

DOCTRINA

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FACE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Amanda Aleixo de Assis

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), pós-graduada em Direito Processual pela Universidade da Amazônia (UNAMA), Oficiala de Justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os atos de improbidade administrativa sob o enfoque da lei 8.429/92. 2.1 Linhas gerais. 2.2 Espécies de improbidade administrativa. 2.2.1 Atos que importem em enriquecimento ilícito. 2.2.2 Atos que causem prejuízo ao erário. 2.2.3 Atos que atentem contra os princípios da administração pública. 3. O Ministério Público no combate à improbidade administrativa. 3.1 Legitimidade do Ministério Público. 3.2 Competência. 3.3 Inquérito civil. 3.3.1 A não obrigatoriedade de instauração do inquérito civil prévio à ação de improbidade administrativa. 3.4 Ação civil de improbidade administrativa. 3.4.1 Da natureza coletiva da ação. 3.4.2 Medida cautelar na ação de improbidade administrativa. 3.4.3 Antecipação dos efeitos da tutela. 4. Conclusões.

1. Introdução

Com o advento da Carta Magna de 1988, o Ministério Público sofreu um alargamento de seus horizontes, passando a ter um perfil mais atuante, voltado para a defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade. Além de lhe competir, privativamente, o exercício da ação penal pública, o comando constitucional o incumbiu de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

O *Parquet* conquistou um lugar de destaque na Organização do Estado, estando inserido na Constituição Federal no seu Título IV, o qual trata da Organização dos Poderes, Capítulo IV, que regulamenta as Funções Essenciais à Justiça.

Longe de ser mero acusador criminal, e ao contrário de sustentar interesses individuais e dos governantes, o Ministério Público está consagrado com liberdade, autonomia e independência

funcional, à defesa dos interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, da ordem jurídica e do regime democrático de direito.

Em meio às inúmeras funções deste órgão, encontra-se inserido no art. 129, inciso III, da CF/88, o dever de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Tal dispositivo é um dos pilares do nosso tema, já que esse preceito constitucional dá legitimidade ao *Parquet* para atuar contra a improbidade administrativa.

O presente estudo tem por objeto discutir a atuação do Ministério Público no combate à improbidade administrativa. Essa é a nomenclatura técnica dada à corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica, revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e dos empregos públicos.

Será discutida a legitimidade do Ministério Público para propor a ação de improbidade administrativa, bem como o juízo competente para conhecer e julgar a mencionada ação. Será também debatida a questão da obrigatoriedade ou não da instauração de inquérito civil prévio à ação de improbidade, tendo em vista que esse instituto é instrumento de investigação exclusivo do Ministério Público e tem por objetivo a coleta de elementos probatórios para formação do convencimento do órgão ministerial sobre o ajuizamento de ação civil ou não. Também será discutida a natureza da ação que tem por objeto a declaração de ocorrência de ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, ou causa prejuízo ao Erário, ou atenta contra os princípios da Administração Pública.

A pesquisa que se apresenta se justifica pela sua extrema relevância, pois é cediço que é elevado o grau de improbidade que assola o país. Os malefícios causados por esse fenômeno são graves e inúmeros, podendo-se destacar as lesões ao patrimônio público, enriquecimento ilícito dos agentes públicos e/ou particulares, geração de conceitos deturpadores da administração, agente público e da impunidade, inversão de prioridades, comprometendo a eficiência da administração em prejuízo da coletividade e falta de credibilidade em relação aos ocupantes de funções públicas.

Desta feita, em face de esses prejuízos causados pela má gestão da coisa pública e do dinheiro público, faz-se mister que a improbidade administrativa seja efetivamente combatida, objetivo esse alcançável com a contribuição do Ministério Público, já que se trata de uma instituição fiscal por excelência e que possui os meios de prover um controle do Estado-Juiz perante as condutas administrativas suscetíveis de lesionar o Patrimônio Público ou de atentar contra os princípios constitucionais reguladores da Administração Pública.

2. Os Atos de Improbidade Administrativa sob o enfoque da Lei 8.429/92

2.1 Linhas gerais

Como é sabido, a preocupação com a probidade administrativa não é um fenômeno atual, tendo sido objeto dos mais variados dispositivos normativos. Essa evolução legislativa culminou em 2 de junho de 1992 com o surgimento da vigente Lei de Improbidade Administrativa, lei n.º 8.429/1992, a qual prevê de forma sistemática os sujeitos dos atos de improbidade administrativa, as espécies de atos, respectivas sanções e procedimento.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o dever de probidade administrativa de todos aqueles que lidam com a coisa pública. O artigo 37, § 4º, da Carta Magna, é o principal dispositivo constitucional no tocante a persecução da improbidade administrativa, *in verbis*:

Art. 37, § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A lei federal n.º 8.429/92, intitulada Lei de Improbidade Administrativa, mostra-se relevante pela razão de conferir ao Ministério Público os subsídios necessários para que exerça seu papel de perseguir aqueles que lesarem a coisa pública. Passa-se agora a analisar os atos de improbidade administrativa, segundo a mencionada lei.

2.2 Espécies de improbidade administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa elenca os atos que são considerados como de improbidade. Para diferenciá-los, ela traz um

enfoque na consequência desses atos, variando, assim, as sanções atribuídas a cada modalidade de ato.

Os atos de improbidade administrativa são divididos em três espécies: os que importam em enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Um dos pontos que a doutrina diverge é o que versa sobre a taxatividade ou não das hipóteses de atos de improbidade administrativa mencionadas nos artigos que tratam da matéria. A corrente que defende a taxatividade do rol traz como fundamento o fato de se tratar de apenação civil, devendo, portanto, ser taxativo para satisfazer ao princípio constitucional de que nenhuma punição haverá sem previamente estar definida e prevista na lei, aplicável a Direito Penal e, por analogia, aplicável também na esfera cível quando político-administrativo e administrativamente.

2.2.1 Atos que importem em enriquecimento ilícito

De antemão, é válido esclarecer que o nosso ordenamento jurídico não abarca nenhuma forma de enriquecimento ilícito, mormente no que tange à Administração Pública, uma vez que se está diante de coisa pública. O art. 9º da lei nº 8.429/92 regula os atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito.

A priori, é de suma importância salientar que nos afiliamos a vertente doutrinária que defende que o artigo em comento traz um rol exemplificativo de hipóteses. Isso por duas simples razões: a primeira, é que o *caput* do art. 9º traz a expressão “notadamente” com a qual se subentende possíveis outros casos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito, além dos mencionados na lei; a segunda, é que a própria dicção do artigo leva a essa conclusão, pois considera como espécie de improbidade administrativa toda conduta em que o agente público aufera qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida.

Desta feita, sempre que houver recebimento de vantagem indevida por parte de qualquer que atue no poder público se estará diante de um ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito.

Insta frisar que para configuração dessa espécie de improbidade administrativa são essenciais quatro fatores: que haja enriquecimento do agente, que se trate de agente público, nos termos do art. 1º, da lei em análise, ou de terceiro que do ato se beneficie, consoante arts. 3º e 6º, que haja recebimento da vantagem indevida e que haja relação de causalidade entre a vantagem recebida e o exercício da função.

2.2.2 Atos que causem prejuízo ao erário

Indubitavelmente, essa modalidade de improbidade administrativa prevista no art. 10, da lei nº 8429/92, é uma das que provocam as maiores indignações da sociedade, já que afeta o patrimônio público. Tendo em vista a *mens legis*, pode-se entender erário como o patrimônio, pecuniário ou não pertencente ao Estado, encontrando-se em seu poder ou de terceiro, ou ainda os valores repassados a terceiros sob qualquer forma de subvenção ou apoio estatal. A essa modalidade de improbidade também entendemos aplicável todas as considerações retro aduzidas acerca da exemplificatividade do rol de condutas.

Podem ocorrer casos em que não haja efetiva perda patrimonial, mas, como afirma Marcelo Figueiredo, casos em que a conduta do agente “ocasiona ‘malbaratamento’ dos haveres públicos, fruto de gestão ruim, agindo culposamente”, casos em que haverá lesão ao erário por conduta omissiva ou comissiva do agente, ainda que o nexo causal seja indireto. E segue o autor: “exatamente por isso, é necessária a análise global do fato, e sua adequada punição, tendo sempre em mente a proporcionalidade das previsões e suas consequências.”¹

São estabelecidos requisitos para que seja configurada essa espécie de ato de improbidade administrativa, quais sejam: necessidade de conduta ilegal do agente público, dando ao erário, conduta funcional dolosa ou culposa e nexo causal entre comportamento funcional e o dano patrimonial ao erário.

¹ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa – comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar**. São Paulo: Editora Malheiros, 1995, p. 49.

2.2.3 Atos que atentem contra os princípios da administração pública

A priori, deve-se esclarecer que o art. 11, o qual regula os atos atentatórios aos princípios da Administração Pública, deverá ser aplicado subsidiariamente aos arts. 9º e 10, já que os atos que importem em enriquecimento ilícito e os que causem dano ao erário são atos que contrariam os princípios da administração pública, em última análise. Dessa forma, vê-se que os arts. 9º e 10 deverão ser aplicados primeiramente em razão de sua especialidade, só sendo aplicado o art. 11 nas situações que não se enquadrem nos outros artigos.

A respeito da questão da taxatividade ou não do rol fixada neste artigo, a doutrina majoritária defende a sua exemplificatividade, pois os incisos do mencionado artigo deixam claro que se trata de um mero resumo dos princípios informadores da administração pública. É de relevância que se mencione ainda que o art. 11, da lei em estudo, irá tutelar não só os princípios constitucionais explícitos da administração pública, mas também os implícitos.

No tocante ao princípio da legalidade, elencado no art. 11, é válido esclarecer que nem sempre que se inobserva a legalidade, estar-se-á diante de ato de improbidade administrativa, já que é necessária para a sua configuração a vontade do agente público de infringir a norma legal. Não se pode generalizar toda conduta ilegal como improbidade administrativa, pois para a conduta ser ímproba terá que atentar contra a moralidade.

Apesar de a lei não ter conceituado precisamente os atos que podem ser tidos como de improbidade, tendo apenas elencado as três espécies distintas de improbidade administrativa, o aplicador do direito deverá não só verificar se o ato alcançou os resultados indicados na lei (arts. 9º e 10 da lei nº 8.429/92), mas também se o agente deliberadamente pretendeu violar o direito e alcançar resultados proibidos (art. 37, §4º, da CF/88; art. 11, da lei nº 8.429/92).

Como se vê, tanto a Constituição Federal, como a legislação infraconstitucional exigem como elemento do tipo improbidade administrativa a intenção de praticar uma ilegalidade. Elemento subjetivo é, portanto, requisito inafastável para a tipificação da

conduta punível. A vontade do agente, o fim por ele almejado, é fundamental para a caracterização do ato de improbidade.

Deve-se também mencionar que não é necessária a consequência material, dano ou enriquecimento ilícito, em relação aos atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública. Isso ocorre porque, como já mencionado, trata-se de um dispositivo subsidiário só sendo aplicado se não for o caso de enriquecimento ilícito ou dano ao erário.

Ademais, preceitua o art. 21, I, da Lei de Improbidade Administrativa, que a aplicação das sanções independem de dano, o que somente pode ser aplicado ao art. 11, vez que em havendo dano será punido na forma do art. 10.

3. O Ministério Público no combate à improbidade administrativa

3.1 Legitimidade do Ministério Público

A legitimidade do Ministério Público para a persecução da improbidade administrativa provém da própria Constituição Federal em seu art. 129, III, o qual estabelece que o *Parquet* deverá zelar pelo patrimônio público.

Apesar dessa expressa disposição constitucional houve alguns autores que questionaram essa legitimidade da instituição. A corrente que defende essa tese argumenta no sentido de que o art. 129, IX, da CF/1988, veda à instituição a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Ocorre que essa corrente doutrinária utilizou uma forma de interpretação que fez prevalecer absolutamente um dispositivo sobre o outro, não tendo se preocupado em harmonizá-los.

Com efeito, o dispositivo constitucional que atribui ao Ministério Público a promoção de inquérito civil e ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social é norma jurídica, devendo, portanto, ter um mínimo de eficácia, conforme o princípio hermenêutico da máxima eficácia.

Desta feita, não se pode simplesmente deixar de aplicá-lo porque outro dispositivo dispõe ser vedado ao *Parquet* a representação jurídica e a consultoria jurídica a entidades públicas. Em verdade, o Ministério Público adquiriu uma nova face com a Constituição de

1988, tendo deixado de ser subordinado ao Poder Executivo, não podendo mais representá-lo, entretanto, ganhou inúmeras outras atribuições, dentre elas a do art. 127, da CF/1988, qual seja a de defender os interesses sociais indisponíveis, representando agora não mais o Estado, e sim a sociedade, que tem interesse em ter um governo honesto.

Ademais, o próprio art.129, III, da CF/1988, atribui ao Ministério Público a função de proteger “outros interesses difusos”. Daí decorre a conclusão de que o patrimônio público, colocado no mesmo inciso, é um interesse difuso, podendo, portanto, o *Parquet* perseguir os agentes ímprobos uma vez que a defesa do patrimônio público é interesse difuso.

Acerca dos interesses difusos, Hugo Nigro Mazzilli² leciona que “em vista de sua destinação, o Ministério Público está legitimado à defesa de quaisquer interesses difusos, graças a seu elevado grau de dispersão e abrangência, o que lhes confere conotação social.”

Apesar de não ser necessária previsão expressa em sede infraconstitucional para que o *Parquet* pudesse tutelar a probidade administrativa, a lei nº 8.429/92 previu expressamente a legitimidade dessa instituição para a propositura de ação de improbidade administrativa no seu art. 17, de forma que dirimiu qualquer espécie de dúvida que pudesse ainda haver.

3.2 Competência

Sendo a jurisdição una e indivisível, pois expressão do poder estatal, imprescindível é a existência de organização no seu exercício. A competência surge, então, como a quantidade de jurisdição, em abstrato, atribuída a cada órgão da estrutura do judiciário.

O estudo da competência é de suma importância, mormente no que tange à ação de improbidade administrativa. A lei nº 10.628/2002 que alterou o art. 84 do decreto-lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal) passou a admitir a aplicabilidade do foro por prerrogativa de função no âmbito da ação de improbidade administrativa, ou seja, a mencionada ação deveria ser proposta perante o tribunal competente

² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 93-94.

para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.

Ocorre que essa modificação do Código de Processo Penal gerou uma incansável discussão na doutrina acerca da sua constitucionalidade, uma vez que o legislador infraconstitucional não poderia alterar o mencionado código para estabelecer competência originária de tribunal para conhecer e julgar ação civil de improbidade administrativa, isto é, não pode qualquer lei ordinária aumentar nem diminuir competência da Corte Suprema³. Apenas com o julgamento da ADIN nº 2.797 e da ADIN nº 2.860 foi findo esse debate, tendo as mesmas sido julgadas procedentes, ou seja, foi declarada a inconstitucionalidade da lei nº 10.628/2002, que acresceu o §1º e §2º ao art. 84 do CPP.

Se o agente ímprobo pertencer eventualmente aos quadros da União, autarquia federal ou empresa pública federal a competência será da Justiça Federal em razão da necessária participação da pessoa jurídica interessada, caso esta não seja a própria autora da demanda, conforme o §3º, do art. 17, da lei nº 8.429/92, e inciso I, do art. 109, da Carta Magna. Apesar de não haver disposição expressa no art. 109, I, da CF/88, a doutrina e a jurisprudência entendem que as fundações públicas instituídas pelo poder público federal também são de competência da Justiça Federal.

Apesar também de a Constituição não ter sido expressa na atribuição de competência da Justiça Federal para julgar ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de pessoas não enquadradas no mencionado dispositivo

³ Seguem essa mesma orientação: MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. 2 ed. Atlas, 2003, p. 2.681-2.683; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. RT, 1994, p. 120-130; MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil**. Saraiva, 1999, p. 83-84; FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. 3 ed. Malheiros, 1998. p. 91; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. Saraiva, 2001, p. 318-321; PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Atlas, 2002, p. 173-175; DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. Malheiros, 2004, p. 558.

constitucional, entende-se que a Carta Magna propicia a caracterização da mencionada competência.

Neste sentido, Araújo Filho⁴ ressalta que “não nos parece possível, porém, que o Ministério Público Federal atue ação, o Ministério Público está legitimado à defesa de quaisquer interesses difusos, graças a seu elevado grau de dispersão e abrangência, o que lhes confere conotação social.”

Ademais, de acordo com a divisão constitucional do *Parquet*, consoante o art. 128 da Constituição da República, entende-se que cada ramo da instituição está vinculado à respectiva Justiça⁵, excepcionando-se a Justiça Eleitoral, a qual tem natureza híbrida, apesar de ser Justiça da União, justificando-se, assim, a atuação do Ministério Público Estadual nas zonas e juntas eleitorais e do Federal nos tribunais.

Vencida a questão da justiça competente para apreciar a ação, é de fundamental importância verificar a competência territorial. Verifica-se aqui uma divergência na doutrina, uma vez que alguns autores defendem que o juízo competente seria o do domicílio do réu, conforme regra geral de competência estatuída no Código de Processo Civil. Já outra corrente em sentido contrário entende que a lei nº 8.429/92 não tem regra específica no tocante a esse tema, motivo pelo qual seria aplicável o art. 2º, da lei nº 7.347/85, uma vez que a ação de improbidade administrativa tem natureza de ação coletiva, sendo, portanto, aplicáveis subsidiariamente as leis 7.347/85 e 8.078/90. Logo, pode-se dizer que para essa segunda corrente doutrinária a ação

⁴ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 217-218.

⁵ “Parece-me, contudo, que é uma decorrência lógica da organização constitucional e natural do MP que o MPF deverá atuar perante a Justiça Federal e o MP dos Estados deverá atuar perante o Poder Judiciário dos Estados-membros.” ANTUNES, Paulo de Bessa. “O papel do Ministério Público na ação civil pública.” **Revista da Procuradoria-Geral da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 4, 1993, p. 126.

deve ser proposta no local onde ocorreu ou deveria ter ocorrido o evento danoso.⁶

Diante da natureza da ação, a competência do juízo para conhecer da ação será cível, podendo a legislação de organização judiciária fixar competência de vara da fazenda pública, quando for parte pessoa de direito público.

3.3 Inquérito civil

Tendo o Ministério Público legitimação para intentar a ação de improbidade administrativa, deve investigar os fatos narrados, podendo, então, tomar várias atitudes. O art. 22, da lei nº 8.429/92, admite a requisição de abertura de inquérito policial, quando a conduta possibilitar crime de ação pública, ou ainda a requisição de instauração de procedimento administrativo.

Apesar de a lei de improbidade administrativa não ter mencionado a instauração de inquérito civil, a mesma é admitida, uma vez que, como já visto, o art. 129, III, da CF/88, autoriza a utilização desse instrumento pelo *Parquet*, além do que há também previsão legal do inquérito civil na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

O inquérito civil surgiu tendo como base o inquérito policial, já que se fazia necessário na área não penal a existência de um mecanismo de investigação administrativa para apurar fatos que pudessem embasar sua iniciativa nas diversas áreas de sua atuação. Entretanto, ambos os institutos não se confundem.

O inquérito policial encontra-se regulamentado nos arts. 4º e seguintes, do Código de Processo Penal, já o inquérito civil, nos arts. 8º e 9º, da LACP. O inquérito policial cuida da apuração de infrações penais para servir de base à denúncia, já o inquérito civil apura lesões a interesses metaindividuais para embasar a ação civil pública. Quem preside o inquérito policial é a autoridade policial, já a presidência do inquérito civil cabe ao membro do Ministério Público. Por fim, no inquérito policial, o Promotor de Justiça apenas requer o seu arquivamento, sendo o Juiz quem o determina, com possibilidade de

⁶ Nesse sentido: GARCIA, Emerson, PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 581; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Op. cit., 2001, p. 318; PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit., 2002. p. 173.

reexame da promoção de arquivamento pelo Procurador-Geral de Justiça. No inquérito civil, o Promotor de Justiça é quem propriamente determina o seu arquivamento e sempre há o obrigatório reexame pelo Conselho Superior do Ministério Público, independentemente de provocação ou de requerimento.

Como se vê, o inquérito civil tem como fim a colheita de elementos de convicção para que o Ministério Público possa identificar ou não a hipótese em que a lei exige sua iniciativa na propositura de ação civil pública. Deve-se deixar claro que o *Parquet* é o único ente legitimado para instaurar inquérito civil, mesmo os co-legitimados para propor ação civil pública não estão autorizados para utilizar esse mecanismo de investigação.

3.3.1 A não obrigatoriedade de instauração do inquérito civil prévio à ação de improbidade administrativa

Questão bastante tormentosa na doutrina é a da obrigatoriedade ou não do inquérito civil antes da propositura da ação de improbidade administrativa. Os entendimentos acerca dessa questão divergem diametralmente.

Wallace Paiva Martins Júnior é um dos defensores da não obrigatoriedade de instauração do inquérito civil, vejamos:

frise-se que o inquérito civil, o inquérito policial e o procedimento administrativo são meras faculdades, dispensáveis e prescindíveis, se o Ministério Público possuir elementos probatórios da convicção da prática de improbidade administrativa, como depoimentos, documentos, laudos, enfim, provas lícitas. A ação civil pública de improbidade administrativa de modo algum subordina-se à prévia conclusão ou instauração de inquérito civil, policial ou procedimento administrativo.⁷

Nesse mesmo sentido, encontramos o posicionamento de renomados autores, dentre eles destaca-se Hugo Nigro Mazzilli, o qual doutrina:

embora normalmente seja o inquérito civil muito útil para colher elementos aptos à propositura da ação civil pública, não é ele indispensável para isso. O inquérito civil pode ser dispensado em várias hipóteses, como em caso de: a) urgência (como no ajuizamento de medida

⁷ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Op. cit., 2001, p. 321.

cautelar); b) existência previa de peças de informação suficientes (documentos extraídos de outros autos; processo administrativo; autos ou peças recebidas do tribunal de contas etc).⁸

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça também se coaduna com o acima mencionado:

EMENTA: PROCESSO CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA PARA TRANCAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA, POR ATO DE IMPROBIDADE:

1. Carência de ação por falta de interesse.
2. No curso da ação civil será produzida a ampla defesa e observado o contraditório.
3. **O inquérito civil que pode ou não anteceder a ação civil é informal e unilateral, porque se destina a recolher provas, tão-somente.**
4. Recurso ordinário improvido.

(STJ – 2ª Turma. RMS 11537 / MA. Decisão: 06/02/2001. DJ: 29.10.2001 p. 190. Relatora: Ministra Eliana Calmon – grifos nossos).

Em sentido oposto, defendendo a obrigatoriedade da instauração do inquérito civil, leciona Adilson Abreu Dallari:

aplicando-se tais ensinamentos à competência para a instauração de inquérito civil, fica espantosamente claro que isso não pode ser tomado como uma prerrogativa pura, como mera faculdade, como questão de foro íntimo, como matéria totalmente submetida ao puro arbítrio do membro do Ministério Público.⁹

Seguindo essa mesma linha, acerca do poder investigatório do Ministério Público, José Emmanuel Burle Filho discorre:

como todo poder, é um poder-dever e assim não pode deixar de ser exercido. Todavia, como é óbvio, em nome e na defesa desses mesmos valores, esse poder não deve transformar-se em instrumento de devassa, porém em instrumento para a investigação e a apuração de elementos

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. “Questões controvertidas sobre o inquérito civil.” **Funções institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 405.

⁹ DALLARI, Adilson Abreu. “Obrigatoriedade de realização de inquérito civil.” **Revista Diálogo Jurídico**, a. 1, vol. 1, nº 9, dez. 2001, p. 8.

e fatos necessários para a promoção de ação pública, civil ou penal, para a proteção do patrimônio público e social e de interesses difusos e coletivos.¹⁰

É de suma importância restar claro que o que se deve refutar é a idéia de instauração do inquérito civil como condição de procedibilidade da ação de improbidade administrativa, ou seja, não se deve retirar do princípio da obrigatoriedade a conclusão equivocada de que seria imprescindível a instauração do inquérito civil antes da propositura da ação em comento.

O que se faz obrigatório para o *Parquet* é a apuração dos supostos atos de improbidade; utilizando-se, na maioria das vezes, do inquérito civil como mecanismo de investigação que é. No entanto, pode ocorrer de o Ministério Público já ter em mãos os elementos necessários à formação de sua convicção, não havendo, logicamente, razão alguma para se exigir instauração do inquérito civil, pois só seriam reproduzidos os elementos já obtidos, o que demonstraria exacerbado formalismo.

Desta feita, afiliamo-nos à tese de que em havendo elementos probatórios suficientes que comprovem a convicção da realização de ato de improbidade administrativa, em especial no tocante à autoria e ao fato ilícito, não se faz necessária a instauração do inquérito civil, uma vez que não haveria mais que se falar em investigação.

Importante ressaltar que o que se está defendendo aqui não é a propositura de ações de improbidade temerárias, despropositadas, pois elas não se encontram respaldadas em elementos probatórios suficientes, e podem levar um indivíduo à situação desagradável de figurar no pólo passivo de ação perfeitamente evitável. Deve-se utilizar de bastante cautela no manejo da ação de improbidade administrativa, a fim de que a mesma não se torne instrumento de abuso de poder.

No que tange a essas ações de improbidade temerárias, levianas alguns autores defendem a aplicação em relação ao Ministério Público do art. 37, §6º, da Constituição Federal, o qual estabelece a

¹⁰ BURLE FILHO, José Emmanuel. "Principais aspectos do inquérito civil, como função institucional do Ministério Público." **Ação Civil Pública**, coordenador: Édis Milaré. São Paulo: RT, 1995, p. 321- 322.

responsabilidade patrimonial da Administração Pública por danos causados por seus agentes.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que só será admitida a responsabilização de membro do Ministério Público se se admitir a tese de que o art. 37, § 6º, da CF/88, é aplicável mesmo aos casos de atuação dos agentes políticos.

Agentes políticos são aqueles que exercem funções governamentais, judiciais ou quase-judiciais, que possuem plena liberdade funcional e desempenham suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, mormente previstas na Constituição¹¹, incluídos, nesta classe, os representantes do Ministério Público, Juízes etc.

Em segundo lugar, a atividade administrativa exercida pela autoridade judicial está abarcada pelo art. 37, § 6º da CF/88, uma vez que nestes casos o juiz (e mesmo o Ministério Público em seus misteres administrativos) age como uma autoridade administrativa. Sobre a responsabilidade dos atos administrativos judiciais, não há discrepância na doutrina:

como todo Poder do Estado, o Judiciário produz inúmeros atos de administração além daqueles que correspondem efetivamente a sua função típica. São, portanto, atos administrativos, diversos dos atos jurisdicionais, estes peculiares ao exercício de sua função.

No que concerne aos atos administrativos, incide normalmente sobre eles a responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que, é lógico, presentes os pressupostos de sua configuração. Enquadram-se aqui os atos de todos os órgãos de apoio administrativo e judicial do Poder Judiciário, bem como os praticados por motoristas, agentes de limpeza e conservação, escrivães, oficiais cartorários, tabeliães e, enfim, de todos aqueles que se caracterizam como agentes do Estado.¹²

Aqueles que defendem a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais argumentam no sentido de que no exercício da atividade

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25 ed. São Paulo, Malheiros, 2000.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005, p. 440.

jurisdicional, o juiz, diante de tão sublime função, não pode exercê-la sem cuidados, levemente. Não é permitido decretar prisões ou processos kafkanianos a bel-prazer. Por isso, o ordenamento jurídico impõe limites à atuação jurisdicional, quando, no art. 133 do CPC, impõe a reparabilidade do ato judicial, quando praticado por dolo ou fraude ou quando houver recusa, omissão ou retardamento, sem motivo, de providência que o juiz deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Portanto, se houve, por parte do juiz, intenção de perseguição, ou clara falta de processamento do feito, ou erro grave na aplicação da lei, com vistas a provocar intencionalmente um prejuízo, os defensores dessa tese afirmam que haverá a configuração de dano a ser reparado.

Os doutrinadores pertencentes a essa corrente dizem o mesmo com relação à atividade desenvolvida pelo Ministério Público. Na Lei Orgânica do Ministério Público da União, o uso indevido de informações e documentos que requisitar, bem como a falta injustificada e o retardamento indevido ao cumprimento de suas requisições, implicarão civil e criminalmente o membro do Ministério Público (art. 8º, §§ 1º e 3º, da LC 75/93), numa regra que faz lembrar, *mutatis mutandis*, aquela inscrita no art. 133, II, do CPC. Antes disto, o art. 85, do CPC, comina a mesma responsabilidade descrita no art. 133, I, aos representantes do Ministério Público, para essa corrente.

É unânime na doutrina que a responsabilidade civil do Ministério Público em razão, exclusivamente, de seu ato opinativo ou do exercício regular na condução da ação penal não sobrevive. Somente é discutido doutrinariamente a responsabilidade caso provada a má-fé ou culpa grave. Mesmo os atos meramente culposos não ensejam responsabilidade no campo civil. Pensamento da doutrina neste campo:

nessa linha de raciocínio tem-se que os membros do Ministério Público podem ser responsabilizados pessoalmente pelos atos que pratiquem no exercício de seu *munus* ou funções típicas, quando procedam com dolo ou fraude, embora Pontes de Miranda tenha obtemperado que, inobstante o art. 85 do CPC não tenha falado, como o fez o art. 133, I com relação aos juízes, da 'recusa, omissão ou retardamento', sem justo motivo, de providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte (art. 133, II), a interpretação desse art. 85 não deve dar oportunidade a que se reduza a pouquíssimos casos os de

responsabilidade civil dos órgãos dessa instituição (Comentários ao CPC, vol. II, p. 147-148). Pensamos – *de lege lata* – que os atos meramente culposos praticados pelo órgão do Ministério Público no exercício das funções empenham apenas a responsabilidade direta e objetiva do Estado, sob o aspecto civil, sem prejuízo, como ressuma evidente, das providências disciplinares cabíveis, pelo órgão censório do *Parquet*.¹³

Um dos defensores da tese oposta à acima analisada é o prof. Hugo Nigro Mazzilli¹⁴, o qual extirpa da responsabilidade prevista no art. 37, § 6º, da CF/88, os agentes políticos, estando incluídos os Juízes, os membros do Ministério Público etc.

