua competência, observado o princípio da independência funcional;

II - manter intercâmbio com órgãos ou entidades que atuem em áreas afins;

III - encaminhar informações técnico-jurídicas aos órgãos institucionais que atuem em seu setor;

IV - homologar a promoção de arquivamento de inquérito civil, procedimento de investigação preliminar ou peças de informação ou designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo (art. 171, inc. IV, LC 75/93);

V - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar, procedimento de investigação criminal ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral (art. 171, inc. V, LC 75/93);

VI- resolver sobre a distribuição especial de inquéritos, feitos e procedimentos, quando a matéria, por sua natureza ou relevância, assim o exigir;

VII - resolver sobre a distribuição especial de feitos que, por sua contínua reiteração, devam receber tratamento uniforme;

VIII - decidir os conflitos de atribuições entre os órgãos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

IX - decidir os recursos interpostos contra o indeferimento de pedido de instauração de inquérito civil público ou de seu procedimento preparatório, formulado mediante representação;

Parágrafo único. A competência fixada nos incisos VI e VII será exercida segundo critérios objetivos previamente estabelecidos pelo Conselho Superior.

Art. 5º Na hipótese do inciso IV do artigo 4º, os eventuais interessados poderão apresentar razões escritas ou documentos até a sessão que irá decidir a promoção de arquivamento.

Parágrafo único. A Câmara poderá homologar ou rejeitar tal promoção de arquivamento. Em caso de não homologar, poderá converter o julgamento em diligência, especificando-a ao órgão competente, ou deliberar fundamentadamente pelo prosseguimento do feito, designando outro membro do Ministério Público para atuar.

Art. 6º Para os efeitos do inciso V do artigo 4º, consideram-se peças de informação quaisquer documentos públicos ou particulares que integrem procedimentos administrativos instaurados no âmbito do Ministério Público ou não, petições e representações, com ou sem distribuição judicial, que sejam referentes a fatos típicos penais e estejam afetos à atribuição legal de órgãos do Ministério Público.

Esse controle interno do Ministério Público sobre a decisão de não promoção da ação penal e de arquivamento das peças de informação, sob a fiscalização de um colegiado superior, da própria instituição, não ofende o sistema processual acusatório instituído pela Constituição Federal de 1988 e não está sujeito ao controle externo do Poder Judiciário. A disposição constitucional invocada pelos querelantes (art. 5º, LXI – Sic)[5] não tem qualquer pertinência com o arquivamento de peças de informação ou de inquérito policial, não socorrendo interesse privado de vítimas de crime.

Também não se aplica o disposto no inciso XXXV[6] do mesmo artigo porque o interesse jurídico na promoção da ação penal pública não é da vítima, mas do Estado-Ministério Público, não se confundindo interesse jurídico com mera vontade pessoal de ver processadas algumas pessoas, essência de um modelo próprio de vingança privada.

O Direito Penal deve ser apenas um instrumento do Estado; instrumento que assegure o interesse social permanente em manter a estabilidade da ordem jurídica, sem perder de vista os direitos individuais, mormente os integrados ao conceito de *direitos humanos de primeira geração,* correspondentes ao ideal de *liberdade* da Revolução Francesa. Portanto, não pode ser usado pelo particular; não pode servir ao interesse privado, já que existem no sistema jurídico nacional instrumentos adequados a ele.

> Por nuestra parte, creemos que la institución de la querella está destinada a desaparecer de los códigos, por ser un resto de antiguas concepciones, un vestigio anacrónico de la pena privada. El Estado moderno, único titular celoso de la potestad punitiva, no puede ni debe delegar este poder a nadie, aunque sea en su disponibilidad procesal. No nos persuade la afirmación de que, a pesar de la querella, la acción penal sigue siendo pública, por ser público el interés que persigue, y por ser público el órgano (Ministerio Público) a que se confía ese ejercicio. En efecto, la institución de la querella, al conferir preponderancia, aunque solo sea en algunos delitos, a la voluntad privada, abre un portillo en el

---

5 Constituição Federal, art. 5º

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

6 Constituição Federal, art. 5º

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

> principio de autoridad del Estado moderno, y, lo que es todavía peor, pone a este al servicio de intereses privados, a veces innobles e inconfesables. Solo al Estado compete decidir cuando se debe castigar o no castigar, proceder o no proceder. El Estado, que ya tiene a su disposición instituciones que mitigan el rigor de la pena (como el perdón judicial, la suspensión condicional, la libertad condicional y la oblación voluntaria), puede, con otras formas de renuncia, intervenir a favor de casos merecedores de especial consideración, pero no debe permitir jamás que la voluntad privada estorbe o paralice su misión de justicia. [7]

A disposição sobre a persecução individual para a aplicação de sanção penal é "matéria reservada ao Estado, representante do interesse público da perseguição do ilícito, nos seus aspectos de Direito Público". Em face do art. 129, I da Constituição Federal, a promoção da ação penal é atribuição privativa do Ministério Público, não podendo o cidadão, ut civis, assumir qualquer substituição processual, salvo o disposto no inciso LIX do art. 5º da Constituição, com a ressalva de sua incompatibilidade teleológica e sistemática superveniente, com a criação do Conselho Nacional do Ministério Público e a instituição de um novo modelo de controle da inércia ministerial.

Assim, não há lesão a direito da vítima a ser protegido pela via da ação penal. Registre-se que o direito de dimensão privada, decorrente do fato narrado na queixa-crime, está sendo defendido em ação civil já ajuizada, onde os querelantes buscam indenização (Processo nº 2007.01.1.138226-8, 15ª Vara Cível de Brasília).

Ao contrário dos conceitos invocados na inicial, nenhuma dependência há entre o *princípio acusatório* e o controle extrajudicial das decisões ministeriais de não se promover ação penal. A Constituição Federal, ao assegurar o controle externo da inércia *(frise-se: inércia)* do Ministério Público por meio da ação penal privada subsidiária, não condicionou nem instituiu um modelo de arquivamento da investigação como delimitador do cabimento da ação privada. Ao admitir a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, o Constituinte não se comprometeu com qualquer solução processual para o arquivamento, sendo constitucional o mecanismo de controle interno das

---

[7] RIBEIRO, Diaulas Costa. Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

decisões que determinam o arquivamento de peças de informação, como ainda é constitucional o modelo instituído pelo art. 28 do Código de Processo Penal, restrito, contudo, ao inquérito policial. Nos dois modelos, a decisão final de promover ou não promover a ação penal é do Ministério Público.

Além de constitucional, o modelo instituído pela LOMPU, que conta mais de 16 anos de plena aplicação em três dos quatro ramos do Ministério Público da União, é mais consentâneo com o sistema acusatório, que sofre de desnaturação quando o Poder Judiciário oficia no mérito do arquivamento do inquérito policial, o que entre nós sobrevive ante a falta de atualização do Código de Processo Penal, que não adotou, por razões absolutamente compreensíveis à sua época, o sistema que agora foi introduzido e reconhecido.

Desde o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, de 1983, elaborado por José Frederico Marques, em 1970, havia propostas para se retirarem do sistema brasileiro procedimentos inquisitoriais introduzidos pelo código ainda vigente, com os quais acabaram por se *acostumar* os juristas brasileiros. Esse anteprojeto colocava o processo penal em "harmonia com o sistema acusatório por ele adotado, retirando do juiz a competência para insurgir contra a atitude assumida pelo titular do *jus accusationis*, eliminando a posição incômoda e incompatível de figura recorrente ao procurador-geral (CPP, art. 28), por não se resignar com a ausência de promoção da ação penal. Ficaria, portanto, o juiz, exclusivamente no mister de julgar, sem se imiscuir na faina acusatória que fica dependente de seu ulterior julgamento".

O próprio José Frederico Marques justificou essas mudanças:

> O saudosismo do processo inquisitório é que pretende manter, no juiz, o controle último sobre a tutela penal, e isso em detrimento da própria atividade jurisdicional, que deve estar imune de funções, ainda que acessórias, que possam comprometer a imparcialidade do magistrado. Uma vez que hoje o Ministério Público está em condições de ser o órgão do Estado encarregado da tutela penal, o juiz deve ficar exclusivamente na sua posição de órgão jurisdicional. [8]

[8] Ibid.

Em 2000, em mais um anteprojeto do Código de Processo Penal, apenas as medidas cautelares contra os direitos individuais – prisão, busca e apreensão domiciliares, interceptação telefônica etc. – ficaram reservadas ao juiz. Esse, por sua vez, nenhuma interferência teria em relação à promoção da ação penal ou ao arquivamento do inquérito, que passaria a ser processado no âmbito interno do Ministério Público, sob fiscalização de órgão superior da instituição.

Esse órgão – no Ministério Público da União já existe por criação da Lei Complementar nº 75/93: é a Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal – poderá homologar o arquivamento ou designar outro membro para oferecer a acusação. Esse modelo é idêntico ao português, admitindo, inclusive, a participação da vítima no trâmite do arquivamento.

> A sociedade deve ser motivada a confiar nas decisões tomadas pelo Ministério Público. Se este decidir pelo arquivamento do inquérito ou da ação penal, o caso estará encerrado sem julgamento do mérito. Entretanto, em situações excepcionais, e dentro do prazo prescricional, poderá rever sua decisão e iniciar ou reabrir a ação penal, particularmente se a infração for grave. Essas razões incluem: a) casos em que a decisão original demonstrar manifesto equívoco, não se justificando sua manutenção; b) casos em que a ação penal se interrompa até que sejam coligidas e preparadas outras provas que assegurem um julgamento justo em um futuro próximo. Nesses casos o promotor deverá comunicar ao acusado que a ação penal poderá prosseguir; c) casos em que a acusação se interrompa por falta de provas, que, entretanto, podem surgir depois.[9]

O anteprojeto do Código de Processo Penal, de 2009, elaborado pela Comissão instituída pelo Senado Federal (Criada na forma do Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos nº (s) 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente nº (s) 11, 17 e 18, de 2008), adotou a mesma solução, transferindo para o Ministério Público o arquivamento do inquérito policial:

> Do arquivamento
>
> Art. 37. Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal

[9] Ibid.

> no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.
>
> Art. 38. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público comunicará a vítima, o investigado, a autoridade policial e a instância de revisão do próprio órgão ministerial, na forma da lei.
>
> §1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.
>
> §2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.
>
> Art. 39. Arquivados os autos do inquérito por falta de base para a denúncia, e, surgindo posteriormente notícia de outros elementos informativos, a autoridade policial deverá proceder a novas diligências, de ofício ou mediante requisição do Ministério Público.
>
> Art. 40. Nas investigações em que o juiz das garantias é chamado a intervir, na forma do art. 15, o arquivamento do inquérito policial e a providência mencionada no art. 35, III, ser-lhe-ão comunicados pelo Ministério Público, para baixa dos procedimentos e respectivos registros na instância judiciária.

O princípio acusatório transferiu ao Ministério Público a disposição sobre os interesses sociais atingidos pela infração penal e a decisão pela necessidade de buscar a restrição de direitos individuais do infrator pela via da ação penal, afastando, assim, a intervenção judicial no controle dessa decisão ministerial de não perseguir direitos individuais.

> O sistema acusatório procura a igual¬dade de poderes de atuação processual entre a acusa¬ção e a defesa, ficando o julgador numa situação de independên¬cia, super partes, apenas interessa¬do na apreciação objetiva do caso que lhe é sub¬metido pela acusa¬ção. O processo ini¬cia-se com a acusação e desen¬volve-se com pleno contraditó¬rio entre as partes perante a passividade do juiz, ca¬racterizando-se, pois, es¬senci¬almente por ser uma disputa entre duas partes, uma espécie de

> duelo judiciário entre a acusação e a defesa, dis¬cipli¬nado por um tercei¬ro, o juiz ou tribunal, que ocupa uma situação de supre¬macia e de indepen¬dência relativamente ao acusador e ao acusado, e não pode promover o pro¬cesso (ne procedat ju¬dex ex-officio), nem conde¬nar para além da acu¬sação (sententia debet esse conformis libello). [10]

Logo, conclui-se, onde não há ação penal instaurada, não há falar-se em sistema acusatório.

Sobre o princípio acusatório, revejo oportuna decisão do Supremo Tribunal Federal:

> Ementa. I – As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um numerus clausus.
> II – Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes.
> III – Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária.
> IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal.
> V – O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional.
> VI - Ordem denegada. (HC 92893-ES, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 2/10/2008, DJ nº 236 de 12/12/2008).

Nessa linha, o modelo previsto na LOMPU, e repetido na Lei nº 8.625/93, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, conforma-se às inteiras com a separação das funções do titular da ação penal com as funções próprias do Poder Judiciário, tema que abordei no livro referido nas notas de fim: – No Brasil,

---

[10] SILVA, Germano Marques da. Curso de Processo Penal. Lisboa: Verbo, 1993. v. 1 (3).

especificamente no Ministério Público da União, essas *decisões não-judiciais de proteção específica de direitos individuais* – tanto as de arquivamento como todas as demais decisões terminativas ditadas pelo Ministério Público – estão sujeitas a um recurso julgado por um colegiado denominado *Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Civil ou Criminal,* formado por três membros da instituição, havendo subdivisões especializadas dessas Câmaras. Mesmo não retirando direitos individuais, esse novo desenho funcional do Ministério Público assegurou o duplo grau de jurisdição.[11]

O reflexo salutar dessa separação pode ser medido pelas palavras de Francesco Carnelutti:

> A acusação é e não é um juízo: é logicamente, mas não juridicamente, um juízo; é, em outros termos, a proposta ou o projeto de um juízo, e assim um juízo dirigido a determinar o juízo alheio. Sua diferença do juízo é mais propriamente causal, ou melhor, final, do que formal; o acusador faz aquilo que faz o juiz para julgar, mas não com o mesmo fim; este pronuncia, ao passo que aquele propõe-lhe o juízo. Em última análise, sem embargo, a diversidade do fim reage sobre a natureza dos meios empregados para atingi-lo, e, por isso, a diferença final converte-se numa diferença formal. O primeiro objetivo do que tem de verificar a suspeita de um delito é, com efeito, o de buscar as razões que demonstram seu fundamento ou falta de fundamento e, visto que as razões se desenvolvem pelas provas, de buscar as provas; [...] Observe-se que a busca implica um movimento, como resulta da palavra mesma, in-dagar, in-vestigar; e assim um trabalho, psíquico e amiúde físico, o qual pode alterar o juízo no sentido de que o que busca pode ser levado a uma supervaloração dos resultados da busca; é inevitável e até indispensável que aquele que busca se apaixone durante a procura, desenhando-se nele um interesse em seu êxito; mas uma tal disposição de ânimo, se favorece a busca, prejudica a valoração; melhor que os resultados de nossa própria se avaliam os resultados da busca alheia. Todo o juízo, verdadeiramente, implica tanto a busca como a valoração; julga também o acusador, depois de haver buscado; indaga também o juiz antes de valorar [...] [12]

---

11 RIBEIRO, op. cit.

12 CARNELUTTI, Francesco. Lições sobre o processo penal. Tradutor: Francisco José

No processo de formação da opinio delicti o Ministério Público faz um juízo privativo sobre os interesses sociais eventualmente atingidos pela conduta do indivíduo (magistratura pró-sociedade), proferindo, ao final, uma decisão, que pode eventualmente ser terminativa, como ocorre na hipótese do arquivamento das próprias investigações, das peças de informação que coleciona para qualquer fim.

O aspecto definitivo das decisões do Ministério Público foi observado por Claus Roxin, ao afirmar que "o membro do Ministério Público não é um juiz, porque não pode ditar sentenças com força de coisa julgada, mas a sua atuação e atividade correspondem à do juiz qualitativamente, na medida em que é orientado, da mesma maneira, para o valor jurídico."

Essa conclusão teve como referência o modelo empírico-primitivo de Ministério Público ainda predominante na Europa; o modelo adotado no Brasil está mais identificado com o pensamento de José Narciso da Cunha Rodrigues: "Acentua-se a independência recíproca dos magistrados judiciais e da magistratura do Ministério Público, olvidando que ambas as magistraturas têm missão substancialmente idêntica, como órgãos de justiça – a realização da justiça." Uma e outra, nos limites dessas competências, ditam decisões com trânsito em julgado, posição que é compartilhada pelo então Procurador-Geral da República portuguesa:

> As decisões do Ministério Público não são definitivas. Numa síntese simplificadora, diria que só o são quando não estão em causa direitos ou interesses individuais. Existindo estes direitos e interesses, intervém sempre um juiz de cuja decisão existe, por regra, recurso.[13]
>
> La garantie judiciaire, leciona Jean Volff, signifique alors que le parquet doit être contrôlé lui-même par un juge, chaque fois que les droits fondamentaux de la personne sont concernés (liberté, vie privée...).Un premier moyen serait d'assurer une certaine As decisões do Ministério Público não são definitivas. Numa síntese simplificadora, diria que só o são quando não estão em causa direitos ou interesses individuais. Existindo estes direitos e interesses, intervém sempre um juiz de cuja decisão existe, por regra, recurso.[13]

[13] RIBEIRO, op. cit.

> La garantie judiciaire, leciona Jean Volff, signifique alors que le parquet doit être contrôlé lui-même par un juge, chaque fois que les droits fondamentaux de la personne sont concernés (liberté, vie privée...).Un premier moyen serait d'assurer une certaine transparence des critères de poursuite et de classement du ministère public. Les procureurs de la République pourraient être astreints à la publication périodique des critères qu'ils entendent utiliser, les procureurs généraux assurant la cohérence de ceux-ci dans le ressort de leurs cours respectives. Les Anglais, à juste titre semble-t-il, ont imposé une telle obligation au Crown Prosecution Service, leur ébauche de ministère public. La second, moyen serait l'instauration d'un recours crédible contre les décisions de classement d'un procureur de la République. A la suite du recours hiérarchique auprès du procurer général qui existe déjà et en cas d'insuccès de celui-ci, la personne que si prétend victime d'une infraction devrait pouvoir saisir une instance supérieure, de préférence collégiale et nationale. Il pourrait s'agir en l'occurrence du procureur général prés la Cour de cassation, assisté de ses avocats généraux. [14]

De outro lado, afastado desse primeiro julgamento, o Juiz preserva-se distante dos fatos para, na hipótese de promoção da ação penal, julgar com neutralidade, cumprir sua função de guardião dos direitos individuais do acusado *(magistratura pró-indivíduo)*.

Cumpre ressaltar que o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que não tem sede constitucional, foi flexibilizado por inovações legislativas que introduziram o princípio mitigado da oportunidade *(por exemplo, a Lei nº 9.099/95, que introduziu situações de desjudiciarização da solução de conflitos penais)* e não se contrapõe ao princípio acusatório, não sendo antagônicos nem complementares, mesmo porque não se concebe que o Ministério Público possa ser compelido a denunciar quando houver decidido, em juízo autônomo, privativo e motivado, em sentido contrário.[15]

---

[14] VOLFF, Jean. Le ministère public. Paris: PUF, 1998.

[15] Código de Processo Penal, art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

§1o Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação. [...]

Por fim, é duvidosa a prevalência no sistema constitucional brasileiro das disposições que asseguram a *ação penal privada subsidiária da pública.* Com a criação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) pela Emenda Constitucional nº 45/04, cabe a esse Colegiado o controle da inércia do Ministério Público, nos termos do seu regimento interno.

Cabe a esse Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe zelar pela autonomia funcional e administrativa da instituição. O CNMP pode expedir atos regulamentares ou recomendar providências no âmbito de sua competência, e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados. Para tanto, pode desconstituí-los, revê-los ou assinar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos tribunais de contas; receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correcional da instituição. Neste sentido, poderá avocar processos disciplinares em curso, determinar a perda do cargo, recomendar a remoção, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa. Pode ainda determinar a instauração das ações cabíveis, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; elaborar relatório anual e propor as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no país e as atividades do próprio Conselho. [16]

Em resumo, não cabe mais a *queixa-crime subsidiária,* que viabiliza uma hipótese de substituição processual, na medida em que o Conselho Nacional, como demonstrado no seu Regimento Interno, tem instrumentos para punir e impedir a inércia do Ministério Público, *verbis:*

---

[16] RIBEIRO, op. cit.

> DA REPRESENTAÇÃO POR INÉRCIA OU POR EXCESSO DE PRAZO
> Art. 82. A representação contra membro do Ministério Público por inércia ou excesso injustificado de prazo na realização de atos processuais ou administrativos poderá ser formulada por Conselheiro, de ofício, ou por qualquer interessado.
> § 1º A representação será apresentada por petição instruída com os documentos necessários à sua comprovação e será distribuída a um relator.
> § 2º Não sendo o caso de indeferimento sumário, o relator notificará previamente o representado, encaminhando-lhe cópia da representação e dos documentos que a instruem, facultando-lhe o prazo de quinze dias para que preste as informações que entender cabíveis.
> § 3º Se houver prova pré-constituída do fato, e o caso exigir providência urgente, o relator poderá fixar desde logo prazo para que a irregularidade seja sanada.
> § 4º Decorrido o prazo do § 2º com ou sem as informações, o relator, se entender que não é o caso de extinção por perda de objeto, pedirá a inclusão do feito em pauta, a fim de que o Plenário decida sobre a necessidade de instauração de procedimento disciplinar.
> § 5º As disposições deste artigo são aplicáveis, no que couber, ao pedido de representação por excesso de prazo apresentado contra servidor do Ministério Público. [17]

No caso concreto, a queixa-crime não trouxe fato novo em relação àqueles apurados no Procedimento nº 08190.008121/06-53, do qual os querelantes participaram ativamente. Ao fim dessa investigação, conduzida sob os critérios da objetividade e da estrita legalidade, o Ministério Público formou sua convicção e decidiu pelo seu arquivamento, decisão que foi submetida ao reexame da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal, sendo homologada.

Ressalto que as provas utilizadas pelos querelantes são uma cópia integral daqueles autos, fornecida pelo Ministério Público, não havendo nenhuma novidade que pudesse justificar, a esta altura, a mudança de posicionamento ministerial, razão para se repudiar a queixa-crime, em vez de adotar uma das demais alternativas previstas no art. 29 do Código de Processo Penal:

---

[17] BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Regimento Interno: Resolução nº 31, de 1º de setembro de 2008..Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/legislacao/regimento-interno-1/Novo_Regimento.pdf>. Acesso em 31 de ago. de 2009.

> Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Não há, evidentemente, qualquer razão jurídica para oferecimento de denúncia, incidindo, *mutatis mutandis*, o princípio contido na Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal.

Está em questão, em poucas palavras, se cabe ação penal privada subsidiária da pública quando o Ministério Público, cumprindo estritamente o que dispõe a legislação vigente, determina o arquivamento das peças de investigação, submetendo a decisão monocrática ao controle hierárquico interno, exercido, no Ministério Público da União, pelas Câmaras de Revisão, e pelos Conselhos Superiores, nos Ministérios Públicos dos Estados.

Com base no art. 5º, inciso LIX da Constituição Federal; art. 29 do Código de Processo Penal e § 3º do art. 103 do Código Penal, a ação penal privada subsidiária é cabível exclusivamente na hipótese de a ação penal pública, condicionada ou incondicionada, não ser intentada no prazo legal, isto é, em caso de restar evidenciada a inércia do Ministério Público.

Não se pode confundir *ação penal privada subsidiária da pública com ação penal popular.* «Sendo a decisão de promover ou não a ação penal pública um ato de autonomia, de independência funcional, privativo do Ministério Público e competindo-lhe, em consequência, promover o processo e principalmente dirigir a investigação e o inquérito, pronunciando-se sobre o seu destino – arquivamento ou acusação –, é inadmissível a ação penal popular no atual sistema brasileiro, que foi muito defendida na última Assembleia Nacional Constituinte. A proposta chegou a ser incluída no primeiro projeto da Comissão de Sistematização que a classificou como *instrumento de garantia à inviolabilidade absoluta dos direitos e liberdade da pessoa e das prerrogativas inerentes à nacionalidade,* à soberania do povo e à cidadania. Dizia o § 2º do seu art. 38: "Com o consentimento da vítima, ou de seus parentes mais próximos, se morta ou mentalmente incapacitada, qualquer pessoa individual ou coletiva poderá promover a ação."