No campo da jurisprudência, é raro encontrar julgado específico sobre confirmação de responsabilidade do Ministério Público em decorrência de casos de erro grave ou má-fé. Na sua maioria, as decisões dizem respeito tão-somente à responsabilidade decorrente de atos judiciais, mormente a de erro judiciário.

3.4 Ação civil de improbidade administrativa

Realizada a apuração do ato ímprobo e estando o Ministério Público convicto que ocorreu ato de improbidade administrativa, ele irá promover a respectiva ação para que o patrimônio público seja recomposto e os agentes sejam punidos.

Como é sabido, para que o processo possa ser levado a um provimento final de mérito é preciso que preencha alguns requisitos chamados de condições da ação. A doutrina enumera três condições da ação: legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. A ausência de qualquer delas leva à prolação de sentença que não contém resolução de mérito da causa.

Vejamos os ensinamentos de Alexandre Freitas Câmara no que tange ao interesse de agir:

não basta, porém, que a ida a juízo seja necessária para que o interesse de agir esteja presente. É mister, ainda, que haja o interesse-adequação, ou seja, é preciso que o demandante tenha ido a juízo em busca do

¹³ STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial**. 4 ed. São Paulo: RJ, 1999, p. 540.

¹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. 2001, p. 511-512.

provimento adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem narrada por ele na petição inicial, valendo-se da via processual adequada.¹⁵

Desta feita, vê-se quão importante é a escolha do tipo de ação a ser proposta, já que a via processual tem que ser adequada ao que se busca com a ação. Por esse motivo, faz-se imprescindível o que agora iremos estudar.

Antes de adentrarmos no mérito da questão aqui em estudo, é preciso que sejam feitas algumas ressalvas acerca das denominações “ação civil de improbidade administrativa” e “ação civil pública”, as quais são objetos de muitas críticas.

A expressão “ação civil pública” é muito discutida pela doutrina, haja vista que o direito de ação é o direito público subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional, logo, toda ação é pública e contra o Estado.

Com efeito, não se pode afirmar também que a ação civil pública é qualificada como pública em razão dos seus legitimados ativos, pois, como se sabe, há legitimados que têm natureza privada. Ainda assim, há quem defenda o emprego da terminologia apenas para as ações ajuizadas pelo Ministério Público.¹⁶ Todavia, entendemos que o fato de a Constituição Federal estabelecer que seria função institucional do *Parquet* “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III), isso não significa que o constituinte estipulou uma exclusividade terminológica para a instituição, logo, entendemos não ser essa a solução mais razoável para o emprego dessa nomenclatura.

Alguns doutrinadores apontam ainda que o adjetivo “pública” decorre do largo espectro social que caracteriza essa ação, a qual protege interesses metaindividuais¹⁷, sendo essa, a nosso ver, a melhor orientação. Portanto, a ação, ainda que civil, deve ser considerada pública, pois tem por objeto a tutela de interesses dessa natureza. Nesse sentido Rodolfo de Camargo Mancuso:

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol I. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005, p. 128-129.

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. 2001, p. 65-66.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., 1995, p. 3.

então, parece que se deve desfocar o critério que permite caracterizar essa ação como 'pública': passando do aspecto concernente à legitimação ativa (já que o Ministério Público, parte pública, não é o legitimado exclusivo), para o aspecto respeitante ao seu objeto: a proteção de interesses metaindividuais, relativos ao meio ambiente, patrimônio cultural, consumidores.¹⁸

Acerca da denominação "ação civil de improbidade administrativa", alguns autores entendem ser inadmissível denominação de ação com base no direito subjetivo material, tendo em vista a consolidação da autonomia do direito de ação¹⁹. Já outros defendem que a ação de improbidade administrativa pode ser deduzida em ação civil pública, não havendo discordância entre essas duas modalidades. Nesse sentido, leciona Rogério Pacheco Alves:

como visto, é cabível o manejo da ação civil pública no campo da improbidade, incidindo as regras processuais previstas na Lei nº 7.347/85 por ser tutela do patrimônio público um interesse difuso, constatação que serve de pólo metodológico à solução de intrincadas questões processuais no campo de que ora nos ocupamos. Sem prejuízo, evidentemente, da aplicação das regras processuais contidas na própria Lei nº 8.429/92 que, a nosso juízo, em momento algum se põem em choque com a norma com tida na Lei da Ação Civil Pública.²⁰

Alguns outros autores, como Marino Pazzaglini Filho, não admitem a utilização da expressão ação civil pública em referência à ação regulamentada pela lei nº 8.429/92, vejamos o que leciona o mencionado autor:

em geral, é intitulada ação civil pública (qualificação majoritária), ação de responsabilidade civil ou, simplesmente, ação civil de improbidade administrativa. Parece-me menos adequada a denominação ação civil pública, pois tradicionalmente designa a ação, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, de responsabilidade por danos morais

¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural, e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 8 ed. São Paulo: RT, 2002, p.17.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. "Vocabulário de Direito Processual." **Fundamentos do processo civil moderno**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 117-119.

²⁰ ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 523-528.

e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (v.g., defesa das pessoas portadoras de deficiência, das crianças e adolescentes, dos investidores no mercado de valores imobiliários); e por infração da ordem econômica e da economia popular, enquanto a tutela do interesse difuso da probidade administrativa é regida pela LIA, que apresenta procedimento especial e objetivo diverso daquela.²¹

Deve-se dizer que longe se está de uma uniformização na doutrina nesse ponto, tendo os Tribunais admitido as duas modalidades: ação civil pública e ação civil de improbidade administrativa (ou ação de improbidade administrativa). Importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça vem se mostrando favorável ao uso da denominada ação civil pública para repressão da improbidade administrativa.²² Vejamos a seguinte decisão nesse sentido:

PROCESSUAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (L.8.429/92) - ARRESTO DE BENS - MEDIDA CAUTELAR - ADOÇÃO NOS AUTOS DO PROCESSO PRINCIPAL - L. 7.347/85, ART. 12.

1. O Ministério Público tem legitimidade para o exercício de ação civil pública (L. 7.347/85), visando reparação de danos ao erário causados por atos de improbidade administrativa tipificados na Lei 8.429/92.

2. A teor da Lei 7.347/85 (art. 12), o arresto de bens pertencentes a pessoas acusadas de improbidade, pode ser ordenado nos autos do processo principal."

²¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit. 2002, p. 161-162.

²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Reclamação nº 591/SP, Corte Especial, rel. Min. Nilson Naves. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: STJ, ano 13, nº 137, janeiro, 2001, p. 17-60; ALMEIDA, João Batista de. "Adequação da ação e combate à improbidade administrativa", in: SAMPAIO, José Adércio Leite *et al* (Org.). **Improbidade administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 141-143, com citação de outros julgados do Superior Tribunal de Justiça; e ALVES, Rogério Pacheco. Op cit. 2002, p. 525-528.

(STJ – 1ª Turma. Resp 199478 / MG. Decisão: 21/03/2000. DJ: 08.05.2000 p. 61. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros – grifos nossos).

O que realmente se mostra de suma relevância é saber se a mencionada ação de improbidade tem natureza coletiva e se é possível a aplicação dos dispositivos das leis 7.347/85 e 8.078/90, o que será analisado no próximo tópico.

3.4.1 Da natureza coletiva da ação

A ação de improbidade administrativa é enquadrada como ação coletiva, uma vez que serve para a tutela de interesses metaindividuais de pessoas indeterminadas integrantes da sociedade, protegendo não somente o patrimônio público,²³ mas também a probidade administrativa.

Sendo a moralidade um valor socialmente difundido e, portanto, pertencente a toda a sociedade,²⁴ não se tem como deixar de enquadrar a tutela da probidade como proteção a interesse igualmente difuso, já que de natureza transindividual e com objeto incindível. Ambas encontram-se visceralmente ligadas, sendo a probidade também um valor protegido constitucionalmente.²⁵

A ação civil de improbidade administrativa, como modalidade de ação coletiva, serve para tutelar o interesse de um número indeterminado de pessoas que não se encontram aptas a vir a juízo protegê-lo, sendo-lhe aplicável supletivamente os instrumentos e a disciplina previstos na lei nº 7.347/85 e, por força de seu art. 21, no título III, da lei nº 8.078/90, até mesmo em virtude da lacônica regulamentação realizada pela lei nº 8.429/92, no que se referê ao aspecto processual.

A diferenciação procedimental não é obstáculo à aplicabilidade supletiva da disciplina prevista nas leis 7.347/85 e 8.078/90, diante do

²³ ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit, 2002, p. 524-526.

²⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Op. cit, 2001, p. 90.

²⁵ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Idem. p. 93, destacando o autor que “a proteção jurídica brasileira dos interesses metaindividuais abrange a tutela da moralidade e da probidade administrativas. A moralidade administrativa é considerada interesse difuso por excelência, cujo titular é a coletividade. A probidade, dever decorrente da moralidade, segue a mesma natureza (indivisibilidade e indisponibilidade) e tem a mesma titularidade”.

sistema interligado da tutela coletiva, viabilizando-se, desta feita, um adequado acesso à justiça e uma tutela jurisdicional efetiva.

3.4.2 Medida cautelar na ação de improbidade administrativa

A medida cautelar caracteriza-se pela sua instrumentalidade, pois serve à realização prática de outro processo; provisoriedade, porque tem duração temporal limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo; revogabilidade, pois não faz coisa julgada material; acessoriedade, já que sempre depende da existência ou da probabilidade de um processo principal e autonomia, pois ela apresenta fins próprios que são realizados independentemente da procedência ou não do processo principal.

A lei de improbidade administrativa prevê em seus arts. 7º, 16 e 20, parágrafo único, três medidas cautelares: indisponibilidade de bens do indiciado, seqüestro de bens e afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função.

Para que seja concedida a cautelar é preciso que sejam preenchidos dois requisitos: o *periculum in mora* (perigo da demora) e *fumus boni iuris* (fumo do bom direito). O primeiro diz respeito à imprescindibilidade de se comprovar a necessidade dessa medida de urgência em face de uma lesão que provavelmente deva ocorrer em decorrência da demora do processo. O segundo é a probabilidade de que o direito pleiteado exista e que justifica a sua proteção.

As cautelares devem ser propostas no juízo da ação principal quando forem preparatórias, em procedimento cautelar autônomo.²⁶ Nesse caso, a sua eficácia será cessada se o requerente não ingressar com a ação de improbidade correspondente dentro do prazo de 30 dias contados da data da sua efetivação.²⁷

Em que pese seja possível a utilização das cautelares previstas no Código de Processo Civil para os casos de improbidade administrativa²⁸, iremos estudar apenas as previstas na lei nº 8.429/92.

²⁶ Cf. art. 800, CPC.

²⁷ Cf. arts. 806 e 808, CPC, e art. 17, Lei nº 8.429/92.

²⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit., 2002, p. 157.

A indisponibilidade patrimonial será requerida pelo *Parquet*, mediante representação da autoridade administrativa responsável pelo procedimento administrativo instaurado para apurar a prática de ato de improbidade, podendo ser pleiteada também, sem que haja tal representação, pelo membro do Ministério Público que preside o inquérito civil.

Assim, deve ficar indisponibilizado o montante de bens aproximadamente correspondentes ao valor do suposto dano causado ao erário ou do aumento patrimonial resultante da atividade ímproba.

É importante deixar claro que a indisponibilidade de bens não é sanção, e sim cautelar preventiva, pois visa à preservação de bens aptos a garantir a reparação do dano.

Ademais, embora haja divergência na doutrina, entendemos que a indisponibilidade de bens não poderá alcançar bens adquiridos antes da prática do ato ímprobo quando for o caso de enriquecimento ilícito. Nesse sentido Marino Pazzaglini Filho:

de se ver que indisponibilidade de bens, na hipótese de enriquecimento ilícito, sem cogitação de lesão ao Erário, somente pode alcançar bens adquiridos posteriormente ao ato de improbidade administrativa imputado ao agente público ou terceiro. Contudo, na hipótese de lesão ao Erário, inexistente essa restrição, devendo a cautelar de indisponibilidade incidir sobre os bens (adquiridos anterior ou posteriormente à prática da improbidade) necessários para garantia a reparação integral dos prejuízos sofridos pelos cofres públicos. Há, nesse caso, apenas um impedimento, ou seja, não pode recair em bens adquiridos antes da vigência da LIA.²⁹

Nesse sentido, vem decidindo o E. Superior Tribunal de Justiça:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – Legitimidade – Ressarcimento de dano ao erário – Sequestro de bem adquirido antes do ato ilícito – Impossibilidade. Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao erário.

A Lei nº 8.429/92, que tem caráter geral, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só

²⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit. 2002, p. 158.

pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso. Recurso parcialmente provido' (Resp. nº 196.932/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU, 10-5-1999, p. 119).

Segundo disposição expressa da lei de improbidade administrativa, é cabível o seqüestro de bens e bloqueio de ativos do agente público ou de terceiro que em decorrência do ato ímprobo, praticado por ele, tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao erário.

Ocorre que o seqüestro, conforme conceito de Humberto Theodoro Junior³⁰ é “seqüestro é a medida cautelar que assegura futura execução para entrega de coisa e que consiste na entrega de bem determinado, objeto do litígio, para lhe assegurar entrega, em bom estado, ao que vencer a causa.”

Logo, pode-se dizer que houve um equívoco do legislador ao falar em seqüestro, o qual assegura futura execução entrega de coisa certa, devendo ter sido mencionado o arresto, o qual protege a futura execução por quantia certa. Apesar dessa falha legislativa, continua sendo aplicado esse instituto, vez que as cautelares previstas no CPC são aplicáveis na ação de improbidade administrativa.

O afastamento do agente público trata apenas de simples afastamento temporário do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, tanto na fase investigatória ou judicial, sem prejuízo da sua remuneração. Não se trata de perda de função.

Para que essa cautelar seja concedida faz-se mister restar comprovado, através de provas manifestas, que se o agente permanecer em exercício interferirá, como já está intervindo, na instrução do processo.

3.4.3 Antecipação dos efeitos da tutela

Como o art. 17, da lei nº 8.429/92, autoriza, a ação de improbidade administrativa segue o rito ordinário, podendo, portanto, utilizar os institutos do Direito Processual Civil. Desta feita, admite-se a aplicação do instituto da antecipação dos efeitos da tutela, previsto no art. 273, do CPC, em caso de improbidade administrativa.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. 2001, p. 413.

Nesse mesmo sentido Rodolfo de Camargo Mancuso³¹ "a antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273, conforme lei nº 8.952/94) é de ser aplicada à ação civil pública, já que esta tramita pelo procedimento *comum*, sobretudo ordinário, sendo-lhe *subsidiário* o Código de Processo Civil (art. 19 da lei nº 7.347/85)".

4. Conclusões

A Constituição Federal de 1988 foi elaborada no ápice de um movimento de abertura democrática do Brasil. Para que essa democracia se mostrasse efetivamente consolidada, fez-se mister tornar forte e independente o Ministério Público, de forma que pudesse defender as liberdades públicas, os interesses difusos e coletivos, o meio ambiente, o patrimônio público, as vítimas da violência e do colarinho branco e o próprio regime democrático de direito. Em suma, a Carta Magna ampliou as atribuições do *Parquet* e fez com que se tornasse um verdadeiro defensor da sociedade, bem como o relevou a um *status* jamais visto antes em qualquer Constituição.

A probidade administrativa na gestão do patrimônio público, que abrange não só os bens e direitos de valor econômico (erário), mas também de valor estético, histórico ou turístico, é espécie de interesse difuso, pois é bem de todos, indivisível, cuja violação afeta a sociedade como um todo. Por ser direito difundido socialmente, foi incumbido ao Ministério Público, como representante de toda sociedade que é, a sua proteção.

O *Parquet* opera a defesa desse relevantíssimo interesse difuso, consagrada a atribuição no art. 128, III, da Constituição da República, por intermédio de sua função de promoção do inquérito civil e ação civil de improbidade administrativa.

Acerca do inquérito civil diverge a doutrina no tocante a obrigatoriedade ou não de instauração do mesmo previamente à propositura da ação civil de improbidade administrativa. Aqueles que defendem a sua obrigatoriedade argumentam no sentido de que deve ser tido como condição de procedibilidade da mencionada ação, pois se trata de um poder-dever, não podendo deixar de ser exercido. Não

³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit. 2002, p.94.

nos afiliamos, no entanto, à mencionada tese, uma vez que o princípio da obrigatoriedade não pode ser desvirtuado. Obrigatória é a apuração dos fatos pelo *Parquet*, servindo para esse fim o inquérito civil. Se, entretanto, o Ministério Público já possuir elementos necessários à formação de sua convicção quanto à propositura da ação civil de improbidade administrativa, não há razão alguma para se exigir o inquérito civil, já que o mesmo apenas reproduzirá as evidências já obtidas.

No que tange à denominação da ação judicial que persegue a improbidade administrativa, deve-se observar que apesar de haver muitas discussões acerca desse assunto, ele se apresenta de somenos importância, já que o direito de ação independe da titulação para sua existência e formulação. O que realmente importa nessa questão é saber se essa ação apresenta natureza coletiva, já tendo sido demonstrado nosso entendimento no sentido de que é uma ação que tutela interesses metaindividuais de pessoas indeterminadas integrantes da sociedade, protegendo o patrimônio público e a probidade administrativa. Logo, se trata de ação coletiva, podendo ser aplicados os instrumentos e a disciplina previstos na lei nº 7.347/85 e da lei nº 8.078/90, quando a lei nº 8.429/92 apresentar lacunas procedimentais.

Por fim, é válido considerar que se tem alargado uma consciência social acerca da instituição Ministério Público, uma vez que o exercício de suas funções o tem colocado numa posição de destaque, em razão dos benefícios sociais que sua atuação tem trazido à coletividade. Essa difusão da instituição é de grande valia no tocante à improbidade administrativa, pois apenas o fato de se ter conhecimento de que há um ente que vigia a Administração Pública, isso já faz com que sejam redobrados os cuidados dos administradores no trato com a coisa pública. Portanto, não só a atuação direta do *Parquet* através do inquérito civil e da ação civil de improbidade administrativa tem relevância no combate à improbidade, mas também a publicidade de suas conquistas.

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA DELAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Daniela Monteiro Nobre

Kelly Macário Santos

Bacharelas em Direito do Centro de Estudos Superiores de Maceió (CESMAC)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Delação premiada nas legislações brasileiras. 3. Não uniformidade na exigência da delação premiada. 4. Prêmio pela delação de um crime do qual o delator não fez parte. 5. Proporcionalidade e isonomia na aplicação da delação premiada. 6. Contribuição do estado face à incapacidade da justiça e a questão ética. 7. Precária segurança do delator. 8. Conclusão.

1. Introdução

A insegurança que paira sobre a sociedade brasileira é palco para mais um instituto que tenta solucionar os crimes considerados de difícil solução pelo Estado. A Delação Premiada é um instituto utilizado no Ordenamento Jurídico Brasileiro a partir do qual o acusado, visando desfrutar de benefícios estabelecidos em lei, indica dados importantes para elucidação e punição de determinados crimes, que, devido a sua natureza, obstariza o processo de investigação e o combate à criminalidade.

Essa figura se faz presente em vários países como: Inglaterra, Alemanha, Espanha, Estados Unidos (com a *plea bargaining*, uma negociação entre o promotor e a defesa, principalmente para elucidação de casos complexos) e Itália (onde a Delação Premiada se destacou nas operações “mãos limpas” com o objetivo de combater o crime organizado, em especial a máfia.). Existe a delação em cada um desses países, com características peculiares a depender do momento e dos problemas que esses venham enfrentar.

* Trabalho monográfico de Conclusão do Curso de Direito do Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC, apresentado no 10º período, em junho de 2007, sob a orientação da profª. Marluce Falcão.

Delatar, o simples ato de contar, revelar fatos que, por algum motivo, foram omitidos ou invertidos, para o direito penal Brasileiro, reveste-se de grande carga valorativa, tornando, embora não absoluto, um instrumento probatório capaz de contribuir eficaz e efetivamente com a justiça. Quando isso acontece, buscando compensar a informação prestada, é concedido um prêmio para o delator como uma maneira de incentivar a prática e, através disso, poder chegar a desfechos de crimes de maneira mais rápida.

2. Delação premiada nas legislações brasileiras

A delação à brasileira não é um instituto novo no ordenamento jurídico, mas o é na prática forense. Em nosso país, surgiu ainda nas Ordenações Filipinas, que vigorou de 1603 até 1830 com a entrada em vigor do Código Criminal. Como ainda hoje, antigamente se discutia muito o aspecto ético da Delação, devido a isso, essa figura foi esquecida por algum tempo, ressurgindo, diante de um atual e complexo contexto de crime em 1986 com a Lei 7492/86 dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, seguida das leis: Lei 8072/90 (Dos Crimes Hediondos); Lei 8137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Pública); Lei 9034/95 (Lei do Crime Organizado); Lei 9269/96-Art. 159 § 4º do CP (Extorção mediante seqüestro); Lei 9613/98 (Lavagem de dinheiro); Lei 9807/99 (Da proteção especial a vítimas e a testemunhas) e Lei 11343/06 (Lei Antitóxicos).

3. Não uniformidade na exigência da delação premiada

Essa não uniformidade de regramento pode acarretar diferentes tipos de interpretações para essa mesma figura, que está presente expressamente em oito legislações infraconstitucionais, possuindo, algumas delas, requisitos para concessão do prêmio não exigidos em outras.

Em regra, para se obter o benefício que o instituto em comento oferece é preciso ser co-autor ou partícipe do crime, em outras palavras, ter contribuído de qualquer maneira para que o delito viesse a ocorrer. Há casos, porém, que o delator, para receber o prêmio, basta estar sendo acusado de um delito e que ajude as autoridades competentes a dismantelar uma organização criminosa.

Temos como exemplo a nova lei de tóxico 11346/06, que no seu art.14, oferece a redução de 1/3 a 2/3 da pena desde que haja

identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e, cumulativamente, a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Já o art.159, § 4º do CP, extorsão mediante seqüestro, estabelece que haja a redução de 1/3 a 2/3 se houver a facilitação para libertação do seqüestrado, não se reportando da necessidade de identificação de co-autores ou partícipes.

Notamos que não há critério único estabelecido na exigência dos requisitos. Há crimes, que por mais que as informações sejam eficazes, tem o mesmo prêmio que outro crime oferece, exigindo menos requisitos.

Defendendo a não cumulatividade dos requisitos expressos na lei, Guilherme de Souza Nucci¹ conclui pela alternatividade dos requisitos.

Como sabemos que a existência da Delação possui uma única finalidade, não justifica a diversificação dos meios de sua aplicação.

O que deve ser auferido é a veracidade e a eficácia das declarações, analisando o grau de benefícios gerados para a investigação do crime e a partir daí fazer a dosagem cabível, tendo como base os prêmios, que deveriam ser os mesmos para todos os crimes.

Isso por que os crimes que prevêm a oferta de “prêmios” são semelhantes, pelo fato de revelarem, implicitamente, seu elevado grau de potencial ofensivo e a necessidade da contribuição do delator para facilitar a apuração do delito.

Sendo assim, os tipos de prêmios deveriam ser os mesmos e o que definiria qual prêmio ou o “quantum” da redução da pena seria a eficácia obtida pelas declarações.

4. Prêmio pela delação de um crime do qual o delator não fez parte

Durante a análise de todas as leis que suportam a figura, notamos que o sujeito delator, beneficiário do prêmio deveria, quando requisito essencial, informar a co-autoria ou partícipe, deixando margem para interpretações que limitavam o alcance da delação. Apenas seriam

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 678.

valoradas as informações sobre crime no qual o delator estaria envolvido.

Alguns autores entendem que a aplicação da Delação Premiada apenas se dá, se as declarações prestadas se referirem ao mesmo crime no qual o delator fez parte.

Damásio E. de Jesus² afirma ser contra a traição de concorrentes por crimes diversos, entende que não há essa possibilidade, justificando que:

as normas relativas à matéria exigem que o sujeito ativo da delação seja participante do delito questionado (co-autor e partícipe). Em nosso ordenamento jurídico, essa possibilidade somente era possível quando da vigência das Ordenações Filipinas. Agora não mais.

Entendemos que a abrangência da Delação deve ser ilimitada, ou seja, deverá existir a aplicação do benefício mesmo que o delator não dê informações sobre o crime do qual fez parte, pois o Estado estará obtendo da mesma forma uma colaboração que em algum momento poderia precisar em sua investigação e, em razão da natureza do instituto, deve ofertar uma contraprestação.

O que deve ser analisado com cautela é a complexidade do crime, se, realmente, o auxílio do colaborador se faz necessário ao caso concreto e se gerou a eficácia esperada, que é o desfecho do crime e a obtenção da verdade fatos.

Como em qualquer caso, não há lógica em beneficiar o delator de um delito, mesmo naquele do qual fez parte, se nada de grande valor ofereceu à justiça ou se o crime é de baixo potencial ofensivo ou a justiça já estava no fim de sua linha de investigação.

Corroborando com nossa opinião, comenta Marcelo Mendroni sobre lei nº. 9034/95, que:

deve ser aplicada nas situações em que o acusado, através de sua colaboração espontânea, leve as autoridades ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria, de fatos criminosos que não sejam aqueles pelos quais se encontra investigado ou processado - mas por outros fatos que

² JESUS, Damásio E. *Estágio Atual da Delação Premiada no Direito Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7551>. Acesso em 04/08/2006.

tenham sido praticados por organização criminosa qualquer, inclusive, eventualmente, a que participe.³

Há um projeto de lei de nº. 7228/2006 tramitando no CN, que trata sobre essa matéria. Conforme sua ementa altera a lei 9807/99 para estender o benefício da redução da pena aos condenados presos que colaborarem com qualquer investigação policial ou processo criminal.

Portanto, quando um delator que esteja respondendo por um crime, disponha-se a ajudar nas investigações de um delito do qual não faça parte, ele poderá sim, como já demonstrado, receber o prêmio, tendo como exemplo o art. 6º da lei do crime organizado.

Ademais, o que está em jogo não é a simples concessão de um benefício, mas sim um bem maior, que é a segurança da coletividade.

5. Proporcionalidade e isonomia na aplicação da delação premiada

Os princípios da proporcionalidade e da isonomia integram todo o sistema jurídico brasileiro. Na Delação Premiada, eles funcionam como parâmetro na aplicação da pena.

Damásio ⁴ ensina que:

o princípio da proporcionalidade da pena, chamado também de "Princípio da proibição do excesso", determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pelo grau de culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena.

Sobre o Princípio da Igualdade, Damásio também afirma que "todos são iguais perante a lei penal (Constituição Federal, art.5º, caput), não podendo o delinquente ser discriminado em razão de cor, sexo, religião, procedência, etnia, etc."

Quando há a colaboração, o colaborador se distingue dos demais integrantes do crime. Deve ser assumido o seu menor grau de reprovabilidade, tendo em vista que se desvinculou da situação criminosa e auxiliou em prol da Segurança Pública.

³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.48.

⁴ JESUS, Damásio E. **Direito Penal**: parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.11.

Em razão dessa conduta, torna-se própria a distinção feita em relação aos outros criminosos, porque possui características que o beneficia, devendo ser aplicada a devida penalidade para que venha fazer cumprir sua função no Direito Penal.

Ora, se o autor de um delito consegue evitar que aconteça um mal maior, deve ele ter sua pena diferenciada em face do Princípio da Igualdade, que tem como premissa tratar igual os iguais e diferente os diferentes na medida de suas desigualdades.

O delator não está em pé de igualdade com os demais. Deixar de aplicar o benefício não seria proporcional. Também não seria proporcional abstrair essa conduta do acusado, pois, comparando os reflexos trazidos pela delação e a permanência da impunidade, a primeira se sobressai.

Dessa forma, vale ressaltar que o valor antiético arregaçado por alguns autores se esconde no valor benéfico trazido pela colaboração.

6. Contribuição do estado face à incapacidade da justiça e a questão ética

O mundo atual se vê cercados de tecnologias e modernidades, que, apesar de possuírem suas vantagens, colaboram, indiscutivelmente, para organização complexa de vários crimes, que se revestem de grande carga ofensiva para a coletividade. E, diante desse quadro, a Delação Premial não deve ser vista como sinônimo de ineficiência do Estado, mas sim como um instrumento a mais sob o poder da justiça, que, em face de um cenário avançado criminalmente, necessita de novas armas para combater a marginalidade.

O grande jurista Cesarie Beccària (1999, p.121) em seus estudos já descrevia o objetivo da delação premiada e afirmava que: “as vantagens consistem na prevenção dos delitos relevantes, que por terem efeitos evidentes e autores ocultos, atemorizam o povo.”

Alguns doutrinadores são de opinião que o instituto em apreço foi introduzido no sistema jurídico pátrio por ser o Estado incapaz de solucionar os crimes mais complexos, já que a criminalidade conta com mais recursos tecnológicos por terem a máquina do crime ao dispor. Sendo assim, eles concluem que, para elucidar esses delitos, é preciso a ajuda dos próprios criminosos por meio da colaboração processual.

Alexandre Demetrius Pereira⁵ observa que:

é realmente uma situação iníqua, em que o Estado mais uma vez reconhece sua incompetência para investigar e punir a criminalidade. De fato, não vislumbro outra maneira de entender a proposta contida em tais artigos, senão como a confissão pública e expressa do Estado, que parece dizer "não tenho como investigar o crime. Não tenho como punir o criminoso." Se, não obstante, tiver, o criminoso, vontade de delatar os seus comparsas, identificando-os ou dizendo onde esta a *res*, receberá a clemência do Estado, ficando impune.

O que leva a opinião contrária desses autores é o valor antiético da traição. O réu estaria se beneficiando de algo desprezível pelo direito. Porém não é sobre este ângulo que devemos analisar o instituto.

A questão que se põe em relevo é: na sociedade atual e no Direito, o que deve preponderar? A ética (Ciência do Dever ser, que se encontra em todo ordenamento jurídico mostrando a noção do que é justo ou não) ou a solução imediata de crime de auto grau de complexidade? Na verdade seria a ética contra o interesse coletivo?