Os precedentes históricos da ação penal popular no Brasil são exemplos de divergências, dúvidas e confrontos políticos e acadêmicos. A Constituição do Império instituiu-a pela primeira vez para a defesa penal daqueles que mais de 150 anos depois passariam a ser chamados de *interesses difusos*. Dizia o art. 157 que "por suborno, peita, peculato e concussão, haveria ação popular intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida na lei". Em seguida, o problema foi transferido para o art. 74 do Código Criminal do Império: "a denúncia compete ao promotor público e a qualquer um do povo."

A Constituição de 1891 trouxe uma redação pouco objetiva para o tema: "É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição aos poderes públicos, denunciar os abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados". Esses impasses não foram vencidos na Consolidação das Leis Penais: "Haverá lugar a ação penal: § 1º Por queixa da parte ofendida ou de quem tiver qualidade para representá-la. § 2º Por denúncia de qualquer pessoa [...] § 3º Por denúncia do Ministério Público em todos os crimes e contravenções."

O Código Penal e o Código de Processo Penal (de 1940) não trataram do tema, que foi reaceso na Constituição de 1946: "É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos poderes públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas". As Constituições de 1967 e de 1969 silenciaram sobre o assunto. A Constituição Federal de 1988 acabou definitivamente com o ação penal popular, que não se confunde com a ação popular no processo de *impeachment,* em que há a remoção do cargo e a aplicação de pena de inabilitação para o exercício de qualquer função. Também não se confunde com ação penal privada subsidiária da pública, que pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal, nem tomar nenhuma iniciativa nesse prazo, seja de arquivamento, seja de diligências[18].

[18] RIBEIRO, op. cit.

Assim delimitada a questão do cabimento, passo à sua análise na jurisprudência, relembrando que a matéria não é nova e já foi amplamente debatida nos Tribunais Superiores. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> Ementa. [...] 2. A ação penal privada subsidiária da pública, de nítida envergadura constitucional (inciso LIX do art. 5º da CF), configura espécie excepcional de legitimidade do ofendido (ou seu representante legal) para promover ação penal. Na falta de inércia do Ministério Público, não é de se dar trânsito à queixa, ajuizada em substituição à denúncia. 3. Queixa que não descreve, nem sequer minimamente, fatos constitutivos dos invocados tipos penais. 4. Agravo regimental desprovido. (Inq 2696 AgR/DF, Relator Ministro Carlos Britto j. 19/12/2008, Tribunal Pleno, DJe-043 Divulg 05/03/2009 Public 06/03/2009).
>
> Ementa. 1. Havendo previsão legal de impugnação específica – art. 39 da Lei nº 8.038/90 – não é cabível o recurso em sentido estrito contra decisões proferidas em processos da competência do Supremo Tribunal Federal. Observância do princípio da unirrecorribilidade. 2. A ação penal relativa aos crimes tipificados nos arts. 171 e 177 do Código Penal é pública incondicionada. A ação penal privada subsidiária da pública, prevista no artigo 29 do Código de Processo Penal, só tem cabimento quando há inércia do Ministério Público, o que não ocorreu no caso sob exame. 3. Hipótese em que o parecer do Ministério Público, no sentido da rejeição da queixa-crime, por atipicidade, equivale, na verdade, à requisição de arquivamento do feito. Recurso em sentido estrito não conhecido e agravo regimental não provido. (Inq. 2242 AgR/DF, Relator Ministro Eros Grau, j. 07/06/2006, Tribunal Pleno, DJ 164, de 25/08/2006).

Igualmente decidiu o Superior Tribunal de Justiça, quando reconheceu, inclusive, o sistema de controle interno do Ministério Público no arquivamento de peças de informação:

> Ementa. 1. A ação penal privada subsidiária só tem cabimento nas hipóteses em que configurada a inércia do Ministério Público, ou seja, quando transcorrido o prazo para o oferecimento da denúncia, o Parquet não a apresenta, não requer diligências, tampouco pede o arquivamento.
>
> 2. Encontra-se pacificado nesta Corte, bem como no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que, uma vez requerido o arquivamento do inquérito ou de peças de informação pelo Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União, o atendimento ao seu pedido é irrecusável.
>
> 3. A Corte Especial, ao julgar a Ação Penal nº 67-9/DF, da relatoria do Ministro

EDUARDO RIBEIRO, em hipótese de todo semelhante à ora apresentada, rejeitou queixa-crime subsidiária, por entender que não se justifica deva o Procurador-Geral requerer o arquivamento ao Judiciário se o seu pronunciamento não pode ser desatendido.

4. Dessa forma, o mesmo raciocínio se aplica à hipótese em comento. Com efeito, o cargo de Procurador-Geral de Justiça no âmbito da organização judiciária dos Estados se equivale ao do Procurador-Geral da República na esfera federal.

5. O arquivamento previsto no art. 29, VII, da Lei 8.625/93 ocorre no âmbito interno do Parquet, podendo ser revisto pelo Colégio de Procuradores de Justiça, nos termos do art. 12, XI , da mesma Lei Orgânica.

6. Inexistindo provocação pelos legitimados, no âmbito do Ministério Público, não resta espaço para a ação privada, pois não se configura a inércia do órgão ministerial que, atuando legalmente, determina o arquivamento interno da representação, por despacho motivado, portanto, observado o devido processo legal administrativo.

7. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal nº 99-1/226, em trâmite perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, estendendo a ordem aos demais querelados, Vilanir de Alencar Camapum Júnior e Haroldo Caetano da Silva, com fundamento no art. 580 do Código de Processo Penal. (HC 64564/GO, Relator Ministro Arnaldo Esteves, j. 13/03/2007, DJ 09/04/2007, p. 259).

PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO

PRIMEIRA PRELIMINAR

POR TODO O EXPOSTO, o Ministério Público repudia a queixa-crime apresentada pelos querelantes e promove sua rejeição liminar, nos termos do art. 395, incisos II e III do Código de Processo Penal, por falta de previsão legal. Não houve qualquer inércia do Ministério Público, que cumpriu todos os prazos processuais e arquivou as peças de informação, submetendo a promoção de arquivamento ao controle interno da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal, nos termos da legislação vigente.

Além disso, a ação privada subsidiária da pública, salvo melhor juízo, foi extinta pela Emenda Constitucional nº 45/04, que criou o *Conselho Nacional do Ministério Público,* a quem a Constituição Federal atribuiu poderes resolutivos

para casos de inércia de membros do Ministério Público nacional. Houvesse inércia do Ministério Público, caberia aos querelantes representar ao Conselho Nacional do Ministério Público, em vez de propor a ação penal subsidiária que agora se repudia.

Não há que se confundir *ação penal privada subsidiária da pública com ação penal popular,* alternativa rejeitada pelo sistema jurídico brasileiro. O que os querelantes pretendem é promover uma ação penal popular, usando o discurso da ação penal subsidiária, sem apontar a inércia do Ministério Público: CP, art. 100, § 3º - *A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.*

SEGUNDA PRELIMINAR

Apenas para argumentar, os querelantes não podem buscar, sempre, o melhor de dois sistemas, não assumindo as consequências que não lhes interessam como resultado das opções feitas.

Foram os querelantes que buscaram o Ministério Público, onde produziram, à exaustão, todas as intervenções que desejaram, muitas delas admitidas em respeito ao sofrimento compreensível dos pais, mas com mitigada observância de disposições legais que limitam a intervenção da vítima em investigações de crimes de ação penal pública.

Se não reconhecem o sistema de controle interno de arquivamento das peças de informação do Ministério Público, ao qual, repita-se, recorreram, o prazo para ajuizamento da queixa-crime deve ser contado da data em que tomaram ciência do arquivamento, desprezando-se os prazos que decorreram entre essa data e a data da homologação dessa decisão pela Câmara de Revisão Criminal. Para os querelantes, essa decisão é juridicamente inexistente, logo, não lhes socorre nem para fins de contagem de prazo.

Mesmo não havendo nos autos, por absoluta desnecessidade, a data precisa em que tiveram conhecimento da decisão de arquivamento proferida em 6 de Dezembro de 2007, é certo que essa ciência ocorreu antes de 2 de Setembro de 2008, quando requereram diligências ao Relator na 2ª Câmara de Revisão Criminal, que restituiu

os autos à Pró-Vida para analisá-las.

Tomando-se como inquestionável essa data – 2 de Setembro de 2008 – o prazo decadencial para a oferta da queixa-crime subsidiária venceu em 2 de Março de 2009. Como foi ajuizada em 3 de Julho de 2009, indiscutível a decadência (CP, art. 103[19], c/c art. 107, IV).

Também por esta razão, o Ministério Público repudia a queixa-crime apresentada pelos querelantes e promove sua rejeição liminar, nos termos do art. 395, incisos II e III c/c art. 397, inciso IV do Código de Processo Penal.

O Ministério Público não avançará na análise da inépcia da queixa-crime nem no mérito dos fatos por entender essa discussão prejudicada pelas preliminares que acima levantou.

Brasília/DF, 31 de Agosto de 2009
DIAULAS COSTA RIBEIRO
Promotor de Justiça – Titular da Pró-Vida

Nótulas

O texto que aqui se publicou constitui, com pequenos ajustes, o inteiro teor do Repúdio Ministerial à queixa-crime subsidiária ajuizada pelos querelados na 8ª Vara Criminal de Brasília.

Os fatos são públicos e os nomes das partes estão em todos os documentos judiciais disponíveis no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, de onde foram copiados, não havendo nenhuma justificativa constitucional ou legal para se omiti-los nesta publicação de natureza científica.

[19] Código Penal, art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Após o Repúdio Ministerial, a Juíza de Direito Joelci Araújo Diniz proferiu o seguinte despacho:

> DESPACHO. Ao querelante para instruir corretamente a queixa-crime, pois, para análise preliminar do cabimento do feito, faz-se necessário a juntada dos documentos que justificam seu pedido, bem como esclareçam quanto a eventual omissão do Ministério Público.
>
> Destaque-se que, ao que indica os autos, foi instaurado um procedimento preliminar de investigação no Ministério Público, o qual não foi devidamente distribuído a qualquer uma das Varas Criminais de Brasília. Assim sendo, não há qualquer notícia do feito no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e de seu arquivamento.
>
> De outra forma, não foi juntado documento que ateste o conhecimento dos fatos pelo Ministério Público pelos Querelantes. Já os documentos colacionados pelo Órgão Ministerial não revelam nitidamente que se trata da hipótese mencionada na peça inicial, uma vez que as peças apresentadas são partes de um "procedimento", no qual não há qualquer menção aos Querelados.
>
> Assim sendo, aos Querelantes para juntada dos documentos que atestem suas alegações ou para justificarem eventual impossibilidade de juntada. Esclareça-se ainda se os fatos foram comunicados a Autoridade Policial, juntando, em caso positivo a respectiva ocorrência policial e, havendo, cópia da portaria de instauração de inquérito.
>
> Após, ao Ministério Público para esclarecer se o procedimento de investigação preliminar mencionado nos autos foi devidamente distribuído a uma das Varas Criminais do Distrito Federal.
>
> Int.
>
> Brasília - DF, quinta-feira, 24/09/2009, às 20h16.

Em resposta a essa decisão, optei pela solução pragmática de submeter a decisão de arquivamento ao Procurador-Geral de Justiça, *verbis:*

> O Ministério Público, em resposta ao despacho judicial de fl. 119, promove o seguinte:
>
> Todas as dúvidas suscitadas no despacho judicial constituem a própria questão de fundo debatida nos autos e estão devidamente respondidas na manifestação ministerial de repúdio à queixa-crime, confirmadas nos documentos que a acompanharam, dentre os quais a cópia extraída do Procedimento de Investigação Preliminar nº 08190.008121/06-53 (fls. 72-76 e 85-117), o mesmo referido na inicial (fl. 5), cuja cópia foi juntada aos autos pelos próprios querelantes (Anexos

Por economia processual, o Ministério Público promove a remessa dos autos ao Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a quem cabe, em caráter terminativo, decidir a questão suscitada nos autos, a qual, datíssima vênia, não poderá comportar decisão do Poder Judiciário por envolver matéria de atribuição privativa do Ministério Público (CF, art. 128, I e CPP, art. 28).

Brasília, 15 de Outubro de 2009.
O Promotor de Justiça Titular, DIAULAS COSTA RIBEIRO.

Em 6 de Novembro de 2009, o Juiz de Direito César Laboissiere Loyola decidiu essa promoção:

Processo: 2009.01.1.096513-9
Ação: QUEIXA CRIME
Querelante: DACIO ROGERIO VIEIRA DOS SANTOS e outros
Querelado: ISIS MARIA QUEZADO SOARES MAGALHAES e outros
Decisão Interlocutória
DÁCIO ROGÉRIO VIEIRA e SIBELLE VERÔNICA BATISTA VIEIRA na peça inicial, cujo título "Ação Penal de Iniciativa Privada Subisidiária da Pública" está riscado, tendo ao lado manuscrito a indicação "Queixa-Crime", narram a possível prática de crime de homicídio culposo por parte das médicas Isis Maria Quezado Soares Magalhães, Paula Maria de Azevedo Allemand Lopes e Raquel Alves Toscano.
Segundo se extrai dos autos, a filha dos autores - Bárbara Verônica Batista Vieira, à época com 03 (três) anos de idade, faleceu nas dependências do Hospital Brasília, no dia 03 de outubro de 2006. Vislumbrando a possibilidade de erro médico na conduta das médicas acima indicadas, os autores buscaram providências do Ministério Público, mais especificamente da promotoria especializada - Pró-Vida.
No âmbito do Ministério Público foi instaurado "Procedimento de Investigação Preliminar" para apurar os fatos. O Promotor de Justiça responsável pelo procedimento - Dr. Diaulas Costa Ribeiro, após oitiva de testemunhas e à vista de parecer dos peritos do órgão, promoveu o arquivamento do feito por entender que não houve crime no caso em análise. Essa decisão restou confirmada pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público, cumprindo assim as disposições legais que regem a instituição.
Insistem os autores, com os argumentos expostos na inicial, na existência de

crime e postulam a condenação dos responsáveis nas sanções do artigo 121, § 3º, do Código Penal.

Às fl. 120, os autores noticiam que não foi registrada ocorrência policial sobre os fatos narrados.

Manifestação do Ministério Público à fl. 121, repudiando a queixa-crime.

DECIDO.

A postulação não pode ser recebida como Queixa-Crime, ação penal privada, haja vista que o crime narrado na inicial - homicídio culposo- é daqueles em que se procede mediante ação penal pública.

De outro lado, para cabimento da ação penal privada subsidiária da pública seria necessário que houvesse omissão do Ministério Público em ajuizar a ação penal pública no prazo previsto em lei. O Professor Eugênio Pacceli ensina:

Pressuposto, então, do exercício de tal direito, é precisamente a desídia do Ministério Público, isto é, a ausência de manifestação tempestiva de ato de ofício, no prazo previsto em lei. Não a caracterizam, portanto, o só não oferecimento da denúncia, no prazo legal, desde que tenha ele, tempestivamente, pugnado pela necessidade de novas diligências a serem realizadas pela autoridade policial ou tenha se manifestado pelo arquivamento dos autos. O que efetivamente caracteriza a desídia é a ausência de qualquer manifestação dentro do prazo previsto na lei para o oferecimento da denúncia.

Na hipótese de requerimento de arquivamento não se poderá intentar a ação subsidiária pela simples razão de que a ação não desloca para o ofendido a titularidade da definição jurídico-penal do fato, mas, sim, e unicamente, a iniciativa supletiva do exercício da ação penal. E assim é porque, mesmo instaurada a ação subsidiária e oferecida a queixa em substituição à denúncia, em razão da inércia do Ministério Público, poderá este, além de aditá-la, como veremos, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva (art. 29, CPP). (Curso de Processo Penal, 11ª Edição, Lumen Juris, p. 154)

Portanto, se há manifestação do Ministério Público no sentido do arquivamento do feito, ante a inexistência de crime, incabível o manejo da ação penal subsidiária.

No caso, o representante do Ministério Público promoveu o arquivamento dos autos, no entanto, há uma particularidade, não houve instauração de inquérito policial, mas tão somente de procedimento interno, que tramitou e foi arquivado no âmbito exclusivo do Ministério Público, sem passar pelo crivo do Poder Judiciário.

Não se olvida que, em se tratando de procedimento interno de investigação, instaurado no âmbito do Ministério Público, não há necessidade de que seja

submetido ao judiciário.

Entretanto, não menos certo que o arquivamento do procedimento sem passar pelo crivo do judiciário não produz determinados efeitos, como por exemplo, os expressos no artigo 18 do CPP e na Súmula 524 do STF, os quais condicionam a continuidade das investigações, bem como a propositura da ação penal, à existência de provas novas.

Além disso, inviabiliza o exame dos requisitos para a propositura da ação penal subsidiária, porque não há como verificar a fluência do prazo previsto no artigo 46, do Código de Processo Penal, contado a partir da data em que o Ministério Público recebe os autos do inquérito, da representação ou das peças de informação,quando dispensada a instauração do procedimento policial.

Diante do exposto, e considerando, ainda, a controvérsia instaurada quanto à existência do crime, determino o encaminhamento dos autos ao I. Procurador Geral de Justiça, para que se manifeste sobre o arquivamento das peças de informação que formam os autos em apenso, ratificando-a ou não a posição do I. Promotor de Justiça da Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde.

Brasília - DF, 06/11/2009.
César Laboissiere Loyola
Juiz de Direito.

Os autos foram, então, remetidos ao Procurador-Geral de Justiça, que decidiu:

CONCLUSÃO. Diante das considerações acima efetuadas, conclui-se que a atribuição para homologar arquivamento de peças de informação ou de procedimento investigativo instaurado no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios é da atribuição das Câmaras de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal, tendo a egrégia 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ao homologar, por unanimidade, a promoção de arquivamento do Procedimento de Investigação Preliminar n° 08190.008121/06-53, apenas exercido as suas atribuições legais, conferida pelo art. 171, inciso IV, segunda parte, da Lei Complementar n° 75/93 e pela Resolução n° 13/2006 do colendo Conselho Nacional do Ministério Público, não podendo essa decisão ser reexaminada pelo Procurador-Geral de Justiça, salvo na hipótese de interposição de recurso.

No caso em exame, os Querelantes não interpuseram recurso da decisão proferida

pela egrégia 2ª. Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal, deixando transcorrer in albis o prazo recursal.

Mesmo que se receba a peça intitulada "ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública" ou "queixa-crime subsidiária" como recurso, os argumentos expendidos pelos Querelantes na inicial de fls. 2/31 dos autos em referência não são suficientes para demonstrar o nexo de causalidade entre o atendimento dado pelos Querelados à paciente e o evento morte, razão pela qual mantenho, na sua integralidade, a r. decisão proferida pela egrégia 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal de fls. 1417/1420 do Anexo 6 apenso e, em consequência, ratifico a promoção de arquivamento proferida pelo Promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro, de fls. 1247/1261 do Anexo 5 apenso.

Brasília-DF, 23 de novembro de 2009.
MARTA ALVES DA SILVA
Promotora de Justiça
Assessora Criminal do PGJ
LEONARDO AZEREDO BANDARRA
Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Diante da decisão do Chefe do Ministério Público, o Juiz de Direito César Laboissiere Loyola sentenciou o feito em 27 de Novembro de 2009:

Circunscrição: BRASILIA
Processo: 2009.01.1.096513-9
Vara: 308 - OITAVA VARA CRIMINAL
Proc. Nº 2009.01.1.096513-9
S E N T E N Ç A

DÁCIO ROGÉRIO VIEIRA e SIBELLE VERÔNICA BATISTA VIEIRA propuseram ação penal narrando a possível prática de crime de homicídio culposo por parte das médicas Isis Maria Quezado Soares Magalhães, Paula Maria de Azevedo Allemand Lopes e Raquel Alves Toscano.

Às fls. 124/126, proferi decisão rejeitando o recebimento da ação privada ou mesmo da ação privada subsidiária da pública, por não serem cabíveis. Na ocasião, determinei o encaminhamento dos autos ao Exmº Sr. Procurador-Geral de Justiça para dizer se ratificava o arquivamento promovido pelo Promotor de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde, homologado pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Em parecer exarado às fls. 127/142, o

> Ilustre Procurador-Geral de Justiça ratifica a promoção de arquivamento.
> DECIDO.
> Conforme já salientado, o crime descrito nos autos é de ação penal pública. O Promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro, após investigação no âmbito do Ministério Público, não vislumbrou a prática criminosa, razão pela qual deixou de oferecer denúncia e promoveu o arquivamento do procedimento.
> Colhida a manifestação do Procurador-Geral de Justiça, este insistiu no arquivamento.
> Diante do exposto, não sendo cabível a ação penal privada subsidiária da pública, já que a hipótese não é de inércia do representante do parquet, e tendo o Promotor natural formado a opinio delicti concluindo pela inexistência de crime, posição ratificada pela Chefia do Ministério Público, determino o arquivamento dos presentes autos.
> P.R.I.
>
> Brasília/DF, 27 de Novembro de 2009.
> CÉSAR LABOISSIERE LOYOLA
> Juiz de Direito

Mesmo não cabendo recurso contra essa decisão, os querelantes recorreram, apesar do óbice intransponível ao recurso:

> PROCESSUAL PENAL. INQUERITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO. DECISÃO IRRECORRÍVEL. – Da decisão judicial que, acolhendo manifestação do Ministério Público, ordena o arquivamento de inquérito policial, não cabe recurso. Não incide, na hipótese, a regra do art. 28, do CPP. Recurso Ordinário desprovido. (STJ, RMS 5840/SP, Relator Min. Vicente Leal, julgado em 09/04/1997, DJ 04/08/1997 p. 34888).

O apelo está na fase de contra-razões; ainda não foi recebido. Enquanto isso, o Ministério Público aguarda o fim do fim desse processo. Que parece não ter fim.

Brasília, DF, Fevereiro de 2010.

O estatuto disciplinar dos membros do Ministério Público

Vitor Fernandes Gonçalves

Primeiro-Secretário do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do Ministério Público. Corregedor-Geral do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

SUMÁRIO: 1 Considerações introdutórias. 2 Autonomia do estatuto disciplinar dos membros do MP. 3 Das faltas disciplinares. 4 A persecução disciplinar e suas fases. 5 Conclusão. Referências.

1 Considerações introdutórias

Reconhecido pelo legislador constituinte pátrio como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme dispõe o artigo 129, *caput,* da Constituição Federal, o Ministério Público, por meio dos seus membros, afirma-se como instituição nacional em que a sociedade confia e à qual recorre para a defesa de seus direitos.

No exercício de suas atribuições, os membros do MP processam altas autoridades de todos os poderes estatais, imputando-lhes, não raras vezes, a prática de crimes e/ou de atos ilícitos como os que resultam em improbidade administrativa. Nesse contexto, sobreleva em importância que os membros do MP conduzam-se, assim em sua vida funcional e pública, como em sua vida privada, de forma escorreita e exemplar.

Por outro lado, os membros do MP são, antes de tudo, simples seres humanos, com toda a falibilidade decorrente dessa condição. Daí a óbvia necessidade que o Estado tem de sujeitar os atos deles a mecanismos de controle, interno e externo, não se descurando assim da estruturação de um estatuto disciplinar, para lembrá-los a uma de que em sentido lato são agentes públicos – e como tal devem sempre servir ao público – e a duas que, como defensores da ordem jurídica, devem antes

de tudo observá-la exemplarmente.

2 Autonomia do estatuto disciplinar dos membros do MP

É inquestionável a sujeição dos membros do MP a um estatuto disciplinar. A propósito do tema, releva lembrar que Direito Disciplinar, na lição de José Armando da Costa, é "o conjunto de princípios e normas que objetivam, através de vários institutos próprios, condicionar e manter a normalidade do serviço público"[1] . Como desmembramento visível do Direito Administrativo, o Direito Disciplinar sistematiza o Poder Disciplinar do Estado, a cujo respeito asseverou *Hely Lopes Meirelles* tratar-se de "uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relação de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou estabelecimento a que passam a integrar definitiva ou transitoriamente. É a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração"[2] .

Em verdade, para o membro do MP a sujeição ao Poder Disciplinar da Administração Pública constitui corolário de sua condição de agente público em sentido lato. Entretanto, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90) não lhe é aplicável no âmbito disciplinar, porquanto em razão de sua condição de agente político e membro de carreira de Estado, ele está sujeito constitucional (artigo 130-A, § 2º, incisos II e III, da Constituição Federal) e legalmente (Lei Complementar nº 75/93 e Lei nº 8.625/93) a um sistema de controle próprio, bem mais complexo, em face do qual seus atos ficam submetidos permanentemente a controle interno (Corregedoria-Geral) e externo (Conselho Nacional do MP), podendo ainda responder por crime de responsabilidade (artigo 105, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal e artigo 40, números 1 a 4, da Lei nº 1079/50).