O Instituto da Delação Premiada deve ser visto como mais um meio investigatório utilizado pelo Estado para soluções de crime de maneira mais rápida e eficaz, fazendo-se necessária a conjugação com outros meios de prova, pois não tem caráter absoluto.

7. Precária segurança do delator

No âmbito da marginalidade, o silêncio é sinônimo de subordinação e impunidade, sendo assim, quebrada essa norma que impera entre seus membros, significa desafiar o poder do crime e, conseqüentemente, se submeter aos mais severos atos de vingança.

A Delação Premiada poderia ter uma maior utilização se não fosse o medo que nutre os potenciais delatores. Eles temem não só por sua vida, mas também pela vida de seus familiares. Como as organizações criminosas costumam dividir suas atividades, é difícil um membro ter contato com todos os outros, isso acontece para dificultar o reconhecimento dos participantes e também o conhecimento da estrutura interna da máquina do crime.

⁵ PEREIRA, Alexandre Demetrius. Lei de proteção: às testemunhas ou aos criminosos? <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1004>. Acesso em: 10 jan 2007.

Diante dessa situação, o receio de sofrer represálias, torna-se um obstáculo para a delação, impedindo o possível auxílio à justiça na operação de crime de elevado potencial ofensivo.

Eduardo Araújo⁶ preceitua que:

O alto poder de intimidação também é outro traço característico das organizações criminosas. A prevalência da "Lei do Silêncio" (*omertá* das organizações mafiosas italianas), imposta aos seus membros e às pessoas estranhas à organização, é mantida com o emprego dos mais cruéis e variados meios de violência contra aqueles que ousam violá-la ou contra seus familiares, com a finalidade de intimidar outras iniciativas da mesma natureza.

Esse quadro vem mudando após a entrada em vigor da Lei de Proteção as Vítimas, Testemunhas e Depoentes Especiais, que são aqueles que não possuem os requisitos para participar do programa, diferenciados por possuir características específicas. Esse programa dispõe sobre o ingresso e exclusão da pessoa protegida e sobre os órgãos que o compõe.

Em 2000, surge o decreto federal nº 3518, que regulamenta o programa e dispõe sobre a atuação da Polícia Federal em determinadas hipóteses.

A instituição dessa norma representou um avanço para a Delação Premiada. Porém, em razão da necessidade de uma integração maior entre os Estados e o Programa Federal, fazem-se necessárias normas que regulem a prática, criem suas próprias estruturas de maneira que venham complementar a lei para melhor operacionalizar o instituto.

Regras complementares, desenvolvendo o Programa Federal nos Estados, facilitam o trabalho dos órgãos responsáveis para aplicação do benefício, bem como proporciona uma estrutura para maior segurança dos dados pessoais dos Beneficiários.

Ainda que existam medidas de proteção assegurada por lei aos que quiserem denunciar os membros das organizações criminosas, os delatores não se sentem seguros, pois o aparato criminal é muito mais moderno e bem estruturado.

⁶ ARAÚJO DA SILVA, Eduardo. **Crime Organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p.30.

8. Conclusão

Diante do exposto constatamos que o ato de delatar se reveste de alta carga valorativa. Objetiva revelar dados de interesse da justiça para que venha facilitar na apuração de crimes de elevada gravidade e de difícil desfecho. Independentemente do nome que se dê ao instituto (colaboração premiada, delação premial, traição benéfica) é com essa finalidade que ele é aplicado e em contraprestação é dado ao delator um prêmio por seu auxílio eficaz.

Concluimos que a diversificação de normas facilita para o surgimento de diferentes interpretações que podem influenciar na aplicação da Delação Premiada e, conseqüentemente, suprimir algum direito devido a contrários posicionamentos.

Os requisitos exigidos para aplicação do instituto em comento deveria ser único, em razão de está se tratando de crimes semelhantes no que diz respeito à periculosidade e complexidade.

Se a finalidade é facilitar a apuração do delito devem ser admitidos como requisitos em qualquer caso: a nomeação da autoria, resgate da vítima ou recuperação do objeto do delito, não necessariamente cumulativos, pois em razão da existência de um ou mais requisitos e da sua real eficácia é que seria definido o prêmio no caso concreto.

Neste ponto, estaria presente a discricionariêdade do juiz após a sua vinculação na aplicação do benefício, pois não deverá ser facultado ao magistrado o oferecimento da benesse, mas diante dos requisitos deverá ele ser obrigado a aplicá-lo e quantificá-lo com base no resultado auferido. Se em um caso o delator declarar a autoria de um delito e auxiliar no resgate do objeto, o prêmio deverá ser mais benéfico do que aquele auferido pelo delator que apenas facilitou para descoberta do autor do crime.

Observamos a possibilidade da existência do prêmio pela Delação de outros crimes nos quais o delator não fez parte. Essa possibilidade se baseia na finalidade maior do ato. Independente de fazer parte no mesmo crime, a colaboração corrobora para uma sociedade não vítima de mais um ato nocivo aos valores legais. A Delação, nessa hipótese, deve possuir o mesmo valor de prova que aquela que se refere ao mesmo crime que o delator cometeu. Devendo, de certo, ser

acompanhada de outras provas que juntas conduzirão ao convencimento do magistrado, autoridade competente para aplicar o benefício.

O instituto em apreço não deve ser considerado antiético, pois tem como fatores basilares, não a falta de lealdade do homem, mas sim a presença da lealdade à justiça, à paz que devem prosperar em uma sociedade.

O delator se desvincula das camadas criminosas e faz surgir um elo entre a investigação sem êxito e o resultado almejado. E por trazer essa colaboração passa a se distinguir dos demais comparsas do delito, por ter uma circunstância pessoal que ameniza o caráter periculoso de sua personalidade. Dessa forma, é válido ao delator desfrutar do benefício, respeitando, pois, o princípio da proporcionalidade e da isonomia.

Destarte, fica claro que o que dificulta a efetivação da figura é o receio ao poder do crime que opera de maneira violenta contra aqueles que não o respeita. Já existe um Programa Federal de Proteção as Vítimas e Testemunhas e também a réus colaboradores, mas necessita de manifestação do Estado para que se criem instrumentos para operacionalizar o programa no próprio Estado, como é feito no estado de Santa Catarina com o apoio da sociedade civil.

Por fim, podemos afirmar que a Delação Premiada surgiu como mais um instrumento a favor do Estado e, por servir como prova, necessita de outros fundamentos para se alcançar o resultado, não há o que se falar na possibilidade de farsa na Delação, de mentiras, e que a partir dessa fraude venha se obter o prêmio, pois as declarações serão averiguadas através de meios cabíveis.

A Delação Premiada tem um único objetivo: desvendar fatos obscuros de um crime, jamais beneficiar criminoso que objetiva desvirtuar a atuação da justiça.

Vimos que é legal, necessária e que possui valores nobres a sua aplicação. O que se faz necessário no momento é a unificação das normas para que o benefício seja uniforme, variando apenas no que concerne ao resultado obtido e as circunstâncias pessoais do agente e que seu momento e seu ato sejam determinados para que as interpretações avessas ao instituto não possam limitar a sua atividade e bloquear direitos garantidos ao delator e a sociedade em geral.

DEMOCRACIA DELIBERATIVA E AUTONOMIA MUNICIPAL

Daniella Maria dos Santos Dias

Doutora em Direito Público (UFPE). Professora da Graduação e Pós-graduação (UFPA). Professora da Pós-graduação (UNAMA). Promotora de Justiça.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A complexidade do processo decisório democrático propicia críticas à participação política. 3. A participação cidadã no processo de tomada de decisão sobre temas políticos é condição imprescindível para a legitimidade do processo decisório e das instituições democráticas. 4. Sobre a democracia deliberativa. 5. Conclusão.

1 Introdução

Salienta Subirats¹ que as resistências e as prevenções para a ampliação da participação popular nas decisões políticas não são novas². Pode-se listar as críticas como: o aumento da lentidão do processo de tomada de decisão, o que torna o processo decisório mais longo e complicado; a participação política dos cidadãos acaba por aumentar os custos nos processos de tomada de decisão, não só em função da modificação do processo decisório em si, mas também em razão de que, a abertura ao debate propicia a modificação dos projetos, dos planos, o que por si só provoca o aumento dos custos; a garantia do processo de participação política dos cidadãos não significa a melhoria no processo decisório; a participação propicia o que o autor denomina de "particularização" do problema que se debate, pois os participantes acabam debatendo em função da defesa dos interesses particulares que possuem em detrimento da defesa dos interesses gerais, cerne de toda a

¹ SUBIRATS, Joan. *Nuevos mecanismos participativos y democracia: promesas y amenazas*. In: FONT, Joan (Coord). *Ciudadanos y decisiones públicas*. Barcelona: Editora Ariel, 2001, p.37.

² Sobre a crise da participação e sobre alguns argumentos contra e a favor da participação, consultar BIGUES, Jordi. *La democracia ambiental: un camino complejo*. In: **Democracia ambiental**. Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya; Catalunya, jun. 2000.

atuação política; além da "particularização", geralmente os debates situam-se em curto prazo, restringindo em muito os debates sobre assuntos que tangem temas a serem solucionados em médio e longo prazos; o autor aponta que os mecanismos participativos democráticos acabam por erodir a legitimidade das autoridades e das instituições representativas e dos partidos políticos.

2. A complexidade do processo decisório democrático propicia críticas à participação política

Além dessas críticas, outras são produzidas no que diz respeito aos cidadãos que se incorporam como atores dentro do processo decisório democrático. Subirats (2001, p. 38) elenca a falta de vontade de participação, pois os cidadãos não têm intenção de participar do processo de tomada de decisão que, de forma geral, é complicado e cansativo; a participação dos cidadãos geralmente é muito inconstante, logo o funcionamento regular das instâncias participativas democráticas é prejudicado pela inconstância dos atores que dela participam; além da inconstância, os que estão dispostos a participar são normalmente uma minoria, mas que não representa o conjunto da cidadania; finalmente, os cidadãos que geralmente participam ou pretendem participar dos processos decisórios atuam para defender seus próprios interesses e não representam o conjunto de interesses sociais.

Em linhas gerais, as críticas endereçadas aos mecanismos de participação democrática, à abertura democrática que possibilita aos cidadãos e à sociedade em geral participarem do processo de tomada de decisões resumem-se em alguns argumentos: esses mecanismos acabam por debilitar e deslegitimar as instituições da democracia representativa e a implementação de mecanismos participativos não reflete nenhum melhoramento do processo decisório.

Stokes³ apresenta visão bastante diferenciada sobre o tema. Trata das patologias da deliberação como elementos negativos do processo deliberativo democrático.

A autora não assume posicionamento contra a participação democrática. Ao contrário. Acredita que a deliberação pode melhorar a

³ STOKES, Susan C. *Patologias de la deliberación*. In: ELSTER, Jon (Coord). *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001, p.178.

qualidade das decisões e enriquecer a democracia. Todavia ressalta que o processo deliberativo pode ter resultados negativos para a própria democracia. A autora revela que, dentro do processo deliberativo, há pseudo-preferências ou pseudo-identidades. Esses fenômenos podem gerar a formulação de políticas que se rejam por interesses criados, interesses esses que venham a manipular as idéias dos cidadãos comuns acerca do que desejam sobre as políticas estatais; ou mesmo, substituir as preferências reais dos cidadãos por preferência dos políticos; ou ainda, podem, segundo a autora, "introducir en los ciudadanos identidades que de otro modo probablemente no sostendrían y que, según cualquier patrón de sentido común, no coinciden con sus intereses".

Przeworski ⁴ considera como efeito negativo do processo deliberativo o fato de que este pode levar as pessoas a defender crenças que não correspondam aos seus interesses; em consequência, a deliberação pode levar a uma "dominação ideológica", consoante os ensinamentos de Gramsci.

Subirats (2001, p. 39) argumenta que as críticas endereçadas às instituições democráticas participativas, principalmente à incapacidade dos cidadãos em decidir, em debater, por não estarem devidamente preparados, informados e conscientes sobre os assuntos a deliberar, não devem prevalecer. Há que se reivindicar mais espaços para a participação nos processos de tomada de decisão e deve-se buscar novos mecanismos, novas formas de participação como caminho para a consolidação da democracia e para resolução de problemas que dizem respeito à coletividade, à convivência coletiva. Temos de estar conscientes que a democracia é um processo, e, como tal, implica na visão de Touraine ⁵ "a gestão da complexidade e da incerteza".

⁴ PRZEWORSKI, Adam; ALVAREZ, Michael E.; CHEIBUD, José Antonio; LIMONGI, Fernando (Orgs). **Democracy and development. Political institutions and well-being in the world, 1950-1990**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p.184.

⁵ TOURAINE, Alain. **Igualdade e diversidade**. O sujeito democrático. Bauru, EDUSC, 1998, p.28.

Menéndez ⁶, ao realizar análise sobre a democracia deliberativa consoante os ensinamentos de Nino, argumenta que o referido autor entendia que a crise da democracia não está relacionada ao excesso de participação dos cidadãos, mas sim, à apatia política, à escassa vontade em comprometer-se com a esfera pública.

Não se pode mais sustentar a falta de preparo, incapacidade ou falta de formação dos cidadãos para participar do processo de tomada de decisões políticas. A difusão da informação, o maior acesso à educação, o progresso científico, tecnológico, a existência da Internet como novo espaço social de comunicabilidade proporcionam maiores condições, conhecimentos e reflexão sobre assuntos globais e também locais. Não se pode deixar a sociedade à margem da resolução de temas complexos e que afetam diretamente a qualidade de vida de todos, a exemplo, a questão urbana, a poluição ambiental, a defesa e a garantia dos direitos fundamentais, entre outros problemas.

3 A participação cidadã no processo de tomada de decisão sobre temas políticos é condição imprescindível para a legitimidade do processo decisório e das instituições democráticas

Falar de legitimidade implica considerar que o poder político, na atualidade, há que se justificar em bases institucionais estatais democráticas. Em outra perspectiva, a legitimidade democrática é que vai dar fundamento ao poder político e ao Direito, no escólio de Wolkmer⁷ "uma legitimidade 'instituinte', formada no justo consenso da comunidade e num sistema de valores aceitos e compartilhados por todos" pois "não é possível pensar e estabelecer uma dada ordem política e jurídica centrada exclusivamente na força material do poder. Por trás de todo e qualquer poder, seja ele político ou jurídico, subsiste uma condição de valores consensualmente aceitos e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada comunidade."

A racionalização do poder político por meio do sistema jurídico requer a consideração de que a figura estatal só pode atuar,

⁶ MENÉNDEZ, Agustín José. El legado de uno de los precursores de la democracia deliberativa. *Res Publica*, n. 3, 1999, p. 183-204.

⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Idelogia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.80-88.

revitalizando o poder político, se o compartilhar com a sociedade. A produção do Direito e suas instituições jurídicas devem, portanto, refletir a transformação do poder político, a ser partilhado entre o Estado e os grupos sociais.

O Direito, expressão da racionalização do poder político, há que revelar o fundamento democrático, a dimensão moral, valorativa, para legitimar a atuação do Estado. A nova cultura jurídica, como dissemos, está relacionada ao novo marco moral e político diretamente atrelado ao sentido do desenvolvimento sustentável: a dignidade humana. Essa é conteúdo valorativo central, determinante e justificador nas atuações estatais, é a base transformadora das estruturas estatais, que deverá atuar sob um novo marco ético-político.

Como acuradamente expressa Wolkmer (2003, p. 89), "numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como 'reais', 'justas' e 'éticas'. Para Faria ⁸, o grau de solidez e aceitação do sistema político e, em consequência, a estabilidade do ordenamento jurídico revelam o sentido da legitimidade⁹. Legitimidade pressupõe um

⁸ FARIA, José Eduardo. **Poder legitimidade. Uma introdução à política do direito**. São Paulo: Perspectiva, 1978, p.19-20.

⁹ É interessante refletir sobre os ensinamentos de Faria (p. 58) no que diz respeito à legitimidade. Ensina o autor: "Nos termos em que foi colocada, como o quadro evidencia, a legitimidade – em princípio entendida como o grau de aceitação dos sistemas políticos e dos ordenamentos jurídicos – é um problema essencialmente moderno. Ele tem origem na complexidade das sociedades de massas, a partir da Revolução Industrial, e se caracteriza tanto pela multiplicidade e especialização de funções como pela crescente escassez de consenso. Embora não tenha existido no pensamento grego, pelo menos nesta perspectiva, esse problema não passou de todo despercebido".

"Nos termos em que foi colocado, o problema da legitimidade nasce, justamente, do governo das comunidades antigas deixa de ser direto – nas quais os cidadãos governam-se eles próprios – e passa a intermediário – como é o caso dos regimes representativos. Portanto, é a partir desse momento que surge a necessidade de um critério externo aos próprios governantes para a validação dos regimes políticos e seus ordenamentos, ou seja, a necessidade de algumas justificativas para a representatividade

obtida mediante a transferência de direitos até então considerados inalienáveis.

É por isso que o problema da legitimidade está, de algum modo, associado à noção de democracia no mundo moderno, pois ela resulta, de um lado, da lógica do pensamento político ocidental e, de outro, da consolidação da sociedade burguesa. Em suma, a democracia é o regime dos sistemas abertos, ou seja, aqueles que procuram garantir a manutenção das regras do jogo, a sobrevivência dos textos constitucionais, a impessoalidade e o rodízio do poder, e a ação dos diferentes grupos sociais, sem a eliminação das partes descontentes e da maneira menos coercitiva possível.

De fato, a idéia de legitimidade, que entreabre a dimensão axiológica dos sistemas políticos e de suas regras jurídicas constitucionais, surge num momento histórico determinado: o início da Revolução Industrial, responsável pela sociedade de massas e por uma crise de posições doutrinárias sobre a dignidade humana. E é exatamente em função das grandes transformações sociais e históricas que a noção de legitimidade está inter-relacionada à idéia de crise.

As crises de legitimidade são, primordialmente, um fenômeno histórico recente, que se segue às profundas clivagens entre grupos que estão aptos, em virtude das comunicações de massa, a organizarem-se em torno de valores diferentes daqueles que previamente era considerados os únicos afetados.

Nesse sentido, se a legitimidade é efetivamente uma crise de mudança, suas raízes estão no período de formação das modernas sociedades, das quais é possível destacar o processo de superação das monarquias aristocráticas (o que abala o prestígio das instituições conservadoras) e o gradativo ingresso de novas parcelas da população nas atividades políticas, mediante a extensão da *cidadania* às classes de menor poder aquisitivo. Assim, o problema da legitimidade aparece de forma mais concreta à medida em que as comunidades vão perdendo a possibilidade de governos diretos e imediatos, da mesma forma que a escolha dos governantes vai deixando de ser determinada por papéis sociais preponderantes. É isso o que explica, por exemplo, o inevitável processo de competição – manifestado pelas eleições, que são a essência dos regimes constitucionais – pluralistas – uma vez que não há mais condições para a designação de governantes por critérios direito de divino ou por tradição. A partir do momento onde não existem mais governantes legítimos por nascimento – pergunta Aron, de um modo que, no fundo, correlaciona-se à noção weberiana de política – de onde podem surgir os governantes legítimos senão de uma competição? (Faria, 1978, p. 62-63). Considera o autor (p. 81-2): "Portanto, se a noção de legitimidade implica valor, ou um amplo conjunto de valores da

valor que deve estar refletido nos sistemas jurídicos, "pois ela é essencial para todo Poder", na conclusão de Ferreira Filho.¹⁰

Com base nos ensinamentos acima, conclui-se que a legitimidade democrática das instituições políticas e do próprio sistema político depende de um processo deliberativo democrático, em que a comunidade, o grupo de cidadãos, vislumbrem nos ordenamentos jurídicos, no Direito, nas políticas públicas – que devem funcionar como "espelho" das diretrizes e valores dispostos no sistema jurídico, os valores éticos que aquela comunidade entende serem justos. Na mesma linha de pensamento, afirma Cohen¹¹ que a legitimidade democrática e política são o resultado da autorização para o exercício do poder estatal, baseado nas decisões coletivas dos membros iguais de uma sociedade, que são, por sua vez, governados por esse mesmo poder.

A essência da legitimidade é o consenso, que está relacionado com o sentido da democracia. Legitimidade não é o resultado final, mas o processo. É no processo deliberativo, que compreende cidadãos e o Estado, que se inicia um processo de adesão, de integração, de diálogo, de consenso. Wolkmer (2003, p. 81-82), ao citar os ensinamentos de Lucio Levi, revela que a legitimidade expressa "'uma situação e um valor de convivência social'. A situação a que o termo se refere é a aceitação do Estado por um segmento relevante da população; o valor é o consenso livremente manifestado por uma comunidade de homens autônomos e conscientes".

comunidade mediante a capacidade humana de agir em conjunto, a noção de autoridade pressupõe uma quantidade de opiniões, argumentos e apoio. Daí a definição proposta por Bobbio para a noção de legitimidade, no sentido de que ela diz respeito ao *título* para o exercício do poder, título esse dado pela autoridade resultante do poder que provém da ação de muitos, na comunidade de uma adesão a uma mesma lei".

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 62): "Nenhum governo logra manter-se, a prazo longo, sem contar com o apoio, ou pelo menos com a tolerância do povo que rege. Ora, esse consentimento é função da idéia prevalecente na comunidade acerca do "justo" em matéria de política. Idéia que é expressão da cultura política da comunidade. Essa concepção é o critério de legitimidade para aquele povo".

¹¹ COHEN, Joshua. *Democracia y libertad*. In: ELSTER, Jon (Coord). **La democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2001, p.235.

Na apreciação de Streck e Bolzan de Moraes, o consenso pressupõe a existência da autonomia, da liberdade, "... e a democracia é, antes de tudo, um compromisso assumido com a liberdade".¹²

Como afirmamos, a consolidação da democracia depende da garantia da liberdade como instrumento para a plena participação, para a discussão e para o poder de decisão dos indivíduos em bases igualitárias. A conformação do poder político depende da proteção da liberdade; logo, o Estado e o Direito devem sofrer transformações para potencializar a liberdade em igualdade de condições para todos.¹³

O marco moral público – o da sustentabilidade – vem racionalizar o poder e o Direito, objetivando a concretização da dignidade humana em todas as dimensões, o que pressupõe a existência de marcos democráticos deliberativos, de espaços de conflito e de consenso, como forma de integrar o cidadão no espaço público, potencializando sua capacidade de decisão e autonomia em sociedade.

4. Sobre a democracia deliberativa

Segundo Gómez¹⁴, a democracia deliberativa¹⁵ é uma concepção mista, situada entre o enfoque da democracia liberal e das teorias da

¹² STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹³ É o que afirma Touraine (1998, p. 65-66): "O essencial é reconhecer que o papel da política, o que a torna democrática, é tornar possível o diálogo entre as culturas. Para uns, este diálogo não precisa mais que liberdade; para outros, entre os quais me encontro, supõe de início que cada indivíduo se constitua desde logo como ator e como sujeito, articulando suas práticas e seus valores; e, no que diz respeito a todos, trata-se de estender, de aprofundar e de generalizar o que foi o espírito da democracia industrial, ou seja, a defesa, em situações sociais concretas, do direito de cada indivíduo e de cada coletividade de agir em conformidade com sua própria liberdade e no respeito à liberdade dos outros".

¹⁴ GÓMEZ, Itz'ar Fernández. Una aproximación al Tribunal Constitucional español desde la teoría de la democracia deliberativa, 2005, mimeo, p.3.

¹⁵ Sobre a democracia deliberativa e suas instituições, consultar William NELSON (*The institutions of deliberative democracy*. In: PAUL, Ellen Frankel; MILLER JR., Fred D.; PAUL, Jeffrey. **Democracy**. New York: Cambridge Press, 2000). Sobre democracia deliberativa como opção para a tomada de decisões políticas; consultar também FISHKIN, James S.;

democracia social participativa, e, segundo a autora, em razão dessa zona de interseção, difícil se torna apresentar uma definição única de democracia deliberativa, apesar da existência de características que a configuram.

Leciona a autora que a democracia deliberativa apresenta como proposta um modelo inclusivo no processo de tomada de decisões coletivas. Para tal, é necessária a realização de uma deliberação, produto do diálogo, de espaços de debate. Tal deliberação deve conduzir à

LASLETT, Peter (Orgs.). *Debating deliberative democracy*. Oxford: Blackwell Publishing, 2003. Por outro lado, BENHABIB, Seyla. *Toward deliberative model of democratic legitimacy*. In: BENHABIB, Seyla (Org.) *Democracy and difference. Contesting the boundaries of the political*. New Jersey: Princeton University Press, 1996, desenvolve o modelo de democracia deliberativa como um mecanismo para a legitimidade das decisões políticas. Cohen (1996) trabalha a legitimidade democrática como expressão do exercício do poder político a partir das decisões coletivas.

Sobre o tratamento da democracia deliberativa como ampliação da aplicação de instrumentos da democracia representativa por meio de novas práticas de informação, negociação e concerto de interesses, consultar o trabalho de Gaxie (*La démocratie représentative*. Paris, Montchrestien, 2004, p. 41-50).

Young (1996), ao tratar da democracia deliberativa, propõe a expansão da conceituação para uma democracia comunicativa. A autora considera que é necessária a compreensão das diferenças culturais, sociais, as diferentes perspectivas como recursos à compreensão do processo de discussão democrático.

Interessante também consultar o artigo de Minogue (2000). O autor revela o sentido da democracia como fim, como objetivo (*Democracy as a telos*), como a rejeição às instituições referentes à democracia representativa, expressão da democracia liberal. Para o autor, *democracy as a telos* revela-se como um caminho para a melhoria das condições de vida, novas condições de vida para os seres humanos assim como participação, reforma constitucional, processo deliberativo.

Desenvolvimento e democracia e os impactos dos regimes políticos sobre a economia são temas abordados na obra coletiva organizada por Przeworski et al. (2000).

Consultar também Bohman (*Public Deliberation*. London, The MIT Press, 2000), Mentz (*Les cultures e les pratiques de la démocratie locale*. Paris, Dalloz, 2001).

solução mais justa, que será produzida a partir de uma discussão, em que todos aqueles que têm algum interesse no tema objeto de debate possam ser ouvidos antes da tomada da decisão¹⁶.

Elster¹⁷, ao tratar das definições de democracia deliberativa, leciona que o conceito inclui a parte democrática - a tomada de decisões coletivas, resultante da participação de todos os afetados pela decisão ou por seus representantes; e também a parte deliberativa, que pressupõe o processo de tomada de decisões por meio da produção de argumentos oferecidos "por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad". Para o autor, a democracia deliberativa deve estar embasada no debate, que avança mediante a discussão e que se justifica em razão da argumentação. De forma similar, afirma Johnson¹⁸ que o processo deliberativo é uma modalidade de tomada de decisões coletivas que se caracteriza especificamente pelo debate que realiza. O processo deliberativo consiste na produção de argumentos que requer que os partícipes da deliberação "den razones y respondan a ellas". O pensamento de

¹⁶ "En tal deliberación todas las partes interesadas podrían participar (dimensión democrática), exponiendo sus argumentos, en pro o en contra de una decisión concreta, de acuerdo con parámetros de imparcialidad y racionalidad (dimensión deliberativa), y en la misma existiría el mayor aceso posible a la información necesaria para tomar una solución moralmente justa. En este contexto dialógico, la publicidad vinculada al procedimiento de toma de decisiones y a los resultados de la misma se erige también en elemento fundamental del modelo democrático deliberativo o discursivo" (GÓMEZ, 2005, p. 4). Ainda no que diz respeito à democracia deliberativa, consultar Gutmann e Thompson (*Why deliberative democracy is different*. In: PAUL, Ellen Frankel; MILLER JR., Fred D.; PAUL, Jeffrey. *Democracy*. New York: Cambridge Press, 2000), que tratam da teoria da democracia deliberativa como caminho que propicia, por meio de processo discursivo entre cidadãos iguais, que decisões e políticas justifiquem-se a partir desse processo deliberativo. Para os autores, a democracia deliberativa é regime que melhor responde aos desacordos morais e políticos que emergem do conflito de perspectivas numa sociedade pluralista.

¹⁷ ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon (Coord.) **La democracia deliberative**. Barcelona: Gedisa, 2001, p.21-23.

¹⁸ Argumentos em favor de la deliberación. In: ELSTER, Jon (Coord.) **La democracia deliberative**. Barcelona: Gedisa, 2001, p.21-23, 215.

Johnson e Elster sobre o sentido da democracia deliberativa é ratificado por D' Auria ¹⁹, que concebe a democracia como regime racional em que os cidadãos "discuten y deciden en condiciones simétricas acerca de cuáles medidas propenden al bien común y cuáles no". Esse processo discursivo é o dialógico e, em consequência, a argumentação acaba por ser "la técnica de influencia política determinante en la toma de decisiones colectivas".

Para Gambetta ²⁰, a deliberação seria o diálogo, a conversação entre os indivíduos que falam e escutam consecutivamente, antes da tomada de qualquer decisão coletiva. Esses diálogos deliberativos compreenderiam a negociação (promessas e ameaças) e a discussão. Para Fearon ²¹, a deliberação é uma forma especial de discussão que pressupõe séria e atenta ponderação de argumentos a favor ou contra alguma proposta, ou um processo interno, em que o indivíduo sopesa argumentos a favor ou contra determinados tipos de ação. Przeworski (2001, p. 183), com diferente perspectiva, afirma que a deliberação nada mais é do que uma forma de debate cuja finalidade é a modificação das preferências que permitem às pessoas decidir como atuar ²². E a deliberação política, por sua vez, tem como resultado uma decisão que compromete a comunidade. Para o autor, "la deliberación política democrática se produce cuando el debate lleva a decidir por medio del voto".

Cohen (2001, p. 277) afirma que as principais virtudes da concepção deliberativa estão relacionadas com a idéia de eleição coletiva vinculante. O autor considera que a democracia deliberativa não

¹⁹ D'AURIA, Anibal A. Un camino hacia la democracia deliberativa. In: BONETTO, M. Susana; PIÑERO, M. Teresa. **Ciudadanía y costos sociales**. Los nuevos marcos de regulación. Madrid: Dykinson, 2004, p. 55.

²⁰ GAMBETA, Diego. "¡Claro!": Ensayo sobre el machismo discursivo. In: ELSTER, Jon (Coord). **La democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2001, p.35-36.

²¹ Cf. *La deliberación como discusión*. In: ELSTER, Jon (Coord). **La democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 88.

²² Segundo Przeworski (2001, p. 184), "Si las preferencias se modifican en el curso de la deliberación, es mayormente porque la gente cambia sus creencias, ya sea las creencias 'técnicas' acerca de las relaciones causales entre políticas y resultados, o bien las creencias 'de equilibrio' acerca de la eficacia política de direcciones diferentes de la acción colectiva".

se restringe simplesmente a procedimentos. Apresenta conteúdo substancial, compreendendo valores políticos como igualdade e liberdade. Para o autor, a democracia deliberativa não se limita a ser uma forma política. Trata-se de "un marco de disposiciones sociales e institucionales" que propicia a argumentação livre entre os cidadãos, em iguais condições, para a expressão, para a associação e participação, assegurando que todos os participantes sejam tratados de forma igual no processo de debate. Além disso, a democracia deliberativa vincula a autorização para o exercício do poder público a esse processo de argumentação público. Para o autor, "la democracia es un sistema de ordenamientos sociales y políticos que vincula institucionalmente el ejercicio del poder con el razonamiento libre entre iguales" (p.244)²³.

D' Auria (2004, p. 56), considerando os ensinamentos de Habermas e Arblaster, afirma que a democracia, como forma de organização política, distingue-se e destaca-se, no plano conceitual, das outras formas de organização política. Essa diferença se deve ao fato de

²³ Ensina Cohen (2001, p. 245): "...en un procedimiento deliberativo ideal, los participantes son y se ven recíprocamente como *libres*: al reconocer la existencia del pluralismo razonable admiten, como ya señalé, que ninguna perspectiva moral o religiosa global suministra una condición definitoria de participación o una prueba de la aceptabilidad de los argumentos en apoyo del ejercicio del poder político. Los participantes, además, se ven entre sí como formal y esencialmente *iguales*. Son formalmente iguales por el hecho de que las normas que regulan el procedimiento ideal no eligen a individuos por alguna ventaja o desventaja; todo el que posea la capacidad deliberativa – o sea, aproximadamente todos los seres humanos – tiene la misma categoría en cada etapa del proceso deliberativo, y se admite que así es. Es decir que cada uno puede proponer cuestiones para la agenda, proponer soluciones para ellas y ofrecer razones en apoyo de las soluciones propuestas o bien criticándolas. Y cada uno puede expresarse en pie de igualdad para las decisiones. Los participantes son esencialmente iguales, pues la distribución existente del poder y los recursos no inciden en sus posibilidades de contribuir a la deliberación, y esa distribución no le otorga facultades decisivas en la deliberación. Al decir que no le otorga facultades decisivas en la deliberación quiero significar que los participantes no se consideran colectivamente ligados en lo moral por el sistema de derechos vigente, salvo en la medida en que ese sistema establece el marco de la deliberación libre entre iguales; antes bien, consideran ese sistema como objeto potencial de su juicio deliberativo".

que a democracia é a única forma de governo que não supõe distinção entre governantes e governados. Somente na democracia a dicotomia entre governantes e governados pode ser anulada, pois é a única forma de organização política que coloca em igualdade de condições os que mandam e os que obedecem. E isso se dá em razão de estar embasada num procedimento argumentativo, cujos envolvidos se obrigam intersubjetivamente, em razão do processo dialógico, discursivo. Logo, a democracia é a única forma de organização política em que a dicotomia entre governantes e governados não existe porque prima pela simetria entre os interlocutores, entre os envolvidos no processo de debate, como condição necessária para o processo argumentativo. É justamente a simetria entre os envolvidos que possibilita que o processo deliberativo e o consenso sejam instrumentos para a tomada de decisões políticas.

Ratificamos, assim, o posicionamento de Cohen, ao afirmar que a democracia não é somente procedimento, e traz em seu cerne conteúdo substancial. A igualdade está relacionada com a simetria dos interlocutores e significa para D'Auria (2004, p. 56) igualdade política, *"...estricta igualdad de oportunidades para participar en la toma de decisiones colectivas"*. O ideal democrático, por sua vez, pressupõe processo decisório em que o consenso se realiza de forma livre após um processo deliberativo isento de coações ou mesmo de estímulos externos. Nessa perspectiva, liberdade e igualdade completam-se no processo deliberativo, no processo de tomada de decisões em bases democráticas²⁴.

Elster (2001, p. 25-26), reportando-se aos estudos de Gambetta e Fearon, oferece argumentos em favor da discussão. Esta, segundo os autores, revela informação privada; diminui ou vem a superar o impacto

²⁴ Sobre a temática, afirma Cohen (2001, p. 237): "En la democracia deliberativa, entonces, no se trata simplemente de asegurar una cultura pública de discusión razonada acerca de los asuntos públicos, ni tampoco fomentar la mera conjunción de esa cultura con instituciones democráticas convencionales como el voto, los partidos y las elecciones. La idea es más bien vincular de modo manifiesto el ejercicio del poder a condiciones de razonamiento público; establecer 'todas esas condiciones de comunicación bajo las cuales puede llegar a darse una formación discursiva de voluntad y opinión de parte de un público compuesto por ciudadanos de un Estado' y generar 'poder comunicativo', o sea el peso institucionalizado de esa voluntad y esa opinión sobre el ejercicio del poder político".

da racionalidade circunscrita; a discussão induz ou provoca um determinado modo de justificar as demandas; legitima a eleição final e conduz a decisões superiores na classificação de Pareto; a discussão é conveniente por si mesma; fomenta o consenso mais amplo e favorece melhores decisões em termos de justiça distributiva e acaba por melhorar as qualidades morais ou intelectuais de seus participantes²⁵. Aduz o autor que Habermas sustenta que, em regimes democráticos, as decisões devem ser tomadas mediante discussão.

Gâmbetta (2001, p. 39), por sua vez, afirma que estudiosos sustentam que, de forma geral, a deliberação traz mais benefícios do que danos à qualidade das decisões ou à sua legitimidade. Para o autor, as consequências positivas da deliberação estão relacionadas com a distribuição da informação. Se esta estiver distribuída de forma desigual entre os participantes, o processo deliberativo propiciará e melhorará a distribuição da informação e do conhecimento e introduzirá no debate soluções novas aos problemas-objeto de debate²⁶. Ademais, o processo deliberativo por si só propicia o enfraquecimento das exigências de interesses egoístas (p. 39-40).²⁷

²⁵ Para Fearon (2001, p. 66), seis seriam os argumentos principais para a existência da discussão antes da deliberação: a discussão propicia a revelação da informação privada; diminui ou supera a racionalidade limitada; força a justificação das demandas; favorece a eleição definitiva, legítima, sob a perspectiva do grupo que discute, contribuindo para a solidariedade do grupo ou para melhorar a provável implementação da decisão; melhora as qualidades morais e intelectuais dos participantes; trata de fazer "lo correcto", independentemente das consequências do debate.

²⁶ "La deliberación, por añadidura, estimula indirectamente la imaginación si revela que, acerca de todas las opciones conocidas, no hay compromiso posible, puesto esto suministra un incentivo para pensar en otras nuevas. En virtud del mismo proceso puede conferir el coraje necesario para adoptar soluciones consideradas demasiado osadas antes de que resultase evidente que de otro modo ningún compromiso era posible". Para Johnson (2001, p. 207-236), de forma alguma o processo deliberativo gera consenso.

²⁷ Para Gambetta (2001, p. 40): "... la deliberación puede facilitar el compromiso, mejorar el consenso y, a través de la coherencia, difundir principios en la vida pública. Es probable que, a su vez, los principios mejoren la justicia distributiva y consigan mejores resultados para los grupos más débiles, los cuales serían castigados en un régimen puramente negociador".

Para Gambetta (2001, p. 59), o estilo de debate da democracia deliberativa é similar ao da discussão científica porque ambos adquirem legitimidade em razão da justificação pública. Todavia, no espaço democrático, a justificação pública só se alcança com a deliberação de todos, do direito de todos em participar da discussão pública.

Fearon (2001, p. 75-80) aponta duas questões-chaves que estão relacionadas aos processos de discussão. O debate na democracia deliberativa possibilita que todos exponham suas opiniões e preferências, socializando no espaço público a informação privada. Em outras palavras, a "socialização" da informação privada proporciona a empatia, o compreender por meio do olhar do outro, o compreender e o aprender a ver os pontos de vista de outra pessoa, o que, por sua vez, diminui a racionalidade limitada, o que o autor considera como uma deficiência da imaginação. O debate gera, em consequência, o espírito cívico. Esses fatores, por si só, já propiciam maior consenso, pois se a todos for permitido debater, discutir, expor pontos de vistas, de forma racional e em igualdade de condições, as decisões, fruto do processo deliberativo, ganharão legitimidade e apoio²⁸. Nesse sentido, o processo de debate gera uma melhor decisão. Para Fearon (2001, p. 80), em razão do consenso, os participantes do processo decisório atuarão positivamente para implementar as decisões de forma correta ou em acatá-las voluntariamente, pois o debate "incrementará el consenso social acerca de lo que hay que hacer o de lo que es correcto".

Contudo, necessário é diferenciar do debate a negociação, pois, no processo deliberativo, deve-se primar pelo debate.

Petit²⁹ considera que as decisões tomadas com base na negociação refletem considerações inadequadas ou não expressam considerações relevantes, pois podem –inclusive– ignorar a realidade. As decisões tomadas com base no debate, à maneira republicana,

²⁸ Para Mackie (2001, p. 98), "...la discusión parece ser el único medio disponible para reducir las diferencias entre las personas, para acercar sus posiciones sobre los temas en debate o para conseguir que concuerden en considerarlos en una sola dimensión (si bien que no hay garantía de que la discusión lograría reducir las diferencias sobre cualquier asunto en particular". In: ELSTER, Jon (Coord), 2001.

²⁹ PETIT, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós, 1999, p.245.

permitem que os envolvidos tenham garantias de que os seus interesses e suas interpretações são relevantes³⁰.

Enquanto as disputas por negociação somente permitem a elas ter acesso aqueles envolvidos com suficiente poder de negociação para ameaçar efetivamente as outras pessoas, as disputas com base nos debates "están abiertas a todos los que consigan arguir plausiblemente en contra de las decisiones públicas"³¹ (p. 245).

Gargarella³² sustenta que a deliberação vem contribuir para a imparcialidade. A imparcialidade é o resultado do processo de discussão, do debate, da qualidade das argumentações, pois as partes têm oportunidade de esclarecer suas opiniões, ampliando os argumentos e possíveis soluções para os problemas objeto de debate, o que ajuda as pessoas a descobrirem prováveis erros fáticos e lógicos nos seus raciocínios. Stokes (2001, p. 178), por sua vez, acredita que a

³⁰ Segundo Petit (1999, p. 245): "En la toma de decisiones basada en la negociación, la gente viene a la mesa de negociaciones con intereses e interpretaciones predefinidos - sus corazones y sus cabezas están cerrados -, y forjan un acuerdo haciéndose mutuamente concesiones. En la toma de decisiones basada en el debate, la gente parte del común reconocimiento de la relevancia de ciertas consideraciones, y se mueve en el sentido de un resultado acordado interrogándose mutuamente sobre la naturaleza y el alcance de esas consideraciones y convergiendo en una respuesta a la cuestión de qué decisión es avalada por las consideraciones. En la toma de decisiones basada en la negociación, las preferencias están dadas; en la toma de decisiones basada en el debate, las preferencias se forman".

³¹ Indaga Petit (1999, p. 246): "¿Qué significaría que la toma de decisiones públicas, en particular la toma republicana de decisiones, se basara en el debate y permitiera disputas debatibles? Significaría que en cualquier lugar de toma de decisiones, legislativo, administrativo o judicial, existirían procedimientos para identificar las consideraciones relevantes para la decisión, posibilitando así que los ciudadanos plantearan cuestiones sobre lo apropiado de esas consideraciones. Y significaría la existencia de procedimientos que permitieran a los ciudadanos hacer un juicio sobre la real determinación del resultado por las consideraciones relevantes: las decisiones tendrían que hacerse con transparencia, con amenaza de escrutinio, con libertad de información, etc."

³² GARGARELLA, Roberto. *Representación plena, deliberación e imparcialidad*. In: ELSTER, Jon (Coord). *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001, p.325.

deliberação apresenta como efeito positivo infundir a mentalidade comunitária, incrementando a magnitude e a variedade dos dados que formam parte das decisões coletivas, assim como a deliberação pública retira os cidadãos do foco dos seus interesses setoriais.

Para Stewart ³³ no sistema de governo tradicional, a capacidade de deliberação dentro do processo de decisão política é muito pouco desenvolvida, logo os marcos da democracia representativa precisam ser expandidos. A democracia deliberativa não é antagônica aos pressupostos e institutos da democracia representativa.

Stewart (2001, p. 78-79) propõe o fortalecimento da democracia representativa por meio de mecanismos de deliberação entre governo e cidadãos e também no interior do governo. Portanto, há uma mudança para uma democracia mais ativa, que incorpore os cidadãos no processo decisório por meio da interação entre governo e sociedade com base na existência de espaços democráticos, de espaços de diálogo. Para o autor, “discusión en una democracia deliberativa significa discusión informada, de modo que interacción, información y reflexión se convierten en tres componentes esenciales de la democracia deliberativa”. Prossegue o autor: A democracia deliberativa constrói-se por meio de mecanismos participativos que ponham a administração, o poder público em contato com os cidadãos, permitindo a interação, o diálogo. O processo deliberativo, ao permitir processo de discussão e reflexão, possibilita vislumbrar os conflitos subjacentes a um determinado problema e, em consequência, às formas como devem ser abordados, processo que se aperfeiçoa entre cidadãos, no interior do governo e entre o governo e os cidadãos.

Brugué, Font e Gomà ³⁴ salientam que no processo deliberativo há que existir a participação cidadã. Esta se expressa como a atividade que envolve os cidadãos no processo de tomada de decisões públicas. Consideram: “La participación no se percibe como un simple acto de colaboración sino como una actividad propositiva y como un espacio de

³³ STEWART, John. *De la renovación democrática a la democracia deliberativa*. In: FONT, Joan (Coord). *Ciudadanos y decisiones públicas*. Barcelona: Editora Ariel, 2001, p.79.

³⁴ BRUGUÉ, Quim; FONT, Joan; GOMÀ, Ricard. *Consejos consultivos en Barcelona: un balance*. FONT, Joan (Coord). *Ciudadanos y decisiones públicas*. Barcelona: Editora Ariel, 2001, p.112-121..

diálogo entre la ciudad y sus instituciones”. Logo pensar em democracia deliberativa implica considerar que a participação dos cidadãos pressupõe a definição das prioridades futuras, a eleição de alternativas para políticas públicas, pois são aqueles que, com os governantes, terão a oportunidade de decidir efetivamente sobre os assuntos coletivos que os afetam. Contudo ressaltam os autores que há processos participativos débeis, que se limitam às dimensões informativa, consultiva ou de cooperação com os entes públicos (BRUGUÉ, FONT E GOMÀ, 2001, p. 112). Essas formas, portanto, não se aproximam da definição de participação política contida no sentido de democracia deliberativa.

Segundo Stewart (2001, p. 91), as atividades públicas orientadas objetivando a democracia representativa devem-se pautar de acordo com os seguintes princípios: a interação é a base da relação entre os cidadãos e a autoridade; qualquer tipo de consulta a ser realizada pelo poder público aos cidadãos deve ser seguida por algum tipo de resposta aos comentários por eles realizados; dentro das possibilidades, qualquer informação deve ser acompanhada do debate; em existindo tempo e espaço disponíveis para reflexão, o debate deve converter-se em deliberação.

Rodríguez ³⁵ propõe reflexão mais ampliada sobre a democracia deliberativa. Para o autor, a democracia não se limita ao processo eleitoral, à eleição de líderes, consoante o modelo da democracia liberal. A democracia participativa expressa-se como um conjunto de práticas, de procedimentos para o autogoverno, em que é permitida a participação dos cidadãos por meio de mecanismos de decisão direta e semi-direta.

Para Rodríguez, a democracia revela-se como um belo e apaixonado processo de forças subversivas que, por meio de práticas de autogoverno locais, conquistam a realidade, práticas essas denominadas pelo autor espanhol de “demoarquías”. Trata-se de um processo constituinte de ação - em que os movimentos sociais assumem importância capital - que objetiva a realização do controle sobre o político e sobre a economia por meio de práticas que objetivam a participação direta dos cidadãos na gestão da coisa pública. A mobilização cidadã possibilita o surgimento de uma nova concepção de

³⁵ RODRÍGUEZ, Rafael. *Ciudadanos soberanos*. Participación y democracia directa. Espana: Almuzara, 2005, p.21-25.

cidadania, já que o processo participativo vai de encontro às formas limitadas das instituições representativas, contidas na concepção liberal de democracia³⁶.

A democracia participativa surge como resposta às insuficiências participativas da democracia representativa, com conteúdo "subversivo", como afirma Rodríguez, pois não busca ser um complemento à democracia representativa nem mesmo um instrumento paliativo às insuficiências da democracia representativa. A democracia participativa é para o autor, "una vía decididamente rupturista y apunta al establecimiento de procesos democráticos, que establezcan progresivamente cada vez mayores controles y actuaciones por parte de la ciudadanía" (Rodríguez, 2005, p. 13; 32).

É importante assinalar, ainda com base nos ensinamentos de Rodríguez (2005, p. 33), a diferença fundamental entre "demoarquía" e "poliararquía electoral local".

O autor espanhol trabalha esses dois conceitos, objetivando distinguir as funções, finalidades e objetivos da demoarquía, que vão muito além do simples interesse em legitimar as políticas públicas neoliberais e as conquistas fundamentais do Estado de Bem-Estar. Por meio da "poliararquía electoral local", possibilita-se a participação cidadã em âmbito local como forma de legitimação das instituições da democracia liberal ou representativa, permitindo, por meio de mecanismos participativos, experiências de cidadania que venham compensar a falta de protagonismo dos cidadãos em outros níveis de

³⁶ Leciona Rodríguez (2005, p. 31): "Si analizamos la teoría contractualista que funda la democracia liberal nos damos cuenta de que ésta sugiere un hipotético, abstracto, ficticio y descontextualizado modelo donde los individuos libres, independientes e iguales por naturaleza, solitarios e individualistas deciden ponerse de acuerdo y ceder algunos derechos para salvaguardar la propiedad y su vida. Barber señala que la democracia liberal es radicalmente instrumentalista, ya que conceptos como interés público, comunidad o gobierno, no son más que medios para las necesidades privadas e individuales, o más concretamente, y desde mi punto de vista, para los derechos de propiedad concebidos por el contractualismo. Participación y comunidad son meros instrumentos al servicio del individualismo. Barber la llama *thin democracy* o democracia débil".

decisão política. Esse conceito é complementar à democracia liberal e às instituições representativas³⁷.

A "poliarquía electoral local" inibe a participação democrática porque a restringe ao âmbito da escala local, ao município, assim como não permite a plena participação da cidadania, pois a participação dos cidadãos está condicionada à classe política que controla o governo, o que por si só gera desigualdade nas oportunidades de participação política.

A "demoarquía", segundo Rodríguez (2005, p. 42-43), vem propor uma ruptura no modelo democrático que ratifica a ingerência do capitalismo na política, encolhendo a democracia, o exercício da cidadania e a vivência dos direitos humanos. A "demoarquía", por meio de um processo decisório deliberativo, complexo, vívido, propõe a transgressão do modelo democrático liberal em que poucos decidem sobre a vida de todos. A "demoarquía" reflete "prácticas rupturistas, abiertas a la creatividad de la gente y necesariamente ampliables a los espacios nacional y supranacional"³⁸ (Rodríguez, 2005, p. 173).

³⁷ Afirma Rodríguez (2005, p. 33-34), "En esta vía, la democracia participativa se inserta en la democracia liberal y es complementaria de las instituciones representativas. A causa de la crisis de representación, la escala local ha sido elegida para reestructurar la confianza perdida en el sistema político de cara a crear un nuevo consenso organizado. Como decía, es una manera de justificar la limitación que padecen los ciudadanos a niveles más altos de la escala, dándoles la oportunidad de participar allí donde se considera 'que es posible' (escala local) y delegando donde no hay otro 'remedio' (escala nacional y transnacional)".

"En definitiva, este modelo participativo implica adaptar y adecuar las instituciones y procedimientos democráticos vigentes a las nuevas realidades sociales para hacerlos más eficaces. Se piensa que es necesario crear nuevas estructuras políticas que permitan una participación más activa de la ciudadanía. El objetivo es incrementar la acción de la ciudadanía pero en el seno del modelo liberal de democracia representativa, lo que plantea serias dudas sobre su objetivo final".

³⁸ Afirma Rodríguez (2005, p. 174): "La *demoarquía* lo que pretende es la universalización de los comportamientos democráticos. Las acciones tendentes a la consecución del autogobierno por parte de la gente. En definitiva, dichos medios han de adecuarse a la ciudadanía y han de ser consecuencia de la producción creativa de la gente, de los ciudadanos. En

Esse modelo propõe a gestão e a implementação de políticas públicas por meio da participação direta dos cidadãos, sob a forma de diversos mecanismos participativos que objetivam a paulatina autonomia dos cidadãos, das associações e grupos sociais para refletir, debater e buscar soluções para problemas no espaço político, estatal ou não estatal, influenciando e definindo as decisões governamentais. O modelo traz implícita a transformação do Estado, do seu papel na consecução de políticas públicas com base no fortalecimento da cidadania e nas práticas decisórias democráticas. A democracia participativa apresenta-se como participação, como consulta, como decisão num marco deliberativo que objetiva a ação política em concreto.

É importante aduzir que o modelo, diferentemente da "poliarquía electoral local", concebe o processo deliberativo em âmbito local, partindo das lógicas das necessidades, como um processo deliberativo endógeno - isto é, realizado em função das características e peculiaridades políticas, econômicas, culturais, sociais de cada município e que, apesar de tangenciar os assuntos referentes aos problemas locais, faz isso em conexão com as questões global, nacional e internacional.

5. Conclusão

A proposta de processos deliberativos endógenos é harmônica com a concepção do desenvolvimento sustentável, pois pugna por possibilidades iguais de participação a toda a coletividade, inclusive aqueles considerados pela Agenda 21 como hipossuficientes: mulheres, crianças, idosos, minorias étnicas, deficientes, homossexuais. De fato, pensar em democracia pressupõe a consideração de igual liberdade para todos. É por meio do fortalecimento das minorias, da igualdade material concreta dos desiguais que se propiciam as bases para a existência de espaços democráticos.

Rodríguez (2005, p. 173-174) dá ênfase à participação política de todos como forma de influenciar e definir as decisões governamentais. Ressalta a importância da participação política como condição de

este sentido, lo único que se debería universalizar son los comportamientos democráticos, que en el núcleos de los procedimientos diferenciados va a asegurar la adecuación entre procedimiento y usos culturales".

liberdade e de igualdade no espaço público. Porém trabalha também com a idéia de que decisões governamentais democráticas dependem de transformação da estrutura estatal. Em outras palavras, as “demoarquias” só se tornam realidade se houver substancial transformação do Estado e de sua estrutura organizacional para fortalecer a cidadania para práticas decisórias democráticas. É nessa perspectiva que D'Auria (2004, p. 59) propõe uma idéia para contribuir com o desenho da engenharia política da democracia.

D'Auria considera que a democratização do sistema político depende de um regime municipal forte, autônomo, com competências, responsabilidades e serviços para realizar, que empreenda uma política inteligente “de promoción del cooperativismo”.

O autor entende que a democratização do sistema político está relacionada com um regime político municipal forte, autônomo, um regime em que a descentralização territorial permita aos governos locais assumirem competências como “un verdadero centro de decisiones políticas significativas para la vida de sus habitantes”³⁹ (D'Auria, 2004, p. 59). Logo, a autonomia política municipal está relacionada com a existência de recursos econômicos. Porém, essa autonomia só se tornará factível, segundo D'Auria, se se reconhecerem aos municípios “amplias facultades autoconstituyentes, potestades legislativas y jurisdiccionales y - elemento fundamental - poderes impositivos”.

Somente sob essas condições, aduz o autor, o município poderá prestar com eficácia serviços públicos e contribuir para o desenvolvimento da democracia local, “de una verdadera comunidad autogestionada” (2004, p. 59). A assunção de competências e responsabilidade pelo órgão municipal deve-se dar por meio do cooperativismo, por meio do processo de regionalização, com a criação

³⁹ No mesmo sentido, considera Castells: “... a identidade territorial e os governos locais/regionais têm-se transformado em forças decisivas no destino dos cidadãos, nas relações entre Estado e sociedade e na reestruturação dos Estados-Nação. Uma pesquisa sobre evidências comparativas no processo de descentralização política parece confirmar o dito segundo o qual os governos nacionais na Era da Informação são muito pequenos para lidar com as forças globais, mas demasiado grandes para gerir a vida das pessoas.” (CASTELLS, 2003, A era da informação: economia, sociedade e cultura. O poder da identidade (Vol II), p. 331-32).

de associações entre democracias municipais. A cooperação entre as administrações públicas municipais seria mecanismo para a resolução de problemas e atendimento de interesses compartilhados pelos municípios.

Para D'Auria, um regime municipal autônomo, forte, configuraria um passo decisivo para a democratização radical do país. Isso porque é no âmbito municipal e em que se pode manter um diálogo direto com a população e em que se pode garantir a simetria discursiva, a igualdade de condições entre interlocutores para o processo dialógico e para o processo decisório.

Assumindo atitude similar, Amaral⁴⁰ (2001, p. 52) considera que, sem descentralização política e sem o fortalecimento do poder local, sem a organização autônoma das comunidades, não há como se pensar em democracia.

⁴⁰ AMARAL, Roberto. "A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa! In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs). **Direito constitucional**. Estudos em homenagem a Páuo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

CRIME ORGANIZADO: FORMAS DE COMBATE NO ESTADO DE ALAGOAS

Danielle de Paula Correia

Assessora Técnica do Ministério Público do Estado de Alagoas. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Pós-graduanda em Direito Público “*laço sensu*” pela UNIDERP - Instituto Luiz Flávio Gomes.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A criminalidade organizada e o advento da lei nº 9.034/95. 3. Crime Organizado: a busca por uma definição legal. 4. Mecanismos legais de combate ao crime organizado. 5. O crime organizado em Alagoas – O poder e a violência. 6. As primeiras manifestações do crime organizado em Alagoas. 7. A resposta estatal. 8. A evolução da criminalidade no Estado de Alagoas. 9. A atuação Estatal no combate à criminalidade em Alagoas. 10. Órgãos criados pelos Poderes Estatais. 11. Os mecanismos Legais de Combate ao Crime Organizado aplicados em Alagoas. 12. Conclusão.

1. Introdução

O crime organizado tornou-se, hodiernamente, um dos problemas que mais preocupam os poderes estatais brasileiros, em virtude dos sérios danos causados à sociedade e do elevado nível de estruturação, despertando, assim, a premente necessidade de que sejam estabelecidas técnicas especializadas no seu combate, vez que, os mecanismos utilizados para reprimir a criminalidade comum não se mostram suficientes.

O presente artigo dedicar-se-á, justamente, ao estudo das *formas de combate ao crime organizado* adotadas pelos poderes estatais, particularmente os de Alagoas, buscando demonstrar os mecanismos existentes no Brasil e quais destes estão sendo utilizados no Estado de Alagoas, bem como, verificar se os meios aqui adotados são os mais adequados e eficientes e se estão produzindo os resultados esperados.

O tema abordado mostra-se rico em pontos discutíveis, vez que, embora “o crime organizado” seja uma temática que já foi objeto de estudo de alguns doutrinadores pátrios, ainda apresenta lacunas e

obscuridades que precisam ser sanadas e apresentadas à comunidade jurídica, a qual ainda não possui uma noção adequada daquilo que pode ser realmente considerado como crime organizado, fazendo-se necessária a realização de um maior detalhamento acerca da matéria, bem como uma análise crítica, neutra e fundamentada, vez que, a falta de conhecimento sobre o assunto torna-se campo fértil para diversas especulações.

Doutra banda, faz-se necessário um exame acurado dos mecanismos utilizados no combate ao crime organizado em Alagoas, a fim de que se torne possível identificar prováveis inadequações que venham a culminar na ineficácia dos mesmos, gerando, na sociedade alagoana, já tão atemorizada com o crescente índice de violência, a sensação de impunidade.

2. A criminalidade organizada e o advento da lei nº 9.034/95

O desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico vivenciado, nas últimas décadas, pela sociedade brasileira impulsionou a evolução da criminalidade no Brasil¹, a qual deixou de se assemelhar à pura e simples delinquência urbana, tão inerente à sociedade desigual do nosso país, e passou a apresentar um nível de organização tal, que dificultava, surpreendentemente, a sua repressão. Tal avanço trouxe consigo a elevação dos índices de violência no país e, em consequência, gerou um ambiente social carregado de medo e revolta.

Frente a esta nova realidade, as autoridades estatais brasileiras passaram a ser pressionadas pela sociedade, a qual buscava incessantemente por um eficaz combate a esta nefasta manifestação delitiva.

Diante dessa cobrança, discussões políticas foram travadas visando, prioritariamente, à elaboração de mecanismos legais que permitissem uma atuação efetiva do Estado na repressão à criminalidade organizada, as quais culminaram, no ano de 1995, na promulgação da Lei Ordinária nº 9.034, intitulada no meio jurídico de “Lei de Combate ao Crime Organizado (LCCO)”, que trouxe em seu bojo instrumentos que poderiam ser utilizados na investigação e combate às referidas atividades delitivas.

¹ MEDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado – aspectos gerais e mecanismos legais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 5.

3. Crime Organizado: a busca por uma definição legal

Uma das problemáticas mais marcantes, no que se refere ao estudo da criminalidade organizada, trata-se da definição legal de “crime organizado” e de “organizações criminosas”, de forma a estabelecer as diferenças existentes entre estes dois institutos.

A lei 9.034/95, após a reforma empreendida pela lei 10.217/01, passou a considerar como crime organizado todos “os ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”, contudo, não apresentou qualquer definição do que seriam essas ações. Dessa forma, para que fosse possível pôr em prática alguns dos dispositivos da supracitada legislação, o aplicador da lei viu-se diante da árdua tarefa de identificar, através de uma interpretação sistemática do Ordenamento Jurídico Pátrio, as referidas ações.