---

[1] COSTA, José Armando da. Teoria e prática do direito disciplinar. São Paulo: Forense, 1981.

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 15ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Pode-se falar, assim, na existência de um estatuto disciplinar autônomo do membro do MP, em relação às regras vigentes para o funcionalismo público civil em geral. Tal autonomia se opera no plano legal por meio das disposições disciplinares contidas na Lei Orgânica Nacional do MP, na Lei nº 8.625/93 e na Lei Orgânica do Ministério Público da União, a Lei Complementar nº 75/93, diplomas legais que constituem, por excelência, as leis fundamentais do estatuto disciplinar dos membros do MP.

Na realidade, por serem tais leis orgânicas posteriores à Lei nº 8.112/90, bem como por seu caráter de leis especiais, que prevalecem sobre as disposições gerais e, ainda, por disporem de forma integral sobre a pertinente matéria disciplinar, afastam completamente qualquer cogitação de emprego, nesse particular, do já mencionado Estatuto dos Funcionários Públicos Civis. Nem mesmo a título supletivo ou subsidiário é passível tal aplicação, pois a Lei Complementar nº 75/93 dispõe expressamente em seu artigo 261 que "Aplicam-se, subsidiariamente, ao processo disciplinar, as normas do Código de Processo Penal", disposição que é extensiva aos Ministérios Públicos dos Estados, na forma do artigo 80 da Lei nº 8.625/93.

Sem embargo do exposto, releva notar que, apesar de autônomo, o estatuto disciplinar dos membros do MP sujeita-se à mesma teoria geral que o estatuto disciplinar do funcionalismo em geral, no que concerne à aplicação dos *princípios gerais do Direito Disciplinar,* como é o caso do princípio da autonomia da esfera disciplinar em relação à esfera penal ou civil, do *princípio da flexibilidade discricionária,* que mitiga até certo ponto o devido processo legal formal, permitindo ao administrador uma certa liberdade na solução de questões disciplinares, nos limites de sua competência e tendo em mente o melhor para o interesse público, do princípio da tipicidade aberta, que permite tipos de conteúdo subjetivo, do princípio do devido processo legal substancial, do qual são corolários os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e vários outros, inclusive muitos princípios constitucionais do processo penal, como os da proibição de dupla responsabilização pelo mesmo fato*(ne bis in idem),* o da publicidade do julgamento, o da presunção de inocência, etc.

3 Das faltas disciplinares

Comparando-se os tipos das infrações disciplinares dos funcionários públicos civis com os dos membros do MP, observa-se que, conquanto o leque de vedações vigente para o funcionalismo em geral seja bem mais extenso, aquele dos membros do MP é mais específico, contendo várias hipóteses sem correspondência no estatuto geral, sendo importante destacar, ainda, o intuito do legislador pátrio de assegurar aos membros do MP a independência necessária para o exercício de suas atribuições, desejo já patenteado pela previsão de prerrogativas constitucionais como a da vitaliciedade, que obsta a demissão do membro do MP senão por sentença transitada em julgado. Por outro lado, mesmo entre as leis orgânicas do Ministério Público não há uma coincidência quanto aos tipos, prevendo a lei orgânica nacional maior número de hipóteses que a lei orgânica do MPU.

Consulte-se, nesse sentido, o quadro demonstrativo abaixo:

Lei 8112/90 (Funcionalismo civil)	LC nº 75/93 (MP da União)	Lei 8625/93 (MP dos Estados)
Art. 116. São deveres do servidor: I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; II - ser leal às instituições a que servir; II - observar as normas legais e regulamentares; IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;	Art. 236. O membro do Ministério Público da União, em respeito à dignidade de suas funções e à da Justiça, deve observar as normas que regem o seu exercício e especialmente: I - cumprir os prazos processuais; II - guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função; III - velar por suas prerrogativas institucionais e processuais; IV - prestar informações aos	Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: I - manter ilibada conduta pública e particular; II - zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções; III - indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos

V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública. VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo; VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição; IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa; X - ser assíduo e pontual ao serviço; XI - tratar com urbanidade as pessoas; XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. Art. 117. Ao servidor é proibido: I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato; II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição; III - recusar fé a documentos públicos;	órgãos da administração superior do Ministério Público, quando requisitadas; V - atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando for obrigatória a sua presença; ou assistir a outros, quando conveniente ao interesse do serviço; VI - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; VII - adotar as providências cabíveis em face das irregularidades de que tiver conhecimento ou que ocorrerem nos serviços a seu cargo; VIII - tratar com urbanidade as pessoas com as quais se relacione em razão do serviço; IX - desempenhar com zelo e probidade as suas funções; X - guardar decoro pessoal. Art. 237. É vedado ao membro do Ministério Público da União: I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto; honorários, percentagens ou custas processuais; II - exercer a advocacia; III - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista; IV - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; V - exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e o direito de afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer.	processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal; IV - obedecer aos prazos processuais; V - assistir aos atos judiciais, quando obrigatória ou conveniente a sua presença; VI - desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções; VII - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; VIII - adotar, nos limites de suas atribuições, as providências cabíveis em face da irregularidade de que tenha conhecimento ou que ocorra nos serviços a seu cargo; IX - tratar com urbanidade as partes, testemunhas, funcionários e auxiliares da Justiça; X - residir, se titular, na respectiva Comarca XI - prestar informações solicitadas pelos órgãos da instituição; XII - identificar-se em suas manifestações funcionais; XIII - atender aos interessados, a qualquer momento, nos casos urgentes; XIV - acatar, no plano administrativo, as decisões dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público.

IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço; V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição; VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político; VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;		Art. 44. Aos membros do Ministério Público se aplicam as seguintes vedações: I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; II - exercer advocacia; III - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista; IV - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de Magistério; V - exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e as exceções previstas em lei. Parágrafo único. Não constituem acumulação, para os efeitos do inciso IV deste artigo, as atividades exercidas em organismos estatais afetos à área de atuação do Ministério Público, em Centro de Estudo e Aperfeiçoamento de Ministério Público, em entidades de representação de classe e o exercício de cargos de confiança na sua administração e nos órgãos auxiliares.
XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas; XV - proceder de forma desidiosa; XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares; XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias; XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho; XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.		

Com a finalidade de sistematizar os tipos disciplinares supra transcritos, em especial aqueles vigentes para os membros do MP, pode-se principiar com o gênero falta disciplinar, a partir do qual podem ser identificadas faltas disciplinares funcionais ou não funcionais, consoante tenham ou não relação com o concreto exercício pelo membro em causa de suas atribuições legais. As faltas disciplinares não funcionais materializam-se sempre com condutas que o membro pratica fora do exercício de suas funções são condutas exteriores à sua atuação como membro do MP. Por seu turno, as faltas disciplinares funcionais podem ser categorizadas como faltas processuais, que o membro pratica em um dado processo, ou faltas institucionais, em que o prejuízo causado pelo membro projeta-se em nível institucional, para além de um único processo.

Para uma plena visualização desta classificação dos tipos, consulte-se o esquema abaixo:

Faltas disciplinares

Funcionais

Processuais

1) descumprir os prazos processuais / desobedecer aos prazos processuais (Lc75/L8625);
2) deixar de declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei (Lc75 e L8625);
3) deixar de indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal (Constituição Federal e L8625);
4) deixar de identificar-se em suas manifestações funcionais (L8625);

Institucionais

1) deixar de guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função (Lc 75);
2) deixar de velar por suas prerrogativas institucionais e processuais / deixar de zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções (Lc75/L8625);
3) deixar de prestar informações aos órgãos da administração superior do Ministério Público, quando requisitadas / deixar de prestar informações solicitadas pelos órgãos da instituição (Lc75/L8625);
4) deixar de adotar as providências cabíveis em face das irregularidades de que tiver conhecimento ou que ocorrerem nos serviços a seu cargo / adotar, nos limites de suas atribuições, as providências cabíveis em face da irregularidade de que tenha conhecimento ou que ocorra nos serviços a seu cargo (Lc75/L8625);
5) deixar de atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando for obrigatória a sua presença; ou de assistir a outros, quando conveniente ao interesse do serviço / deixar de assistir aos atos judiciais, quando obrigatória ou conveniente a sua presença (Lc75/L8625);
6) deixar de tratar com urbanidade as pessoas com as quais se relacione em razão do serviço / deixar de tratar com urbanidade as partes, testemunhas, funcionários e auxiliares da Justiça (Lc75/L8625);
7) deixar de desempenhar com zelo e probidade as suas funções / deixar de desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções (Lc75/L8625);
8) deixar de residir, se titular, na respectiva Comarca (L8625);
9) deixar de atender aos interessados, a qualquer momento, nos casos urgentes (L8625);
10) deixar de acatar, no plano administrativo, as decisões dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público (L8625).
11) abandono de emprego (Lc 75/93)

Não funcionais

1) exercer a advocacia (Lc75 e L8625);
2) exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista (Lc75 e L8625);
3) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério (Lc75 e L8625);
4) exercer atividade político-partidária (Lc75 e L8625);
5) deixar de guardar decoro pessoal / deixar de manter ilibada conduta pública e particular (Lc75/L8625).

À guisa de tecer comentários acerca dos tipos disciplinares a que estão sujeitos os membros do MP, isto é, dos modelos de comportamento a eles proibidos e previamente submetidos a exigências de publicidade normativa, impõe-se inicialmente destacar a aplicação, em sede disciplinar, do princípio da tipicidade. Sobre o assunto, *Fábio Medina Osório* adverte que "a garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra, por certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado (art. 5º, LIV, CF/88), como tem sido nos países civilizados, visto que sem a tipificação do comportamento proibido, resulta violada a segurança jurídica da pessoa humana, ou jurídica, que se expõe ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais. Sem a garantia da tipicidade, as pessoas atingidas ou potencialmente afetadas pela atuação sancionatória estatal ficam expostas às desigualdades, a níveis intoleráveis de riscos de arbitrariedade e caprichos dos Poderes Públicos"[3] .

Resulta que, a existência de prévios tipos legais limita as Administrações Superiores dos MPs da União e dos Estados em seu poder de persecução disciplinar frente a seus respectivos membros, não podendo estas puni-los por condutas atípicas na esfera disciplinar. Sob a ótica individual dos membros, resta-lhes assegurado o direito à previsibilidade, vale dizer, de escolha de comportar-se em conformidade com a norma disciplinar ou não, assumindo o ônus de sofrer as sanções cabíveis, no último caso. É imperioso observar, todavia, que o Direito Disciplinar comporta um regime de tipicidade permissiva no qual, em nome do interesse público e de assegurar flexibilidade à Administração na escolha das condutas puníveis, resta admissível a utilização de tipos abertos, assim denominados porque de conteúdo impreciso ou indeterminado, constituindo verdadeiras cláusulas gerais, hipóteses cujas características primordiais são formadas por via jurisprudencial e não legal.

Este é, precisamente, o caso da chamada quebra de decoro, previsão extremamente vaga e permeada por preceitos morais. A idéia do que seja "decoro pessoal" pode variar enormemente de pessoa para pessoa. De igual modo, manter "ilibada conduta pública e particular" é um conceito subjetivo, que pode mudar e muda conforme

---

[3] OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

os valores culturais do intérprete. Aqui, releva considerar-se quebra de decoro aquela conduta pessoal comprometedora da dignidade das funções, a conduta que traz reflexos negativos aos valores defendidos pela instituição, destoando, dentro de um contexto de racionalidade e proporcionalidade, do conceito médio social que se tem de um membro do MP e do cargo por ele ocupado. Deve existir, portanto, uma correlação necessária entre a conduta praticada e o interesse público na proteção da dignidade institucional, apurado este à luz da razoabilidade.

Em verdade, na prática a quebra de decoro assume a função de cláusula geral, outorgando às Administrações Superiores dos MPs da União e dos Estados um generoso espaço de movimentação, dentro do qual é incluída uma quantidade imensa de condutas pessoais externas dos membros, muitas delas constituindo tipos criminais comuns. Assim, por exemplo, se um membro do MP for acusado de, em sua vida particular, ter praticado estelionato ou receptação, poderá responder na esfera disciplinar justamente por quebra de decoro, à mingua de qualquer outra hipótese que reflita, na vida institucional, a nocividade do comportamento praticado na vida particular. Esse caráter praticamente subsidiário explica a grande importância que assume a previsão da quebra do decoro para a reprimenda disciplinar dos membros das carreiras de Estado, dos agentes políticos em geral, o que não constitui exceção em relação aos membros do MP.

Por outro lado, pode-se falar na existência de quebra de decoro simples ou qualificada, sendo esta última aquela conduta pública de incontinência escandalosa que, constitua, por sua habitualidade, grave comprometimento da dignidade da instituição, que redunda na aplicação da pena máxima de demissão (cf. art. 240, inc. V, alínea "d", da Lei Complementar nº 75/93, aplicável subsidiariamente aos Estados, por força do art. 80 da Lei nº 8.625/93), ao contrário da quebra de decoro simples, que rende ensejo a mera censura, enquanto descumprimento de dever legal. É, por exemplo, o caso de membro que se embriague em público e compareça ao serviço embriagado, de forma contumaz, procedendo de maneira escandalosa.

Afora a quebra de decoro, no universo das faltas disciplinares não funcionais dos membros do MP restam somente as chamadas vedações legais, quais sejam a

vedação de exercício da advocacia, a de participação em sociedade comercial, a de exercer qualquer outra função, salvo uma de magistério e a de exercer atividade político-partidária. Tais vedações não são recentes para os membros do Ministério Público e foram quase todas regulamentadas recentemente pelo Conselho Nacional do Ministério Público. A proibição de exercer a advocacia, por exemplo, que já se encontrava prevista para os membros do MP dos Estados, à exceção dos casos de direito adquirido, desde a vigência do art. 24, § 2º, da Lei Complementar nº 40/81 – diploma legal que foi integralmente estendido aos membros do MP do Distrito Federal e Territórios por meio do Decreto-Lei nº 2.627/85 – fica ressalvada apenas para aqueles membros do MP da União que, na forma do § 3º do art. 29 do ADCT, exerciam a atividade de advogado à época da entrada em vigor da Constituição de 1988, com base na Lei nº 1341/51. Mesmo assim, não podem atuar nas causas em que, por força de lei ou do interesse público, esteja prevista a atuação do Ministério Público, por qualquer de seus órgãos e ramos. É o que dispõe a Resolução CNMP nº 8/2006, com a redação da Resolução CNMP nº 16/2007.

Quanto à vedação de participação em sociedade comercial, salvo na condição de quotista ou acionista, prevista em relação aos membros dos MPs dos Estados e aos do MP do DF e Territórios na forma do art. 24, inc. I, da Lei Complementar nº 40/81, já existia quanto aos membros do MP da União desde a época da Lei nº 1341/51, cujo art. 18, alínea "d", proibia "dirigir bancos, companhias, empresas ou estabelecimentos, subvencionados ou não". Por se tratar de disposição antiga e de clareza solar, sobre ela o CNMP não produziu ato normativo, ao contrário da vedação de exercício de outras funções, salvo uma de magistério, objeto da Resolução CNMP nº 03/2005 (que limita em 20 horas-aula semanais a docência por parte de membros do MP, respeitada a compatibilidade de horários) e da vedação ao exercício de atividade político-partidária, matéria da Resolução CNMP nº 05/2006, em que se estabelece a proibição integral de atividade político-partidária apenas para os membros do MP que ingressaram na instituição após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, permitindo-se a *contrario sensu* àqueles que já eram membros antes de tal Emenda o direito de licenciarem-se para concorrerem a cargo eletivo, na forma do art. 44, inc. V, in fine, da Lei nº 8.625/93, e bem assim do art. 204, inc. IV, alíneas "a" e "b". da Lei Complementar nº 75/93.

No que concerne às faltas disciplinares funcionais de natureza processual, constituem elas, reunidas, um instrumental para a garantia da efetiva implementação da assim denominada Reforma do Judiciário, materializada por meio da Emenda Constitucional nº 45/04. Assim, por exemplo, o direito constitucional à razoável duração do processo e à celeridade na prestação jurisdicional (art. 5º, inc. LXXVIII, CF) pode ser alcançado, no âmbito do Ministério Público, pelo rigoroso cumprimento dos prazos processuais por parte dos membros, em realização material ao dever de agir com presteza. De igual modo, a necessária motivação das decisões e atos judiciais e administrativos (art. 93, incs. IX e X, CF), materializa-se quanto ao MP (cf. art. 129, §, 4º, CF) na medida em que os membros, identificando-se sempre claramente, ajam invariavelmente com o maior zelo em suas atribuições, indicando os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos, inclusive elaborando relatórios em sua manifestação final ou recursal. Por último, a necessária indicação de suspeição ou impedimento por parte do membro do MP, sobre constituir antes de tudo uma questão de lealdade processual, é garantia de uma atuação sempre impessoal por parte da instituição, em atendimento ao princípio da impessoalidade que informa toda a atividade administrativa (art. 37*, caput*, CF).

Passando a comentar as faltas disciplinares funcionais institucionais, nelas se identificam violações de deveres legais que se justificam por questões de hierarquia e conveniência administrativa, como os referentes a prestar informações aos órgãos da administração superior ou acatar as decisões desses mesmos órgãos. Da mesma forma, tratar todos com urbanidade no ambiente de trabalho assegura o bom funcionamento da atividade institucional, o que também ocorre com o comparecimento aos atos judiciais em que seja obrigatória ou conveniente a participação ministerial.

A propósito, vários tipos disciplinares procuram assegurar o comparecimento do membro do MP ao serviço, não apenas por uma questão de moralidade no trato com a coisa pública, mas também para o mais eficiente atendimento ao usuário e interação do MP com a sociedade. Exemplos de tais tipos são o de "abandono de emprego", o de "deixar de atender ao expediente forense", o de "atender os interessados a qualquer momento, em casos urgentes" e o de "morar, se titular, na respectiva comarca", assunto que, por sua importância, mereceu regulamentação

específica por parte do CNMP, na forma da Resolução nº 26/2007, daquele órgão.

Em todos esses casos mencionados no parágrafo anterior, a instituição é a maior prejudicada pela falta disciplinar praticada. Da mesma forma, ao não defender as prerrogativas institucionais e processuais que lhe são ínsitas, o membro dá causa a um prejuízo para todos os demais membros, resultando no enfraquecimento da instituição como um todo, enfraquecimento que ocorre igualmente na hipótese de divulgação de segredo sobre assunto de caráter confidencial, ao qual o membro tenha acesso em razão de seu trabalho, fato de resto típico penalmente, na medida em que constitui o crime de violação de sigilo (art. 325 do Código Penal).

Não obstante, o maior enfraquecimento institucional de todos consiste na violação pelo membro do dever de probidade. A improbidade administrativa, em qualquer de suas modalidades, a ação que dá causa a danos ao Erário, o alcance administrativo – verdadeira apropriação de verbas públicas a que se tenha acesso – conduz à corrosão da imagem da instituição perante a sociedade, merecendo, por esse motivo, rigorosa reprimenda, sob a forma da aplicação da pena máxima de demissão.

Registre-se, a propósito, a existência na Lei Complementar nº 75/93 das penas de advertência, censura, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade, sendo essa lei aplicável, neste particular, salvo lei específica estadual, a todo o MP nacional. O afastamento preventivo do membro, fundado na inconveniência ao serviço ou na conveniência à instrução do inquérito ou do processo, pode vigorar por até 120 dias, na forma do artigo 260 da LC nº 75/93, mas não constitui pena, uma vez que se defere ao membro indiciado o pagamento de vencimentos integrais enquanto durar o afastamento. Da mesma forma, a lei não contempla a colocação em disponibilidade como pena, ainda que por interesse público, por isso que a colocação em disponibilidade, salvo melhor juízo, não admite o mero pagamento de vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.

A prescrição, como hipótese extintiva da punibilidade, restringe o poder persecutório disciplinar da Administração Pública. As penas de advertência e censura prescrevem em um ano, enquanto as de suspensão – que determinam a interrupção do pagamento dos vencimentos – prescrevem em dois anos. Por

último, as penas de demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade prescrevem em quatro anos. A prescrição das penas começa a correr do dia da falta, ou do dia em que cessou a continuação ou permanência, no caso de falta continuada ou permanente, ficando admitida a interrupção do prazo por ocasião da instauração do processo administrativo disciplinar e da citação para a ação de perda do cargo.

Entretanto, naqueles casos em que a ação do membro corresponder, na esfera penal, a um tipo criminal, o prazo prescricional será o aplicável ao crime respectivo. Tudo conforme dispõem, nesse particular, os artigos 244 e 245 da Lei Complementar nº 75/93. Inclusive, o Conselho Nacional do MP já decidiu no sentido de que ainda quando o tipo na esfera disciplinar não constitua ele próprio um crime – *verbi gratia,* na hipótese de quebra de decoro, uma vez que o fato praticado em tese pelo membro corresponda a um tipo penal – a prescrição será inexoravelmente a do tipo penal (Pedido de Revisão de Processo Disciplinar nº 798/2007-74, julgado em 10/3/2008).

A pena de advertência mostra-se cabível apenas na hipótese de "negligência no exercício das funções", situação que se pode verificar, por exemplo, pelo descumprimento reiterado e habitual dos prazos processuais, bem como pela falta de zelo no exercício das funções. No descumprimento dos demais deveres previstos na Lei Complementar nº 75/93, a regra geral é a imposição da pena de censura, assim como para o descumprimento das vedações legais a regra geral prevista é a pena de suspensão.

Todavia, o descumprimento de alguns deveres legais é reputado especialmente grave pelo legislador, rendendo ensejo, na forma do art. 240 da Lei Complementar nº 75/93, à pena máxima de demissão, o que é o caso do abandono de emprego (falta por trinta dias consecutivos ou sessenta, alternados, no período de um ano), a quebra de decoro qualificada a que já se fez menção, do descumprimento do dever de probidade, da hipótese de quebra de sigilo funcional, de se dar causa a um dano ao Erário, caso em que, se de pequena monta o dano e atendidas as peculiaridades do caso e o histórico funcional do membro em causa, pode a demissão ser substituída pela suspensão. Ainda, redunda em demissão o exercício ilegal de cargo ou função

pública, em descumprimento à vedação legal nesse sentido.

Por outro lado, a reincidência é causa expressa de agravamento das penas em geral, considerada esta pela nova prática de falta funcional em até quatro anos da ciência, pelo membro, da imposição contra si de uma pena disciplinar pretérita. Impõe-se insistir, por derradeiro, que a aplicação da pena de demissão, assim como a aplicação das penas de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade (que se referem a faltas passíveis de demissão praticadas quando na ativa), dependem do ajuizamento da ação civil correspondente, de que tal ação civil seja julgada procedente e de que sua respectiva decisão condenatória transite em julgado definitivamente.

4 A persecução disciplinar e suas fases

Passando a cuidar do direito adjetivo disciplinar dos membros do MP, mostra-se inicialmente oportuno lembrar que se aplicam ao processo disciplinar vários dos princípios peculiares ao processo penal. Nesse sentido, impende destacar a incidência do princípio do devido processo legal, formal e substancial, do princípio da presunção de inocência, do princípio do contraditório, do princípio da ampla defesa, do princípio do *non bis in idem* e do princípio da individualização da pena, dentre outros. É necessário realçar, todavia, a lúcida advertência que faz *Fábio Medina Osório,* no que respeita ao tema, enfatizando que "No exame dos princípios que presidem o Direito Administrativo Sancionador, necessário perceber que nem sempre um mesmo princípio possuirá idêntico alcance. Não basta invocar, genericamente, a idéia de sanção administrativa para justificar uma aplicação automática e uniforme de um dado princípio do Direito Administrativo Sancionador, v.g, legalidade ou culpabilidade"[4] . Com razão o renomado professor, pois os princípios, apesar de manterem um referencial mínimo, um núcleo básico, podem sofrer restrições de aplicação por ocasião de sua integração ao Direito Disciplinar, conforme se trate de uma ou outra etapa da persecução disciplinar.

A propósito, constituem fases consecutivas da persecução disciplinar a

[4] OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

sindicância, o inquérito administrativo disciplinar e o processo administrativo disciplinar, devendo-se abordar cada uma delas separadamente, para bem destacar-lhes as características. Acerca da fase da sindicância, releva salientar que se trata de procedimento disciplinar inquisitorial, em regra reservado, com o fim de reunir elementos para a instauração, se for o caso, de inquérito administrativo disciplinar. A sindicância é facultativa e dispensável, pois se o Corregedor-Geral já dispuser de elementos suficientes para instaurar de imediato o inquérito administrativo, não apenas pode como deve fazê-lo. É o caso, por exemplo, de uma representação que alguém apresenta contra um membro, apresentando um sólido conjunto fático-probatório no sentido da ocorrência de uma falta disciplinar.

Ainda, cabe enfatizar que a sindicância é instaurada e conduzida monocraticamente pelo Corregedor-Geral, embora nada impeça que uma comissão de membros seja constituída para atuar. Mas, a sindicância não pode ser muito demorada, pois constitui um procedimento meramente preparatório, não se justificando como um fim em si mesmo, já que torna mais lenta a persecução disciplinar, aumentando o risco de prescrição, sendo que, ao contrário do que ocorre na lei geral do funcionalismo civil, ela não redunda na aplicação de pena ao seu final. Por esse motivo, se a hipótese demanda apuração mais complexa, com ampla dilação probatória, será melhor finalizar a sindicância e proceder à instrução na fase do inquérito administrativo disciplinar.

Por outro lado, constitui impropriedade falar-se na espécie que o membro envolvido nos fatos apurados coloca-se na posição de sindicado. Na sindicância, faz-se o primeiro apanhado de como os fatos se deram, e nessa ocasião ainda não existe qualquer juízo de valor do órgão disciplinar acerca da existência de falta funcional e/ou de quem é a culpa, não havendo sequer obrigatoriedade de se ouvir o membro ou os membros envolvidos nos fatos. Todavia, reputando-se oportuno instar algum membro a se manifestar sobre os fatos, este poderá manifestar-se ou não, a juízo pessoal, salvo na hipótese de requisição de informações, caso em que a recusa constitui falta funcional. Consoante se observa, na fase da sindicância é ampla a discricionariedade do Corregedor-Geral, quanto a considerar presente um conjunto indiciário que justifique a instauração ou não de inquérito disciplinar.

Mas, a ação do Corregedor-Geral não fica desprovida de controle interno – por meio do Conselho Superior ou do Colégio de Procuradores, consoante se trate de membro do MP da União ou estadual), que apreciam os relatórios finais das sindicâncias arquivadas – nem de controle externo, uma vez que o ConselhoNacional do Ministério Público pode, no prazo de um ano, acolhendo proposta do Corregedor Nacional, rever a decisão de arquivamento de qualquer processo disciplinar sobre membro do Ministério Público, além de poder o Corregedor Nacional agir de ofício, ou em face de representações, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da Corregedoria-Geral (art. 130-A, § 2º, incisos III e IV, § 3º, inc. I, Constituição Federal), conquanto se assegure às Corregedorias-Gerais o prazo de 120 (cento e vinte) dias para apurar fatos acerca dos quais porventura ainda não tenha se manifestado (artigo 71, § 4º, do Regimento Interno do CNMP).

Sem embargo de todos esses controles, impende destacar a necessidade que se tem de preservar a imagem, a honra e a intimidade dos membros do Ministério Público que, muitas vezes, justamente por serem incansáveis no exercício de suas atribuições, tem sua integridade questionada em função de denúncias anônimas ou representações absolutamente infundadas e sem a menor indicação de qualquer elemento de prova, indício ou mínima credibilidade. Em casos que tais, e bem assim nos relativos a condutas disciplinares prescritas, o Conselho Nacional do Ministério Público, acertadamente, incluiu em seu Regimento Interno (art. 31, inc. I) a possibilidade de o Corregedor Nacional do Ministério Público, monocraticamente, arquivar os autos do procedimento preliminar por ele instaurado, dando ciência ao Plenário, sem contudo demandar a homologação do arquivamento em julgamento da matéria pelo Plenário, mediante distribuição a relator e com os consectários de ampla publicidade daí decorrentes, em face da Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesses mesmos casos, convém que as Corregedorias-Gerais dos Estados e da União disponham igualmente do poder de arquivar monocraticamente as sindicâncias que instaurarem de ofício, dando mera ciência reservada ao respectivo Conselho Superior ou Colégio de Procuradores, sendo descabido o julgamento público por tais órgãos de Administração Superior, com evidente exposição

injustificada da imagem do membro injustamente assacado em sua honra com uma representação absolutamente infundada e despropositada, ou, ainda, por conduta há muito prescrita. Tal apreciação do arquivamento mediante formal julgamento somente é obrigatória na hipótese de ter partido do órgão colegiado superior a determinação à Corregedoria-Geral de instauração da sindicância. É o que decorre, como exemplo para o MP da União, da interpretação sistêmica e lógica do artigo 166, inciso XI, c/c o artigo 174, inc. II, da Lei Complementar nº 75/93 (MPDFT).

Passando a tratar do inquérito administrativo, releva notar que tal procedimento investigativo de falta funcional deve obrigatoriamente ser instaurado pelo Corregedor-Geral, "sempre que tomar conhecimento de infração disciplinar" (artigo 247). Esse conhecimento da infração disciplinar poderá decorrer da obtenção de elementos suficientes a partir de atuação ex officio da Corregedoria-Geral, ou tendo em conta o recebimento de peças de informação de membros da instituição, de autoridades judiciais ou outras autoridades, ou haja vista o recebimento de representação por advogado, pessoa do povo ou, mesmo, pessoa anônima, mas cujos fundamentos sejam bastantes a trazer-lhe foros de credibilidade.

Por elementos mínimos para tomada de conhecimento da falta disciplinar pelo Corregedor-Geral, pode-se entender pelo menos a confirmação fática de sua efetiva ocorrência, considerando-se a subsunção, em tese, de uma dada conduta de um membro a um particular descumprimento de dever ou vedação legal, com todos os elementos essenciais do tipo respectivo. Além desse trabalho de tipificação, que é provisório, impõe-se a determinação da data do fato, horário, local, do número de pessoas envolvidas, e das circunstâncias essenciais à configuração em tese da conduta típica que se visualiza como possível de ter ocorrido.

Com esses elementos mínimos, impende reafirmar ser possível fazer o indiciamento imediato do membro envolvido na conduta típica em nível disciplinar, dispensando-se a sindicância e instaurando-se diretamente o inquérito administrativo disciplinar. Por outro lado, tais elementos mínimos podem ter sido obtidos justamente por meio da tramitação da sindicância, que, na letra do artigo 246 da Lei Complementar nº 75/93, é justamente "o procedimento que tem por objeto a coleta sumária de dados para instauração, se necessário, de inquérito administrativo". Ainda, mesmo que os elementos mínimos declinados tenham

sido apenas parcialmente obtidos, naqueles casos em que houver complexidade da instrução, com necessidade de se produzir prova pericial e farta prova testemunhal, impõe-se como medida de inteligência a instauração do inquérito administrativo disciplinar.

Detalhando o procedimento de tramitação dos inquéritos administrativos disciplinares, ressalte-se a necessidade formal de portaria para sua instauração, com o indiciamento de um dado membro, pelo Corregedor-Geral, como possível autor de uma dada falta funcional, a qual deve ser devidamente especificada, em termos de tipicidade. A Lei Complementar nº 75/93, em seu artigo 247, aplicável subsidiariamente aos Estados, à luz do art. 80 da Lei nº 8.625/93, estabelece que será necessariamente constituída comissão de três membros, sendo que um deles pode ser o Corregedor-Geral, mas todos têm de pertencer ao menos à mesma classe que o membro indiciado, na carreira do Ministério Público. É de se notar que, a exemplo da sindicância, o inquérito administrativo disciplinar é procedimento inquisitorial e reservado, sendo o sigilo expressamente previsto em lei (artigo 247, LC nº 75/93), devendo durar de 30 a 60 dias, mas não podendo ultrapassar 120 dias, nomeadamente nas hipóteses em que o procedimento foi instaurado por determinação do CNMP.

Todavia, ao contrário da sindicância, na qual não se impõe a realização de qualquer contraditório, no inquérito disciplinar a lei assegura a defesa, pois aí sim já há uma investigação formalmente instaurada pela Corregedoria-Geral, contra um membro que se coloca, como corolário, na condição de investigado, de indiciado, isto é, contra quem existem indícios. Mas, a defesa que defere a lei ao membro indiciado materializa-se em grau mínimo, assegurando-se tão-somente o direito de vista integral dos autos ao final de toda a instrução – vista pessoal ou por meio de advogado[5] – e o de apresentar defesa escrita, antes da elaboração do

[5] Consulte-se, a respeito, a seguinte decisão: EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo

relatório final. Assim, por exemplo, no que respeita à produção de prova, não é obrigatório produzi-la na presença do investigado ou de pessoa por ele designada, uma vez que este tem a prerrogativa de produzi-la toda novamente, por ocasião do processo administrativo disciplinar, como garante o art. 254, § 4º, in fine, da Lei Complementar nº 75/93.

A liberdade da comissão para produzir provas é ampla, podendo proceder a inspeção, colher prova documental, testemunhal, pericial, audiovisual, e admitindo-se, quanto às diligências, os poderes de requisição deferidos genericamente aos membros no artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93, dentre os quais releva destacar o de notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada, requisitar informações, exames e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta, bem como informações e documentos de entidades privadas, expedir notificações e intimações, ter acesso a bancos de dados e realizar diligências investigatórias. Por outro lado o C. Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência firmada no sentido da admissibilidade da utilização, na esfera disciplinar, da prova emprestada do inquérito policial ou da ação penal respectiva, mesmo em se tratando de prova obtida mediante quebra de sigilo autorizada judicialmente e ainda que a autorização tiver sido concedida para a investigação de terceiros [6].

---

do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações (Supremo Tribunal Federal, HC 82354/PR. Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 10/08/2004. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação do acórdão: DJ 24-09-2004 PP-00042. Ementário nº 2165-1, P. 29, RTJ, Volume 191-02, P.547)

[6] Consulte-se, a respeito, a seguinte decisão: EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos.

teriam despontado à colheira dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova (Supremo Tribunal Federal, Inq QO-QO 2424/RJ, Relator, Ministro Cezar Peluso, Plenário, julgado em 20/06/2007, acórdão publicado em 24/08/2007, p. 55, Ementário nº 2286-1, p. 152)

Finda a instrução e oportunizada a defesa escrita ao membro indiciado, cabe à comissão de inquérito disciplinar produzir o seu parecer conclusivo, no qual deverá necessariamente posicionar-se quanto à necessidade de instauração ou não do competente processo administrativo disciplinar. Caso se pronuncie positivamente, deverá elaborar a Súmula da Acusação e submetê-la ao Conselho Superior ou Colégio de Procuradores, consoante se trate de membro do MP da União ou dos Estados. Outrossim, na hipótese de se manifestar pelo arquivamento, os autos devem ser igualmente enviados ao órgão colegiado respectivo, que poderá rejeitar o arquivamento, caso em que enviará os autos ao Corregedor-Geral, para a elaboração da súmula de acusação. O Corregedor-Geral, nesse caso, assim como no de apuração de fatos anteriormente arquivados por ele, mas que tenham tido o arquivamento revisto pelo órgão colegiado superior interno ou pelo Conselho Nacional do Ministério Público, não tem independência funcional assegurada, porquanto exerce função de atividade-meio, tipicamente administrativa, restringindo-se tal garantia ao exercício da atividade-fim institucional .[7]

Em caso de recebimento da Súmula de Acusação pelo Conselho Superior ou Colégio de Procuradores, o que equivale no âmbito disciplinar ao recebimento da denúncia na ação penal pública, deve ser instaurado o competente Processo Administrativo Disciplinar - PAD, com a formação da comissão respectiva, para a qual há a obrigação de se convocar novos membros, que não tenham atuado nas fases anteriores, nem tenham qualquer relação com os fatos, impedimento ou suspeição. De outra parte, o processo disciplinar deverá ser concluído em 90 (noventa) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, totalizando tempo de tramitação global de 120 (cento e vinte) dias.

Importa destacar que, ao contrário das fases anteriores da persecução disciplinar, no processo administrativo disciplinar a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório é plena. É o que estabelece o artigo 252 da Lei Complementar nº 75/93 ao dispor que "O processo administrativo, instaurado por decisão do Conselho Superior, será contraditório, assegurada ampla defesa ao

[7] Consulte-se, a respeito, a seguinte decisão: Supremo Tribunal Federal, HC 71049/RJ. Relator: Ministro ILMAR GALVÃO. Primeira Turma. Julgamento: 15/12/1994. Publicação do acórdão: DJ 17-03-1995, p. 5790. Ementário nº 1779-2, p. 203.

acusado". A propósito, consoante ensina Celso Ribeiro Bastos, "O contraditório é a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à evidenciação de sua versão" [8].

No processo administrativo disciplinar, o membro acusado é formalmente citado para apresentar defesa prévia no prazo de 15 (quinze) dias. Pode a comissão entender oportuno que seja interrogado, tendo nesse caso a faculdade de permanecer em silêncio, em respeito ao princípio *nemo tenetur* se *detegere*. Mas, o interrogatório quanto a fatos que envolvem a conduta de eventuais co-autores, como pondera adequadamente Sebastião José Lessa, "deve ser entendido como testemunho e tomado na presença do defensor do co-acusado, sob pena de nulidade por ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, ex vi do art. 5º, inc. LV, da Carta Política"[9] , sendo que nesse sentido vem igualmente decidindo a jurisprudência pátria [10].

O membro acusado pode e deve constituir advogado. Mas, se não o fizer, não haverá nulidade, sendo que nesse sentido o C. Supremo Tribunal Federal recentemente editou a Súmula Vinculante nº 5, segundo a qual "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição" (Sessão Plenária de 07/05/2008, DJ nº 88/2008, p. 1, em 16/5/2008). Não obstante, mesmo que permaneça alheio ao processo, o membro não ficará sem defesa, que será exercida por outro membro, designado defensor dativo. O expertise do defensor dativo, pelo menos da mesma classe na carreira que o

---

[8] BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1989, volume 2, p. 265.

[9] LESSA, Sebastião José. Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância – Doutrina, jurisprudência e prática, 4ª edição – Brasília: Brasília Juridica, 2006, p. 221.

[10] Consulte-se, nesse sentido, as seguintes decisões: TRF 1ª Região, ACR nº 1997.01.00.008681-6/BA, rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJ 22/8/1997, HC 2004.01.00.055866-5, rel. Des. Federal Olindo Menezes, DJ de 25/2/2005.

membro acusado, não apenas garante uma defesa técnica de alto nível, mercê da condição obrigatória de experiente bacharel em Direito dos membros do MP, como afasta qualquer possível alegação de nulidade, até porque, para o caso, a determinação da Lei Complementar nº 75/93 é expressa(artigo 254, § 3º).

Por ocasião da instrução, o acusado e/ou seu defensor não apenas podem requerer provas na defesa prévia, como cabe reiterar que se pode demandar seja refeita toda a prova testemunhal anteriormente produzida nas fases anteriores. Ainda, o membro acusado e/ou seu advogado tem o direito de se fazer presente em todas as colheitas de prova, fazer perguntas às testemunhas, formular quesitos à eventual perícia, etc. Por outro lado, os pedidos de produção de prova podem ser rejeitados se forem impertinentes ou procrastinatórios. Finda a instrução, o membro acusado tem o direito de apresentar alegações finais à Comissão do PAD, após o que o feito deve ser relatado e encaminhado ao órgão colegiado superior competente, Conselho Superior ou Colégio de Procuradores.

É importante notar que, quando a lei fala na produção de mero relatório pela Comissão do PAD, ela quer dizer que não cabe aos seus respectivos membros formular juízo de valor sobre a acusação, como é o caso da Comissão de Inquérito, pois no PAD a acusação já está formulada e delimitada pela respectiva Súmula, enquanto o julgamento desta cabe *exclusivamente* ao órgão colegiado superior. A propósito, aliás, do julgamento, impende ressaltar que o membro acusado deve ser pessoalmente intimado da designação da sessão, a fim de que possa, querendo, sustentar oralmente suas razões, por ocasião do julgamento, pessoalmente ou por meio de advogado ou defensor dativo. O julgamento será público, e as decisões fundamentadas e tomadas pela maioria absoluta dos membros do órgão colegiado superior, em atenção ao disposto no artigo 93, inc. X, c/c artigo 129, § 4º, ambos da Constituição Federal.

Outros sim, julgando-se procedente a súmula de acusação, caberá ao Procurador-Geral de Justiça aplicar as penas de advertência, censura e suspensão, as duas primeiras, reservadamente. As demais penas, de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade, somente por decisão judicial transitada em julgado. A derradeira observação é que não fica excluído eventual recurso

ao Conselho Nacional do Ministério Público, na forma da Constituição e do respectivo regimento interno daquele novel órgão colegiado, sendo ainda possível se ajuizar o competente pedido de revisão do processo, o que é admitido pelo art. 262*, caput,* e incisos I e II, da Lei Complementar nº 75/93, "a qualquer tempo", "quando se aduzam fatos ou circunstâncias suscetíveis de provar inocência ou de justificar a imposição de sanção mais branda", ou "quando a sanção se tenha fundado em prova falsa", sem falar na revisão pelo Poder Judiciário, que pode inclusive avaliar a justiça da sanção administrativa, à luz de princípios como o da proporcionalidade, como recentemente decidiu a Excelsa Corte[11] .

5 Conclusão

Do que foi exposto, cabe sintetizar que, como fiscal da aplicação da Constituição Federal e das leis, o membro do Ministério Público está sujeito a rigoroso controle político-administrativo. O controle é especial, em face de sua condição de agente político, estando inclusive sujeito a crime de responsabilidade, revelando-se mais complexo que o do servidor público em geral, ressalvada a sua atuação como gestor, em que responde como qualquer outro administrador de dinheiros públicos, inclusive perante o Tribunal de Contas respectivo. Em realidade, o controle a que está sujeito o membro do MP pode ser identificado em, ao menos, três diferentes níveis.

O primeiro deles e o mais importante é o controle feito pela própria sociedade, que recorre ao Ministério Público *na mesma medida* em que verifica que ali obtém auxílio na defesa de seus direitos. Cabe ao membro do Ministério Público antes de tudo servir à sociedade, de forma eficiente e isenta. O segundo controle e o mais efetivo é o controle interno, sendo exercido pela Corregedoria-Geral, que atua de ofício, ou recebe representações de cidadãos, de autoridades de todos os poderes, atuando na esfera disciplinar quando necessário, para assegurar a ordem e a eficiência da atividade administrativa, bem como a integridade da honra e da imagem institucional, preocupando-se igualmente em assegurar aos membros do

[11] Consulte-se, nesse sentido, a seguinte decisão: Supremo Tribunal Federal, MS 23041/SC, Tribunal Pleno, Relator p/ acórdão, Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/2/2008, acórdão publicado em 1º/8/2008, Ementário nº 2326-02, p. 347.

Ministério Público as condições para um adequado e tempestivo exercício de suas atribuições. O terceiro e último controle, coordenado, complementar e externo, é o exercido pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Na comparação entre os tipos disciplinares da Lei Orgânica Nacional do MP (Lei nº 8.625/93), aplicável aos MPs estaduais, e a Lei Complementar nº 75/93, aplicável aos Membros do Ministério Público da União, bem se verifica que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público é mais pródiga em hipóteses genéricas de faltas disciplinares, restando, entretanto, afastada a utilização da Lei 8.625/93 para os membros do MPU e vice-versa, porquanto não se admite o uso da analogia *in malam partem,* para acrescentar tipos não especificamente previstos. Assim, por exemplo, "deixar de cumprir as decisões dos órgãos superiores" constitui uma falta funcional na Lei 8.625/93, mas a mesma conduta tem de ser enquadrada entre os membros do MPU como "falta de zelo no exercício das funções", à falta de um tipo disciplinar específico.

Maior ou menor o número de tipos, é fato que se o Ministério Público não é nacional, coexistindo leis orgânicas variadas e diferentes, por outro lado é uniforme no país a conduta escorreita da esmagadora maioria dos membros do *parquet,* em face de que seu comportamento disciplinar é, em termos genéricos, digno de encômios. Há, todavia, a necessidade de superação de algumas visões corporativas, como a utilização da independência funcional como verdadeira imunidade para todas as ações e opiniões, olvidando-se que o membro do MP, antes de todos, tem a obrigação de observar as leis. Por outro lado, a extrema flexibilidade que se concede aos membros para a condução de sua agenda profissional foi absorvida pela cultura político-administrativa, daí tendo surgido abusos – felizmente isolados – mas que, por colocarem em risco a observância dos deveres legais de atendimento do expediente forense e da sociedade, quando não o dever de cumprimento dos prazos processuais, devem ser definitivamente reprimidos, tanto mais que, desde a Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004), o direito à eficiência e à celeridade na prestação jurisdicional foi elevado à condição de direito constitucional fundamental.

A propósito, aliás, do cumprimento dos prazos processuais, importa separar a necessidade de se regularizar o andamento de um feito remanescente, da responsabilidade disciplinar pelo fato de o feito se encontrar remanescente. Pode o atraso se encontrar justificado, em função do excesso de serviço, e/ou da ausência de infraestrutura de apoio humano e material, em nível institucional. Justificado o atraso, não obstante o feito permaneça remanescente e, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, para a regularização do respectivo andamento é perfeitamente possível a atividade de transação administrativa, por meio da utilização do compromisso de ajustamento, instituto pré-processual de natureza consensual.

A utilização do compromisso de ajustamento e de outras formas de transação administrativa, como o acordo na falta funcional de quebra do dever de urbanidade, constituem meios alternativos de resolução de litígios que evitam que o membro figure como acusado em processo administrativo disciplinar, prevenindo eventual prejuízo à sua carreira e assim facilitando sua inserção no seio institucional. Por outro lado, do ponto de vista institucional, seria oportuno de *lege ferenda* a unificação dos tipos das leis orgânicas (LC nº 75/93 e 8.625/93), e bem assim a diversificação das penas, com a adoção de sanções como as de censura cumulada com pecuniária ou de censura pública, o que seria especialmente produtivo em termos de prevenção genérica e específica.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, volume 2.

COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do direito disciplinar*. São Paulo: Forense, 1981.

LESSA, Sebastião José. *Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância* – Doutrina, jurisprudência e prática. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2006.

Ensaio sobre a inelegibilidade

Guilherme Fernandes Neto

Membro do Ministério Público do Distrito Federal. Professor Doutor da Faculdade de Direito da UnB. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Mackenzie. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP.

SUMÁRIO: 1 Esclarecimento preambular. 1.1 Teoria geral dos sistemas - princípios jurídicos e presunções. 1.2 A natureza juris tantum da presunção de não-culpabilidade e seus limites imanentes. 2 Princípios jurídicos fundamentais do Direito Eleitoral. 2.1 Princípio da exigência da vida pregressa. 2.2 O princípio da proteção da moralidade para o exercício do mandato. 2.3 Princípio da proibição da influência do poder econômico. 2.44 O princípio da confiança. 3 As normas restritivas e a perda dos direitos políticos. A perda do mandato. 4 As ações de dissolução como óbice à elegibilidade. 5 Conclusões. Referências.

1 Esclarecimento preambular

A Constituição Federal, no artigo 14, § 9.º, ao dispor que a Lei Complementar estabeleceria "outros casos de inelegibilidade e os prazos e sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a *moralidade* para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra *influência do poder econômico* [...]", evidentemente exigiu do candidato muito mais do que a simples primariedade penal.

Ao tratar da culpabilidade, a Carta Magna, ademais, não adotou as fórmulas tradicionais da presunção de inocência, preconizadas nas Declarações dos Direitos Humanos, de 1798 e 1948, mas, seguindo a dicção da Constituição da Itália[1] ,

[1] Assim, ademais, soa o artigo 27 da Constituição Italiana, de 1.o de junho de 1948: "Art. 27 - La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condenna definitiva.". (Cf.ITÁLIA. Senato de lla Repubblica. Constituzone de lla Repubblica Italiana (1948). Disponível em: <http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 11 out. 2009; detectando a indevida incursão da Carta Magna em matérias que, a priori, deveriam ser infraconstitucionais, Manuel Gonçalves Ferreira Filho, com precisão, leciona que diversas regras do artigo 5.o, sobre a matéria penal, deveriam ter sido relegadas ao Código Penal e ao Código de Processo Penal (Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1990.p. 262 e s.); a presunção de não-culpabilidade, evidentemente, está entre elas.

adotou redação diversa, da qual exsurgem limitações imanentes à presunção de não-culpabilidade – também denominada presunção de inocência -, destinada ao sistema jurídico do Direito Penal e Processual Penal, não podendo ser invocada, *ipso facto*, no sistema jurídico pertinente ao Direito Eleitoral.