Porém, essa empreitada desvendou uma grave lacuna: apenas duas destas ações possuíam tipificação legal, quais sejam, a quadrilha ou bando, prevista no art. 288 do CP, e as associações criminosas, previstas na antiga Lei de Tóxicos, art. 14; art. 18, III, Lei 6.368/76 (hoje prelecionadas nos artigos 35 e 37 da Lei 11.343/06 – Nova Lei de Tóxicos) e no art. 2º da Lei 2.889/56, que prevê a associação para prática de genocídio; carecendo de tipificação, as ações praticadas por organizações criminosas.

Diante desses fatos, as críticas à Lei nº 9.034/95 se intensificaram, sob a alegação de que os dispositivos legais que faziam menção ao termo “organizações criminosas”, não só nesta lei, como também, em outras legislações, embora vigentes, não possuíam eficácia. Um exemplo a ser mencionado é o inciso VII do art. 1º da Lei 6.913/98, conhecida como a “Lei da Lavagem de Dinheiro”, que preleciona como crime “a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime praticado por **organização criminosa**” (grifo nosso).

Em 2004, por meio do Decreto Presidencial nº 5.015, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (realizada em dezembro de 2000, na cidade de Palermo, Itália) passou a vigorar em nosso país, inserindo-se no Ordenamento Jurídico Brasileiro com força de Lei Ordinária e trazendo consigo, em

seu artigo 2, “a”, uma definição para a tão mencionada organização criminosa:

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Presente, no ordenamento, uma possível, embora não tão adequada, definição legal para o que seriam as organizações criminosas, poder-se-ia considerar que a discussão acerca da existência de entraves ao combate à criminalidade organizada, oriundos da falta de uma definição para as “organizações criminosas”, teria sido superada². Contudo, não foi essa a paisagem que se apresentou na doutrina jurídica pátria, continuando, essa situação, a ser objeto de debates.

Com isso, projetos de lei foram apresentados na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, com o intuito de formular uma definição mais adequada aos moldes em que o crime organizado se manifesta na sociedade brasileira. Merece destaque, dentre eles, o Projeto de Lei do Senado nº 150/2006, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko, o qual, atualmente em constante tramitação no Senado federal, visa revogar a Lei 9.034/95; apresentando em seu conteúdo não só os mecanismos de defesa já previstos na lei, atualmente, em vigor, mas também uma definição legal para crime organizado. Tal Projeto de Lei já sofreu algumas modificações, no sentido de viabilizar um combate mais efetivo a essa prática delitiva, facilitando, inclusive, a atividade investigativa do Ministério Público. Porém ainda há muito a ser adaptado, vez que, observando-se o ordenamento jurídico como um todo, verificar-se-á que alguns dos dispositivos previstos no referido protótipo legal não se coadunam com o Decreto-Lei nº 5.015/04, principalmente no que concerne ao rol taxativo de crimes apresentado pelo Projeto de Lei do Senado, o que não se configura na Convenção de Palermo³.

² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 4: legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 234.

³ DANTAS, Marcus Vinicius da Silva. Crime organizado: uma visão do PLS 150/2006 e o necessário aperfeiçoamento legislativo. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo. ano X. n. 237. p. 48 - 49. 30 nov. 2006.

Assim, para evitar que essa situação se concretize, faz-se mister que os legisladores atentem para essa problemática e empenhem-se em adequar a legislação em fase de tramitação no Senado, àquelas que se encontrem em vigor, visando, precipuamente, superar a questão legal referente ao combate à criminalidade organizada, permitindo, assim, uma real e efetiva atuação repressiva a este nefasto problema que preocupa e amedronta a sociedade brasileira, e, de outro lado, harmonizar o direito interno com as normas internacionais⁴.

Por fim, cabe ressaltar que, embora não haja, ainda, uma definição legal que englobe todas as características inerentes ao crime organizado, como bem expôs Luiz Flávio Gomes:

previsão de acumulação de riqueza indevida; hierarquia estrutural; planejamento do tipo empresarial; uso de meios tecnológicos sofisticados; divisão funcional de atividades; conexão estrutural ou funcional com o Poder Público; ampla oferta de prestações sociais; divisão territorial das atividades ilícitas; alto poder de intimidação; capacidade efetiva para a fraude difusa; conexão local, regional, nacional ou internacional⁵,

não há que se considerar, de forma alguma, a ineficácia total dos mecanismos de combate ao crime organizado presentes na legislação penal brasileira, os quais precisam ser cada vez mais aplicados e aperfeiçoados, a fim de que se torne possível deter o assustador avanço da criminalidade organizada.

4. Mecanismos legais de combate ao crime organizado

As autoridades estatais, ao verificarem os níveis de estruturação e complexidade alcançados pela criminalidade no Brasil, perceberam que a Política Criminal em vigor no país tornara-se obsoleta, não possuindo força suficiente para obstar o desenvolvimento da delinquência. Dessa forma, empreendeu-se uma reestruturação no sistema penal vigente, com a adoção de medidas mais enérgicas, de cunho eminentemente repressivo.

⁴ DANTAS, Marcus Vinicius da Silva. Op. cit, 2006, p. 50.

⁵ GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (lei 9.034/95) e político-criminal**. 2 ed. São Paulo: RT. 1997, p. 94 - 98;

Fundamentados nessa nova Política Criminal, foram promulgados alguns diplomas legais contendo uma série de mecanismos voltados à repressão ao crime organizado. Dentre eles, merecem destaque:

a) Delação Premiada

O instituto da delação premiada configura-se quando o réu ou acusado, integrante de organizações criminosas, delata a prática de crimes cometidos pela organização e aponta seus respectivos autores e partícipes, recebendo, em troca, benefícios.

Para que seja aplicado, é necessário que o próprio agente tenha, espontaneamente, tido a iniciativa de prestar informações às autoridades competentes; não se perfazendo com a mera voluntariedade, na qual o *animus* de colaborar não parte do agente, mas sim, decorre da influência de terceiros. Outrossim, precisa ser eficaz, isto é, as declarações prestadas devem auxiliar efetivamente no desvendamento dos crimes⁶.

O art. 6º da Lei 9.034/95, prevê esse mecanismo - denominado, no referido dispositivo legal, de “colaboração espontânea” - quando concede o benefício da redução da pena, de um a dois terços, ao acusado ou réu que trazer esclarecimentos acerca das atividades das organizações criminosas.

Tal instituto, com forte inspiração na Política Criminal italiana e americana, está previsto também em outros diplomas legais, tais como a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), em seu parágrafo único do artigo 8º; A Lei 7.492/86 (Lei do Colarinho Branco) -, no § 2º do artigo 25; a Lei 8.137/90 - que trata dos crimes contra a Ordem Tributária -, no seu artigo 16; o instituto da delação premiada está previsto, ainda, no parágrafo 4º do artigo 159 do Código Penal - que tipifica o delito de extorsão mediante seqüestro; na Lei 9613/98, Lei da Lavagem de Dinheiro, no parágrafo 5º do artigo 1º, possuindo em cada um deles, certas particularidades.

Por fim, a Lei 9807/99, que trata da proteção a vítimas e testemunhas, prevê em seus artigos 13 e 14, a figura da delação premiada, prelecionando, respectivamente, que “Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário,

⁶ GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. Op. cit., 1997, p. 168 - 169;

tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal” e que “o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação criminal e o processo criminal terá a pena reduzida de um a dois terços”.

b) Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas:

O Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas – PROVITA–, surgiu em 1996 por uma iniciativa do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares – GAJOP –, organização não governamental, sem fins lucrativos, criada em 1981, no Estado de Pernambuco, que atua na busca de uma sociedade mais forte e democrática e de um Estado que permita a vivência plena de seus cidadãos. Em 1998, através de um projeto realizado pelo Ministério da Justiça, em conjunto com o GAJOP, outros Estados da Federação foram estimulados a instalar em seus territórios o PROVITA⁷. Atualmente, 17 Estados já implantaram o Programa e outros estão em fase de instituição⁸.

A criação do PROVITA foi um dos meios encontrados para reduzir a impunidade e a violência contra as pessoas que colaboravam com a Justiça. A Lei 9807/99, conhecida como Lei de Proteção a vítimas e testemunhas, que estabelece regras para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas, em âmbito federal e preleciona a necessidade de os Estados regularem seus próprios programas, não retirando do governo Federal a responsabilidade de suprir os casos em que os Estados não possuam o referido sistema, foi concebida numa forma de regular o programa de proteção a testemunhas já instalado no Brasil, concedendo mais força ao PROVITA e consolidando a busca pela garantia dos Direitos Humanos.

Na referida legislação, são elencados vários requisitos para a inclusão de vítimas e testemunhas em programas de proteção, bem

⁷ MONTEIRO, Valdênia Brito, **PROVITA: uma proposta de política pública**. Revista de Direitos Humanos – Proteção a Testemunhas no Brasil/Gajop. Pernambuco. ano 03. n. 7. p. 15. janeiro/julho 2001;

⁸ Governo da Bahia. AGECON. **Bahia sedia Seminário Nacional de Proteção a Testemunhas**. Disponível na internet: [http://www.comunicacao.ba.gov.br/noticias/2007/11/30/bahia-sedia-seminario-nacional-de-protecao-a-testemunhas; \[30.11.07\]](http://www.comunicacao.ba.gov.br/noticias/2007/11/30/bahia-sedia-seminario-nacional-de-protecao-a-testemunhas; [30.11.07]).

como, dispõe as formas em que se organizará o programa federal de proteção.

Serão objetos da lei, pessoas que estejam sendo coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal (artigo 1º).

O programa de proteção terá duração de dois anos podendo ser prorrogado pelo tempo necessário para a efetivação da proteção, em casos excepcionais e se perdurarem os motivos que deram ensejo à proteção (art. 11).

Para a concessão do benefício é preciso que sejam obedecidas algumas exigências legais: estar em situação de risco, resultante de anterior colaboração; possuir personalidade e conduta compatíveis com as restrições que serão impostas; inexistência de limitações à liberdade e anuência do protegido. Cabe ressaltar que mesmo que as vítimas ou testemunhas não preencham os mencionados requisitos, não ficarão desprovidas de proteção estatal⁹.

O Ministério Público possui um papel muito importante na consolidação do PROVITA, na medida em que, atuando como fiscal da lei, poderá requisitar o ingresso de pessoas no Programa, opinará a respeito da concessão do benefício e da exclusão do protegido, além de outras medidas referentes ao estabelecimento do programa¹⁰.

c) Captação Ambiental, Interceptação Ambiental e Interceptação Telefônica:

Segundo Lavorenti, *“interceptação” é a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um deles*¹¹. Pode ocorrer na fase policial ou

⁹ PANNUNZIO, Eduardo. **O Programa Brasileiro: resultados e perspectivas**. Revista de Direitos Humanos – Proteção a Testemunhas no Brasil/Gajop. Pernambuco. ano 03. n. 7. p. 36. janeiro/julho 2001.

¹⁰ BARBOSA, Gilson Roberto de Melo. **Artigo 3º da Lei Nº 9.807/99 sobre a inclusão e a exclusão do beneficiário**. Revista de Direitos Humanos – Proteção a Testemunhas no Brasil/Gajop. Pernambuco. ano 03. n. 7. p. 47. janeiro/julho 2001.

¹¹ LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da; e GENOFRE, Fabiano. **Leis Penais Especiais Anotadas**. 7. ed. São Paulo: Millenium, 2005. p. 235.

processual e depende de circunstanciada autorização judicial, onde deverão ser disciplinados os requisitos para a carência, o período de duração e como se dará o registro do procedimento. Este procedimento deve ser mantido em sigilo e poderá ser requisitado pelo Ministério Público ou pleiteado por meio de representação formulada pela autoridade policial, bem como, obedecidos todos os requisitos para a sua determinação, para que, assim, seja considerado como prova lícita.

A gravação ambiental, também conhecida como escuta ambiental, se configura quando uma das pessoas integrantes da conversa realiza a gravação da mesma. Ao contrário da interceptação, não haveria que se falar em violação de intimidade, assim, entende-se ser desnecessária a autorização judicial¹².

A interceptação telefônica pode ser compreendida como a interceptação da transferência de informações por meio de equipamentos telefônicos¹³. É tida como medida de exceção, só devendo ser determinada nas circunstâncias em que se fizer realmente necessária.

A Lei 9296/96, promulgada no sentido de regulamentar o inciso XII, do art. 5º da CF - que preleciona: "*É inviolável o sigilo (...) das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*" (**grifo nosso**) -, dispõe os casos em que serão permitidas as interceptações telefônicas, com prévia autorização judicial, sob segredo de justiça, onde deverão ser bem delimitados o fundamento e o alcance da medida. A obediência aos requisitos legais previstos para a sua decretação é imprescindível para evitar que as provas obtidas através deste mecanismo, sejam consideradas ilícitas.

A lei estabelece, no artigo 2º, requisitos básicos para que seja autorizada a interceptação de comunicações telefônicas, podendo ser decretada de ofício, ou a requerimento da autoridade policial ou do representante ministerial.

¹² MEDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., 2007. p. 68.

¹³ MEDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., 2007. p. 64.

Embora não seja um mecanismo voltado exclusivamente à apuração de delitos cometidos por organizações criminosas¹⁴, esse recurso é de suma importância, pois uma vez decretada a interceptação, torna-se possível, ao Ministério Público e Polícia Judiciária, a realização do monitoramento das atividades praticadas pelas organizações criminosas, o que poderá culminar no deslinde do *modus operandi* destas organizações, bem como, à identificação de possíveis integrantes e, em alguns casos, evitar a consumação de operações criminosas em fase de preparação.

d) Acesso a Dados, Documentos e Informações e a quebra de sigilo

A lei 9034/95, garante, em seu art. 2º, inciso III, o acesso ao conteúdo de dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais de indivíduos e empresas que estejam sob suspeita em investigações referentes ao crime organizado. Segundo Rodolfo Tigre, *“estes informes são efetivamente indispensáveis não só na obtenção dos indícios de autoria e da materialidade dos delitos investigado, mas, sobretudo, revelam-se valiosos na identificação dos bens e propriedades obtidos com tais práticas ilegais.”*¹⁵

A utilização deste mecanismo pode ser considerada como uma interferência na intimidade e vida privada do investigado, contudo, por tratar-se de investigação criminal, o interesse privado deve ser relativizado diante do interesse público de repressão a nefasta criminalidade organizada.

Os dados obtidos através do fisco mostram-se importantes, na medida em que, a indicação de uma evolução desproporcional do patrimônio do indivíduo ou empresa investigados denota o possível enriquecimento ilícito destes¹⁶

A Lei complementar 105/01 trata do sigilo das operações de instituições financeiras (sigilo bancário), mas prevê no inciso IX, do §

¹⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 95.

¹⁵ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado desorganizado contra o Crime Organizado – Anotações à Lei Federal nº 9.034/95 – Organizações Criminosas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 80.

¹⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. Op. cit., 2003. p. 106.

4º do art. 1º, a possibilidade da decretação da quebra de sigilo bancário, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, quando for necessária à apuração da ocorrência de qualquer ilícito praticado por organização criminosa.

Prevê ainda, que a comunicação às autoridades competentes, de operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa, não se configura violação do dever de sigilo. Prevê a possibilidade de as CPI's terem acesso a informações bancárias diretamente ou por intermédio do Banco Central ou da Comissão de Valores Mobiliários.

O COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) criado pela Lei 9613/98, com intuito de identificar ocorrência suspeitas de atividades ilícitas, tem amplos poderes para requisitar informações bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.

A quebra dos sigilos fiscal, bancário e financeiro, por envolver violação a direitos fundamentais, carece de prévia autorização judicial, na qual o juiz irá delimitar o seu alcance.¹⁷

Os métodos adotados pela legislação brasileira, em sua grande maioria, resultaram da análise comparativa feita pelos legisladores, entre o Brasil e os demais países que vivenciaram a realidade da criminalidade organizada. Sendo, assim, originaram-se de um verdadeiro processo de importação, no qual o legislador buscou adequá-los às particularidades de nosso país.

Por fim, faz-se importante ressaltar que o combate ao crime organizado que, como bem destacaram Lavoretti e José G. da Silva¹⁸, *"pode ter atuação regional, nacional e/ou internacional"*, é uma tarefa difícil que vem sendo realizada não só pelas Autoridades Estaduais Brasileiras em âmbito Nacional, mas também Estaduais, observadas as particularidades ínsitas a cada região do país; e tal situação não é diferente em Alagoas que, nos últimos anos está enfrentando um avanço preocupante no nível de criminalidade, o qual despertou a atenção do Poder Público em todas as suas esferas.

¹⁷ SILVA, Eduardo Araújo da. Op. cit., 2003. p. 108.

¹⁸ LAVORENTI, Wilson e SILVA, José Geraldo da. **Crime Organizado na Atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 31.

5. O crime Organizado em Alagoas – O poder e a violência

Alagoas é um Estado com características bem particulares, que o diferenciam dos demais Estados da Federação, e exercem forte influência na forma que a criminalidade se desenvolve em seu território. Região voltada, desde os primórdios, ao cultivo da monocultura da cana de açúcar, realizado por grupos de famílias organizadas no Estado como verdadeiras oligarquias hereditárias, é marcada pela alta concentração de renda, por níveis gritantes de exclusão social¹⁹ e por uma cultura arraigada no sistema coronelista – onde o poder é concentrado e mantido a todo custo; com desrespeito a qualquer regra que limite sua atuação –, sendo comum o fato de os Poderes Político e Institucionalizado servirem como válvulas propulsoras de várias espécies de delitos, desde crimes contra a Administração Pública²⁰ até homicídios, fundando-se sempre na corrupção²¹, mal que permeia toda a estrutura estatal.

O histórico de Alagoas é marcado pela cultura da violência, utilizada como forma de impor poder e controlar a máquina Estatal. Geraldo Majella²² e Ruth Vasconcelos²³ defendem que a violência não é

¹⁹ LIRA, Fernando. **Formação da Riqueza e da Pobreza em Alagoas**. Maceió: EDUFAL, 2007. p. 6.

²⁰ O Caso da Assembléia Legislativa do Estado de Alagoas, no qual, aproximadamente trezentos milhões de reais foram desviados do Erário Público pode ser tido com um dos exemplos mais recentes da prática dessa e de outras modalidades delitivas por membros do contexto político de Alagoas. Cabendo ressaltar que esse caso ainda é objeto de investigações pela Polícia Federal, através da Operação Taturana; Fontes de Pesquisa: Jornal EXTRA. Ano IX, nº 447, 14 a 20 de Dezembro de 2007, várias matérias relacionadas com o caso - publicação impressa; Site de Notícias da Procuradoria da República em Alagoas – Ministério Público Federal: “*Nota à Imprensa - Operação Taturana*”, datada de 06/12/07: http://www.praf.mpf.gov.br/noticias/arquivo/nota_a_imprensa/.

²¹ Fernando José Lira em seu livro **Corrupção e Pobreza no Brasil: Alagoas em destaque** (Maceió: EDUFAL, 2005. p. 14 e 33), ressalta que estudos realizados no Estado de Alagoas, demonstram a existência de fortes laços entre altos níveis de corrupção e baixos índices sociais, bem como, que o índice de corrupção presente nos Estados do Nordeste é muito elevado, sendo Alagoas um dos mais altos da Região.

²² MAJELLA, Geraldo de. **Execuções Sumárias e Grupos de Extermínio em Alagoas: (1975-1988)**. Maceió: EDUFAL, 2006. p. 20, 21, 25 e 56.

uma realidade recente no Estado de Alagoas, mas sim, uma característica inerente ao mesmo, em todas as fases de sua História, sendo considerada, inclusive, o pilar de sustentação do poder político e utilizada como instrumento para a obtenção e permanência no poder.

A consolidação desse sistema resulta em uma estrutura social, econômica e política caracterizada pela impunidade e pela constante violação aos direitos humanos e flagrante desrespeito aos ditames que regem o Estado Democrático de Direito. Tais fatos reclamam soluções imediatas por parte dos órgãos institucionalizados e da sociedade civil organizada.

Estudos realizados em Alagoas demonstram que a violência no Estado resulta não apenas da criminalidade comum, inerente à sociedade desigual e marginalizada alagoana, mas, principalmente, da criminalidade institucionalizada, com altos níveis de organização.

Em nenhum outro Estado do País o crime está tão arraigado nos Poderes Públicos, como em Alagoas.

6. As primeiras manifestações do crime organizado em Alagoas

• Os Grupos de Extermínio

O Sistema Oligárquico desenvolvido no Estado de Alagoas, aos moldes do coronelismo, em que a aquisição e a manutenção do poder justificam a realização de qualquer tipo de ato entendido como necessário e conveniente aos interesses da classe dominante no Estado, fomentou, em Alagoas, a prática de crimes de mando, realizados, inicialmente, por indivíduos denominados de “jagunços”, funcionários dos grandes “coronéis”²³. No decorrer dos anos, essas figuras foram substituídas por membros do aparato policial do Estado, os quais, protegidos pela classe detentora de poder, ceifaram, durante anos, a vida

²³ VASCONCELOS, Ruth. **O poder e a cultura da violência em Alagoas**. Maceió: EDUFAL, 2005. p. 30, 39 e 47; e **O Reverso da Moeda: a rede de movimentos sociais contra a violência em Alagoas**. Maceió: EDUFAL, 2006. p. 21.

²⁴ Revista Carta Capital – Política, Economia e Cultura, Ano XIII, nº 440, 18 de abril de 2007. p.29.

de várias pessoas, em todo o território alagoano, sem que qualquer tipo de investigação fosse realizada²⁵.

Organizados desde a década de 70, segundo Geraldo Majjela²⁶, os grupos de extermínio, formados, em sua maioria, por membros da Segurança Pública do Estado, foram responsáveis pelo cometimento de vários homicídios em Alagoas²⁷.

O grupo mais famoso, denominado de “gang fardada”, formado por policiais militares e coordenado pelo Ex-Tenente Coronel Manoel Cavalcante²⁸, estava intrinsecamente ligado ao poder institucionalizado e político alagoano, na medida em que, agindo de forma ativa e omissiva, consolidava a manutenção do referido grupo organizado, fomentando a violência, a impunidade e, em consequência, a falta de segurança²⁹. Cabe destacar, que, embora a principal característica dessa organização criminosa tenha sido a prática de homicídios, a “gang fardada” praticava no Estado outros tipos de delitos, como roubos de carros, assaltos a bancos, a agências de correios e casas lotéricas, desmanches de carros roubados. toaqui

A prisão de vários membros da “gang fardada” e os atos que se sucederam tornaram pública a triste realidade que permeia o Estado de Alagoas, comumente tachado de “terra de coronéis, pistoleiros, violência e impunidade”³⁰.

Sabe-se que o desbaratamento deste grupo de extermínio não dissipou tal prática delitiva no Estado, sendo, ainda hoje, fonte de grande preocupação e objeto de investigações pelos poderes públicos competentes.

Mortes, por queima de arquivo, de testemunhas; ameaças e assassinatos de dissidentes dos grupos criminosos organizados

²⁵ MAJELLA. Geraldo de. Op. cit., 2006. p 23.

²⁶ MAJELLA. Geraldo de. Op. cit., 2006. p 22 e 23.

²⁷ No final da década de 90 foram encontrados vários cemitérios clandestinos no Estado de Alagoas, onde os corpos das vítimas dos grupos de extermínio eram desovados. Cf. MAJELLA. Geraldo de. Op. cit., 2006. p 32/34.

²⁸ Jornal Gazeta de Alagoas online, matéria: *Marcados para morrer*, de 11/01/04: <http://gazetaweb.globo.com/gazeta/Frame.php?>

²⁹ MAJELLA. Geraldo de. Op. cit., 2006. p 24 e 25.

³⁰ Revista Carta Capital. Op. cit., Ano XIII, nº 440, 18/04/2007. p. 29.

existentes em Alagoas são comuns no Estado, fatos que o posicionam dentre um dos três mais violentos do país, com altos índices de homicídios.

7. A resposta estatal

A criminalidade institucionalizada, embora não seja uma novidade no Estado de Alagoas, só passou a ser divulgada de uma forma mais intensa no final da década de 90, quando a grave crise econômica e institucional³¹ e os elevados números de homicídios e assaltos, com envolvimento de integrantes do aparato Estatal, despertaram a atenção da sociedade alagoana que, mobilizada, passou a exigir dos poderes Estatais uma solução. Os atos que se seguiram, culminaram no afastamento do governador, à época, Divaldo Suruagy, e na posse do vice-governador, Manoel Gomes de Barros, que assumiu, diante da população, o compromisso de moralizar o Estado e combater a criminalidade organizada que havia se instaurado em Alagoas, adotando, assim, uma postura pautada na evidente tentativa de eximir-se de qualquer responsabilidade na situação caótica a que tinha chegado o Estado de Alagoas durante o período em que ele mesmo fazia parte do governo³².

No intuito de cumprir as promessas feitas à sociedade alagoana, Manuel Gomes passou a realizar algumas medidas de cunho repressivo, merecendo destaque a requisição de apoio ao Governo Federal para que a Polícia Federal atuasse no Estado, a fim de que fosse possível desbaratar a quadrilha denominada “gang fardada”.

8. A evolução da criminalidade no Estado de Alagoas

Alagoas é um Estado pequeno, com baixos índices de urbanismo, desigualdades sociais gritantes e um nível de concentração de renda que ultrapassa o limite do Brasil. Tais características, por si só, poderiam ser consideradas como justificativas para o avanço da criminalidade no Estado, contudo, a realidade alagoana demonstra que estes elementos não são suficientes para explicar o aumento da criminalidade em

³¹ Ruth Vasconcelos (op.cit., 2005, p.89 e p.128) relata que o Estado de Alagoas vivia um caos generalizado, com greves de policiais civis e militares, de profissionais dos sistemas de saúde e educação e sérios problemas financeiros.

³² VASCONCELOS, Ruth. Op.cit., 2005. p. 89, 128 e 131.

alagoas, vez que, a violência desencadeada nos últimos anos não resulta apenas da ação do criminoso comum, oriundo da parcela marginalizada do Estado, mas, precipuamente, das atividades realizadas pela criminalidade organizada, mal que produz efeitos danosos à sociedade em dois momentos: através de suas atividades *per si*, e em decorrência do estímulo que produz na criminalidade comum, na medida em que, passa a servir como parâmetro para o criminoso comum que, identificando a falta de punição aos criminosos envolvidos em organizações criminosas, desenvolve em si, o sentimento de liberdade para a prática de crimes.

A esse problema, acresce-se a desestrutura dos poderes institucionalizados. Policiais mal remunerados, Instituto de criminalística sucateado, viaturas ultrapassadas, quebradas, sem combustível e em quantidade insuficiente, sistema carcerário em condições deploráveis, setores de inteligência despreparados ou com carência de aparelhamento adequado, corrupção, são alguns dos problemas enfrentados pelo Estado de Alagoas. O Poder Estatal encontra-se aliado, clamando por atitudes que permitam o estabelecimento de uma Política Criminal aplicável e produtora de efeitos positivos.

Recente pesquisa publicada pela Secretaria Nacional de Segurança Pública - SENASP³³ - revela os números resultantes do caos estrutural existente em Alagoas. Produzida com base nas informações fornecidas pelas Secretarias de Segurança dos Estados da Federação, tal pesquisa, apresentou um mapa da criminalidade no país, posicionando o Estado de Alagoas e a Capital, Maceió, em patamares elevados, antes ocupados por grandes cidades e Estados do país, com alto índice de criminalidade urbana. O Estado de Alagoas ocupa, no ranking o terceiro lugar, perdendo apenas para Pernambuco e Rio de Janeiro e a cidade de Maceió o segundo lugar entre os municípios mais violentos do País.

Tal estudo levou em consideração, prioritariamente, o número excessivo de crimes de homicídio, fato facilmente explicável pela

³³ Mapa de Ocorrências no Brasil 2004-2005. Site do Ministério da Justiça – Segurança Pública:
<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJCF2BAE97ITEMIDC5C3828943404A54BF47608963F43DA7PTBRNN.htm>

cultura de extermínio e pistolagem existente em Alagoas, já identificada em muitas das investigações anteriormente realizadas no Estado

Essa realidade, identificada pelo Ministério da Justiça é divulgada, diariamente, nos jornais locais, através de matérias que demonstram a situação caótica que se encontra o Estado. Crimes contra o patrimônio, homicídios, fraudes, tráfico de drogas são visualizadas como atividades corriqueiras em Alagoas que têm na desestrutura da Segurança Pública uma aliada.

Esta situação despertou na população alagoana uma sensação de temor e insegurança, fazendo-a exigir mudanças, que promovessem a oferta de um sistema de segurança pública adequado, que realmente buscasse reprimir todas as faces da criminalidade desenvolvida em Alagoas possibilitando, assim, maior segurança.

No sentido de conceder uma resposta ao clamor público, as autoridades estatais se organizaram e estabeleceram no Estado alguns mecanismos voltados ao combate à criminalidade existente em Alagoas.

9. A atuação Estatal no combate à criminalidade em Alagoas

Alagoas, à semelhança do que aconteceu no final da década de 90, vivencia um assustador avanço nos índices de criminalidade, expressada através de atos praticados tanto pelo criminoso usual, quanto pelas organizações criminosas; e tal realidade, gera um clima de preocupação em todas as esferas do Estado que, visando solucionar esse problema, têm realizado alguns atos voltados ao combate do crime organizado. Os anos de 2006 e 2007 foram marcados pela instituição dessas estruturas voltadas à repressão da criminalidade.

Sabe-se que, o combate ao crime organizado, nefasto problema a ser enfrentado pela sociedade contemporânea, não é tarefa fácil a ser realizada, requer, dos poderes Estatais, o máximo possível de empenho, organização, estrutura, atuação conjunta e isenção. Entendendo essas necessidades, o Estado de Alagoas enfrenta algumas mudanças, contudo, verifica-se que ainda há muito a ser feito, vez que, o Sistema de Segurança Estadual encontra-se sucateado, desestruturado e incapacitado, o que reduz drasticamente as possibilidades de atuação de homens e mulheres, pertencentes a grupos estatais voltados ao combate ao crime organizado, que não mais suportam o caos em que se encontra o Estado.