O Direito é um complexo sistema de sistemas e cada sistema possui sua principiologia própria.[2]

Assim, exsurge a importância e constitucionalidade[3] do art. 1.o, I, "i", da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, ao declarar inelegíveis:

> os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de *processo de liquidação judicial* ou *extrajudicial,* hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade.

A inteligência da citada alínea, da Lei de Inelegibilidade – LI, emerge*, ipso facto,* de sua coerência com o sistema jurídico do Direito Eleitoral e com a restrição constitucional dos direitos políticos, valendo lembrar, ademais, que a redação mencionada é a mesma da alínea "o", do inciso I, do art. 1.º, da revogada Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, diploma que, de acordo com Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 151 e seu parágrafo único, estabelecia os casos de inelegibilidades.

Assim, no que tange às ações de liquidação, a LI manteve a mesma dicção do diploma que anteriormente regulamentava os casos de inelegibilidades, exsurgindo alteração significativa quanto às ações penais, quando, àquela época, bastava o recebimento da denúncia pela autoridade judiciária competente - pertinente aos crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art.

---

[2] FERNANDES NETO, Guilherme. Direito da Comunicação Social. São Paulo: RT, 2004. p. 25 e s.

[3] A constitucionalidade do art. 1.o, I, "i", da LC 64/90, já foi, ademais, constatada pelo TSE no Recurso especial eleitoral n. o 22739, DJ. 01/10/2004, tendo como Relator o Min. Humberto Gomes de Barros

22 da revogada Lei Complementar [arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feita com motivação falsa, ou graciosamente, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro] -, considerando os réus inelegíveis enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados.

1.1 Teoria geral dos sistemas - princípios jurídicos e presunções

Inicialmente, como etapa lógica, cabe adentrarmos, ainda que de forma perfunctória, na teoria dos princípios e no trabalho de conceituar hodiernamente o que vem a ser um princípio de direito e as concepções das presunções em Direito admitidas.

Ao estudante do direito podem surgir dúvidas quanto aos princípios, mesmo porque as conceituações se alteram conforme a corrente a que aderiu o autor, ou mesmo a influência por ele recebida pelas escolas do direito natural, do positivismo e do moderno neopositivismo.[4]

No direito natural, visualizavam-se os princípios de direito basicamente como axiomas jurídicos – um dos obstáculos à utilização e conceituação dos princípios como norma e da análise de seu caráter normativo. No positivismo, avesso à utilização de valores, concebia-se o aspecto informativo dos princípios básicos, gerais ou fundamentais do direito, enquanto no chamado neopositivismo, pós-positivismo ou escola neo-analítica, conceitua-se a norma como gênero, por conseqüência, suas espécies são os princípios e as regras. Assim, tanto as regras como os princípios possuem um caráter normativo.[5]

---

[4] Outra denominação, talvez melhor, pertinente ao movimento, cujo melhor expoente é Dworkin, é escola neo-analítica (sobre o assunto, Cf. BELTRÁN, Miguel. Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork: uma polémica constitucional. Madri: Civitas, 1989. p. 40. Sobre essa concepção, Cf. também FERNANDES NETO, Guilherme. O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

[5] Sobre a evolução do conceito de princípio, impõe-se analisar BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 228-254. onde faz preciosa análise sobre a juridicidade dos princípios e sobre suas fases jusnaturalista, positivista e pós-positivista

No avanço da análise da teoria dos princípios, evoluiu assim a doutrina nas conceituações, visualizando-se, hoje, dicotomia na principiologia, que se consubstancia, por exemplo, na divisão em princípios informativos e princípios normativos,[6] em princípios informativos e princípios fundamentais,[7] e ainda, em princípios abertos e princípios com forma de proposição jurídica. [8]

Os princípios, não se pode olvidar, regulam sempre a interpretação e principalmente a integração de lacunas, nada obstante seu caráter jurídico-diretivo, mediante o qual se pode obter diretamente uma regra aplicável.[9]

Princípio básico, ao nosso ver, é a base normativa sobre a qual se assentam as regras postas. É a gênese, o início, o lastro do Direito. Tem caráter normativo e as regras de direito devem ser aplicadas em sua conformidade; em havendo lacuna, aplica-se pura e simplesmente o princípio de direito pertinente[10]. Em sendo os princípios constitucionais, tornam-se a base de todo o sistema de normas.[11]

---

6 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Almedina: Coimbra, 1993. p. 384.

7 obre princípios, Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral. p. 120 e segs. e NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. p. 21 e segs.

8 É a divisão conceitual proposta por LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. .ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 584.

9 Nesse sentido, Larenz, quando ao final ainda conclui que, se o princípio aplica-se de forma imediata, é lex e não somente ratio legis (Cf.. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 583-584.), referindo-se aos princípios por ele denominados de princípios com forma de proposição jurídica, os quais entendemos aqui como os princípios básicos, gerais ou fundamentais, que se contrapõem aos abertos ou informativos.

10 "Princípio" – assevera F. de Clemente – "é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo" (Cf. El método en la aplicación del Derecho Civil. Revista de Derecho Privado, ano 4, n. 37, p. 290, out., apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 229).

11 Cf. Bonavides, op. cit., p. 231. Posteriormente, o autor, de forma correta, diz que as novas conceituações e a jurisprudência de Cortes Constitucionais denotam tendência irreversível à valoração e eficácia dos princípios como normas-chave do sistema jurídico (op. cit., p. 257).

Os princípios de direito são considerados como fonte, como "freio dos fenômenos sociais repreensíveis"[12] ; alguns dos princípios a seguir mencionados são explícitos como o princípio da exigência da vida pregressa; outros, implícitos cuja investigação dá-se por indução[13] e pela análise axiológica dos fundamentos da ordem jurídica[14] – que, interligados, objetivam a justiça e a harmonização das relações.

Os princípios gerais (ou básicos), em uma definição que merece ser destacada, são "normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais";[15] assim, "quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica"[16]. Esse novo posicionamento – a saber, a conceituação dos princípios como direito – é atribuído ao precursor Dworkin, cujo movimento, iniciado por seus estudos, é denominado por Bonavides de "reviravolta antipositivista"[17].

Para a interpretação de qualquer norma, deve o intérprete – na tentativa de amoldar a lei ao caso concreto, ou mesmo de suprir eventuais lacunas do texto legal – recorrer não somente às regras de hermenêutica, mas, inicialmente, aos denominados princípios monovalentes, que se referem a uma determinada ciência, e posteriormente, se for o caso, aos princípios gerais do direito.[18]

---

12 Aristóteles. Ética Nic., v. 14, apud DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 213.

13 DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 235.

14 Neste sentido, Emílio Betti (apud DINIZ, 1989) assevera que os princípios gerais "devem ser concebidos não já como o resultado, perquerido a posteriori, por um ávido procedimento de sucessivas abstrações e generalizações, mas como sumos valores normativos, princípios e critérios axiológicos que constituem o fundamento da ordem jurídica e que possuem uma função genética com respeito às normas particulares" (Cf. Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milão. 1949. p. 205; 207; 210; 212 apud Diniz, op. cit. p. 239.).

15 É a definição de Norberto Bobbio, Cf.. Teoria dell'ordinamento giurídico. Turim: Giappichelli, [s.d.]. p. 181-182 apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 236.

16 Op. cit., p. 259.

17 Op. cit., p. 238. Na continuação de seus estudos, Bonavides, analisando os princípios normativos, acompanhando o jurista germânico Esser, leciona que "[...] os princípios normativos são apenas aqueles institucionalmente eficazes, e o são na medida em que se incorporam numa instituição e só assim logram eficácia positiva". Cf. ESSER, J. Princípio e norma. p. 88 apud Bonavides, 1994, op. cit. p. 242.

18 Sobre a concepção de princípios acima exposta, Cf. FERNANDES NETO, Guilherme F. O abuso do direito no CDC: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

O hermeneuta deve, assim, utilizar-se dos princípios básicos do Direito Eleitoral, sendo ou não a regra deficiente – entendendo-se por direito deficiente as lacunas e as incorreções. [19]

O Código Eleitoral criou um sistema próprio, com subsistemas que lhe dão suporte - v.g., o subsistema pertinente a inelegibilidade -, lastreados em princípios que socorrem o estudioso na exegese e na integração das normas eleitorais. Tais princípios são lastros teóricos do Direito Eleitoral.

Na positivação da inelegibilidade, criou o legislador um subsistema próprio, com principiologia própria.

O subsistema da inelegibilidade – no Direito Eleitoral – foi criado com a utilização ordenada de conceitos, v.g., o de "processo judicial de liquidação", em harmonia com os princípios do Direito Eleitoral, de gênese constitucional (princípios da exigência de vida pregressa, da proteção da moralidade para o exercício do mandato, da proibição da influência do poder econômico e do princípio da confiança). Aí está a importância da análise dos princípios constitucionais referentes ao Direito Eleitoral, pois de seu estudo e da sua unidade apreendem-se os pequenos sistemas ou subsistemas.

Amolda-se, assim, o conjunto dos conceitos pertinentes à inelegibilidade, as principais características trazidas pelos estudiosos para a conceituação ou definição de sistema; neste raciocínio, vemos a lição de Kant sobre sistema, segundo o qual, este se consubstancia em "um conjunto de conhecimentos ordenados segundo

[19] Sobre o denominado "Direito deficiente", Cf. ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 275, onde analisa as duas formas de deficiência, a saber, as lacunas e as incorreções, e adentra nas dificuldades de distinção entre o preenchimento da lacuna e a hipótese de "correção" da lei. Conceituando, Engisch esclarece: "As lacunas são deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas e falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de facto em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico-integradora". (op. cit., p. 270). Posteriormente, resumindo, conclui que as lacunas podem ser involuntárias e voluntárias, ou seja, analisa a hipótese em que o legislador, de forma proposital, deixa uma questão jurídica "em aberto", não se referindo, entretanto, aos casos de utilização de conceitos vagos (p. 280).

princípios"[20] , podendo-se ainda somar, com razão, os elementos trazidos por Wilhelm Canaris – para a configuração de sistema –, a saber, a unidade e a ordenação, que, ademais, caracterizam o subsistema da inelegibilidade[21] .

Princípio diverge, assim, de presunção.

Nada obstante a presunção de inocência, hodiernamente, vem sendo concebida como princípio esculpido no inciso LVII, do art. 5.o, da CF, mas, equivocadamente, é invocada por alguns como se fosse um direito absoluto ou, mesmo, uma presunção *iure et iure,* não sendo assim ocioso mencionar que a presunção de inocência não é nem uma coisa, nem outra.

Talvez desnecessário mencionar que inexiste direito absoluto.

Se o direito à vida não é absoluto, um princípio não pode sê-lo e a presunção de não-culpabilidade - sem muita precisão denominada de presunção de inocência -, evidentemente não o é.

A Declaração Universal da ONU, em seu art. 11-1, dispõe que "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o *direito de ser presumida* inocente até que a sua culpabilidade tenha sido *provada de acordo com a lei,* em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa"[22] .

Assim, a Declaração Universal da ONU, de 1948, já não concebia a presunção de inocência como princípio, mas como direito, condicionando-o aos limites legais de cada ordenamento jurídico, evidenciando, ab initio, a relatividade de tal preceito. Essa dicção, como já se disse, não foi adotada pela nossa Constituição Federal, que optou por limitar a presunção ao processo penal, e pode, ademais, ser mais precisamente denominada de *presunção de não-culpabilidade*, como se passa a aduzir.

---

[20] Metaphysische Aufangsgründe der Naturwissenschaft, preâmbulo, p. IV, apud Claus Wilhelm Canaris, op. cit., p. 10.

[21] Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, passim.

[22] Acessado no site do Ministério da Justiça: ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 7 set. 2009.

1.2 A natureza juris tantum da presunção de não-culpabilidade e seus limites imanentes

O citado art. 5.o, LVII, da CF, dispõe que "ninguém será *considerado culpado* até o trânsito em julgado de *sentença penal* condenatória"; da dicção do mandamento constitucional pode-se, *ab initio,* extrair duas conclusões evidentes: a primeira, que impede a presunção de culpabilidade (e não a presunção de inocência, propriamente dita); a segunda, que o ditame refere-se especificamente aos sistemas jurídicos do Direito Penal e Processual Penal, não afetando, *ipso facto,* outros subsistemas jurídicos, v.g., o Direito Eleitoral.

Nada obstante, mesmo na seara do Direito Penal, a relatividade da presunção de não-culpabilidade já foi esposada pela Suprema Corte em diversas ocasiões[23] , tendo sido, v.g, mitigada pelo STF ao não considerar a presunção um óbice à constrição do *status libertatis* de condenado[24] ; o STJ, de forma semelhante, na Súmula n. 9 ("A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência") .

Se isso não fosse suficiente para demonstrar a relatividade e os limites da presunção de não-culpabilidade, resta lembrar que tendo o ordenamento jurídico criado um sistema jurídico pertinente ao Direito Eleitoral, deve-se dar preferência, para interpretá-lo, em utilizar seus princípios monovalentes, não havendo que se invocar suposta afronta à presunção constitucional de não-culpabilidade para tal sistema jurídico.

Se o legislador de 1988 limitou a presunção de não-culpabilidade ao processo penal ("ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), não deve o intérprete estendê-lo a outros sistemas jurídicos,

---

[23] Sobre o tema Cf.. POLETTI, Ronaldo. Constituição anotada. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 70 e s. bem como VARALDA, Renato Barão. Restrição ao princípio da presunção da inocência: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, passim

[24] Nesse sentido: HC 85249/BA, Rel. Min. Celso de Mello, J. 22/03/2005, nestes termos: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a efetivação da prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgride o princípio constitucional da não-culpabilidade do réu, eis que, em tal hipótese, a privação da liberdade do sentenciado - por revestir-se de cautelaridade - não importa em execução definitiva da sanctio juris".

v.g., para o Direito Eleitoral, especialmente porque este busca a tutela da Democracia, com principiologia própria, enquanto o Direito Penal e seus princípios monovalentes buscam tornar viável a persecutio criminis, mediante proteção aos direitos individuais.

Qual a teleologia do legislador de 1988 ao trazer a presunção de não-culpabilidade? Impedir a invocação da responsabilidade objetiva no âmbito do Direito Penal. Não pode, assim, tal presunção sequer ser usada para impedir o recrudescimento de pena, face ao apontamento de diversas ações penais em desfavor de réu [25] ou para impedir a prisão cautelar, se presentes os seus pressupostos.

Nada obstante o STF ter fragilizado sobremaneira o sistema persecutório ao entender "que o exaurimento das instâncias ordinárias não afasta, automaticamente, o direito à presunção de não-culpabilidade"[26] - e, a fortiori, que o não exaurimento impede a execução provisória da pena, ainda que o recurso não possua efeito suspensivo (sic!)[27] – aceita, todavia, a segregação cautelar, se presentes os respectivos pressupostos, conforme anteriormente mencionado.[28]

Tal presunção, assim, de forma evidente, é *juris tantum* e destinada exclusivamente ao Direito Penal e Processo Penal, não se referindo a outros sistemas jurídicos (referentes v.g. ao Direito do Consumidor, Civil, Processo Civil, Direito do Trabalho, Eleitoral etc.), sendo que as restrições aos direitos políticos, pela Lei de Inelegibilidade, tem gênese constitucional, amoldam-se, *ipso facto,* constitucionalmente à estrutura das normas restritivas.

---

25 Sobre o tema a Suprema corte já se manifestou reconhecendo tão-somente a repercussão geral da matéria, em face de RE interposto, recentemente, pelo Ministério Público de Santa Catarina (Cf. RE 593818 RG/SC - Santa Catarina, Repercussão geral no recurso extraordinário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, J. 26/02/2009), com parecer favorável da PGR, encontrando-se conclusos com o relator

26 HC 84.078.

27 HC 96186/AC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 31/03/2009.

28 Cf. também: HC 97143 / SP, Rel. Min. Carlos Britto, J. 23/06/2009; HC 96795/SC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, J. 02/06/2009.

2 Princípios jurídicos fundamentais do Direito Eleitoral

2.1 Princípio da exigência da vida pregressa

> A Chefia do Poder Executivo e a investidura no Legislativo devem ser privativas de homens limpos, homens de reputação ilibada, em relação aos quais a cidadania não mantenha justificadas suspeitas [29].

Djalma Pinto, com precisão, detectou o *princípio da exigência* da vida pregressa como princípio basilar do Direito Eleitoral [30].

Com efeito.

O princípio da exigência da vida pregressa é um princípio constitucional estruturante do Direito Eleitoral, possui força normativa e a interpretação das normas eleitorais devem ser efetuadas segundo esse princípio.

O princípio da vida pregressa é um princípio básico, monovalente e estruturante do sistema jurídico do Direito Eleitoral, possui força normativa e deve ser invocado em caso de lacuna ou incorreção da norma.

O princípio da vida pregressa é um princípio fundamental do sistema jurídico do Direito Eleitoral, com lastro constitucional.

O princípio da exigência da vida pregressa foi explicitado no art. 14, 9.o, da Constituição Federal, quando a Carta Magna dispôs que a lei complementar estabelecerá "outros casos de inelegibilidade", a fim de "proteger a *probidade* administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a *vida pregressa do candidato,* e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico..."

Ou seja, a vida pregressa deve ensejar análise da probidade e da moralidade. Devendo a análise da vida pregressa ser efetuada pelo "órgão jurisdicional competente para o deferimento do pedido de registro de candidatos (TSE, TRE's e juízes eleitorais)",[31] verificando se a vida pregressa é "ilibada".[32]

---

29 PINTO, Djalma. Elegibilidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 85.

30 Op. cit., p. 87.

31 Assim, RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 67.

32 Ramayana, 2008, op. cit.

Em que pese a Lei Complementar 64/90 ter sido tímida quanto aos aspectos da probidade e moralidade no que tange a vida pregressa – mesmo porque a Emenda Constitucional de Revisão n. 4, que impôs, explicitamente, tal análise, é de 1994 – exigiu, mesmo assim, o trânsito em julgado tão-somente para as ações penais, no artigo 1.o, I, alínea "e"[33] e para as condenações pelas cortes de contas pela alínea "g"[34] , não o fazendo para as ações de liquidação judicial ou para a liquidação extrajudicial, impedindo o cidadão de postular candidatura durante a tramitação do processo, sendo assim, inelegíveis "os que em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo ou objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade".

A alínea "i", do inciso I, do artigo 1.o, da Lei Complementar Federal n.o 64/90, com evidente adequação à Emenda Constitucional n. o 4/94, seguiu, ademais, a mesma dicção imposta há muito pela revogada Lei Complementar Federal n. o 5/70.

2.2 O princípio da proteção da moralidade para o exercício do mandato

Como já dissemos, a Constituição no art. 14, 9.o, impôs que a lei complementar defenda a "*moralidade* para o exercício do mandato", devendo, para tanto, considerar a vida pregressa e a legitimidade da eleição contra a influência do poder

---

[33] O citado dispositivo, esclarece, também que são inelegíveis: "os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena".

[34] Assim soa o dispositivo:"os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão".

econômico .[35]

Assim, devemos interpretar o art. 1.o, I, "i", da Lei de Inelegibilidade, em função do citado art. 14, § 9.o, em especial no que tange aos inelegíveis que foram diretores, administradores ou representantes legais de empresas que estão em *"processo de liquidação judicial ou extrajudicial"*.

Poderia o processo de liquidação judicial proteger a moralidade? Resposta afirmativa impende, em especial da ação de dissolução prevista no art. 655, do Decreto-lei n.o 1.608/39, que impõe ao Ministério Público ajuizar ações contra empresas que praticam atos "*ilícitos e imorais"*.

Evidentemente o legislador da LI, ao tratar do *"processo de liquidação judicial ou extrajudicial"*, disse menos do que queria (dixit minus quam voluit), ao elencar as empresas de crédito, financiamento ou seguro; assim o fez, evidentemente, em numeros apertus, por ser a hipótese mais usual, à época.

Seria ilógico, interpretando a partir da Constituição, que o legislador omitiria justamente as hipóteses de ações de dissolução e liquidação de empresas outras que praticaram atos *ilícitos e imorais,* nos termos dos artigos 655 a 674, do *Decreto-lei n.o 1.608,* de 18 de setembro de 1.939, em vigor por força do art. 1218, do CPC.

Mais ilógico ainda seria conceber que, elencando apenas diminuta parcela das empresas não sujeitas à recuperação judicial (crédito, financiamento e seguro), teria a intenção de excluir das demais sujeitas a regime especial de intervenção e liquidação (Arrendamento Mercantil ou Leasing, Associação de Poupança e Empréstimo, Bancos Comerciais, de Desenvolvimento, Bancos Múltiplos, Bancos

---

[35] Eis, ademais, a completa redação do citado § 9.º: "Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta".

de Investimento, Sociedades Corretoras de Câmbio, de Capitalização, Consórcios[36] etc)[37].

Ademais, soa o artigo 655, do CPC de 1939: "*A dissolução de sociedade civil, ou mercantil, nos casos previstos em lei* ou no contrato social, poderá ser declarada, a requerimento de qualquer interessado, para o fim de ser promovida a liquidação judicial".

O art. 670, do citado CPC, por sua vez, assim ainda dispõe: "A sociedade civil com personalidade jurídica, que *promover atividade ilícita ou imoral*, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público". Desta forma, evidentemente, as ações de dissolução de quaisquer sociedades civis e mercantis são açambarcadas pelo art. 1.o, I, alínea "i", da LC 64/90.

2.3 Princípio da proibição da influência do poder econômico

A Carta Magna, ao impor a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico, positivou tal princípio, lastro do Direito Eleitoral e, em especial, do subsistema de inelegibilidade.

Ao subtrair dos réus de ações de dissolução a capacidade política passiva, pelo art. 1.o, I, alínea "i", da LI, coíbe, *ipso facto*, o abuso do poder econômico.

Dissolução é o "processo de extinção da pessoa jurídica"[38], é a *"vida in extremis"* da pessoa jurídica que continua para que se proceda a liquidação.[39] A dissolução,

---

[36] O TSE, ademais, vale lembrar, já aplicou o citado art. 1.o, I, "i", analogicamente, aos administradores de consórcios (Cf. Recurso especial eleitoral 16447, DJ. 5/09/2000, Rel. designado Min. Maurício José Corrêa).

[37] Fávila Ribeiro, ademais, referindo-se à antiga letra "o", da revogada lei de inelegibilidade, trata as empresas em questão como "organizações financeiras ou securitárias", podendo-se entender que utilizou a expressão em sentido lato. Cf. RIBEIRO, Fávila. Direito Eleitoral. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 200.

[38] MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 323.

[39] BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre. Rio de janeiro: Forense, 1964. p. 474/475.

vale lembrar, já era regulamentada pelos artigos 335 e seguintes do vetusto Código Comercial de 1850 e a liquidação a partir de seu artigo 344, já revogados; hoje, dissolução e liquidação vêm, também, proximamente disciplinadas nos artigos 51, 996, 1.026, 1.033 e s., entre outros, do atual Código Civil.

O Código Civil vigente, não é ocioso mencionar, traz nova hipótese de dissolução de qualquer sociedade no art. 1.034, que assim: "A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando: I - anulada a sua constituição; II - exaurido o fim social, ou verificada a sua inexeqüibilidade."

Cabe, ademais, ao Ministério Público dissolver judicialmente as sociedades não somente se ocorrer a hipótese do inciso V, do art. 1.033, do Código Civil, mas, diante do citado art. 670, do CPC de 1939, haja vista a compatibilidade da defesa dos interesses metaindividuais com a dissolução – e a consequente liquidação – de uma sociedade que pratica atos ilícitos.

Assim, o processo de dissolução e a respectiva liquidação judicial não são tão-somente os impostos pelo juízo falimentar, em face da insolvência.

O instituto da falência, da liquidação extrajudicial e da intervenção surgiram paralelamente[40]. A intervenção é uma "medida administrativa de natureza cautelar[41] ", enquanto liquidação extrajudicial é também denominada de liquidação coacta administrativa ou liquidação forçada (assim denominadas, ademais, desde o vetusto Decreto 3.309, de 20 de setembro de 1864).