Dessa forma, combater o crime organizado em Alagoas torna-se uma tarefa árdua, que requer persistência de seus agentes. E foi justamente essa, a válvula propulsora que permitiu o estabelecimento de alguns métodos de repressão ao crime que, embora não tenham surtido efeitos totalmente satisfatórios, em face os grandes óbices que ainda existem, demonstram que, mesmo a passos lentos, algo ainda está sendo feito.

Cabe ressaltar, que as principais providências adotadas em Alagoas estão ligadas, principalmente, ao estabelecimento de órgãos que visam, prioritariamente, estruturar o Sistema de Segurança do Estado, a fim de que seja possível realizar um adequado combate à criminalidade no Estado.

Doutra banda, faz-se importante destacar que, em Alagoas, a falta de estrutura não pode ser considerada a causa ensejadora do aumento da criminalidade organizada no Estado; sendo, na verdade, a consequência direta das atividades realizadas pelas organizações criminosas que se desenvolvem em Alagoas, as quais possuem como principal característica, a impressionante inserção de agentes nas Instituições Públicas, empenhados em assegurar a efetividade e a continuidade das atividades criminosas³⁴.

10. Órgãos criados pelos Poderes Estatais:

- **A criação do Núcleo de Combate ao Crime Organizado (NCCO) no âmbito do Poder Judiciário Estadual.**

Criado em fevereiro de 2006, através da Resolução nº 01/2006 do Tribunal de Justiça de Alagoas³⁵, o Núcleo de Combate ao Crime Organizado (NCCO), era composto por seis juízes, dois dos quais, oriundos da equipe de auxiliares da Presidência do Tribunal de Justiça de Alagoas e, os demais, de Juízes da Capital e do interior do Estado: Diógenes Tenório de Albuquerque, Rodolfo Osório Gatto, Geraldo Cavalcante Amorim, Maurício César Brêda Filho, Sóstenes Alex Andrade e José Braga Neto.

³⁴ GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. Op. cit., 1997. p. 94 - 98.

³⁵ A referida Resolução instituiu a "Central de Inquéritos Policiais e Procedimentos Investigatórios Criminais" (também conhecida como "Núcleo de Combate ao Crime Organizado (NCCO)", bem como o "Mutirão de Processos Criminais".

O NCCO surgiu por uma iniciativa da Assessoria da Presidência do Tribunal de Justiça – cargo ocupado, à época, pelo Desembargador Estácio Gama de Lima –, como uma resposta à sociedade, preocupada com a alarmante escalada da criminalidade no Estado, clamava pela atuação estatal. Conforme o Magistrado, o Núcleo tinha Competência para atuar em todo o Estado de Alagoas, desde que as características dos crimes tivessem a feição de crime organizado ou de organização criminosa³⁶.

O Núcleo exerceu suas atividades no Estado por pouco mais de um ano e teve como funções primordiais o combate ao crime organizado em Alagoas e o aceleração dos processos que se relacionavam aos crimes de pistolagem e à ação de quadrilhas no Estado, praticantes dos mais variados tipos de delitos, roubos, seqüestros, furtos, homicídios.

O grupo de juízes possuía funções jurisdicionais que lhes permitiam a determinação de várias medidas cautelares, desde busca e apreensão até prisões preventivas.

Este Núcleo foi objeto de críticas por alguns juristas do Estado, sob a alegação de que o Núcleo atentava contra o princípio do Juiz Natural e o poder jurisdicional inerente à sua função, na medida em que invadia a competência dos juízes das Varas Criminais do Estado, bem como por não haver sido instituído por meio de lei³⁷, tendo sido, inclusive, ingressada uma Representação junto ao Conselho Nacional de Justiça, no sentido de anular a Resolução que instituiu o Núcleo³⁸.

³⁶ Entrevista com o Dr. Diógenes Tenório – Juiz Estadual Titular da 6ª Vara Criminal da Capital.

³⁷ Preleção, Guilherme de Souza Nucci, que (**Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 2006. p. 82) o princípio do Juiz Natural, previsto nos incisos LIII e XXXVII, do art. 5º da CF, configura-se quando o Estado, na persecução penal, assegura às partes, para julgar a causa, um juiz previamente designado por lei e de acordo com as normas constitucionais.

³⁸ Site do Ministério Público Estadual, coluna Saiu na Imprensa, matéria. *Criminalistas fazem representação para extinguir o NCCO*, de 25 de maio de 2006: http://www.mp.al.gov.br/noticias/saiu_na_imprensa Site do Conselho Nacional de Justiça, que demonstra o PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 149, que tem como um dos assunto a **Revogação da Resolução nº 01/2006 do TJAL**: http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_wrapper&Itemid=8;

contudo, a Decisão proferida pelo CNJ, no Procedimento de Controle Administrativo nº 149, identificou que o Tribunal de Justiça alagoano realizou modificações³⁹ na Resolução instituidora do NCCO que especificaram a atuação auxiliar, dos membros desse núcleo, aos Juízes naturais, não havendo que falar-se, assim, em violação ao princípio do Juiz Natural, tornando-se prejudicado o requerimento de anulação da Resolução nº 01/2006 do TJ/AL, e garantindo a conservação do Núcleo.

No início de 2007, o atual Presidente do Tribunal de Justiça, José Fernandes de Hollanda, apresentou um Projeto de Lei convertendo o Núcleo de Combate ao Crime organizado em uma Vara Criminal especializada no combate a atos praticados sob os moldes de crime organizado, o qual se converteu em marco de mesmo ano na Lei Estadual 6.806, e instituiu a 17ª Vara Criminal da Capital.

• A instituição do Grupo de Combate às Organizações Criminosas (GECOC) no âmbito do Ministério Público Estadual.

A partir do ano de 2005, o Ministério Público Estadual passou a adotar, à exemplo do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOG) – criado em fevereiro de 2002, por iniciativa do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos da União, após a morte do Promotor de Justiça de Minas Gerais, Francisco José Lins do Rêgo Santos, morto em Belo Horizonte quando investigava casos de adulteração de combustível no Estado⁴⁰ –, medidas direcionadas ao efetivo combate ao crime organizado no Estado de Alagoas, realizando investigações de crimes relacionados ao narcotráfico, grupos de extermínio, pistolagem, exploração sexual,

³⁹ Conforme consta da Decisão do CNJ, as modificações realizadas na Resolução nº 01/2006, foram anteriores ao requerimento formulado pelos advogados alagoanos. Tais modificações deixaram claro as competências concedidas aos juízes do NCCO, que poderiam atuar na fase inquisitorial, como juízes designados para a Central de Inquéritos e como Juízes auxiliares, já na fase jurisdicional;

⁴⁰ Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. Reunião de Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas é realizada em Maceió

contando, para tanto, com o apoio de órgãos federais, estaduais e municipais⁴¹.

Os trabalhos se intensificaram em Alagoas, tornando-se premente a consolidação da orientação do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais para que fossem estabelecidos grupos estaduais voltados ao combate à criminalidade organizada.

Assim, foi instituído, no Estado de Alagoas, em 24 de agosto de 2006, por meio da Resolução nº 03/2006 do Colégio de Procuradores de Justiça, o Grupo de Combate às Organizações Criminosas, o qual se compõe, atualmente, por uma Coordenação, uma Diretoria de Análise Processual e um Diretor de Operações, com uma equipe formada por três Promotores de Justiça Criminais de Terceira Entrância, com formação específica na área de inteligência, contando, ainda com o Setor de Apoio Administrativo⁴².

O Grupo estabelecido no Ministério Público, segundo a Resolução nº 03/2006 CPJ possui competência para atuar, em primeira instância, em todo o território alagoano, na prevenção e repressão ao crime organizado. Algumas de suas atribuições consistem na realização de investigações, utilizando-se de serviços de inteligência, instauração de procedimentos administrativos de investigação na área de sua atribuição, promoção de medidas cautelares preparatórias necessárias à persecução penal, bem como realização de outras atividades que se fizerem necessárias à identificação de autoria delitiva e produção de provas.

Segundo o artigo 7º da Resolução e, em conformidade com a Portaria nº 579, de 26.09.2007, do Procurador-Geral De Justiça, os Promotores de Justiça integrantes do GECOC, somente atuaram em conjunto como Promotor de Justiça com atribuição natural para officiar no feito e mediante quando o apoio do GECOC for solicitado pelo Promotor Natural, contudo, uma vez atuando no caso, o GECOC possui

⁴¹ Jornal do Ministério Público. Combate às organizações criminosas marca ações do Ministério Público em 2005;

⁴² Tais informações foram prestadas pela Promotora de Justiça, Marluce Falcão de Oliveira, integrante do GECOC (**entrevista anexada a esta monografia**);

competência para realizar os atos que se fizerem necessários, sempre com a anuência do Promotor Natural⁴³.

À época em que foi criado, o GECOC atuava em todas as Comarcas do Estado, quando solicitado, porém, com o surgimento da 17ª Vara Criminal da Capital, especializada no Combate ao Crime Organizado e de abrangência em todo o Estado, tal órgão passou a atuar, sempre em conjunto com o promotor natural do caso, junto à 17ª Vara. Cabe ressaltar, que a 17ª Vara não possui, ainda, uma Promotoria de Justiça própria, fato que desmente qualquer afirmação de que o GECOC atua diretamente perante a 17ª Vara Criminal⁴⁴.

Conforme, a Promotora de Justiça Marluce Falcão, integrante do Grupo, para a criação de uma Promotoria de Justiça específica para atuar junto à 17ª Vara Criminal e posterior indicação de Agente Ministerial para ocupar o cargo⁴⁵, seria necessário que outros cargos de Promotorias fossem regularizados e criados, pois com a mudança

⁴³ Cabe ressaltar, que, embora o GECOC atue apenas em conjunto com os Promotores Naturais, já há entendimento do STJ, no sentido de que a atuação direta de grupo especializado de Promotores de Justiça não se configuraria violação ao Princípio Constitucional do Promotor Natural, vez que o referido grupo possuiria competência e membros integrantes estabelecidos previamente ao fato criminoso, não havendo que se falar, assim, em acusador de Exceção. HC 28700/MS. Habeas Corpus 2003/0094033-8. Relator (a) Ministra Láurita Vaz. Quinta Turma. Data do julgamento 11.05.04. DJ 07.06.2004. p. 247.

⁴⁴ Ministério Público do Estado de Alagoas. Gecoc notícias. **Gecoc esclarece que não atuou no caso Cícero Belém**. Disponível na internet: <http://www.mp.al.gov.br/noticias/fundacoes/Index.asp?vCod=6077> [27.11.2007].

⁴⁵ Segundo a Lei Complementar nº 15/96, que Dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público de Alagoas, tais atos são de competência do Procurador-Geral de Justiça:

Art. 9º - Compete ao Procurador-Geral de Justiça, como órgão da administração superior: **III** - Submeter ao Colégio de Procuradores de Justiça as propostas de criação e extinção de cargos e serviços auxiliares e do orçamento anual; **IV** - Encaminhar privativamente a Assembléia Legislativa os projetos de lei de interesse do Ministério Público; **VI** - Prover os cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de remoção, promoção, convocação e demais formas de provimento derivado.

realizada no Código de Organização do Judiciário (Lei Estadual 6.564/2005), novas Varas foram criadas e para não criar um Projeto de Lei para regularizar cada Promotoria, o Procurador-Geral de Justiça, Coaracy Fonseca, instaurou uma Comissão responsável pelo levantamento de todas as Promotorias que estavam irregulares e formular o Projeto de Lei, contudo, quando essa situação se concretizou, e o projeto ia ser enviado para a Assembléia Legislativa, o Tribunal de Justiça criou mais 3 varas. Assim, restou, ao Ministério Público, recolher o projeto para empreender as reformulações necessárias, e, em virtude do período em que esse fato ocorreu, não foi mais possível que a Assembléia votasse o referido Projeto no Exercício de 2007, cabendo a análise do mesmo apenas nas votações do Exercício de 2008.

O GECOC atua de forma ostensiva, visando, precipuamente, o combate ao nefasto crime organizado em Alagoas, já tendo sido responsável pela realização de vários atos que culminaram na descoberta de organizações criminosas de larga atuação no Estado.

• O advento da 17ª Vara Criminal da Capital

Criada para substituir o Núcleo de Combate ao Crime Organizado, a 17ª Vara Criminal da Capital iniciou suas atividades no dia 16 de maio de 2007⁴⁶, após a promulgação da Lei Estadual nº 6806 de 22 de março de 2007.

Resultado de um trabalho realizado pelo Núcleo Criminal de Juízes (NCJ) do Tribunal de Justiça de Alagoas, a Lei que instituiu a referida Vara Criminal seguiu os entendimentos exarados pelo Conselho Nacional de Justiça, que, através da Recomendação nº 03/2006, sugere a criação, nos âmbitos Federal e Estadual, de Varas Criminais Específicas, com competência exclusiva ou concorrente, para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas⁴⁷.

⁴⁶ Poder Judiciário de Alagoas. Últimas Notícias. **17ª Vara Criminal entra em funcionamento na próxima segunda-feira.** Disponível na internet: http://www.tj.al.gov.br/noticias/ver_noticia.php?not=360 [14.04.07].

⁴⁷ Poder Judiciário de Alagoas. Últimas Notícias. **17ª Vara Criminal entra em funcionamento na próxima segunda-feira.** Disponível na internet: http://www.tj.al.gov.br/noticias/ver_noticia.php?not=360 [14.04.07].

A 17ª Vara Criminal tem competência exclusiva para processar e julgar delitos que tenham a feição de crime organizado, abrangendo, assim, as atividades realizadas por organizações criminosas, dentro de todo o Território Alagoano. Assim como o antigo NCCO, possui titularidade coletiva, sendo composta por cinco magistrados, todos indicados e nomeados pela Presidência da Corte estadual, mediante aprovação do Pleno. Os juízes designados atuarão por um período de dois anos, podendo ser renovado a critério do TJ/AL.

Os Juízes designados para atuar perante a referida Vara Criminal foram: Antônio Emanuel Dória Ferreira, Fábio Bittencourt de Araújo, Fernando Tourinho de Omena Souza, José Braga Neto e Rodolfo Osório Gatto Hermann, porém, não atuam de forma exclusiva, pois ainda permanecem exercendo suas funções nas outras Varas do Estado, onde são titulares⁴⁸. Cabe ressaltar que dois dos magistrados escolhidos são remanescentes no extinto Núcleo de Combate ao Crime Organizado, Rodolfo Gatto e Braga Neto.

Outrossim, merece destaque o fato de a 17ª Vara Especial Criminal da Capital contar com um sistema de protocolo autônomo interligado ao Sistema de Automação do Judiciário (SAJ), devendo todos os feitos referentes a delitos praticados por facções criminosas, como inquéritos policiais e representações, serem remetidos diretamente à Secretaria da Vara, não passando pela distribuição no protocolo geral do Fórum. Essa determinação é de suma importância para a manutenção do sigilo das atividades realizadas no âmbito da referida Vara, que trata de crimes que envolvem um grau elevado de complexidade e que possuem, como uma de suas principais características, a inserção de membros dentro do poder institucionalizado.

Embora seja considerada um avanço obtido pelo Estado de Alagoas, na medida em que tem como objetivo principal, impulsionar as ações voltadas ao combate ao crime organizado no Estado, a Lei instituidora da 17ª Vara Criminal já tornou-se alvo de algumas críticas, no que se refere à possível violação do princípio do Juiz Natural, da instituição de um órgão colegiado em 1ª instância e a mais preocupante

⁴⁸ Poder Judiciário de Alagoas. Últimas Notícias. **17ª Vara Criminal entra em funcionamento na próxima segunda-feira.** Disponível na internet: http://www.tj.al.gov.br/noticias/ver_noticia.php?not=360 [14.04.07].

de todas, a apresentação de definições para crime organizado e organização criminosa, que não se coadunam com os diplomas legais existentes no âmbito Federal, configurando, assim, em um caso de Lei Estadual tratando de Direito Material, o que afrontaria o Sistema Constitucional de divisão de competências⁴⁹.

Os problemas suscitados, acerca da Lei nº 6.806/07, instituidora da 17ª Vara, denotam a possibilidade de que tal legislação, construída para trazer benefícios à sociedade, na medida em que é direcionada à apuração especializada dos delitos com feição de crime organizado, possa, na verdade, culminar na decretação da nulidade de todos os procedimentos realizados, no âmbito da 17ª Vara Criminal, pelas autoridades competentes para efetuar a persecução penal, vez que, poderá, fatalmente, ser rechaçada no STJ e no CNJ, resultando, assim, em impunidade, decepção e, em alguns casos, na perda definitiva de provas cruciais à elucidação dos delitos cometidos pelas organizações criminosas. Essa afirmação assenta-se nos seguintes fatos:

a) Possível violação do Princípio do Juiz Natural

O argumento utilizado por quem defende essa tese seria o de que os juízes designados para atuar na 17ª Vara estariam usurpando os poderes e competências atribuídos aos juízes das demais Varas Criminais das Comarcas do interior e das Varas Criminais da Capital (Coletivas e Especializadas em Crimes Dolosos Contra a Vida – Tribunal do Júri), vez que, atuam em todos os casos de delitos que sejam praticados com feição de crime organizado.

Sabe-se que a figura delitiva “crime organizado” denota a comunhão de forças de vários indivíduos para o cometimento de crimes que podem variar de furtos a homicídios. Dessa forma, a competência atribuída pela Lei 6806/07 aos magistrados designados para atuar nos processos que lá tramitem, confere-lhes o direito de atuar em qualquer

⁴⁹ A Constituição Federal, em seu art. 22, inciso I, preleciona que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal. Tratando-se, a definição de crimes, conteúdo de Direito Penal, o ente competente para tratar da matéria seria a União e não o Estado, residiria aí, o fundamento das críticas formulas à lei.

tipo de delito, bastando apenas que se configure como resultante de atividades oriundas do crime organizado⁵⁰.

Verifica-se que, no caso em questão, não há que se consideração do princípio do juiz natural, vez que, os magistrados foram designados por lei (art. 5º, LIII, CF) e não atuam como Tribunais de Exceção, criados posteriormente ao fato, para julgá-lo de forma imparcial e em prejuízo dos réus (art. 5º, XXXVII, CF); na verdade, trata-se apenas da criação de uma Vara Específica para a apuração dos delitos cometidos mediante a atuação do crime organizado, modalidade delitiva complexa, que requer um tratamento mais esmerado.

Outrossim, no que diz respeito à declinação de competência de processos que se refiram a atos praticados mediante organização criminosa, não haveria que se falar, também, em violação do princípio do Juiz Natural, pois trata-se de medida que a tinge a todos indiscriminadamente e visa ao interesse público. Segue esse entendimento, Guilherme de Souza Nucci, quando define:

Não se ofende o princípio do Juiz Natural se, ao criar uma Vara nova, especializada em determinada matéria, vários processos para ela são encaminhados, desvinculando-se de outros Juízos onde tramitam. A medida é geral e abrangente, tomada em nome do interesse público, sem visar qualquer réu específico⁵¹.

b) Legislação Estadual com conteúdo que versa sobre Direito Penal Material

Esse talvez seja o ponto mais discutível e preocupante, por tratar-se de matéria ensejadora de Ação Direta de Inconstitucionalidade, na medida em que viola a definição de competências, realizada pela Constituição.

A Lei 6086/07, em uma mal sucedida tentativa de inovar e, ao mesmo tempo, facilitar o trabalho do aplicados do Direito no Estado, trouxe, em seus artigos nove e dez, definições para “crime organizado”

⁵⁰ Artigo 1º da Lei 9806/07: Fica criada a 17ª Vara Criminal da Capital, com competência exclusiva para processar e julgar os **delitos envolvendo atividades de organizações criminosas (crime organizado)** e jurisdição em todo o território alagoano (**grifo nosso**).

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 82.

e “organizações criminosas”, apresentando, assim, tipos penais, conteúdo pertencente ao Direito Penal Material⁵².

Esse fato poderia ser considerado perfeitamente regular se tal norma se coadunasse com as demais normas que tratam da matéria (Lei 9034/95⁵³, art. 288 do Código Penal⁵⁴, Decreto nº 5015/04⁵⁵), vez que não estaria realizando tipificação de quaisquer condutas, mas apenas explicitando os tipos penais já definidos em Lei Federal, de forma a aclarar e facilitar a aplicação da norma Estadual. Contudo, não é esta a realidade verificada na Lei 6806/07⁵⁶, mas sim, a de uma norma, que

⁵² “Direito Material, é o Direito Penal propriamente dito, constituído pelas normas que definem os princípios jurídicos que regulam os seus institutos, definem as condutas criminosas e cominam as sanções correspondentes (Código Penal)”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral, Volume I**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

⁵³ **Lei 9.034/95: “Art. 1º . Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” (grifo nosso).**

⁵⁴ **Art. 288 do CP- Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes (grifo nosso).**

⁵⁵ **Decreto 5015/04. “Artigo 2, ‘a’: Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.”**

⁵⁶ **Lei Estadual 6806/07. “Art. 9º (...) considera-se crime organizado, desde que cometido por mais de dois agentes, estabelecida a divisão de tarefas, ainda que incipiente, com perpetração caracterizada pela vinculação com os poderes constituídos, ou por posição de mando de um agente sobre os demais (hierarquia), praticados através do uso da violência física ou psíquica, fraude, extorsão, com resultados que traduzem significativo impacto junto à comunidade local ou regional, nacional ou internacional: (...) Art. 10. (...) considera-se organização criminosa: I - o grupo de mais de duas pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possua uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei**

através da mescla entre a legislação federal, ora vigente no País e entre o Projeto de Lei do Senado nº 150/06⁵⁷, que tramita no Congresso Nacional e que trata da matéria, contando, ainda, com características definidas pela Doutrina Nacional, apresenta uma nova definição para as figuras jurídicas “crime organizado” e “organizações criminosas”, numa clara tipificação penal.

Diante desse, discute-se a questão da usurpação de competência legislativa de um ente pelo outro, vez que, de acordo com o artigo 22, inciso I da CF/88⁵⁸, é de competência privativa⁵⁹ da União legislar sobre Direito Penal Material, assim, não cabe ao Estado realizar tal ato por si só, vez que a competência que lhe é atribuída constitucionalmente não lhe confere tal prerrogativa.

do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território; e **II - aquela estruturada de três ou mais pessoas**, ainda que seus membros não tenham funções formalmente definidas, existente há certo tempo e agindo concertadamente com a finalidade de cometer os crimes referidos nos incisos do *caput* do art. 9º desta Lei, ou crimes enunciados na Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional (v.g. corrupção, Lavagem de Dinheiro, Obstrução à Justiça), com intenção de obter, direta ou indiretamente, benefício econômico, material ou político.” (grifo nosso).

⁵⁷ PLS nº 150/06. “Art. 1º Esta Lei define o crime organizado e dispõe sobre a investigação criminal, meios de obtenção de prova, crimes correlatos e procedimento criminal a ser aplicado. Art. 2º Promover, constituir, financiar, cooperar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, associação, sob forma lícita ou não, de cinco ou mais pessoas, com estabilidade, estrutura organizacional hierárquica e divisão de tarefas para obter, direta ou indiretamente, com o emprego de violência, ameaça, fraude, tráfico de influência ou atos de corrupção, vantagem de qualquer natureza, praticando um ou mais dos seguintes crimes:”

⁵⁸ “CF/88. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”(grifo nosso).

⁵⁹ Cabe ressaltar, que não se trata de competência exclusiva, a qual não permite que qualquer outro ente da federação legisle, senão aquele que foi previsto na Constituição, mas sim, de competência privativa, que permite delegação (Art. 22, parágrafo único, CF):

O Estado Federativo Brasileiro, embora confira autonomia aos entes da federação, define que as normas de competência, conferidas constitucionalmente, precisam ser respeitadas. Poder-se-ia argumentar que se trataria de exercício de competência legislativa suplementar, nos termos do parágrafo único do art. 22 da CF⁶⁰, porém, para tal situação se configurar faz-se necessária a existência de um requisito prévio essencial, a prévia permissão legislativa da União, através da edição de Lei Complementar, o que não ocorreu no caso em questão, vez que não há qualquer legislação que confira ao Estado o poder de legislar sobre “crime organizado” e “organização criminosa”, de forma a definir e tipificar tais condutas.

Dessa forma, o que se configura no caso da Lei Estadual 6806/07 é um evidente conflito de competência, que poderá resultar em futura declaração de inconstitucionalidade⁶¹ das normas previstas nos artigos 9º e 10 da Lei 6806/07, vez que foram produzidas por autoridade competente.

Uma possível solução para o caso seria a edição de nova lei estadual revogando os artigos 9º e 10 da Lei 6806/07, naquilo que fosse contrário às normas federais que versam sobre a matéria, devendo tal providência ser tomada o mais rápido possível, numa forma de evitar a nulidade dos atos realizados pelas autoridades ligadas à 17ª Vara Criminal da Capital, que, face às dificuldades inerentes às modalidades delitivas que visam combater, nem sempre podem ser refeitos.

c) Criação de Órgão colegiado em 1ª instância

Os artigos 2º e 4º da lei 6806/07 determinam que a 17ª Vara Criminal da Capital tem titularidade coletiva, contando com cinco juízes que decidirão em conjunto os atos judiciais a serem realizados no

⁶⁰ “Art. 22(...) Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.”

⁶¹ “Inconstitucionalidade formal, pois se refere à forma irregular de construção da norma, produzida por órgão incompetente para tal feito.” SILVA José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 47; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 97.

âmbito da referida Vara, após deliberação prévia da maioria. Estes dispositivos foram incluídos na Lei 6086/07 no intuito de seguir a Recomendação nº 03/06 do CNJ que preleciona na alínea “h” do artigo 2, que as varas especializadas em crime organizado devem contar com mais de um juiz. O principal objetivo dos dispositivos mencionados é conferir segurança aos juízes que compõem as varas especializadas no combate à criminalidade organizada, pois não individualizam a responsabilidade pelos atos em apenas um magistrado.

A discussão acerca destas normas assenta-se do fato de que a 17ª Vara Criminal, instituída como Juízo de primeira instância, estaria organizada como um órgão colegiado, característica inerente aos Juízos de segunda instância, configurando-se, assim, em uma irregularidade. Tal afirmação funda-se no entendimento de que a redação conferida aos artigos 2º e 4º da Lei 6086/07 denotaria que as decisões tomadas no âmbito da referida Vara resultariam de deliberação da maioria, como através de uma votação onde a maioria decidiria as medidas a serem tomadas. Contudo, esta é apenas uma das interpretações que podem ser feitas desta lei, vez que, observando-se com cuidado, verificar-se-á que o artigo 4º deixa bem claro que as decisões serão tomadas em conjunto, assim, a deliberação poderia ser entendida como a fase de análise em que todos, juntos, chegariam a uma decisão comum, não prevalecendo, assim, o ideário de que haveria uma decisão por votos, em que a maioria vence, como ocorre nos Juízos colegiados.

Ainda assim, poder-se-ia, tomando-se como parâmetro o Projeto de Lei que tramita na Câmara dos Deputados, originado da sugestão nº 258/2006, da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, considerar que a instituição de um órgão colegiado em primeira instância não violaria qualquer preceito constitucional, vez que não há vedação (implícita ou explícita) para tal organização estrutural em juízos de primeira instância. Outrossim, como bem ressalta a sugestão nº 258/2006, *“a instituição de processo e julgamento colegiados em primeiro grau não atenta contra qualquer direito individual do acusado ou condenado, antes trazendo garantias adicionais”*, na medida em que diminui as possibilidades de ocorrência de erros, pois o processo será

analisado e julgado por mais de um Juiz, aumentando-se, assim, a diligência na feitura dos processos.⁶²

Doutra banda, a designação de mais de um juiz para atuar perante uma Vara especializada em crime organizado, deve ser analisada não só como uma forma de garantir maior eficiência aos atos judiciais realizados, mas também, segurança aos magistrados titulares da mencionada Vara, na medida em que não concentra a responsabilidade pelos atos em apenas uma figura, evitando-se, assim, pressões e retaliações por parte de integrantes de organizações criminosas.

O projeto de lei que trata dessa matéria encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, caso se converta em lei poderá ser utilizado como fundamento jurídico para a defesa das determinações contidas nos artigos 2º e 4º da Lei Estadual 6806/07. Mesmo que tal conversão não se realize, os argumentos utilizados pela AJUFE são suficientes para fundamentar qualquer defesa aos ditames previstos na Lei da 17ª Vara.

As questões acima apresentadas devem ser observadas com cuidado pelas autoridades competentes do Estado; tornando-se imprescindível que sejam tomadas providências voltadas a sanar os possíveis problemas que se fazem visíveis na Lei 6806/07, de forma a conservar os trabalhos realizados no âmbito da 17ª Vara.

• O aparato Policial e a criação do Núcleo de Inteligência e Repressão ao Crime Organizado (NIRCO) no âmbito da Polícia Judiciária do Estado.

Considerado como um dos maiores problemas enfrentados pelo Sistema de Segurança do Estado, o aparato policial alagoano apresenta uma série de dificuldades que dificultam sobremaneira o combate ao crime organizado.

Visto como um dos setores mais corrompidos do Estado, título herdado das décadas passadas, onde a força policial era considerada como o braço armado da criminalidade organizada⁶³, o aparato policial

⁶² Câmara dos Deputados – Comissão de Legislação Participativa - Sugestão nº 258/2006: Formulada pela AJUFE, no sentido de regulamentar o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por grupos criminosos organizados.

⁶³ MAJELLA. Geraldo de. Op. cit. 2006.

enfrenta outros grandes problemas, que, de certa forma, poderiam até justificar a inserção de policiais em atividades ilícitas.

O Estado de Alagoas remunera mal, concede estruturas tecnológicas e físicas inapropriadas e armamento, viaturas e treinamento, defasados e insuficientes, tornando caótica a realidade das polícias judiciária e ostensiva alagoanas⁶⁴. Tal realidade reflete diretamente nas formas em que se pode realizar a repressão à criminalidade organizada em Alagoas.

O NIRCO, Núcleo de Inteligência e Repressão ao Crime Organizado, foi instituído em meio a essa realidade problemática do setor policial do Estado, como um meio de se efetivar medidas voltadas à repressão ao crime organizado, tendo como funções, atuar em inquéritos solicitados pelo Delegado-Geral de Polícia, Carlos Reis, e em apoio aos Juízes da 17ª vara Criminal da Capital e aos Promotores de Justiça, que integram o GECOC, em todo o Estado de Alagoas, nos casos em que se configure a prática de crime organizado⁶⁵. O Núcleo foi instituído através de uma Portaria do Delegado-Geral da Polícia Civil.

Embora tenha sido instituído no início do ano de 2007, somente no mês de dezembro do referido ano o Núcleo foi agraciado com uma sede, localizada no bairro do Santo Eduardo.

Os Delegados do NIRCO atuam em conjunto com as Delegacias do Estado, que para terem seu trabalho enviado para o Judiciário, precisam da aquiescência das autoridades do Núcleo.

▪ A Reestruturação do Conselho de Segurança do Estado - CONSEG:

O Conselho de Segurança do Estado (Conseg), por uma iniciativa dos membros do Gabinete de Gestão Integrada do Estado, foi reestruturado em maio de 2007, através da Lei Delegada nº 42, a qual

⁶⁴ DIRETORIA DA ADEPOL REUNE-SE COM GOVERNADOR TEOTÔNIO VILELA. Fonte: Adepol Alagoas.: <http://www.adepolalagoas.com.br/Adm/noticias/noticia.php?id=510> [13/12/2007].

⁶⁵ Estas informações foram obtidas através da entrevista realizada com os Delegados do NIRCO José Denisson de Albuquerque Sousa, Bárbara Arraes Alves Lima Monteiro e Luci Mônica Moura Ribeiro Rabelo (entrevista anexada a esta monografia).

define que o referido conselho trata-se de um órgão colegiado, integrado ao Gabinete de Gestão Integrada, que tem como finalidade a dinamização da gestão da segurança pública em Alagoas, promovendo a articulação entre os membros que fazem a segurança do Estado.

O Conselho é composto de onze membros, escolhidos entre representantes dos poderes institucionalizados do Estado, como uma forma de conceder maior representatividade nas decisões, que envolvem interesses de vários órgãos, mas que devem ser sempre voltadas ao estabelecimento de um Sistema de Segurança mais eficiente.

Atualmente, integram o conselho: o juiz Manoel Cavalcante Lima Neto (presidente do conselho), os advogados Delson Lyra e José Guedes Bernardes (indicados pelo governo do Estado), o juiz Alberto Jorge Correia (Tribunal de Justiça), promotora Karla Padilha (Ministério Público), advogado Paulo Henrique Falcão (OAB), procurador Tutmés Ayran (Procuradoria Geral do Estado), delegado Arnaldo Soares de Carvalho (Polícia Civil), coronel Jorge Coutinho (Polícia Militar) e coronel Carlos Alberto (Corpo de Bombeiros)⁶⁶.

O Conselho tem como algumas de suas atribuições, a formulação de políticas de segurança e no controle de atos administrativos realizados pelas instituições integrantes da Defesa Social do Estado e suas decisões serão tomadas através da votação realizada pela maioria absoluta de seus membros.

▪ A atuação da Polícia Federal no combate ao crime organizado no Estado de Alagoas:

A Polícia Federal, Polícia Judiciária da União, em consonância com as funções que lhe são estabelecidas pela Constituição Federal (art. 144, § 1º, incisos, I a IV da CF/88), atua no combate ao crime organizado, na medida em que, este, envolva o cometimento de delitos de competência Federal, ou seja, todos aqueles em que haja algum tipo de interesse ou que seja praticado contra bens ou serviços da União, como tráfico ilícito de entorpecentes, crimes contra previdência social,

⁶⁶ Governo do Estado de Alagoas. Secretaria de Estado da Comunicação. **Teotônio empossa novos membros do Conselho Estadual de Segurança Pública.** Disponível na internet: <http://www.agenciaalagoas.al.gov.br/noticias-governo/teotonio-empossa-novos-membros-do-conselho-estadual-de-seguranca-publica/> [24/07/07].

Caixa Econômica Federal, sonegação de tributos federais, contrabando, descaminho.

No Estado de Alagoas, atua não apenas investigando crimes que sejam da sua competência, mas também, prestando auxílio, nos setores de inteligência, para órgãos Estaduais, como o Grupo de Combate ao Crime organizado, estabelecido no âmbito do Ministério Público Estadual⁶⁷.

Em outros momentos da História alagoana, a Polícia Federal já atuou de forma direta na apuração de delitos de competência não só Federal, mas também estadual, através de Forças-Tarefa. Tal realidade deu-se em virtude de designação do Ministério da Justiça, diante da requisição do Governador do Estado, que não possuía condições estruturais para controlar os altos índices de criminalidade que o Estado de Alagoas havia alcançado⁶⁸.

No início do ano de 2007, com a reestruturação do Gabinete de Gestão Integrada no Estado de Alagoas, estabeleceram-se discussões entre as autoridades do Estado e o Ministério da Justiça, no sentido de que fosse determinada a atuação conjunta entre a Polícia Federal e as Polícias do Estado de Alagoas, determinação que passou a ser efetivada no ano de 2008, quando a Polícia Federal e seu aparato mais estruturado passou a conceder ao Sistema de Segurança do Estado de Alagoas maior efetividade em suas ações de repressão à criminalidade.

Cabe destacar que em Alagoas, ao contrário do que o senso comum costuma utilizar para denominar a atuação da Polícia Federal em Alagoas, se configura não em Intervenção Federal ou Federalização de crimes, institutos mais complexos e que precisam de um procedimento mais detalhado, o qual não se assemelha àquele que foi adotado em Alagoas, onde o que se verifica é o **Apoio federal ao aparato da Segurança Pública do Estado**.

⁶⁷ As entrevistas realizadas com membros do GECOC e o Delegado Federal, Daniel Granjeiro justificam essa afirmação.

⁶⁸ Tal fato ocorreu no ano de 1998, quando o Governador Manuel Gomes de Barros solicitou o apoio Federal para controlar o caos em que se encontrava a Segurança Pública no Estado. É justamente a realização de um parâmetro entre esse período e a atual realidade de Alagoas que despertam nas autoridades estatais o ideário de que, somente com uma atuação Federal no Estado, tornar-se-á possível um controle eficaz da criminalidade.

Trata-se da atuação conjunta entre o aparato de Segurança Pública Federal e Estadual, realizado por meio de Forças-Tarefa em delitos que estejam prejudicando o equilíbrio da segurança do Estado. É uma forma de conferir aplicabilidade ao Sistema Único de segurança Pública, organizado através dos Gabinetes de Gestão Integrada, instituídos em 2003.

A Constituição Federal confere à Polícia Federal a Competência para atuar em determinados delitos que versem sobre interesses da União (art. 144, § 1º, CF). Com a designação do apoio, através de ato do Ministério da Justiça⁶⁹, órgão ao qual a PF está subordinada, a Polícia Federal poderá atuar também em delitos que sejam da competência das polícias estaduais (civil e militar), numa forma de conferir maior eficácia ao combate à criminalidade, na medida em que auxiliará o Estado, fornecendo apoio tecnológico e de inteligência mais aperfeiçoados.

Diante da identificação do que cada instituto significa e seus efeitos, evidenciado fica, que o que realmente o Estado precisa é que a promessa feita pelo Ministério da Justiça seja cumprida e que sejam, oficialmente, determinados os ditames do apoio que a ser prestado ao Estado de Alagoas pela Polícia Federal, o que permitirá a efetiva atuação deste órgão, em conjunto com as polícias civil e militar do estado de alagoas, e dos demais órgãos ligados ao combate ao crime organizado, a fim de que sejam obtidos resultados mais eficazes. O apoio federal trata-se da melhor opção, pois além de ser uma medida eficaz, célere e de fácil implementação, necessitando apenas de ato do Ministro da Justiça, não retira a competência, – e a responsabilidade do Estado –, nem desequilibra a autonomia federativa, conservando, assim, a credibilidade do Estado, diante da sociedade.

11. Os mecanismos Legais de Combate ao Crime Organizado aplicados em Alagoas

Dentre os mecanismos legais de combate ao crime organizado previstos pelo Ordenamento Pátrio, têm-se conhecimento de que são aplicados em Alagoas os seguintes: quebras de sigilo fiscal, bancário, telefônico, buscas e apreensões, medidas que embora não sejam voltadas apenas ao combate ao crime organizado são de grande eficácia

⁶⁹ Nos termos do art. 1º do Decreto 6061/07.

para a sua concretização, interceptações telefônicas, delação premiada, e, por fim, a utilização do Programa de Proteção a testemunhas.

Dentre estas medidas merecem um delineamento maior acerca de suas características no Estado de Alagoas, o PROVITA.

• **Programa de proteção a vítimas e testemunhas.**

O Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas (PROVITA), regulamentado, em âmbito Federal, pela Lei 9.807/99, tem como função precípua resguardar os direitos humanos e conceder maior segurança a pessoas que desejem colaborar com a Justiça em investigações de delitos praticados ou não nos moldes de crime organizado⁷⁰.

Sendo Alagoas um Estado com altos níveis de violência e casos de homicídios com características de queima de arquivo, torna-se premente a utilização deste programa como meio de combate à criminalidade⁷¹, vez que confere maior segurança àquelas pessoas que possuem informações que possibilitem aos órgãos Estatais competentes uma melhor apuração dos fatos que envolvem a prática delitiva.

Há, em Alagoas, normas que regulamentam a estruturação do referido Sistema no Estado, são elas, a Lei nº 6465/2004, que, ao instituir a Secretaria Especializada de Cidadania e Direitos Humanos – SECDH, estabelece como uma de suas finalidades a execução de programas de apoio e proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas e seus respectivos familiares; e o Decreto nº 2.382/04 que Regulamenta o Programa Estadual de Assistência a vítimas e a testemunhas ameaçadas no Estado de Alagoas.

Programa o qual, recentemente foi concretizado, com a criação do Conselho Estadual de Proteção a vítimas e Testemunhas, deixando para o passado a pecha de se tratarem de meras folhas com normas sem aplicabilidade alguma. O referido Conselho atua em conjunto com o Programa Federal de Proteção a Vítimas e Testemunhas, o qual, ainda se trata do meio mais utilizado para a aplicação do programa de proteção a vítimas e testemunhas no Estado Alagoas, através da coordenação geral de defesa institucional da Polícia Federal, ligada ao

⁷⁰ MONTEIRO, Valdênia Brito. **PROVITA: uma proposta de política pública**. Op. cit., n. 7, p. 17. janeiro/julho 2001.

⁷¹ VASCONCELOS, Rúth. Op. cit., 2005.

Ministério da Justiça, enquanto o Conselho Estadual do PROVITA está se organizando.

- **Quebras de sigilo fiscal e bancário.**

Essas medidas, entendidas como aplicáveis em situações em que se façam extremamente necessárias, em decorrência da proteção constitucional conferida⁷², são de grande importância para a identificação de movimentações financeiras que permitam relacionar as atividades realizadas pelas pessoas investigadas à prática de crime organizado.

Relatam os delegados do NIRCO que as quebras de sigilo são umas das atividades utilizadas, pelo Núcleo, no combate à criminalidade organizada em Alagoas⁷³.

12. Conclusão

Combater a criminalidade organizada, modalidade delitiva que deixa máculas nas instituições governamentais e privadas, e tem como finalidade básica o enriquecimento rápido e ilícito, é, nos dias atuais, tema de destaque nas discussões políticas realizadas pelas Autoridades Brasileiras que buscam desenvolver, com o máximo possível de efetividade mecanismos de repressão a esta nefasta manifestação delitiva.

No Ordenamento Jurídico Pátrio, identifica-se a existência de uma série de leis que trazem em seu bojo mecanismos que possibilitam a realização de atividades repressivas ao crime organizado, tais como a delação premiada, a quebra de sigilo bancário e fiscal, o programa de proteção a vítimas e Testemunhas, o regime disciplinar diferenciado, a interceptação telefônica, dentre outros.

⁷² A proteção à inviolabilidade dos sigilos bancário e fiscal não está prevista expressamente na Constituição Federal, sendo extraída da tutela conferida ao direito à intimidade (art. 5º, inciso X), na medida em que revela detalhes sobre a intimidade e a vida privada do cidadão investigado. SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 106.

⁷³ Informações prestadas pelos integrantes do NIRCO.

Contudo, ainda há muito a ser realizado, tanto no campo jurídico quanto sociológico, principalmente no que se refere ao Estado de Alagoas.

Falar em crime organizado no Estado de Alagoas, não é uma tarefa fácil, nem tampouco livre de censura. Essa situação deve-se ao fato de Alagoas ser um Estado com um histórico marcado pela violência, utilizada como forma de impor o poder e controlar a máquina Estatal. Tal realidade remonta aos primórdios, quando se formou no Estado um sistema caracterizado pela divisão do território alagoano em latifúndios, controlados por um grupo seletivo de famílias que concentravam a renda e o poder, utilizando a força como sua principal arma, a que se denomina “coronelismo”.

Em pleno século XXI, o Estado Alagoano ainda mantém esse modelo estrutural tão cruel e cancerígeno. O sistema político e a estrutura administrativa, aqui desenvolvidos, ferem qualquer lógica que se relacione com a visão democrática do Estado de Direito Brasileiro, vez que, o que comumente se observa é a existência de uma classe dominante, política e economicamente, que decide o rumo a ser traçado, em prol de seus próprios interesses, subjugando a sociedade aos seus desmandos.

A forma como o Estado de Alagoas se organiza interfere, ainda, na estrutura desenvolvida para o combate da criminalidade organizada no Estado, tornando o aparato de Segurança Pública desorganizado, corrompido e ineficiente, fato que se expressa no crescente aumento da violência ocorrido nos últimos anos, que vem gerando uma sociedade atemorizada, que clama por soluções.

Diante da realidade vivenciada em Alagoas, tornou-se premente a realização de atos que permitissem um efetivo combate ao crime organizado no Estado.

Espelhando-se nos modelos já estabelecidos em âmbito nacional, tanto pela União, quanto pelos outros Estados da Federação, os Poderes constituídos, se uniram e instituíram alguns mecanismos direcionados à repressão desta nefasta manifestação delitiva. Ações conjuntas entre os Poderes Estatais, atuação intensa do Ministério Público e a criação de órgãos voltados à discussão de estratégias de combate à criminalidade são algumas dessas medidas, que surgem como resposta à extrema necessidade de se encontrar soluções eficientes e rápidas para o

desmantelamento de estruturas criminosas, arraigadas, principalmente, nas instituições públicas.

O que se observa, de forma superficial, neste primeiro momento vivenciado pela estrutura estatal é que, apesar dos avanços e dos resultados já obtidos, as medidas empreendidas pelos poderes públicos, para se consolidarem e surtirem os efeitos necessários ao efetivo combate ao crime organizado, precisarão de um intenso aprimoramento, entendido como a capacitação dos profissionais envolvidos na Segurança Pública do Estado, o aperfeiçoamento dos mecanismos de inteligência adotados em Alagoas e o aparelhamento das polícias judiciária e ostensiva.

Outrossim, faz-se importante que, no decurso do processo de estabelecimento de um eficaz combate ao crime organizado, sejam adotadas não somente medidas de cunho repressivo, mas também preventivas, buscando reprimir à criminalidade organizada existente no Estado na sua gênese, verificando-se, para tanto, as particularidades que tal modalidade delitiva possui em Alagoas, merecendo destaque, dentre elas, a impressionante inserção de membros do crime organizado nos poderes institucionalizados do Estado.

Dessa forma, o que se espera é que as medidas até então tomadas se consolidem e ofereçam os meios necessários a uma concreta e eficaz atuação dos homens e mulheres que fazem parte do sistema de combate ao crime organizado no Estado, que não mais suportam o fantasma da impunidade que assombra o povo alagoano, a corrupção que mata e as injustiças que roubam as esperanças daqueles que vivem na Gloriosa Terra de Alagoas.

Por fim, cabe ressaltar, que para o crime organizado em Alagoas se tornar, finalmente, desorganizado, será preciso não só de um aparato público honesto e estruturado, mas, acima de tudo, de um povo consciente de seus direitos e deveres.

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROPOSTA DE ROBERT ALEXY

Danielle Sales Echaiz Espinoza

Advogada. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Direito Constitucional pelo CESMAC. Professora da Faculdade Maurício de Nassau/Maceió.

SUMÁRIO

1.Introdução. 2. Considerações preliminares: Interpretação x Argumentação. 3. Argumentação Jurídica como caso especial da argumentação prática racional. 3.1. Regras específicas da Argumentação Jurídica. 3.2. A correção procedimental das decisões jurídicas. 4. Argumentação Jusfundamental: uma via para a "materialização" da teoria alexyana? 4.1. Sujeição ao texto constitucional e à vontade do legislador constituinte. 4.2. Sujeição aos precedentes das Cortes Constitucionais. 4.3. Sujeição a uma teoria material dos direitos fundamentais. 5. Teoria da argumentação jurídica em países periféricos. 6. Conclusão

1. Introdução

Que o direito consiste numa prática argumentativa já o demonstravam os romanos. Numa época em que o predomínio era o da razão prática, o direito, ao mesmo tempo em que se manifesta com "um poder de argumentar e provar"¹ a partir de situações fáticas problematizadas, está intrinsecamente relacionado a uma atividade ética: a prudência nos atos de julgar. Nesse sentido, justificar as decisões por meio de recursos argumentativos, além de exigência intrínseca do processo decisório, torna-se o seu próprio critério legitimador. Como assina Ferraz Jr., "nestes processos, o juiz, que nem é mágico nem guarda de rituais, torna-se alguém que decide e responde por sua decisão enquanto juiz."²

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 60.

² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., 1994, p. 60.

Como se sabe, porém, o desenvolvimento posterior da ciência jurídica apontou em sentido inverso daquele delineado pela jurisprudência romana. A tendência, desde a dogmática medieval, foi a da crescente abstração e teorização do pensamento jurídico, fenômenos potencializados e reificados pelo movimento cientificista do século XIX. Nesse último cenário, o processo de decisão judicial perde sua dimensão de prudência tão cara aos romanos, para ser concebido como uma atividade mecanicista, na qual o juiz, liberado da carga da argumentação acerca de seus juízos de valor, exerce o papel de mero técnico.

Como acentua Vigo, no paradigma dogmático-legalista, predominante até meados do século XX, “não havia espaço nem necessidade do raciocínio justificatório”³. A identificação da atividade judicial como um procedimento silogístico-formal de aplicação da lei ao caso particular, funcionou por si só como doutrina legitimadora das decisões judiciais.

A preocupação teórica com a dimensão argumentativa do direito somente pôde ser retomada num cenário completamente diferente e contestador do paradigma positivista a que se refere Vigo. Um tal cenário é o do direito contemporâneo que começou a ser construído a partir da segunda metade do século XX impulsionado por um conjunto de fatores de ordem histórica, teórica e filosófica⁴. Alguns desses fatores podem ser destacados com fundamentais para se sustentar a exigência atual de justificação das decisões judiciais e também para o desenvolvimento dos estudos acerca da argumentação jurídica.

O abandono do conceito positivista do direito contribuiu para uma reaproximação entre direito e moral e um retorno à concepção romana da ciência jurídica como um saber prático. Nesse aspecto, verdades apodíticas já não ocupam o lugar central no discurso jurídico e

³ VIGO, Luis Rodolf. Razonamiento Justificatorio Judicial. *Revista DOXA*, n. 1, 1994, p. 483.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Org.: BARROSO, Luís Roberto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; p. 1- 48.

cedem cada vez mais espaço às verdades construídas intersubjetivamente no seio de uma prática argumentativa.

Por sua vez, o reconhecimento do papel ativo-configurador⁵ do intérprete na concretização do direito, promovido pela virada hermenêutica no âmbito das ciências humanas, pôs a descoberto que a decisão judicial também é resultado da pré-compreensão do juiz e de valorações adicionais não determinadas previamente nas disposições normativas. A maior liberdade interpretativa requer, por outro lado, como forma de contenção do arbítrio judicial, um maior rigor justificatório. Como afirma Aarnio, a responsabilidade do juiz de justificar suas decisões consiste na responsabilidade de maximizar o controle público sobre as mesmas⁶.

Outro fator de grande contribuição para o recrudescimento da temática da argumentação jurídica nas últimas décadas foi o desenvolvimento do neoconstitucionalismo⁷.

O modelo de Constituição assentado na força normativa de seus preceitos e na vinculação das ordens jurídica e estatal aos direitos fundamentais, não apenas promove a abertura do discurso jurídico à moral como proporciona, em certa medida, a politização do poder judiciário⁸, responsável em última instância pela garantia dos preceitos constitucionais. Tais circunstâncias implicam, no Estado Democrático de Direito, a necessidade de se impor à jurisdição constitucional um procedimento justificatório racional que viabilize o controle público de suas decisões.

⁵ A expressão é de Kaufmann cf. KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 150.

⁶ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Un tratado sobre la justificación jurídica. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.29.

⁷ Para uma visão geral acerca das características do neoconstitucionalismo conferir DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 116.

É nesse contexto que se insere o conceito de argumentação jusfundamental de Robert Alexy, cujos pontos principais serão objeto de análise deste artigo.

Na tentativa de resgatar conceitos como racionalidade e objetividade das decisões no âmbito dos direitos fundamentais, mas ao mesmo tempo assumindo a abertura valorativa e a exigência de justiça, a teoria de Alexy situa-se nitidamente na transição paradigmática⁹ do direito, entre o moderno e o pós-moderno, no embate entre as tensões que lhes são inerentes, previsibilidade/incerteza, segurança/justiça, subjetividade/objetividade, paradoxos que, de uma forma ou de outra, sua teoria tenta conciliar.

2. Considerações preliminares: Interpretação x Argumentação

É preciso ressaltar inicialmente que a ênfase dada na teoria de Alexy dirige-se à argumentação jurídica e não à interpretação. A primeira identifica-se com o processo de justificação das valorações interpretativas e proposições normativas utilizadas no discurso jurídico¹⁰. A segunda integra o momento de descoberta, de eleição das premissas normativas a serem utilizadas na decisão¹¹.

A dicotomia contexto de justificação e contexto de descoberta adotada por Alexy permite identificar que, na sua teoria, a preocupação acentuada é com a forma, a estrutura e a apresentação do resultado interpretativo. A diferença entre os conceitos de interpretação como atividade e interpretação como produto¹² parece ter sido assimilada no

⁹ Expressão bastante utilizada por Boaventura dos Santos ao se referir às transformações pelas quais passa o direito contemporâneo. Ver a obra SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da Razão Indolente*. 16 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 225. Justificação, para Alexy, compreende tanto o fornecer razões para se sustentar uma convicção, asserção ou proposição quanto fornecer razões para esclarecer dúvidas ou combater objeções (p. 58).

¹¹ ALEXY, Robert. Op. cit., 2005, p. 225.

¹² Esta se refere a uma das ambigüidades do conceito de interpretação que neste trabalho não podem ser melhor desenvolvidas. Conferir sobre o

pensamento alexyano quando afirma, por exemplo, que a exigência de justificação interna – apresentação da decisão judicial na forma dedutiva – pode ser compreendida como a forma de apresentação do resultado daquele “processo caracterizado pela metáfora do ir e voltar do equilíbrio” entre o fato e a norma¹³.

Ainda quando desenvolve o conceito de ponderação, Alexy se concentra em apresentar formas de argumentos racionais, tal qual na sua fórmula do peso¹⁴, deixando a descoberto questões interpretativas¹⁵.

É possível manter, no plano conceitual, uma diferenciação entre interpretação – atividade compreensiva – e argumentação – instrumento de natureza dialógica pelo qual se explicita o compreendido com vista à aceitação¹⁶. Contudo, na prática jurídica, essas duas realidades se entrecruzam num constante movimento entre uma e outra¹⁷. Como afirma Gracia, “a argumentação é o elemento presente na decisão, no juízo interpretativo e na aplicação.”¹⁸.

A inter-relação entre ambos fica ainda mais nítida quando se acolhe um conceito amplo de interpretação como o de Neves: interpretação jurídica consiste no procedimento de determinação normativo-pragmático de um critério jurídico para a solução de um caso

assunto GRACIA, Jaime Cárdenas. Interpretación, aplicación y argumentación. **La argumentación como derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 7-35 e também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34-37.

¹³ ALEXY, Robert. Op. cit., 2005, p. 225.

¹⁴ ALEXY, Robert. A fórmula peso. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131-146.

¹⁵ No sentido de que a ponderação não se confunde com interpretação, mas trata-se de uma técnica de decisão conferir PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. Cit., 2006, p. 267.

¹⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição para o estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

¹⁷ ZACARRIA, Giuseppe. Explicar y comprender: em torno de la filosofía del derecho de Paul Ricouer. Revista **DOXA**, n. 22, 1999, p. 640.

¹⁸ GRACIA, Jaime Cárdenas. Op. Cit., 2006, p. 201.

concreto¹⁹. Numa acepção como essa, argumentação, interpretação e aplicação são inseparáveis.

Na verdade, as visões antinômicas, direito como prática interpretativa versus direito como prática argumentativa, oferecem uma visão apenas parcial da prática jurídica, pois, como na síntese de Camargo, esta envolve ao mesmo tempo o método hermenêutico e a técnica argumentativa²⁰. Nesse mesmo sentido de integração entre os dois fenômenos, discorre Zacaria sobre o pensamento de Paul Ricoeur: “a través de la argumentación se pueden contener los aspectos de subjetividad de la interpretación, pero la técnica analítica de la argumentación non puede prescindir de la innovación interpretativa”²¹.

Da considerações exposta até aqui pode-se inferir que a ênfase na dimensão argumentativa, tal qual evidenciada na teoria alexyana, apesar de imprescindível, não responde de forma satisfatória ao problema da concretização judicial do direito que requer simultaneamente uma teoria hermenêutica.

3. Argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática racional

Para o desenvolvimento do conceito de argumentação jusfundamental, Alexy se utilizará das premissas expostas na sua da teoria da argumentação jurídica geral. Antes de adentrarmos nas particularidades que envolvem a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, faz-se necessário retomar alguns desses pressupostos que estão na base do pensamento alexyano.

É em torno da teoria do discurso prático geral racional que o autor desenvolve suas concepções acerca da argumentação jurídica, de justiça, do conceito de direito e da estrutura do sistema jurídico.

Em seu cerne está a idéia de que as convicções morais podem ser justificadas racionalmente por meio da observância de critérios que orientam o discurso prático. A antiga celeuma filosófica de se os juízos morais são passíveis de correção ou não é decidida por Alexy em

¹⁹ NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.142, no mesmo sentido, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. Cit., 2006, p. 37.

²⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Op. cit., 2003, p. 22.

²¹ ZACCARIA, Giuseppe. Op. cit., 1999, p. 640.

sentido positivo e, para tanto, ele recorre a dois argumentos : 1) a atividade de falar uma língua é guiada por regras e 2) existem certas pretensões implícitas com o ato de fala (inteligibilidade, sinceridade do falante, verdade e correção sobre o que se diz) que levam à obrigação de fundamentar, se for questionado, na forma de discurso, cujo objetivo será comprovar a pretensão problematizada. No caso dos juízos morais - juízos de valor e de dever- a pretensão que está em jogo é a de correção.

A argumentação jurídica, porque trata de questões práticas, também implica em pretensão de correção e, por isso, consiste num caso especial de discurso prático. Esta tese evoluirá posteriormente para a concepção de que o direito como um todo também implica uma pretensão de correção²². Dessa forma, ele inclui no conceito de direito, além da dimensão fática ou real, uma dimensão ideal, a pretensão de correção que consiste na justiça²³. Isso resulta na aproximação necessária entre direito e moral²⁴.

Outra projeção da teoria do discurso prático pode ser encontrada nas posições do autor sobre justiça: "Quien afirma que algo es justo afirma siempre y de algun modo, al mismo tiempo, que es correcto. Y quien afirma que algo es correcto sobreentiende-se que es susceptible de ser fundamentado, justificado, mediante razones."²⁵ Daí seu conceito de justiça procedimental: justo é aquele juízo que for justificado racionalmente numa prática discursiva, que o leva a afirmar que "una norma ou mandato singular que satisfagan los criterios determinados por las reglas del discurso, pueden ser calificados de 'justos'"²⁶.

A teoria do discurso racional também exercerá influência decisiva na elaboração da proposta acerca da estrutura tríplice do

²² ALEXY, Robert. La naturaleza da Filosofía del Derecho. Revista **DOXA**, nº 26, 2003, p. 156.

²³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 9.

²⁴ ALEXY, Robert. La naturaleza da Filosofía del Derecho. Revista **DOXA**, nº 26, 2003, p. 158-159.

²⁵ ALEXY, Robert. Justicia como corrección. Revista **DOXA**, nº 26, 2003, p.163.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Trad. Manuel Atienza. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 38.

sistema jurídico²⁷. As normas - princípios e regras - estabelecidas por meio do processo legislativo não determinam especificamente a decisão jurídica, sendo necessário se recorrer a uma teoria da argumentação jurídica para que a mesma seja fundamentada de forma racional. Assim, o sistema jurídico deve estar estruturado em três níveis: regras, princípios e procedimento argumentativo²⁸.

A principal tese que interessará diretamente ao estudo da argumentação jusfundamental é a de que a argumentação jurídica trata-se de um caso especial da argumentação prática. As discussões jurídicas envolvem questões práticas porque se referem (não apenas mas, também) à fundamentação de enunciados normativos (o que está proibido, permitido e ordenado)²⁹. Por envolver a justificação de juízos normativos, a argumentação jurídica também suscita a pretensão de correção, ou seja, a pretensão de que a fundamentação apresentada seja tida como correta/racional³⁰. Tal pretensão se verifica porque é inerente, como regra lingüística, às afirmações sobre juízos de dever (e também de valor) que envolvem as discussões jurídicas.

Entretanto, a pretensão de correção da argumentação jurídica diferencia-se daquela da argumentação prática geral porque ela se dirige não apenas à obtenção da fundamentação racional de uma proposição qualquer, mas à fundamentação racional de uma proposição normativa dentro do contexto jurídico vigente³¹.

Outro argumento levantado pelo autor para sustentar sua tese de que a argumentação jurídica é um caso especial de argumentação prática é de que, apesar de algumas limitações, as discussões jurídicas não perdem o seu caráter discursivo. Embora sujeita a uma série de condicionamentos como à vinculação à lei, à consideração dos

²⁷ ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Princípios e Razón Prática. Revista **DOXA**, nº 5, 1998, p.163

²⁸ ALEXY, Robert. Revista **DOXA**, nº 5, 1998, p.148-149.