A "liquidação" que trata a Lei de Inelegibilidade deve ser entendida em seu sentido adequado, a saber, como fase do processo de dissolução, açambarcando: I) as liquidações judiciais, a saber: 1) as liquidações impostas pelo regime falimentar (Lei Federal 11.101/05 – valendo mencionar, ademais, que o Tribunal Superior Eleitoral – TSE já incluiu, a falência entre as hipóteses causadoras de inelegibilidade [42]); 2) as liquidações impostas às pessoas jurídicas excluídas da Lei Falimentar

[40] Sobre o surgimento dos institutos Cf. REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 2. p. 176.

[41] REQUIÃO, 1983, op. cit., p. 177.

[42] Cf. Recurso Especial Eleitoral n. 34.115, Rel. Min. Arnaldo Versiani, em que pese ter limitado, sem razão, ao "causador do estado falimentar", DJ. 17/12/2008.

- LF (nos termos do art. 2.o, da LF, a saber, as empresas públicas, sociedades de economia mistas, instituição financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores [43]); 3) as liquidações impostas pelas ações de dissolução previstas no Decreto-lei n.º 41, de 18 de novembro de 1966 (dissolução de sociedades civis sem fins lucrativos) e 4) as ações para dissolução e liquidação previstas no art. 670, do CPC de 1939 e II) as liquidações extrajudiciais de instituições financeiras e empresas equiparadas, v.g. consórcios entre diversas outras já atrás mencionadas.

Tratando-se de falido, ficará inelegível "até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1o do art. 181", da Lei Falimentar.

O processo de liquidação extrajudicial, todavia, tem suas peculiaridades; decretado pela autarquia (v.g., pelo Banco Central), aguarda-se a elaboração do relatório do interventor e a conclusão do inquérito por parte da Diretoria de Liquidações do Bacen; concluindo pela necessidade da decretação da quebra, é o inquérito remetido à Justiça comum, que, por sua vez, dá vistas ao Ministério Público, primeiro momento em que o *Parquet* terá ciência, oficialmente, do estado falimentar de empresas não sujeitas à recuperação judicial, v.g., os consórcios.

2.4 O princípio da confiança

A confiança não é um primado desconhecido por nosso direito. [44]

A falta de sua concreção deve-se à pouca divulgação e investigação deste preceito, o que talvez possa ser imputado ao apogeu do positivismo, infenso à valores, ou à falta de divulgação da *Vertrauestheorie*, bem como de outras teorias estruturadas com lastro no primado da confiança.

---

[43] Podemos incluir entre as empresas sujeitas à intervenção ou liquidação extrajudicial: sociedade corretora de valores e câmbio (Lei n.o 6.024/74), companhias de seguro (Decreto-lei n.o 73/66), usinas de açúcar (Decreto-lei 3.855/41), empresas de distribuição de prêmios (Lei n.o 5.768/71), sociedades de capitalização (Decreto n.o 22.456/33), sociedades cooperativas (Lei n.o 5.764/71) etc. Cf. Requião, 1983, op. cit., p. 177.

[44] Sobre o tema, Cf. também FERNANDES NETO, Guilherme. Direito da Comunicação Social. São Paulo: RT, 2004. p. 93 e s.

No direito alienígena, Francesco Messineo já mencionava o primado da confiança como fim colimado pelo diploma civil italiano,[45] sendo corroborado por Vicente Ráo que ainda aponta o citado Código de 1942 como o que deu início à concepção e utilização desta regra;[46] a mantença de mandatos e a ascensão a cargos eletivos também ocorrem por força da confiança. Canotilho, aliás, perscruta a origem constitucional do princípio da proteção da confiança[47] e sua aplicabilidade na "confiança dos cidadãos e da comunidade na tutela jurídica" [48].

Assim, o princípio da confiança impõe a proteção à legítima expectativa do cidadão, que é criada pela propaganda eleitoral, objetivando evitar o abuso da confiança do eleitor, para que não seja explorada sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficie de sua credulidade.

O princípio da confiança é princípio fundamental do Direito Eleitoral e monovalente do subsistema da inelegibilidade.

A mensagem propagandística eleitoral deve resguardar a confiança com maior cuidado do que o usual, justamente pela facilidade com que se pode manipular a tenra massa destinatária da mensagem. O princípio da confiança rechaça a possibilidade de veicular mensagens ou imagens ambíguas, que podem gerar estímulos incompatíveis com a moral, com a decência, com a probidade, bem como se contrapõe aos estímulos ocultos, que buscam associações incompatíveis com o menor nível de confiança exigido por aqueles que se utilizam dos meios de comunicação. [49]

---

[45] Doctrina general del contrato, v. 1, p. 134.

[46] RÁO, Vicente. Ato jurídico. 4.ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999. p. 172.

[47] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. lmedina: Coimbra, 1993. p. 374 e s.

[48] Parecer n. 14/82 da Comissão Constitucional de Portugal, apud Canotilho, 1993, op. cit., p. 376-377

.

[49] Não se adentra no pantanoso terreno da apuração da eficácia dos estímulos subliminares. Tais estímulos, técnicas, quer sejam utilizadas no âmbito da propaganda eleitoral ou da publicidade – quer se esteja utilizando o conceito lato ou estrito de subliminar – afrontam de forma inconteste o primado da confiança. Utilizando o conceito de subliminar no sentido lato, pode-se imaginar a propaganda eleitoral camuflada de reportagem, ou um merchandising eleitoral afrontando a confiança. Sobre o princípio da confiança no sistema jurídico da Comunicação Social, Cf. FERNANDES NETO, Guilherme. Direito da Comunicação Social. São Paulo: RT, 2004. p. 83 e s., em especial p. 112 e s. pertinente aos princípios da propaganda eleitoral.

Coíbe, outros sim, propaganda divulgada por quem é inelegível, chegando o ordenamento jurídico a tipificar tal conduta.

É do princípio da confiança que derivam os princípios da transparência, da identificação da mensagem, da veracidade, da correção do desvio da mensagem.

O Direito Eleitoral e o subsistema de inelegibilidade são estruturados sobre a confiança.

3. As normas restritivas e a perda dos direitos políticos

Diz Canotilho que as normas restritivas podem exsurgir diretamente da constituição, ser estabelecidas por lei ou as restrições podem advir do limites imanentes dos direitos [50].

A Constituição brasileira limita o exercício do direito político da elegibilidade, no art. 14, § 3.o, impondo os requisitos da nacionalidade brasileira (I), alistamento eleitoral (III), domicílio eleitoral na circunscrição (IV), filiação partidária (V), idade mínima conforme o cargo pleiteado (VI) e o *pleno exercício dos direitos políticos* (art. 14, § 3.o, II, da CF).

Assim, além das restrições contidas nos parágrafos 4.o, 5.o, 6.o, 7.o e 8.o, do citado art. 14, não estando o cidadão no pleno exercício de seus direitos políticos, não pode ser eleito, submeter-se ao sufrágio, atribuindo, ainda, o legislador constitucional, à legislação complementar *outros casos de inelegibilidade* (14, § 9.o).

Esses "outros casos de inelegibilidade" devem proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerar a vida pregressa do candidato e coibir, outrossim, a "influência do poder econômico".

O pleno exercício dos direitos políticos, assim, é condição *sine quo a non,* valendo mencionar que a perda dos direitos políticos implica diversas consequências, tendo o legislador, ademais, tipificado a conduta daquele que, não estando em

[50] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Almedina: Coimbra, 1993. p. 604.

condições de exercê-los, participa de atividades partidárias, inclusive comícios e atos de propaganda.[51]

Por fim, vale mencionar que a inelegibilidade, na escorreita lição de Tito Costa, é "matéria de ordem pública" [52], pelo que pode ser argüida por candidato ou por partido[53] e deve ser arguida pelo Ministério Público.

A perda do mandato

A Lei Complementar n. 81, de 13 de abril de 1994, alterou a redação da alínea "b" do inciso I do art. 1º da LI, para elevar de três para oito anos o prazo de inelegibilidade para os parlamentares que perderem o mandato por falta de decoro parlamentar.

Na dicção da LC 81/94, são inelegíveis, *por oito anos subseqüentes ao término da legislatura,* os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, bem como por força dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, inclusive para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato.

A dicção da Lei Complementar 81/94 é clara ao dispor que o cidadão é inelegível "durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura"; utilizando o conectivo "e", impõe que a contagem comece a partir do término da legislatura para a qual o candidato foi eleito, e não a partir do término de seu respectivo mandato. Se assim fosse não teria utilizado o conectivo "e", cumulando os dois prazos.

---

[51] Assim o art. 337, do Código Eleitoral, o qual prevê pena de até seis meses de detenção e multa de 120 dias-multa.

[52] Cf.. COSTA, Tito. Recurso em matéria eleitoral. 8.ed. São Paulo: RT, 2004. p. 124 e s.

[53] Op. cit., p. 96.

4. As ações de dissolução como óbice à elegibilidade

> É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o consequente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade .[54]

Ab initio cabe indagar se seria plausível o legislador declarar inelegíveis "os que, em estabelecimentos de *crédito, financiamento ou seguro*, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial", e excluir, por algum motivo desconhecido, outras empresas que atuam no mercado, tais como consórcios, construtoras, etc., afrontando o sistema jurídico e tratando de forma não científica a inelegibilidade.

Ademais, por que citar empresas de crédito, financiamento e seguro?

A *mens legis* é evidente: primeiro, coibir o uso de empresas que captam recursos e economias populares, para evitar que, alguém, golpeando o mercado, mediante estelionato em massa, obtivesse os necessários recursos para eleger-se; segundo, coibir que o mandato fosse entregue a pessoas que possuem personalidade apta a lesar, simultaneamente, centenas ou milhares de pessoas.

Assim, a interpretação teleológica da norma demonstra que o legislador disse menos do que queria *(dixit minus quam voluit),* pelo que, diante da lacuna deve o intérprete invocar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito *(art. 4.o, da Lei de Introdução ao Código Civil)*, não se olvidando dos processos hermenêuticos, cabendo o recurso ao processo lógico e sistemático.

Para o processo lógico, impõe-se ao caso a lição de Nicola Coviello, trazido por Carlos Maximiliamo, para o qual deve o "pensamento prevalecer sobre a letra, a idéia valer mais do que o seu invólucro verbal"[55] , buscar a teleologia da norma, a mens legis e não somente a mens legislatoris. Mais importante e de mais força

---

[54] SALVAT, Raymond. Tratado de Derecho Civil Argentino: Parte General. 1917, n. 107 e PANDEKTENRECHTS, Windcheidt – Lehrbuch dês. 8. ed.. v. I. p. 84. apud MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 165.

[55] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 124.

que a palavra é a intenção de quem afirma *(prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis)"*[56].

A teleologia é coibir que o abuso do poder econômico, especialmente quando este foi obtido ou ampliado mediante a espoliação dos consumidores. Por óbvio, à época (1970, quando a primeira lei de inelegibilidade aparentemente limitava as liquidações às empresas de crédito, financiamento ou seguro), não se tinha o conceito de consumidor, muito menos tinha sido promulgado o Código de Defesa do Consumidor – CDC. O legislador objetiva coibir que verba indevidamente obtida mediante a lesão dos consumidores, coletivamente considerados, e que tal fraude ou gestão temerária de uma empresa pudesse facilitar ou propiciar o acesso ao poder.

À época vigia o Decreto-Lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, que tratava das sociedades anônimas e episodicamente da liquidação em seus artigos 10, 31 e 78, especialmente após o art. 137, sem tratar da liquidação da forma sistemática; parcialmente revogado pela Lei Federal que até o presente regula a liquidação (Lei Federal n.º 6.024/74) e retirada do ordenamento jurídico pela lei do anonimato (Lei Federal n.º 6.404/76), fica evidenciada que a liquidação, ao tempo da Lei Complementar n.º 5/64, cuidava, basicamente, de sociedades anônimas.

Desatando o nó górdio, leciona Maximiliano, nestes termos: "Assim, o jurista: como todo cultor de ciência relacionada com a vida do homem em comunidade, não poderá fechar os olhos à realidade; acima das frases, dos conceitos, impõem-se, incoercíveis, as necessidades dia a dia renovadas pela coexistência humana, proteiforme, complexa." [57]

5 Conclusões

1. O Direito é um complexo sistema jurídico formado por outros sistemas, que possuem princípios jurídicos próprios, devendo-se utilizar os princípios básicos

[56] Celso, Digesto, liv. 33, tít. 10, frag. 7, 2.o, apud MAXIMILIANO, 1984, op. cit., p. 124.

[57] Op. cit., p. 126.

monovalentes, específicos, para espancar as dúvidas e suprir lacunas do sistema que se está investigando.

2. A presunção de não-culpabilidade é uma presunção *juris tantum,* assim, sendo relativa admite prova em contrário e possui seus limites imanentes, dentre os quais a sua aplicação exclusiva ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, valendo lembrar que a Suprema Corte aceita sua relativização – mesmo quando invocada no seu respectivo sistema jurídico - impondo, quando necessário a segregação cautelar, não podendo tal presunção ser invocada no âmbito do Direito Eleitoral, que possui principiologia diversa.

3. O sistema jurídico pertinente ao Direito Eleitoral possui, também, seus princípios monovalentes, destacando-se os explicitados no artigo 14, § 9.o, da Constituição, a saber, o princípio da exigência da vida pregressa, o princípio da proteção da moralidade para o exercício do mandato, o princípio da proibição da influência do poder econômico, bem como o princípio da proteção à confiança.

4. Em havendo deficiências no sistema jurídico – lacunas ou incorreções - pertinente ao Direito Eleitoral, deve o intérprete, no exercício da hermenêutica, buscar a solução nos princípios constitucionais e, em especial, nos princípios básicos ou fundamentais pertinentes ao Direito Eleitoral, que possuem sua força normativa.

5. A imposição da consideração da "vida pregressa dos candidatos" foi incluída face à redação imposta pela Emenda Constitucional de Revisão n. o, 4, de 1994, demonstrando a Constituição evidente tratamento diferenciado dos sistemas jurídicos pertinentes ao Direito Penal e ao Direito Eleitoral e da importância diferenciada dada à moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9.o, da CF).

6. O artigo 1.o, I, alínea "i", da atual Lei de Inelegibilidade (LC 64/90) possui a mesma dicção da revogada alínea "o", do inciso I, do art. 1.o, da vetusta Lei Federal Complementar 5/70, impedindo o surgimento de capacidade política passiva (ius honorum), não somente para os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, mas de empresas que obtenham, de qualquer

forma, dinheiro no mercado ou sejam passíveis de dissoluções judiciais ou extrajudiciais.

7. O objetivo do art. 1.o, I, "i", seguindo os princípios da confiança, da exigência da vida pregressa e, em especial, da proibição da influência do poder econômico é impossibilitar a alguém que, utilizando-se de pessoa jurídica que atue no mercado, agindo temerária ou fraudulentamente, ou praticando atos ilícitos ou imorais, possa alterar o destino de certames eleitorais.

8. O legislador, ao repetir na alínea "i", do inciso I, do art. 1.o, da LI, a antiga disposição pertinente à inelegibilidade e dispor que são inelegíveis "os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de *processo de liquidação judicial ou extrajudicial,* hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade", disse menos do que queria *(dixit minus quam voluit).*

9. Não seria lógica a interpretação de que o legislador excluiu outras empresas financeiras (empresas de leasing, consórcios etc.), pelo que as elencou em tipologia exemplificativa, face à regulamentação do mercado financeiro à época.

10. Liquidação judicial, ademais, é uma fase da ação de dissolução.

11. Assim, a expressão "liquidação", da LI, deve, *ipso facto,* ser compreendida em sua correta concepção jurídica, como fase do processo dissolutivo, açambarcando: I) as liquidações judiciais, a saber: 1) as liquidações impostas pela decretação da falência (Lei Federal n.º 11.101/05); 2) as liquidações impostas às pessoas jurídicas excluídas da Lei Falimentar – LF (nos termos do art. 2.o, da LF, a saber, as empresas públicas, sociedades de economia mistas, instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores); 3) as liquidações impostas por ações de dissolução previstas no Decreto-Lei n.º 41, de 18 de novembro de 1966 (dissolução de sociedades civis sem fins lucrativos) e 4) as ações civis públicas para dissolução

e liquidação previstas no art. 670, do CPC de 1939, no art. 209, II, da Lei n.º 6.404/76, e II) as liquidações extrajudiciais (de instituições financeiras e empresas equiparadas, v.g. consórcios entre diversas outras já atrás mencionadas).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARÃO VARALDA, Renato. *Restrição ao princípio da presunção da inocência*: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e interpretación:* Dworkin vs. Bork: uma polémica constitucional. Madri: Civitas, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre.* Rio de janeiro: Forense, 1964.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Almedina: Coimbra, 1993.

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. *Inelegibilidade.* Curitiba: Juruá, 2008.

CONEGLIAN, Olivar. *Lei das eleições comentadas.* Curitiba: Juruá, 2002.

COSTA, Tito. *Recurso em matéria eleitoral*. 8.ed. São Paulo: RT, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FERNANDES NETO, Guilherme. *O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor:* cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

_____. *Direito da Comunicação Social.* São Paulo: RT, 2004.

_____. A*ção de improbidade. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região,* v. 8, n. 4, p. 171-183, out./dez. 1996.

FERREIRA, Waldemar. *Estudos de Direito Comercial.* São Paulo: Editores Olegário Ribeiro & Cia, 1919.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA MENDES, Gilmar. *Controle de constitucionalidade:* aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva.

_____. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios,* Brasília, v. 37, p. 41-68, set./dez. 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PINTO, Djalma. *Elegibilidade no Direito Brasileiro.* São Paulo: Atlas, 2008.

POLETTI, Ronaldo. *Constituição anotada.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomos 4 e 5.RÁO, Vicente. Ato jurídico. 4.ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

_____. *O Direito e a vida dos direitos.* 3.ed. São Paulo: RT, 1991. v. 1 e 2.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral.* 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial.* 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

_____. *Curso de Direito Falimentar.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 2.

RIBEIRO, Fávila. Direito Eleitoral. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

A EVOLUÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Roberto Carlos Silva

É Promotor de Justiça. Mestre e Doutorando em Direito pela PUC-SP. Professor da graduação e pós-graduação da FACIPLAC e da pós-graduação da FESMPDFT.

Alexandre Rezende Gomes

É Analista Processual do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A importância do controle abstrato de constitucionalidade.3 A Lei Orgânica do Distrito Federal. 4 O Controle Abstrato da Constitucionalidade de Leis do Distrito Federal. 4.1 A posição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios sobre o tema. 4.2 A Lei nº 9.868/99 e a nova configuração jurídica do controle abstrato de constitucionalidade no Distrito Federal. 4.3 A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios após a normatização da matéria 5 A importância da instituição da Reclamação pela nova lei de organização judiciária do Distrito Federal e Territórios (Lei nº 11.697/2008). 5.1 A ampla legitimidade para a propositura da Reclamação. 6 Conclusão. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho busca apresentar um breve histórico do controle abstrato de constitucionalidade de leis distritais exercido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e a recente instituição da Reclamação por sua nova lei de organização judiciária, instrumento de garantia da autoridade das decisões proferidas nas ações diretas e declaratórias de constitucionalidade.

2. A importância do controle abstrato de constitucionalidade

O controle da constitucionalidade das leis é tema de grande relevância na medida em que a concepção de um Estado Democrático de Direito passa pela necessidade de obediência ao Princípio da Supremacia da Constituição. Tal princípio representa a mais eficaz garantia da liberdade da dignidade do indivíduoe requer que todas as situações jurídicas estejam em conformidade com os princípios e preceitos da Lei Maior. A compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas também a existência de mecanismos eficientes que garantamjuridicamente esta qualidade. E é exatamente neste contexto que desponta o controle de constitucionalidade das normas, garantia dessa supremacia constitucional e do próprio Estado Democrático de Direito.

A adoção desse controle de constitucionalidade das leis é típico das nações que têm por fundamento uma constituição escrita e rígida, pois visa à garantia da integridade do próprio ordenamento jurídico. No contexto de um sistema federalista, como o brasileiro, baseado na descentralização do poder e no estabelecimento de esferas de competência pela carta constitucional, surge a noção de autonomia das unidades federadas. Tal autonomia é traduzida na capacidade de auto-organização, autolegislação, autogoverno e auto-administração dos entes federados.

É neste aspecto, reconhecida a necessidade de um controle da constitucionalidade dos atos normativos a ser efetivado no âmbito estadual, que desponta o § 2º do artigo 125 da Carta Constitucional Brasileira. Segundo este dispositivo, cabe aos Estados "a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição estadual".

O Distrito Federal, em que pese tratar-se de um ente integrante da estrutura político-administrativa da federação brasileira e possuir uma lei orgânica com status constitucional, não foi expressamente contemplado no dispositivo mencionado.

Essa lacuna ou falta de explicitude do texto constitucional produziu acalorada discussão no âmbito local, que será abordada neste trabalho.

A postura segura do Tribunal de Justiça local de reconhecer a sua competência para exercer o referido controle explicitou a força normativa da lei orgânica. Assim, o importante papel deste verdadeiro estatuto constitucional passou a ser gradualmente percebido na esfera do Distrito Federal.

Nesse contexto, a recente instituição da Reclamação das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade pela nova lei de organização judiciária do Distrito Federal e Territórios — Lei nº 11.697, de 13 de junho de 2008 — deu completude ao sistema local, que carecia de um instrumento próprio para assegurar a autoridade das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

3 A Lei Orgânica do Distrito Federal

Conforme o disposto no artigo 32 da Constituição Federal, o Distrito Federal "reger-se por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição."

A denominação desta verdadeira Constituição Distrital confirma a enorme discussão acerca da natureza jurídica do Distrito Federal, já anteriormente tratada.

Não se discute, no entanto, o status constitucional deste diploma legal, promulgado em 8 de junho de 1993.

Mesmo quando o Distrito Federal ainda não possuía capacidade auto-organizativa,a sua lei orgânica correspondia às Constituições Estaduais. É o que ensina o Ministro Sepúlveda Pertence[1] , *verbis:*

> O conteúdo das leis orgânicas do Distrito Federal corresponde ao que de essencial constitui a matéria deixada à Constituição dos Estados-membros. É que, como estes, o Distrito Federal tem Constituição,no sentido material do termo. Com efeito, se toda ordem jurídica, parcial ou total, tem um âmbito material de validade, isto é, uma esfera de competência, a cada uma há de corresponder

[1] SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Contribuição a Teoria do Distrito Federal no Direito Constitucional Brasileiro. Revista Forense, pág. 374.

> uma Constituição, complexo de normas que lhe institui os órgãos, vale dizer, qualifica indivíduos ou grupo de indivíduos para, através de um procedimento determinado, exercer a competência do ordenamento.

Aliás, a natureza constitucional da Lei Orgânica do Distrito Federal foi enfaticamente definida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 980-DF, Relator Ministro Celso de Melo. Naquela oportunidade, assim restou esclarecida a questão:

> A Lei Orgânica do Distrito Federal constitui instrumento normativo primário destinado a regular, de modo subordinante – e com inegável primazia sobre o ordenamento positivo distrital – a vida jurídico-administrativa e político-institucional dessa entidade integrante da Federação brasileira. Esse ato representa, dentro do sistema de direito positivo, o momento inaugural e fundante da ordem jurídica vigente no âmbito do Distrito Federal. Em uma palavra: a Lei Orgânica equivale, em força, autoridade e eficácia jurídicas, a um verdadeiro estatuto constitucional, essencialmente equiparável às Constituições dos Estados-membros.

Em seu corpo, a Lei Orgânica destaca, em síntese, normas programáticas norteadoras da política governamental, da ordem econômica e social, da políticaurbana e rural. Dispõe, ainda, acerca da organização dos poderes estatais, da tributação, do orçamento, entre outros assuntos de igual importância. Trata-se, pois, de um estatuto moderno e eficaz, embora já tenha sido emendada por diversasvezes.

A instituição de um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos distritais em face da Constituição local não foi realizada pela CâmaraLegislativa do Distrito Federal e encontra-se ainda pendente de aprovação naquela casa.

Esse mecanismo de controle, todavia, teve a sua necessidade rapidamente constatada pelo Tribunal de Justiça local, como descreve em detalhe *Vítor FernandesGonçalves*[2] , em sua obra "O Controle de Constitucionalidade das Leis do Distrito Federal", ao destacar a importância das primeiras ações diretas de

---

[2] GONÇALVES, Vítor Fernandes. O Controle de Constitucionalidade das Leis do Distrito Federal. p.128-140.

inconstitucionalidade propostas perante a Corte de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Ressalta o autor que, de forma sábia e corajosa, o controle de constitucionalidade da legislação distrital frente à Lei Orgânica começou a ser realizado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em que pese a ausência de expressa previsão legal. Posteriormente, no final do ano de 1999, foi aprovada no Congresso Nacional a Lei nº 9.868/99 que, não obstante tratar do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, não se escusou em legitimar definitivamente, no âmbito do Distrito Federal, o controle de constitucionalidade,atualizando a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal à realidade já existente.

Por fim, de forma a preencher uma importante lacuna existente, a nova lei de organização judiciária do Distrito Federal e Territórios promulgada recentemente

— Lei nº 11.697, de 13 de junho de 2008 — além de incorporar essas alterações legislativas, institui a Reclamação, instrumento já existente no âmbito

do controle abstrato exercido pelo Supremo Tribunal Federal mas que não existia em âmbito local. Tal ferramenta, agora expressamente regulamentada na esfera distrital, visa assegurar a autoridade das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

4. O Controle Abstrato da Constitucionalidade de Leis do Distrito Federal

Uma vez realizada uma breve síntese acerca do controle de constitucionalidadee de alguns de seus aspectos característicos, oportuna é a análise detalhada de como se desenvolveu essas fiscalização abstrata da constitucionalidade das normas frente à Lei Orgânica do Distrito Federal, a partir do disposto no artigo 125, parágrafo 2º, da Carta Constitucional de 1988, até a entrada em vigor da Lei nº 9.868/99, responsável pela sua efetiva positivação no ordenamento jurídicopátrio.

4.1 A posição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios sobre o tema

O reconhecimento, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, de sua competência para processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade em face da Lei Orgânica Distrital constitui momento inolvidável da história jurídica do Distrito Federal. A entrada em vigor, em 1993, da Lei Orgânica do Distrito Federal, promulgada por uma assembleia constituinte local, preencheu importante requisito para a existência desse controle. É que, anteriormente, as antigas leis orgânicas eram tão-somente meras leis ordinárias federais, revogáveis por *quórum* comum, não sendo evidente a sua necessária supremacia em relação às demais normas.

As tentativas efetuadas pelo representante do Poder Executivo local de se impugnar leis materialmente municipais, em sede de controle concentrado e perante o Supremo Tribunal Federal, mostraram-se frustradas. Isso não significa dizer que aquela corte não tenha apreciado a inconstitucionalidade de inúmeras leis distritais e, inclusive, suspendido diversos dispositivos da Lei Orgânica. A atuação do tribunal em tais ocasiões foi precedida do reconhecimento de que tais normas derivavam da competência legiferante constitucionalmente destinada aos Estados-membros, isto é, tinham caráter de direito estadual, pois se assim não fosse, não seria sequer cabível o controle concentrado.

Assim é porque o artigo 103, inciso I, "a", da Constituição Federal direciona o ajuizamento de ações diretas apenas para impugnar leis ou atos normativos estaduais. Em resumo, a legislação local, que constitua exercício, pelo Distrito Federal, da competência legislativa reservada aos Estados-membros, é passível de ser objeto de fiscalização abstrata pelo Supremo Tribunal, o que não ocorre em relação às leis de natureza eminentemente municipal.

Eis que, no final do ano de 1995, o Governador do Distrito Federal ajuíza, perante o Tribunal de Justiça local, a primeira ação direta de inconstitucionalidade[3]. Em uma sucinta exposição de motivos posta à exordial, ficou demonstrado o dilema existente, *verbis:*

[3] Referida ação foi autuada no TJDFT como DIV nº 289/95, e impugnava a Lei do DF nº 911/95.

> O (Governador do) Distrito Federal não pode ficar órfão de jurisdição de lei eminentemente municipal em descompasso com a Constituição Federal e a própria Lei Orgânica do DF, sob pena do não exercício de legítimo direito amparado pela Constituição Federal para o uso da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ex vi do caput de seu artigo 103, cumulado com art. 5º, inciso XXXV. O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, aprovado pela Resolução nº 21, de 14 de dezembro de 1994, estabelece a competência do Conselho Especial para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, in verbis: Art. 8º - Compete ao Conselho Especial: VI – Declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Surgia, nesse momento, a oportunidade para finalmente se iniciar o controle abstrato das leis locais em face da Lei Orgânica do Distrito Federal. A alegação de que o Governador do Distrito Federal tinha legitimidade, porque estaria constitucionalmente autorizado a propor o mesmo tipo de ação até mesmo perante o Supremo Tribunal Federal, aliada à recusa deste tribunal em conhecer ações diretas que impugnavam direito municipal, fazia recair sobre o Tribunal local a competência para exercer tal atribuição. Alie-se a tais argumentos a garantia constitucional de acesso jurisdicional, segundo a qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser suprimida do exame do Poder Judiciário.

Estava preparado o caminho para o reconhecimento pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios de sua competência para processar e julgar os feitos da espécie, o que foi feito à unanimidade de votos, após fundamentação desenvolvida pelo eminente Desembargador ESTEVAM MAIA, Relator da referida ação. A Ementa do acórdão encontra-se assim redigida, *verbis:*

> CONTROLE CONCENTRADO DE INCONSTITUCIONALIIDADE
> DE LEI OU ATO NORMATIVO LOCAL. LEGITIMIDADE DO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO TJDFT. PEDIDO DE LIMINAR. INDEFERIMENTO.
> 1 – O controle concentrado de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é, atualmente, cânone constitucional.
> 2 – Instante a ausência de lei distrital, instituindo a representação cogitada, e bem ainda, de regras procedimentais, tem-se como legitimado para provocar o Poder Judiciário o Governador do Distrito Federal, e para processá-la e julgá-la o Tribunal de Justiça. Aplicação analógica da Constituição Federal e do Regimento

> Interno do Supremo
> Tribunal Federal.
> 3 – Não comprovado o fumus boni juris e o periculum in mora mostra-se inabilitado a receber provimento positivo. (TJDFT - DIV nº 289/95)
> normativo do poder público.

Em síntese, o raciocínio desenvolvido que culminou no reconhecimento da legitimidade do Tribunal de Justiça local para o conhecimento das referidas ações diretas de inconstitucionalidade pode ser resumido em quatro pontos principais, a saber:

> ao Distrito Federal, como ente federativo que acumula competências legislativas próprias dos estados e dos municípios, deveria ser reconhecido o direito de proteger a sua Constituição local, denominada Lei Orgânica, mediante a instituição por lei do controle de constitucionalidade semelhante ao existente nos Estados-membros. Esse direito resultaria da interpretação conjunta dos artigos 32, § 1º e 125, § 2º, da Constituição Federal; se o Chefe do Poder Executivo local está legitimado para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal, igualmente poderá suscitar o conflito entre leis distritais e a Lei Orgânica do Distrito Federal; tendo o Supremo Tribunal Federal se negado a julgar a pretensão decorrente da legitimidade do Governador, não poderia esta ser ignorada pelo Poder Judiciário e, por tratar-se de tema local, a competência para processá-la recairia naturalmente sobre o Tribunal de Justiça local. Consoante determina o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser excluída do exame do Poder Judiciário. Ademais, não é lícito ao Juiz eximir-se de sentenciar ou despachar, estando autorizado a decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito (arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil); e a temporária ausência de regras procedimentais específicas no Regimento Interno poderia ser suprida pela utilização das normas contidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Até meados do ano de 1997 foram ajuizadas somente mais duas ações diretas de inconstitucionalidade. A partir de então, a importante atuação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios foi decisiva para que se aprofundassem as discussões sobre o tema. O Ministério Público local passava a fazer reiterado uso do controle concentrado da constitucionalidade de normas e, atuando em defesa da ordem jurídica e do regime democrático, firmava gradativamente o seu importante

papel em defesa da carta constitucional do Distrito Federal, evidenciando a sua força normativa frente à legislação distrital.

A ementa da decisão, que concedeu a liminar requerida e reconheceu a legitimidade do Chefe do Ministério Público local para a propositura da ação direta, está assim redigida:

> ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL DO DISTRITO FEDERAL. COMPETÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA. LIMINAR.
>
> 1. Competência – Tratando-se de matéria eminentemente legal, compete ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal o respectivo processamento e julgamento do feito onde se argúi a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Não regulando o Regimento Interno do TJDF a hipótese em tela, aplica-se, por analogia, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, inclusive no que tange ao pedido de liminar.
>
> 2. Legitimidade – Da mesma forma que no âmbito federal é dado ao Procurador-Geral da República propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade frente à Constituição Federal, também se reconhece legitimidade ao Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios para defender o cumprimento da Lei Orgânica do Distrito Federal, frente a leis locais.
>
> 3. Liminar – Evidenciando-se que o ato acoimado de inconstitucional viola o preceituado no art. 128, e seu inciso I, da Constituição local, bem assim o disposto no § 1º do art. 231, da Lei nº 8.112/90, porquanto uma instrução normativa não poderia instituir as alíquotas tributárias relativas à contribuição de seguridade social, ou alterar aquela que até então vinha sendo aplicada, pois que a tanto somente a edição de lei se mostraria suficiente, vislumbra-se o fumus boni juris. A dedução por alíquota indevida acarreta ao servidor redução dos ganhos, o que é vedado constitucionalmente, exsurgindo daí o periculum in mora. Liminar que se concede.
>
> (TJDFT – AIL 004/97. Reautuada como ADI nº 1999002001624-9 – Relator: Des. Vasquez Cruxên. – DJ de 10/2/97).

O êxito dessa ação desencadeou um processo de retomada da utilização do controle concentrado perante o Tribunal local. Nos anos seguintes, várias foram as leis distritais declaradas inconstitucionais pelo Conselho Especial do TJDFT,

sendo que a iniciativa das ações dividia-se entre o Governador do Distrito Federal,o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e alguns partidos políticos.

Em várias ocasiões foi concedida a liminar pleiteada, suspendendo-se, com efeitos erga omnes e ex nunc, a eficácia dos atos normativos impugnados.

No ano de 1998, por iniciativa do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, foi ajuizada a primeira Ação Declaratória de Constitucionalidade– ADC perante o Tribunal de Justiça local. Em sua fundamentada peça exordial, assim se manifestou o representante do parquet, *verbis:*

> Impende salientar que a Carta Constitucional de 1988 estabelece apenas a hipótese de declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Contudo, a ausência de norma legal que institua a ação declaratória de constitucionalidade de leis municipais e estaduais em face da Constituição Estadual não tem o condão de obstar o conhecimento do presente pedido.
>
> [...]
>
> Neste passo, considerando que a ação declaratória de constitucionalidade possui a mesma natureza da ação direta de inconstitucionalidade, isto é, ambas são instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade, impõe seja reconhecida a possibilidade jurídica do pedido de declaração in abstrato da constitucionalidade da Lei do DF n° 1.909/98 e a competência do E. Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para processar e julgar o feito.
>
> Releva notar, por oportuno, que o controle concentrado de constitucionalidade das leis e normas locais, quer pela ação direta de inconstitucionalidade, quer pela ação declaratória de constitucionalidade, tem como esteio o fato de o Distrito Federal constituir entidade estatal distinta da União, com autonomia política e administrativa, possuindo norma com status de Constituição local, qual seja, a Lei Orgânica do Distrito Federal.
>
> [...]
>
> Destarte, como ocorre nos Estados, há que se exercer o controle da constitucionalidade das leis de caráter estadual e municipal frente à Lei Orgânica também por via de ação declaratória de constitucionalidade.
>
> A atribuição de efeitos jurídicos erga omnes à decisão que efetue o controle concentrado de constitucionalidade é recurso jurídico indispensável à preservação da ordem jurídica e salvaguarda do princípio da segurança, bem como da própria

> Lei Orgânica do Distrito Federal.
> Por essa razão, a Constituição Federal dispôs ser dever de cada entidade federada instituir a representação de inconstitucionalidade (artigos 32, § 1º, c/c 125, § 2º), sob o encargo do Poder Judiciário local.
> A partir das considerações acima tecidas, é forçosa a conclusão de competir ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios a atribuição de declarar a constitucionalidade das leis de índole municipal e estadual, por via de procedimento próprio e perante o E. Conselho Especial."
> (grifos no original)

Todavia, a referida ação terminou, por um conjunto de motivos, não sendo admitida, em decisão por apertada maioria (sete votos a cinco). Esta decisão refletiu, na esfera distrital, toda a resistência que foi construída em torno da introduçãodo controle positivo no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 3/93.

Assim, a unanimidade no que se refere à admissibilidade do controle abstrato de normas pelo Tribunal de Justiça local começava a se enfraquecer. Esse fato, aliado ao repúdio em relação ao controle positivo recentemente instituído, culminou na inadmissibilidade da referida ação.

Naquela oportunidade, acalorada discussão travou-se no Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O voto do Eminente Desembargador HERMENEGILDO GONÇALVES, que presidiu a sessão, ilustra de forma precisa o veemente debate travado em torno da questão. Eis alguns trechos que merecem destaque, *verbis:*

> Contudo, fiquei surpreso ao verificar que vários dos Eminentes Desembargadores aqui presentes, conquanto venham conhecendo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, recusem-se a conhecer de Ações Declaratórias de Constitucionalidade, por falta de previsão expressa em norma específica.
> Na verdade, acaso não conheça da presente Ação Declaratória de Constitucionalidade, o Tribunal estará incidindo, a meu ver, em grave contradição, na medida em que tem dispensado a exigência de lei específica, aceitando a competência para processar e julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade.
> Não tem exigido esta Corte, tampouco, lei específica que confire legitimidade ao Procurador-Geral de Justiça para a propositura de Ações Diretas de

Inconstitucionalidade.

O próprio Exmº Desembargador Relator fez questão de deixar claro, apesar de ressaltar ponto de vista pessoal, que as duas ações são essencialmente idênticas e que o raciocínio analógico que vem sendo feito para o conhecimento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade também pode ser feito para as Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

De fato, tem este Tribunal admitido, é forçoso reconhecer, competência por analogia. E evidente que uma norma específica seria preferível e, nesse sentido, qualquer que seja o resultado desse julgamento, estou de acordo com a proposição do Exmº Desembargador Relator, de oficiar à Câmara Legislativa do DF, enfatizando a necessidade de se priorizar a emenda constitucional que lá tramita.

Não obstante, a aplicação da analogia, na espécie, vem se justificando, como única forma de tornar possível, ante a ausência de norma federal ou constitucional local, a efetivação de um controle abstrato de constitucionalidade de normas municipais frente à Constituição Distrital, a LODF.

Nesse particular, julgo-me obrigado a tecer alguns comentários acerca da jurisprudência atual da Corte, no que respeita ao controle de constitucionalidade.

Considero que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal está legitimamente ocupando um espaço que é seu, no sistema de controle de constitucionalidade pátrio, que é o de exercer o papel de Corte Constitucional máxima, no que respeita ao âmbito local de sua atuação, tendo em vista o controle das normas municipais.

Este Tribunal de Justiça, que é um Tribunal federal de competência local, vem integrando o Direito, aplicando normas constitucionais e infraconstitucionais de natureza processual, como única forma de prestar a jurisdição que lhe cabe. Assim o faz com adequação, porque o processo é mero instrumento de que se utiliza para cumprir sua missão de dizer o direito.

[...]

É preciso reconhecer que o Procurador-Geral de Justiça não está inventando uma ação que não existe. A Ação Declaratória de Constitucionalidade existe, foi introduzida na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 03/93 como aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Veio para completar este mecanismo de controle abstrato e, portanto, também deve ser utilizada pelos demais entes da federação, que estão adstritos ao modelo da Constituição Federal e não podem ficar com um sistema de controle concentrado de constitucionalidade capenga e incompleto, tanto mais que, no Supremo

> Tribunal Federal, só se declara a constitucionalidade de leis e atos normativos federais.
>
> [...]
>
> Na hipótese vertente, parece não restar dúvida, ainda, que a matéria é de competência municipal. Assim o reconheceu expressamente o C. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.812-9/DF, na qual o Governador do Distrito Federal propunha a declaração da inconstitucionalidade da Lei do DF nº 1.909, de 24/3/98, a mesma lei que ora é objeto de exame na presente Ação Declaratória de Constitucionalidade.
>
> [...]
>
> Tratando, como se trata, de questão municipal, penso que este E. Tribunal não pode deixar os cidadãos do Distrito Federal ao desamparo de jurisdição, em questão tão tormentosa quanto essa, que envolve interesses de dezenas de milhares de cidadãos e expressiva receita para o Governo do Distrito Federal.
>
> Com estas considerações, pedindo mais uma vez respeitosa vênia ao Exmº Desembargador Relator, conheço da presente Ação Declaratória de Constitucionalidade, reconhecendo a possibilidade jurídica do pedido in casu, a competência desse E. Tribunal e a legitimidade ativa ad causam do Procurador-Geral de Justiça, na forma do voto do Exmº Desembargador Estevam Maia, bem como dos demais ilustres membros desse Conselho que votaram pelo conhecimento da ação.

À exceção da inadmissão da ação declaratória de constitucionalidade acima referida, o que não deixa de representar certa contradição, o controle concentrado de constitucionalidade continuou a ser realizado normalmente pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, conservando-se minoritária a corrente que não o admite.

A grande delonga na aprovação do projeto de Emenda à Lei Orgânica instituindo no âmbito da carta constitucional local o controle concentrado não é condizente com a relevância do tema para a sociedade do Distrito Federal. A controvérsia acerca da questão não se afasta da discussão sobre poder, na medida em que se estará concedendo ao Poder Judiciário local a prerrogativa para afastar a aplicação de leis distritais inconstitucionais. A postura do Tribunal de Justiça local, nesse passo, merece o devido reconhecimento, haja vista os incalculáveis prejuízos que teriam ocorrido se porventura se estivesse, ainda hoje, à espera de

uma regulamentação da questão por parte do Poder Legislativo distrital.

Mas essa omissão legislativa não retardou a evolução em curso. A necessária instituição do controle abstrato da constitucionalidade de normas no âmbito local,instrumento de defesa da Lei Orgânica, não foi, ironicamente, obra dos representantes do povo do Distrito Federal em sua Câmara Legislativa. Coube ao legislador federal, por meio da aprovação do Projeto de Lei nº 2.960/97, alterar a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e instituir, definitivamente, o referido controle.

Assim, o uso adequado, pelo Tribunal de Justiça local, do recurso da analogia como método de integração jurídica, a fim de que a lacuna da lei não impedisse o exercício efetivo do controle concentrado local, restou corroborado com a edição da Lei nº 9.868/99.

A prévia aprovação da referida lei em relação à Emenda à Lei Orgânica acabou por oferecer a melhor solução ao problema do vácuo legislativo existente acerca do controle concentrado da constitucionalidade de leis distritais. A instituição desse mecanismo de autodefesa pela própria Lei Orgânica, apesar de se apresentar como a forma mais legítima, teria que vir necessariamente acompanhada de lei federal com disposições semelhantes às da Lei nº 9.868/99. Isto se deve em face da necessidade de se conferir competência ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, órgão de natureza federal, cujas atribuições não são suscetíveis de disposição por legislação oriunda da Câmara Legislativa local.

4.2 A Lei nº 9.868/99 e a nova configuração jurídica do controle abstrato de constitucionalidade no Distrito Federal

A aprovação do Projeto de Lei nº 2.960/97 pelo Congresso Nacional deu-se em momento bastante oportuno e veio coroar o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça local. A necessidade de positivação desse instrumento de resguardo da Lei Orgânica do Distrito Federal restou demonstrada no trecho final da Exposição de Motivos nº 189/97, da lavra do então Ministro da Justiça NELSON JOBIM, *verbis:*

> Finalmente, o anteprojeto propõe que se altere a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal para admitir, expressamente, o controle abstrato de normas e o controle abstrato da omissão no âmbito do Distrito Federal. Trata-se de providência que vem colmatar significativa lacuna no sistema de controle de normas, uma vez que o texto constitucional não cuidou diretamente do tema. A solução proposta parece inteiramente compatível com o ordenamento constitucional brasileiro, que não só recon hece o controle abstrato de normas como instrumento regular de controle de constitucionalidade, no âmbito federal e estadual, como também atribui à União a competência para legislar sobre a organização judiciária do Distrito Federal (cf. a propósito, a Lei nº 8.185, de 14.05.1991).

Destarte, a Lei nº 9.868, publicada em 11 de novembro de 1999, além de dispor detalhadamente sobre "o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal", trata, em seu artigo 30, da efetivação do controle abstrato, pela via da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Ocontrole pátrio de constitucionalidade foi agraciado, enfim, com uma detalhada sistematização, em especial no que se refere ao procedimento a ser adotado. Restou fortalecido o Poder Judiciário, como órgão supremo na interpretação do direito, passando suas decisões a ter valor idêntico ao da lei.

A referida lei, em síntese, sistematizou a jurisprudência que vinha sendo construída pelo Supremo Tribunal Federal, além de ter compilado de forma organizada as regras procedimentais adotadas, com a combinação da Lei nº 4.337/64 com as disposições do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A redação da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios vigente à época (Lei nº 8.185/91), após as alterações advindas da supracitada Lei nº 9.868/99, restou assim posta, *verbis:*

Lei nº 8.185, de 14 DE MAIO DE 1991

Dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

.....

.....

Art. 8º. Compete ao Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar originariamente:

.....

n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica;

.....

§ 3º São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I – o Governador do Distrito Federal;

II – A Mesa da Câmara Legislativa;

III – O Procurador-Geral de Justiça;

IV – a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal;

V – as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais;

VI – os partidos políticos com representação na Câmara Legislativa.

§ 4º Aplicam-se ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios as seguintes disposições:

I – o Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade;

II – declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Lei Orgânica do Distrito Federal, a decisão será comunicada ao Poder competente para adoção das providências necessárias, e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias;

III – somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Distrito Federal ou suspender a sua vigência em decisão de medida cautelar.

§ 5º Aplicam-se no que couber, ao processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Da simples leitura dos dispositivos acima referidos é permitida a conclusão de que não houve a expressa previsão do controle positivo de constitucionalidade,a ser exercido por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade. De fato, essa omissão no texto do projeto de lei foi percebida pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, mas acabou permanecendo inalterada quando da aprovação da redação final do referido projeto, convertido posteriormente na mencionada lei.

Infelizmente, não foi mantida, nesse particular, a correlação com a Carta Magna de 1988, o que não impede que o controle positivo venha a ser feito, tendo em vista os argumentos já apresentados e defendidos na jurisprudência local.

No que tange ao elenco de legitimados a efetuar o controle concentrado, a exemplo do que ocorre em relação à Constituição Federal, este ficou restrito ao Governador do Distrito Federal, à Mesa da Câmara Legislativa, ao Procurador-Geral de Justiça, à Ordem dos Advogados do Brasil (seção do Distrito Federal), às entidades sindicais ou de classe e aos partidos políticos com representação da Câmara Distrital. A exigência da pertinência temática, naturalmente, deverá ser demonstrada em caso de propositura da ação direta pelas entidades sindicais ou de classe.

Assim, reproduzindo o disposto no artigo 103 da Constituição Federal, com as necessárias adaptações, o parágrafo 4º, acima transcrito, firma a necessidade da participação do Ministério Público no sistema de controle concentrado. Além disso, exige o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ou do Conselho Especial para que seja declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo distrital.

Finalmente, o parágrafo 5º do mesmo dispositivo, reiterando o procedimento que vinha sendo adotado pelo Tribunal de Justiça local, determinou a aplicação subsidiária das normas sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, trazendo todas as inovações a que já se fez menção.

Em relação à questão de se atribuir competência processual ao Tribunal de Justiça local, não resta dúvida que tal mister não caberia à Câmara Legislativa, tendo em vista a natureza federal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ainda que de jurisdição local. Assim, caberia ao Congresso Nacional atribuir competência ao referido tribunal para o processamento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, o que foi efetivamente realizado quando da aprovação da Lei nº 9.868/99.

Nem se alegue, ainda, que a iniciativa para a referida lei federal seria privativa do tribunal e não do Poder Executivo da União. O simples aumento do rol de competências do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios não altera em nada a sua estrutura orgânica e a divisão judiciária dessa corte de justiça. Por essa razão, não é aplicável, in casu, a regra de iniciativa privativa prevista no artigo 96, inciso II, "d", da Constituição Federal, que determina, verbis:

> Art. 96. Compete privativamente:
> [...]
> II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:
> [...]
> d) a alteração da organização e da divisão judiciárias

Constata-se, pois, que não houve qualquer vício de iniciativa em relação ao Projeto de Lei aprovado, convertido na Lei nº 9.868/99. Isto se aplica tanto em relação ao Supremo Tribunal Federal quanto no que se refere ao Tribunal de Justiça local, tendo em vista que o conteúdo do referido diploma legal não contém qualquer disposição que acarrete modificação na organização judiciária de tais órgãos.

Assim, afastam-se definitivamente alguns questionamentos levantados por ocasião da entrada em vigor da referida lei, no que respeita a sua própria compatibilidade em face da carta constitucional vigente. Resta demonstrada, pois, a constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.868/99, que efetivamente consolidou o controle concentrado de normas distritais no Distrito Federal.

Aliás, com a incorporação das normas relativas ao controle abstrato de constitucionalidade pela nova lei de organização judiciária do Distrito Federal e Territórios — Lei nº 11.697, de 13 de junho de 2008 — publicada no DOU de 16/6/2008, tal discussão encontra-se hoje prejudicada.

Resta observar, ainda, que o referido controle está limitado ao direito municipal, cuja matéria não é conhecida pela Suprema Corte Brasileira. Assim, por acumular as competências legislativas reservadas tanto aos Estados-membros quanto aos Municípios, consoante disposição do parágrafo 1º do artigo 32 da Constituição vigente, a constitucionalidade das leis distritais é passível de fiscalização de forma abstrata tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Tribunal de Justiça local, cada qual no âmbito de sua competência.

Desse modo, ao Supremo Tribunal Federal compete controlar o direito estadual do Distrito Federal frente à Constituição Federal. Ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios cabe o controle tanto do direito estadual como do direito municipal do Distrito Federal em face da Lei Orgânica, com a possibilidade de recurso extraordinário para a Corte Suprema na hipótese de a norma impugnada violar dispositivo de observância obrigatória pelas entidades federadas, expresso na Carta Constitucional e reproduzido na Lei Orgânica distrital.

Neste aspecto, ao examinar em detalhe o tema, GILMAR FERREIRA MENDES[4], em sua obra *Moreira Alves* e o Controle de Constitucionalidade no Brasil", destaca:

> Ora, se existem princípios de reprodução obrigatória pelo Estado-membro, não só a sua positivação no âmbito do ordenamento jurídico estadual, como também a sua aplicação por parte da administração ou do Judiciário estadual pode-se revelar inadequada, desajustada ou incompatível com a ordem constitucional federal.
>
> Nesse caso, não há como deixar de reconhecer a possibilidade de que se submeta a controvérsia constitucional estadual ao Supremo Tribunal Federal, mediante recurso extraordinário.
>
> [...]

---

[4] MENDES, Gilmar Ferreira. Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil. Págs. 100-103

> Não há dúvida, pois, de que será cabível o recurso extraordinário contra a decisão do Tribunal de Justiça que, sob pretexto de aplicar o direito constitucional estadual, deixar de aplicar devidamente a norma de reprodução obrigatória por parte do Estado-membro.
>
> É interessante notar que a decisão proferida em sede de recurso extraordinário no Supremo Tribunal que implique o reconhecimento da procedência ou da improcedência da ação direta proposta no âmbito estadual será igualmente dotada de eficácia erga omnes, o que ressalta uma outra peculiariedade dessa situação de inevitável convivência entre os sistemas difuso e o concentrado de controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

No mesmo sentido é o entendimento de Léo Ferreira Leoncy[5] , em seu livro"Controle de Constitucionalidade Estadual – As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro", *verbis:*

> Em qualquer dos casos descritos, as decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça seriam contrárias às normas compulsórias da Constituição Federal e, por isso, passíveis de correção
>
> perante o Supremo Tribunal Federal, pela via do recurso extraordinário.
>
> [...]
>
> Uma vez interposto o recurso extraordinário perante o presidente ou vice-presidente do Tribunal de Justiça (art. 541, CPC), será intimada a parte interessada — representada, conforme o caso, pelo autor da ação direta, o requerente, ou pela autoridade responsável pela elaboração da lei ou ato normativo objeto de impugnação, o requerido —, abrindo-se-lhe vista para apresentar contra-razões no prazo de 15 (quinze) dias (art. 542 c/c art. 508, CPC).
>
> Conclusos os autos para admissão ou não do recurso em decisão fundamentada (art. 542, § 1º, CPC), seguirão eles para o Supremo Tribunal Federal, desde que, por óbvio, restarem preenchidos os requisitos de admissibilidade do extraordinário (art. 543, CPC).
>
> [...]
>
> Em razão do efeito substitutivo do recurso extraordinário, a decisão do Supremo Tribunal acerca da legitimidade ou ilegitimidade do pronunciamento objeto de recurso assume os mesmos efeitos que a decisão substituída proferida perante o Tribunal de Justiça teria, dentre os quais a eficácia erga omnes.

---

[5] LEONCY, Léo Ferreira. Controle de Constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. Págs. 128-135.

Assim, garante-se ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de dar a última palavra no que se refere à interpretação da Constituição Federal.

4.3 A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios após a normatização da matéria

A aprovação da Lei nº 9.868/99 e posteriormente da nova lei de organização judiciária do Distrito Federal e Territórios — Lei nº 11.697, de 13 de junho de 2008, confirmou o entendimento adotado desde a propositura da primeira ação direta de inconstitucionalidade pelo Governador do Distrito Federal. O controle concentrado da constitucionalidade das normas distritais frente à Lei Orgânica do Distrito Federal vem se firmando como instrumento essencial à defesa dos direitos da população distrital.

A discussão acerca do conhecimento das ações diretas de inconstitucionalidade pelo Tribunal local mostra-se, atualmente, ultrapassada. Nos últimos anos, várias foram as leis do Distrito Federal que tiveram a sua aplicação suspensa liminarmente por decisão do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Entre os vícios de inconstitucionalidade mais freqüentes encontrados na legislação distrital e apontados na jurisprudência do tribunal destaca-se o vício de iniciativa. Tal vício se verifica, repetidamente, com a violação de um dos incisos do parágrafo 1º do artigo 71 da carta constitucional distrital, que reserva tão-somente ao Governador do Distrito Federal a competência legislativa para tratar de assuntos como a criação e o provimento de cargos, aumento de remuneração, regime jurídico dos servidores públicos distritais, entre outros. Em que pese essa limitação expressa na Lei Orgânica, não são raros os projetos de lei de iniciativa de deputados distritais que persistem em legislar sobre tais matérias, mas são posteriormente afastados pelo Poder Judiciário pela via do controle concentrado.

Outro dispositivo da Lei Orgânica afrontado reiteradamente é o que exige a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. Tal disposição, expressa na Constituição Federal e reproduzida no inciso II do artigo 19 da Carta do Distrito Federal, foi utilizada como principal fundamento para se declarar a inconstitucionalidade de diversas leis distritais.

Entre outras matérias que, segundo a Lei Orgânica do Distrito Federal, são

da iniciativa legislativa privativa do Governador do Distrito Federal estão a administração de imóveis públicos e o uso e a ocupação do solo. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios sobre estes temas se encontra pacificada e a ação direta tem constituído um importante instrumento na busca de uma ocupação ordenada do território do Distrito Federal.

Assim, a importância de cada decisão do Tribunal em sede de tais ações pode ser mensurada pela repercussão de cada julgamento, frequentemente veiculada pela imprensa local, haja vista os diversos interesses envolvidos em cada questão. Essa atuação eficiente do tribunal local no exercício do controle abstrato de constitucionalidade tem repercutido de forma bastante positiva nos meios políticos e jurídicos da comunidade brasiliense. A participação ativa do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios nesse processo de consolidação é hoje reconhecida pela sociedade, que com frequência encaminha questionamentos acerca da constitucionalidade de leis locais para o exame e eventual propositura da ação direta pelo Procurador-Geral de Justiça.

De janeiro de 2004 até o mês de novembro de 2009, só o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios ajuizou 329 ações diretas de inconstitucionalidade perante do Tribunal de Justiça, tendo questionado a constitucionalidade de 587 leis distritais. Mais de 100 outras ações diretas foram propostas pelo Governador do Distrito Federal no mesmo período, além de outras ações propostas por partidos políticos, sindicatos e outros entes legitimados.

Das leis questionadas pelo Chefe do Ministério Público, 430 já foram julgadas inconstitucionais pelo Conselho Especial do Tribunal local, sendo que, deste total, aproximadamente 70% delas possuíam o chamado vício de iniciativa.

Em dezembro de 2007, o Ministério Público ajuizou a sua primeira ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que apontou a omissão do Poder Executivo distrital na elaboração e encaminhamento à CLDF do projeto de lei complementar instituindo o Estatuto dos Servidores Públicos distritais, com as regras do seu regime jurídico.

Outro aspecto bastante positivo no que se refere às adaptações feitas após a

edição da Lei nº 9.868/99 refere-se à atualização do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O referido regimento desde então reserva aproximadamente 30 artigos para tratar do processo de controle abstrato de constitucionalidade de leis distritais, evidenciando ainda mais a importância do tema.

Nesse contexto, percebe-se que a entrada em vigor da Lei nº 9.868/99 fez gerar a solução mais adequada para a consolidação desse processo evolutivo, que culminou na efetiva adoção do controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos distritais em face da Lei Orgânica do Distrito Federal.

A nova lei de organização judiciária do Distrito Federa e Territórios — Lei nº 11.697, de 13 de junho de 2008 — publicada no DOU de 16/6/2008, incorporou as disposições sobre o controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Justiça local, tendo incluído, ainda, a ação declaratória de constitucionalidade. No mesmo sentido, fez-se em setembro de 2009 a atualização do Regimento Interno da Corte de Justiça local.

A conduta firme e coerente do Tribunal de Justiça local, que tem construído uma jurisprudência sólida em sede de controle de constitucionalidade, já começa a orientar a produção legislativa no âmbito do Distrito Federal e, em consequência, tem permitido o necessário aperfeiçoamento do ordenamento jurídico distrital.

Enfim, o que antes parecia uma atitude precipitada ou até mesmo ousada por parte do Tribunal local, hoje é reconhecido como uma postura corajosa e necessária frente à realidade existente à época. A evolução a que se assistiu nos últimos anos resultou dessa determinação do Poder Judiciário distrital em defender as disposições da carta constitucional do Distrito Federal, elaborada e aprovada pelos representantes do povo brasiliense.

5. A importância da instituição da Reclamação pela nova lei de organização judiciária do Distrito Federal e Territórios (Lei nº 11.697/2008)

A recente entrada em vigor da nova Lei de Organização Judiciária do Distrito

Federal e Territórios — Lei nº 11.697, de 13 de junho de 2008 — publicada no DOU de 16/6/2008, em seu artigo 8º, § 1º, visando suprir a lacuna existente, criou o instituto da Reclamação no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Justiça local em face da Lei Orgânica do Distrito Federal, a exemplo do que já ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, alínea "l", in fine, da CF/88).

Tal instrumento, mais expedito para assegurar a autoridade das decisões proferidas por essa Egrégia Corte de Justiça em sede de ação direta de inconstitucionalidade, restou assim instituído, *verbis:*

> AArt. 8º Compete ao Tribunal de Justiça:
> I – processar e julgar originariamente:
> [...]
> n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica;
> o) a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica;
> [...]
> § 1º O procedimento da reclamação das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade será regulado pelo Regimento
> Interno. (sem ênfases no original)

No mesmo sentido foi realizada em setembro de 2009 a atualização do Regimento Interno do Tribunal de Justiça local, *verbis:*

> Subseção II
> Da reclamação ao Conselho Especial
> Art. 132. Caberá reclamação do Procurador-Geral de Justiça ou da parte interessada na causa, para garantir a autoridade das decisões do Conselho Especial em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade.
> Parágrafo único. A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal sempre que possível.
> Art. 133. O relator requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias.
> Art. 134. O relator poderá determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado, ou a remessa dos respectivos autos ao Tribunal.

> Art. 135. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.
> Art. 136. O Ministério Público, quando não houver formulado a reclamação,terá vista do processo por cinco dias, decorrido o prazo para informações.
> Art. 137. Ao julgar procedente a reclamação, o Conselho Especial cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à observância de sua jurisdição.
> Art. 138. O Presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

Restou preenchida, dessa forma, importante lacuna existente na legislação vigente, que carecia de tal instrumento de garantia da autoridade das decisões proferidas pelo órgão especial do Tribunal de Justiça local.

Após a publicação da nova Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios, o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios apresentou em março de 2009 a primeira Reclamação ao Tribunal de Justiça local (RCL 2009.00.2.004290-7).

De forma semelhante ao ocorrido quando da propositura da primeira ação direta de inconstitucionalidade, o conhecimento desta primeira Reclamação também não ocorreu facilmente.

Após agravo regimental interposto pelo Ministério Público contra decisão monocrática que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, o Conselho Especial optou pelo seu recebimento e autuação como simples "Petição" (PET 2009.00.2.015175-5), haja vista ainda não ter sido feita, à época, a devida atualização do Regimento Interno do Tribunal de Justiça local. Eis a ementa do julgado, *verbis:*

> PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ORDINATÓRIOS DO DISTRITO FEDERAL - CONTRARIEDADE À DECISÃO PROFERIDA EM ADI - INICIAL INDEFERIDA POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO REGIMENTO INTERNO PARA O SEU PROCESSAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL - PROVIMENTO. FEITO RECEBIDO COMO PETIÇÃO.
> O juiz não pode invocar omissão da lei (ou regimento interno dos tribunais) para

> indeferir o processamento de pretensão deduzida (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). À míngua de classificação no RI, o pleito autoral deve ser autuado como petição, rendendo-se homenagem aos comandos hospedados no art. 5º, incisos XXXIV, "a", e XXXV, da Constituição Federal.
> Agravo regimental provido para que o feito seja autuado como petição. Maioria. (20090020042907RCL, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, Conselho Especial, julgado em 12/05/2009, DJ 07/10/2009 p. 129

Com a atualização do Regimento Interno do Tribunal de Justiça local feita em setembro de 2009, que passou a prever expressamente o rito processual a ser adotado, o uso de tal instrumento certamente não encontrará mais qualquer resistência, constituindo-se mais uma garantia dada ao cidadão.

Enfim, esta última novidade legislativa, bastante oportuna, deu completude ao sistema de normas aplicáveis no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade exercido pela referida Corte, conferindo ferramenta indispensável para assegurar a devida força normativa da Carta Política distrital.

5.1 A ampla legitimidade para a propositura da Reclamação

A importância do instituto da Reclamação para dar efetividade ao controle abstrato de constitucionalidade deriva, principalmente, da ampla legitimidade ativa própria de tal instrumento, passível de ser ajuizado por todo e qualquer interessado em ver prevalecente acórdão formalizado em sede do referido controle.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas, deu sinais de grande evolução no julgamento da questão de ordem em agravo regimental na RCL 1.880, em 23.5.2002, quando deixou assente o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento ao efeito vinculante das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Veja-se:

> QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE
> ATIVA. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade.
> Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido. (STF - Rcl-AgR 1880 / SP - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 07/11/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 19-03-2004 PP-00017. Sem ênfases no original.)

Tal entendimento restou pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como se pode ver da recente decisão, verbis:

> RECLAMAÇÃO - ACÓRDÃO PROFERIDO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - ADEQUAÇÃO. A jurisprudência do Tribunal mostra-se pacífica quanto à possibilidade de manuseio da reclamação para buscar-se a eficácia de acórdão prolatado em processo objetivo. Ressalva de entendimento pessoal. RECLAMAÇÃO
> - ACÓRDÃO PROFERIDO EM IDÊNTICA MEDIDA. Descabe formalizar a reclamação quando se almeja a observância de acórdão proferido por força de idêntica medida.

> LEGITIMIDADE - RECLAMAÇÃO - ACÓRDÃO PROLATADO EM PROCESSO OBJETIVO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em evolução, é no sentido de se admitir a legitimidade para reclamação de todo e qualquer interessado em ver prevalecente
> acórdão formalizado no controle concentrado de constitucionalidade. Ressalva de entendimento pessoal. RECLAMAÇÃO - ACÓRDÃO PROFERIDO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 598-7/TO - ALCANCE. Não há como vislumbrar desrespeito ao acórdão formalizado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 598-7/TO, cujo teor harmoniza-se com a glosa, em edital de concurso, de tratamento preferencial aos denominados Pioneiros do Tocantins. (STF - Rcl 2398 / TO - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 06/10/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 24-02-2006 PP-00007. Sem ênfases no original.)

É o que ensina João Miguel Coelho dos Anjos[6] , em artigo publicado na obra "Processo nos Tribunais Superiores", verbis:

> A par dos pressupostos processuais de existência e validade que a relação processual instaurada deve apresentar, a reclamação, enquanto ação judicial, demanda a coexistência de legitimidade ad causam, o interesse de agir e a possibilidade jurídica da demanda.
> [...]
> Além do Parquet enquanto custos legis, tem legitimidade para propositura da reclamação aquele que possua o direito público subjetivo de exigir que a prestação jurisdicional seja oferecida pela autoridade judiciária competente, nos termos constantes da Constituição da República, e que a decisão por ela proferida seja de fato cumprida.

Assim, ao estabelecer a legitimidade para a propositura da Reclamação "de todo e qualquer interessado em ver prevalecente acórdão formalizado no controleconcentrado de constitucionalidade", o Supremo Tribunal Federal prestigiou a utilização da Reclamação.

---

6 FÉRES, Marcelo Andrade. CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). Processo nos Tribunais Superiores. Pág. 45.

6. Conclusão

O grande desafio enfrentado pela doutrina constitucional moderna consiste em conciliar o desenvolvimento de instituições que defendam o interesse público em face das gigantescas organizações econômicas hoje existentes. A busca desse equilíbrio se apresenta como uma tarefa primordial para a conquista de um regime democrático em sua acepção mais abrangente, em que a dignidade humana e o exercício da cidadania sejam os principais fundamentos.

Nesse contexto é que desponta o controle abstrato da constitucionalidade das normas. Como instrumento eficaz de defesa da ordem jurídica, tem como objetivo primordial a defesa das disposições expressas na lei fundamental. Assim,é principalmente através desse mecanismo que a força normativa das cartas constitucionais se faz perceber, consolidando gradativamente o seu papel frente à sociedade.

No que se refere ao Distrito Federal, este jovem ente federativo teve tal mecanismo de proteção recentemente efetivado. Como mais um importante capítulo de sua evolução histórica, a instituição do controle abstrato da constitucionalidade de leis e atos normativos distritais em face da Lei Orgânica do Distrito Federal realiza a vontade do constituinte de 1988, expressa no artigo 125, parágrafo 2º, da referida carta constitucional.

A par dos pressupostos processuais de existência e validade que a relaçãoprocessual instaurada deve apresentar, a reclamação, enquanto ação judicial, demanda a coexistência de legitimidade ad causam, o interesse de agir e a possibilidade jurídica da demanda.

[...]

Além do Parquet enquanto custos legis, tem legitimidade para propositurada reclamação aquele que possua o direito público subjetivo de exigirque a prestação jurisdicional seja oferecida pela autoridade judiciária competente, nos termos constantes da Constituição da República, e que a decisão por ela proferida seja de fato cumprida.

Nesse contexto, merece destaque a postura segura do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, não obstante a ausência de expressa previsão legal, reconheceu a sua competência para exercer o referido controle e, assim, deu a devida proteção às disposições da carta constitucional do Distrito Federal,explicitando o seu importante papel no cenário local.

Com a edição da Lei nº 9.868/99, conferiu-se ao controle abstrato de constitucionalidade uma detalhada sistematização, especialmente no que se refere ao procedimento a ser adotado para o seu processo e julgamento. Ademais, instituiu-se definitivamente o referido controle no âmbito do Distrito Federal, ratificando-se, assim, o posicionamento adotado pela corte de justiça distrital.

Dada a natureza do Distrito Federal frente à federação brasileira e as peculiaridades decorrentes dessa realidade, a efetivação desse instrumento de proteção dos diplomas constitucionais em âmbito local, realizada pela via da referida lei federal, apresentou-se como a solução mais apropriada.

A adaptação do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios às disposições da Lei nº 9.868/99 feita à época, com a expressa previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, demonstrou claramente a tendência de consolidação local do controle abstrato de normas, nos mesmos moldes como realizado pela Suprema Corte na esfera federal.

Outro importante avanço ocorreu recentemente, com a entrada em vigor da nova Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios — Lei nº 11.697, de 13 de junho de 2008 — publicada no DOU de 16/6/2008. Isso porque, além de incorporar tais modificações legislativas, institui-se a Reclamação no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Justiça local em face da Lei Orgânica do Distrito Federal, a exemplo do que já ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, alínea "l", in fine, da CF/88).

Restou preenchida, dessa forma, importante lacuna existente na legislação vigente, que carecia de tal instrumento de garantia da autoridade das decisões

proferidas pelo órgão especial do Tribunal de Justiça local.

Enfim, a história da instituição do controle abstrato de normas no âmbito do Distrito Federal caminha para uma maturidade, após ultrapassados os seus primeiros anos de efetiva existência. O ajuizamento de mais de trezentas ações diretas de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nos últimos sete anos demonstra, de forma inequívoca, a importância do referido controle de constitucionalidade para o aperfeiçoamento da produção legislativa local e para a preservação da ordem jurídica no âmbito do Distrito Federal. Como instrumento de cidadania, será cada vez mais conhecido e difundido no contexto da realidade local. E os benefícios proporcionados por essa forma de fiscalização e controle darão a este jovem ente federativo as condições para ver a sua própria carta constitucional respeitada e considerada pelos agentes públicos e instituições que buscam o seu pleno desenvolvimento sócio-econômico e a necessária harmonia social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.).*Processo nos Tribunais Superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Vítor Fernandes. *O Controle de Constitucionalidade das Leis do Distrito Federal. Brasília:* Brasília Jurídica, 1999.

LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de Constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro.* São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Moreira Alves e *o Controle de Constitucionalidade no Brasil.* São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. *Contribuição a Teoria do Distrito Federal no Direito Constitucional Brasileiro. Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 224, ano 64, fascículos 784-786, out/dez. 1968.

NORMAS EDITORIAIS

1 Os artigos originais inéditos ou não enviados para publicação na Revista do MPDFT deverão ser submetidos a apreciação do Conselho Editorial responsável pela Revista.

2 A Revista reserva-se ao direito de propor eventuais alterações, devolver trabalhos que não seguirem as normas editoriais, e proceder à adequação dos artigos às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) - NBR 6022-, caso seja necessário.

3 O envio do artigo presumirá dada a autorização para sua publicação. Não serão devidos direitos autorais ou prestada qualquer remuneração autoral pela licença de publicação dos trabalhos na Revista.

4 As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

5 Os artigos devem ser apresentados contendo: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação acadêmica, instituição a qual pertença, principal atividade exercida, sumário do artigo, um resumo informativo de até 250 palavras, uma relação de palavras-chave - no máximo 7 (sete)-, texto do artigo e referências. Deve ter entre 15 e 40 laudas.

6 Os artigos deverão ser redigidos em fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5. Os parágrafos devem ser justificados, não devem ser usados recuos, deslocamentos, espaçamentos antes ou depois. O tamanho do papel deve ser A4, com margens de 3 cm do lado esquerdo e superior, e 2 cm do lado direito e inferior. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso do itálico, sem utilização do negrito ou sublinhado.

7 As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), apresentadas ao final do texto, organizadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda.

8 O sumário que precede o texto do artigo deverá ser numerado com as divisões do texto, que devem ser feitas em algarismos arábicos (NBR 6024), separada de cada divisão da outra por ponto e espaço. A introdução e a bibliografia não deverão ser numeradas.

9 As citações deverão seguir as normas da ABNT NBR 10520. Citações de mais de três linhas devem constituir um parágrafo com alinhamento justificado, espaçamento entre linhas simples, fonte tamanho 10, recuo de 4 cm da margem esquerda e sem aspas. As citações de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas e sem o uso de itálico.