²⁹ ALEXY, Robert. Revista **DOXA**, nº 5, 1998, p. 211.

³⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 212.

precedentes, à sistematização dogmática e às regras processuais, no caso das decisões judiciais³², a argumentação jurídica porque contém a pretensão de correção, implica a obrigatoriedade de fundamentação através do discurso³³.

3.1. Regras específicas da argumentação jurídica

Sendo o discurso jurídico um caso especial do discurso prático deve ser dirigido também por regras específicas³⁴. A justificação de uma decisão jurídica divide-se em interna e externa.

Na justificação interna, exige-se que a decisão decorra logicamente das premissas invocadas na fundamentação, estabelecendo-se regras como: forma silogística da decisão, exigência de apresentação de pelo menos uma norma universal e de que a decisão decorra dela juntamente com outras premissas, exigência de que, se houver dúvida na formulação das premissas, deve-se introduzir uma regra que decida a questão³⁵.

³² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 46.

³³ O discurso prático geral, segundo Alexy, é regido por um conjunto de regras e formas de argumentos, tais como a exigência de não-contradição, de sinceridade do falante, de universalidade na utilização de predicados, de clareza conceitual, exigência de fundamentar tudo o que for pedido, abertura do discurso para quaisquer afirmações e manifestações, liberdade dos participantes, igualdade para expressar opiniões e interdição de coação, obrigatoriedade de fundamentar o tratamento desigual e um argumento em caso de contra-argumento, regra segundo a qual quem afirma que uma proposição normativa tem validade para a satisfação de todos deve aceitar as conseqüências desta para si, e que as conseqüências de tal regra devem ser aceitas por cada um (consenso no sentido habermasiano), exigência de comprovação crítica das convicções morais e respeito à possibilidade de realização prática da proposição que se fundamenta e regras que permitem em qualquer momento a passagem para outro tipo de discurso (teórico ou empírico, de análise da linguagem). ALEXY, Robert. Op. cit., p. 46.

³⁴ Isso não afasta a vigência daquelas regras de caráter geral no discurso jurídico, apenas serão limitadas em alguns aspectos por conta dos condicionamentos da argumentação jurídica, como, por exemplo, a regra fundamental de abertura do discurso, de que qualquer assunto em qualquer momento poderá ser introduzido no discurso, o que de forma alguma pode-se aplicar às discussões no âmbito do processo judicial.

³⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 217-226.

A justificação externa compreende a busca pela correção das premissas utilizadas na justificação interna que abrange regras e formas de argumento tais como formas de argumentos de interpretação semântica, genética e teleológica, regra de prevalência dos argumentos decorrentes de interpretação literal ou histórica sobre os demais cânones que pode ser afastada caso se apresente argumentos mais fortes, exigência da utilização, sempre que possível dos argumentos dogmáticos, regras de comprovação dos argumentos dogmáticos, como a exigência de não contradição com outros enunciados já aceitos e não questionados, e dever de citar precedentes quando possível e de fundamentar o afastamento de um precedente³⁶.

Embora tais critérios contribuam para a racionalidade das decisões jurídica, Alexy ressalta que teoria da argumentação jurídica como caso especial do discurso prático, não conduz, da mesma forma que este, à segurança definitiva do resultado. Se se pretender a obtenção de critérios que assegurem tanto a correção quanto a certeza absolutas do resultado de um decisão, a teoria da argumentação não será adequada³⁷.

O discurso jurídico racional possui as mesmas debilidades do discurso prático geral: não determina os pontos de partida da argumentação, não orienta todos os passos a serem seguidos e, em alguns aspectos, só poderá ser cumprido de forma aproximada, o que o torna apenas um ideal regulatório³⁸.

3.2. A correção procedimental das decisões jurídicas

A teoria do discurso prático é uma teoria procedimental de correção dos juízos morais: “uma norma N é correta rigorosamente então, quando N pode ser resultado do procedimento P”³⁹. Nesse sentido, decisão jurídica correta é aquela cujo procedimento

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2005, p. 227-273.

³⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 279.

³⁸ ALEXY, Robert. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 28.

³⁹ ALEXY, Robert. ALEXY, Robert. Op. cit., 2007, p. 25.

justificatório se dá em observância às regras e formas de argumentos do discurso jurídico racional⁴⁰.

Alexy assume as premissas habermasianas do conceito consensual de verdade, mas ressalta que as condições ideais de fala não constituem critérios suficientes para se aferir a correção dos juízos normativos⁴¹. Tal conceito deve ser estendido a um conceito procedimental de verdade, que além do consenso fundado a ser atingido baixo condições ideais, abrange outros tipos de regras que compõem o discurso prático. O autor defende que de forma alguma sua teoria “substitui o fundamentar pela mera produção de consenso”⁴².

Embora o conceito de correção procedimental não se restrinja ao alcance de um consenso entre os participantes, a introdução de critérios da situação ideal de fala⁴³ entre as demais regras do discurso prático, tornam o mesmo, como já assinalado, apenas uma idéia reguladora. A correção pretendida pela teoria alexyana é questionada justamente nos aspectos que evidenciam as limitação do discurso prático: se não há regras que determinam as interpretações e concepções normativas dos participantes, se não se estabelecem todos os passos a serem seguidos na argumentação e se o discurso como ideal regulatório não pode ser cumprido na realidade, como se poderia seguir falando em correção dos juízos normativos?

Em seu posfácio à teoria da argumentação jurídica, dedicado a responder as diversas críticas dirigidas a sua teoria, Alexy ressalta que, no âmbito das questões práticas não existe nenhum procedimento que conduza à certeza absoluta do resultado. Nessas discussões será impossível se falar em uma única resposta correta⁴⁴. A certeza ou

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2005, p. 280.

⁴¹ ALEXY, Robert. Op. cit., 2005, p.149.

⁴² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

⁴³ Para Alexy, tais critérios dizem respeito aquelas regras que permitem a abertura do discurso por tempo ilimitado, com participação ilimitada, com total ausência de coação, perfeita clareza conceitual, liberdade, capacidade e disposição perfeita para à troca de papéis. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 28.

⁴⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., 2005, p. 300.

correção absoluta apenas podem ser mantida como idéias reguladoras, que orientam a prática, mas na realidade, são inalcançáveis por ela⁴⁵.

Entretanto, o conceito de discurso ideal ou correção absoluta não perdem sua utilidade porque eles podem ser cumpridos de forma aproximada e consistem em instrumentos de crítica de discursos reais. Assim, a correção procedimental nos discursos reais tem apenas um caráter relativo e provisório, o que significa reconhecer que a “comprovação discursiva não conduz à segurança, mas sim à exclusão da simples opinião e decisão”.⁴⁶

Se o espaço do discursivamente possível continua bastante amplo, como o próprio Alexy afirma, participantes em discursos diversos podem chegar a diferentes resultados procedimentalmente corretos. Como acentua Atienza, o problema dos critérios de correção da “racionalidade prática é que eles são apenas critérios mínimos de correção, que só permitem descartar como irracionais determinadas decisões ou formas de argumentos. Mas o problema reside em que, com relação aos casos difíceis, o que costuma ocorrer é que as diversas soluções presentes [...] são aprovadas nesse teste de racionalidade.”⁴⁷

As insuficiências de uma teoria da argumentação jurídica estritamente formal são constatadas com nitidez no âmbito dos discursos que envolvem direitos fundamentais. Em especial nestes casos, fica mais evidente que “uma tal teoria teria necessariamente de incorporar conteúdos de natureza política e moral”⁴⁸. Como que reconhecendo a debilidade em sua teoria quando se está tratando de direitos fundamentais, Alexy desenvolve, posteriormente, o conceito de argumentação jusfundamental.

4. Argumentação jusfundamental: uma via para a “materialização” da teoria alexyana?

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, ou seja, a chamada constitucionalização do

⁴⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 280.

⁴⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 300-301.

⁴⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p.223.

⁴⁸ ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 223.

direito⁴⁹, provoca alguns efeitos problemáticos para a o equilíbrio da distribuição de competências entre jurisdição constitucional e legislador⁵⁰.

Assim, efeitos como 1) a limitação do conteúdo do direito infraconstitucional, 2) a abertura do sistema jurídico, no sentido de que na maioria das vezes não está definitivamente determinado o que prescrevem as normas constitucionais, tanto em razão da amplitude semântica de seus preceitos como pela estrutura de princípios de suas normas e ainda 3) a inclusão da moral no direito, por conta da positivação de valores através das normas constitucionais principiológicas⁵¹, suscitam a questão sobre qual deve ser a medida e o alcance da competência da jurisdição constitucional para determinar, dentro de um sistema aberto a pautas morais, o que em definitivo obriga a Constituição.

Para Alexy, “a competência do controle do tribunal constitucional depende, pois, sempre essencialmente da segurança com a qual se possa fundamentar a existência de uma posição jusfundamental”⁵². A questão da legitimidade da jurisdição constitucional é remetida, dessa forma, à possibilidade de, no âmbito dela, as decisões serem justificadas corretamente.

⁴⁹ Como assinala Barroso, “a idéia de constitucionalização do Direito [...] está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o ordenamento jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Interesse Público*, Ano VII, n.33, 2005, p. 24.

⁵⁰ No Epílogo à sua teoria dos direitos fundamentais, Alexy elabora a teoria dos espaços epistêmicos e estruturais, com o objetivo de estabelecer limites à atuação interventiva da jurisdição constitucional na atividade legislativa, principalmente em relação ao uso da técnica de ponderação. Cf. ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 22, nº 66, set-dez 2002, p. 13-64.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 2002, p. 524-526.

⁵² ALEXY, Robert. Op. Cit., 2002, p. 529.

Como acentua o autor, o problema da correção da justificação das valorações constitucionais não pode ser decidido no quadro de uma teoria material moral, haja vista a diversidade dos valores abrigados em normas principiológicas e a impossibilidade de se decidir apriorística e definitivamente pela superioridade de alguns deles. Apenas no plano de uma moral procedimental é que se poderá buscar parâmetros para caracterizar uma argumentação jufundamental racional⁵³.

O discurso jufundamental apresenta algumas particularidades principalmente porque não está limitado pela lei ordinária, mas pelas disposições constitucionais dotadas de grande amplitude semântica. Determinar em que sentido a argumentação jufundamental pode se dar de forma racional, implicará uma reformulação dos condicionamentos específicos do discurso jurídico, quais sejam, a lei, os precedentes e a dogmática. Será preciso, então, definir o que significa no plano da argumentação jufundamental a sujeição à “lei”, aos precedentes e à dogmática⁵⁴.

4.1. Sujeição ao texto constitucional e à vontade do legislador constituinte

Se não se pode afirmar que a argumentação jufundamental esteja sujeita à legislação ordinária, em virtude da supremacia normativa dos preceitos constitucionais, por outro lado, não se pode negar que o próprio texto constitucional vincula o processo justificatório das decisões que envolvem direitos fundamentais. A expressão sujeição à lei deve ser entendida no sentido da sujeição da argumentação jufundamental ao texto e a vontade do legislador constituinte. Isso significa, sobretudo, a sujeição às regras e formas de interpretação semântica e de interpretação genética⁵⁵.

⁵³ Está clara a influência do pensamento habermasiano de que nas sociedades modernas (pós-convencionais), a diversidade de formas de vida e o pluralismo intenso de concepções morais, só permite a construção de uma teoria moral, a partir de “valores neutros do ponto de vista das cosmovisões e aceitáveis em geral”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, V. I. 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.87-88.

⁵⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 533.

⁵⁵ As formas de argumentos interpretativos e as regras de prioridade para o seu uso, referem-se aos métodos clássicos de interpretação. O autor contesta

Tendo em vista que a estrutura das disposições constitucionais é semanticamente aberta e que o resultado da interpretação subjetivo-teleológica raramente é unívoco, Alexy reconhece que a força dos argumentos semânticos e genéticos para obrigar o resultado por eles exigidos é limitada. Porém, isso não significa que essa força não exista: se o texto exige determinada interpretação esse é um argumento muito forte a favor desta interpretação e para afastá-lo, “as razões em favor da solução contrária ao texto têm que ter um peso tal que, desde o ponto de vista da Constituição, justifique um distanciamento do seu texto.”⁵⁶ Da mesma forma com os argumentos genéticos, se existirem.

Assim, o texto e a gênese vinculam a argumentação jusfundamental porque têm a seu favor a carga da argumentação, ou seja, para não segui-los, requer-se a formulação de outros argumentos mais fortes.

Nesse aspecto, pode-se falar de uma certa aproximação da teoria alexyana a premissa hermenêutica de que o texto da norma deve ser respeitado e tem sempre algo a nos dizer no processo de compreensão⁵⁷. Pereira ressalta que:

O texto desempenha papel relevante na limitação da liberdade interpretativa. O texto não é apenas o ponto de partida da interpretação: associado ao imperativo de fundamentação das decisões judiciais, torna-se peça fundamental na constrição do arbítrio no processo hermenêutico.⁵⁸

Assim, a exigência de sujeição da argumentação jusfundamental ao texto da Constituição, exigência esta que é feita no plano

a concepção segundo a qual tais métodos não exerçam nenhum papel na interpretação constitucional. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 533-534.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, p. 2002, p.534.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2006, p. 205.

⁵⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., 2006, p. 46. No mesmo sentido, Adeodato: “o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismos”. ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Org. SCAFF, Fernando Facury. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.84.

epistemológico, ou seja, de explicitação do compreendido⁵⁹, coaduna-se com o postulado hermenêutico de que o texto não é mero enunciado lingüístico e deve ser respeitado em sua objetividade.

4.2. Sujeição aos precedentes das Cortes Constitucionais

O segundo elemento que constitui a base da argumentação jusfundamental é a sujeição aos precedentes da Corte Constitucional. O autor refere-se à força geral dos precedentes independentemente da força jurídica vinculante que lhe venha a ser determinada pela Constituição ou demais preceitos legais.

Tal força decorre dos postulados da universalidade dos predicados, uma das regras do discurso prático, que por sua vez também é decorrente do princípio da justiça formal (tratar de igual maneira o igual)⁶⁰, da segurança jurídica, da proteção de confiança, de descarga da fundamentação e da estabilidade jurídica⁶¹.

As regras sobre o uso dos precedentes, anteriormente mencionadas, têm validade para a argumentação jusfundamental: dever de citar os precedentes, sempre que houver e dever de fundamentar sempre que se decida se afastar de um precedente.

A sujeição da argumentação jusfundamental aos precedentes do Tribunal Constitucional não resulta no “engessamento” ou padronização do processo justificatório das decisões no âmbito dos direitos fundamentais, pois, como ressalta Alexy:

Por mais densa que seja a rede de regras de decisão, os novos casos sempre apresentam novas características que podem ser utilizadas como razão para uma diferenciação. Ademais, como precedentes, as regras de decisão possuem somente uma força *prima facie*. Pode-se renunciar a uma regra de decisão se se aduzem razões suficientes para isso.⁶²

⁵⁹ Conforme STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2006, p. 221.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2005, p. 265.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, p. 2002, p. 537.

⁶² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 539.

4.3. Sujeição a uma teoria material dos direitos fundamentais

Para se concluir pela possibilidade de se exercer um controle da racionalidade da argumentação jusfundamental, será preciso ainda estabelecer a sua sujeição à dogmática constitucional⁶³. Nesse caso, a dogmática deve corresponder às teorias materiais dos direitos fundamentais⁶⁴.

Alexy não se limita a afirmar que a justificação decisória jusfundamental deve tomar como base uma teoria qualquer acerca dos direitos fundamentais - como seria de se esperar em razão do caráter procedimental da sua teoria - mas ele mesmo se propõe à elaboração de uma teoria materialmente adequada.

Apona, assim, três espécies de teoria material: aquelas que elegem apenas um princípio como fundamental - como a teoria liberal ou burguesa dos direitos fundamentais, a teoria do Estado Social e a teoria institucional - aquelas que consideram os direitos fundamentais como princípios de igual hierarquia e outras que tentam criar uma certa ordem de precedência entre eles⁶⁵.

Teoria unilaterais sofrem a objeção de consistirem em visões particularistas da Constituição, pois sempre caberá o questionamento se apenas aquele princípio eleito é o único a ter expressão no texto constitucional e em que medida não seria arbitrária a escolha em face dos demais direitos constitucionais.

A segunda teoria que, conforme o autor, é a adotada pelo Tribunal constitucional alemão, foi alvo das críticas de Bockenförde: se se pode recorrer a vários princípios e considerá-los igualmente como

⁶³ A inclusão da dogmática como um dos limites a que está sujeito a argumentação jurídica geral justifica-se pelas funções que a mesma desempenha no discurso jurídico: função de estabilização, de descarga da fundamentação, função técnica de operacionalização de conceitos, função de controle, de consistência e de progresso da ciência do direito. Para um maior desenvolvimento, conferir ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2005, p. 258 e ss.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, p. 2002, p. 540.

⁶⁵ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 2002, p. 546.

fundamentais, eles não seriam mais que meros topos argumentativos que, a depender das circunstâncias, se poderiam lançar mão⁶⁶.

Alexy refuta tais críticas aduzindo três argumentos: 1) os princípios não são meros *topoi*, pois não é possível decidir arbitrariamente pela sua aplicação ou não. O processo de ponderação implica no dever de justificar a intervenção, restrição e não-incidência de um princípio constitucional; 2) é possível estabelecer uma ordem de prioridade *prima facie* entre os princípios constitucionais, mas ainda assim 3) não se pode esperar muito de uma teoria material dos direitos fundamentais⁶⁶.

A concepção alexyana de uma teoria material dos direitos fundamentais consiste em conferir prioridade *prima facie* aos princípios da liberdade e da igualdade:

Com o direito à liberdade e à igualdade está fundamentado o núcleo de direitos fundamentais. Todos os outros direitos fundamentais são, ou casos especiais de ambos ou meios necessários para a produção e asseguramento de uma medida suficiente de liberdade e igualdade. O último vale, por exemplo, para o direito a um mínimo existencial.⁶⁷

O próprio autor refuta uma série de objeções formuladas contra um tal conceito: as prioridades *prima facie* só valem nos casos de confronto com princípios diversos, não existem para o conflito dos dois princípios entre si ou de titulares diferentes do mesmo princípio; as prioridades *prima facie* são meios para se encontrar a resposta correta, de acordo com a Constituição, quando duas soluções forem procedimentalmente corretas; elas não contradizem o princípio da unidade da Constituição, pois são apenas regras de solução para o caso de empate argumentativo; não promovem a defesa exacerbada do liberalismo, já que não está excluído o afastamento de tais princípios quando se puder apresentar razões mais fortes para adotar outra solução e, por fim, deve-se admitir que as prioridades *prima facie* não determinam nenhuma pauta material específica, apenas estruturam a

⁶⁶ ALEXY, Robert. Op.cit., p. 546.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 p. 34.

argumentação apoiada em princípios, tendo, portanto, um caráter formal⁶⁸.

Por isso, não se deve esperar que uma teoria material dos direitos fundamentais ofereça definitivamente uma resposta correta para cada caso, “o único que se pode exigir dela é que estruture a argumentação jusfundamental de uma maneira materialmente aceitável na maior medida possível.”⁶⁹

Com isso, embora não se possa afirmar que a teoria alexyana tenha sofrido um processo de materialização, não há dúvidas de que o conceito de argumentação jusfundamental vinculada a uma teoria material de direitos fundamentais, introduz um critério de controle sobre os elementos materiais da justificação das decisões judiciais.

Cumprе salientar, entretanto, que a argumentação jusfundamental mantém, ainda com a sujeição a uma teoria material, as mesmas limitações da argumentação jurídica geral: não conduz à segurança definitiva do resultado. O que se requer, por fim, é que no âmbito da justiça constitucional as decisões sejam “justificadas e criticadas em um discurso jusfundamental racional”⁷⁰.

5. Teoria da argumentação jurídica em países periféricos

Pode-se questionar a utilidade de uma teoria da argumentação jurídica, assentada no discurso prático geral, especialmente em países periféricos onde desigualdades sociais profundas inviabilizam o exercício de direitos materiais básicos como liberdade e igualdade, pressupostos da teoria do discurso⁷¹.

Segundo Neves a modernidade periférica, apesar de apresentar, assim como a modernidade central, traços de desaparecimento de uma moral conteudística e hierárquica, caracteriza-se, diversamente daquela, pela ausência de uma esfera pública autônoma, pois a falta de efetivação dos direitos fundamentais impedem o acesso generalizado dos cidadãos

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 551.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 552.

⁷⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit., 2002, p. 554.

⁷¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 108-109.

aos procedimentos públicos⁷². Como, então, seria possível compatibilizar a aplicação de uma teoria em uma realidade na qual os pressupostos assumidos por aquela simplesmente não existem?

Com efeito, um dos problemas das teorias discursivas consiste na universalização de princípios éticos como liberdade e igualdade⁷³, como sendo algo inerente à prática comunicativa do homem, independente de sua situação histórico-cultural⁷⁴.

Ao invés de tentar explicar ou fundamentar a existência do Estado Democrático de Direito por meio de uma prática evolutiva natural da comunicação humana, o inverso poderia ser bem mais realístico e proveitoso. Porque vige um paradigma de Estado e de Direito democrático é que se justifica a adoção de um modelo discursivo ideal, centrado na intersubjetividade e no respeito à autonomia humana. De acordo com GRACIA, a ênfase contemporânea na dimensão argumentativa do direito está inserida dentro de um modelo de Estado específico: o Constitucional Democrático⁷⁵.

Nesse sentido, somente numa tradição liberal e democrática se justificaria a validade normativa de uma teoria do discurso prático racional como a de Alexy. O fato de que no âmbito empírico, os direitos fundamentais necessários à prática em discursos não tenham se efetivado de forma generalizada, não inutiliza a teoria que manteria sua validade no plano normativo. Se assim não fosse, não se poderia nem mesmo defender a adoção de um modelo constitucional de Estado Democrático de Direito nos países onde a realidade social estivesse ainda muito aquém dos objetivos que seriam apreçados nos dispositivos constitucionais.

⁷² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 232.

⁷³ Condição de possibilidade de toda e qualquer argumentação “é o reconhecimento de todo homem como possível parceiro com iguais direitos. Quem quer que argumente já assumiu ainda que implicitamente, esse princípio ético fundamental”. OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 64.

⁷⁴ Para uma crítica contundente ao aspecto universalista da teoria do discurso cf. RORTY, Richard. *Verdade, Universalidade e Política Democrática. Filosofia, racionalidade e democracia: os debates Rorty e Habermas*. Org. SOUZA, José Crisóstomo. São Paulo: UNESP, 2005, p. 103-162.

⁷⁵ GRACIA, Jaime Cárdenas. Op. Cit., 2006, p. 31 e 34.

Considerando esses aspectos, pode-se afirmar que a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, pode sim oferecer uma contribuição relevante para a exigência de justificação das decisões judiciais também nos países periféricos. Aliás, segundo Toledo, “é pela observância de critérios e objetivação de metas que podem tais Estados se pautar para a consecução de ideais de institucionalização da democracia”⁷⁶.

Além da ausência de uma esfera pública autônoma, Neves aponta outro problema característico das sociedades periféricas: a indiferenciação dos sistemas sociais. Para o direito, isso significa a invasão direta dos diversos códigos de outros sistemas, como o político, econômico, o das relações de amizade ou familiar na operacionalização do sistema jurídico, cujo resultado consiste, principalmente, no enfraquecimento da constitucionalidade e da legalidade⁷⁷.

Adeodato se refere a algumas estratégias extra-legais desenvolvidas nas sociedades periféricas como alternativa de decisão de conflitos⁷⁸ e para o caso brasileiro enuncia algumas como: 1) a constante excepcionalização das normas gerais com vista ao alcance de interesses determinados; 2) a ficção da isonomia na aplicação da lei; 3) o subsistema das boas relações que substitui a burocracia legal-racional pela troca de favores; 4) a cultura do “jeito” que influencia nas adaptações manipulatórias das normas jurídicas ao caso concreto; 5) a corrupção quase institucionalizada; 6) a ineficácia da lei que impede até mesmo de se afirmar que no Brasil algum dia se teve uma tradição legalista e a 7) ficção da hierarquia da ordem jurídica em flagrantes violação aos preceitos constitucionais e legais⁷⁹.

Pode-se imaginar o impacto produzido aos alicerces do Estado Democrático de Direito, quando aliamos a todos esses problemas histórico-culturais brasileiros as premissas do direito constitucional contemporâneo, como a liberdade criativa do intérprete face às normas

⁷⁶ TOLEDO, Cláudia. Introdução à edição brasileira da obra de ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2005, p. 15.

⁷⁷ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 239-243.

⁷⁸ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 122.

⁷⁹ ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 124-134.

de conteúdo aberto à moral e o amplo espaço concedido para as ponderações judiciais.

O catálogo explícito de regras e formas de argumentos fornecidos pela teoria da argumentação jurídica, justamente nesses casos, pode ser um forte instrumento na constrição de decisionismos e arbitrariedades. Especificamente em relação ao problema da jurisdição constitucional brasileira que, como relata Adeodato, “tem sido casuística, na medida em que as fundamentações têm variado aponto de ser difícil seguir um vetor qualquer de racionalidade para a unificação da jurisprudência em geral”⁸⁰, é que a teoria da argumentação jurídica poderá ser mais eficaz.

Ressalte-se ainda que a teoria alexyana, ao primar pelo controle racional das decisões judiciais, defendendo tal controle inclusive no âmbito da argumentação jusfundamental, não tenta retirar a legitimidade da jurisdição constitucional para a garantia, em última instância, da efetivação dos direitos fundamentais⁸¹. Em países de modernidade tardia, consoante as lições de Streck, a postura interventiva da jurisdição constitucional consiste num eficaz recurso para viabilizar a concretização de tais direitos frente as omissões constantes dos poderes públicos responsáveis⁸².

6. Conclusão

A abertura o sistema jurídico à moral provocada pela eficácia irradiante dos direitos fundamentais não significa, segundo Robert

⁸⁰ ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. 2003, p.96.

⁸¹ Como o faz a teoria do discurso habermasiana que defende uma atuação restrita da justiça constitucional referente apenas a garantia dos direitos que viabilizem a participação nos procedimentos constitucionais. HABERMAS. Jüngen. Op. Cit., p. 314 e ss. Além disso, Habermas condena a prática da ponderação judicial (p. 108) e também diversamente de Alexy, não considera nem que o discurso jurídico seja um caso especial do discurso prático, nem que a atividade judicial seja uma atividade de fundamentação de normas, mas apenas de aplicação (p. 40), cf. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2007.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 116. Em sentido contrário, criticando duramente o papel exercido pela jurisdição constitucional ver MAUS, Igerbog. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito**, n.11, Recife, 2000, p.127.

Alexy, a despedida das categorias de racionalidade, correção e objetividade nas decisões jusfundamentais. Os juízos morais podem ser justificados racionalmente segundo as regras do discurso prático geral, do qual decorrem a argumentação jurídica e também a argumentação jusfundamental.

No âmbito do processo justificatório das decisões que envolvem os direitos fundamentais é preciso ter em mente que a argumentação jusfundamental no pensamento de Alexy está sujeita, prioritariamente, ao texto constitucional e à vontade do legislador constituinte, aos precedentes do Tribunal Constitucional e a uma teoria material adequada dos direitos fundamentais em que os princípios da liberdade e igualdade têm prioridades *prima facie*.

Embora se tenha questionado a fundamentação universalista da teoria do discurso prático, pode-se sustentar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, em que deve predominar a intersubjetividade – tanto no espaço público quanto no privado – e o respeito à autonomia da pessoa humana, a teoria alexyana mantém, no plano normativo, sua validade.

Notadamente em países periféricos, onde se verifica a abertura do sistema jurídico às interferências dos códigos dos mais diversos sistemas sociais e em especial, no Brasil, cujas práticas alternativas ao direito estatal denotam, entre outras, a cultura da inconstitucionalidade e da ilegalidade, é que a teoria da argumentação jurídica poderá contribuir, fornecendo critérios que, em certa medida, limitam o arbítrio, o subjetivismo e os particularismos.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS AGENTES POLÍTICOS

Débora Letícia Faustino

Acadêmica de Direito - Universidade Estadual de Londrina (PR)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Histórico da “Corrupção” no Brasil. 3. Os Agentes Públicos e sua Tradicional Responsabilização. 4. Improbidade Administrativa. 4.1. Da Natureza Jurídica do Ato de Improbidade Administrativa. 4.1.1. Ato de Improbidade Administrativa e Ilícito Penal. 4.1.2. Ato de Improbidade Administrativa e Crimes de Responsabilidade. 4.1.3. Ato de Improbidade Administrativa e Ilícito Administrativo. 4.1.4. Ato de Improbidade Administrativa e Ilícito Civil. 4.2. Aspectos da Lei Federal nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). 5. Agentes Políticos e a Lei de Improbidade Administrativa. 5.1 Limitação Constitucional à Sanção de Perda do Cargo ou Função a Agentes Políticos. 5.2. Reclamação 2138. 5.2.1. Síntese da Tese Prevalente. 5.2.2. Defesa Argumentativa da Tese Vencida.

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a Reclamação 2138, por maioria de votos, afastou a aplicação da lei de improbidade administrativa a certo ministro de Estado, abrindo precedente nessa questão, no sentido de que nenhum outro juízo, senão a própria Egrégia Suprema Corte, teria competência para aplicar sanção política a determinados agentes políticos.

No bojo do julgamento – que não se ateve apenas à questão processual da competência, mas imiscuiu-se no mérito – levantaram-se argumentos também para afastar a aplicabilidade da Lei 8.429/1992 a alguns agentes políticos, sob um pretenso *bis in idem* que confere caráter político e penal ao ato de improbidade administrativa, confundindo-o com os crimes de responsabilidade previstos na Lei 1.079/1950.

Em face de tal julgamento estritamente dogmático, que de certa maneira torna aleijada a Lei 8.429/1992 – cuja função precípua é a defesa da Administração e principalmente do patrimônio público – questionamo-nos se realmente vivemos numa democracia, entendida

esta como algo além da mera garantia de escolha dos governantes, antes negada pelo regime autoritário instalado em 1964.

Se vivemos em um país de privilégios e privilegiados, seria legítimo – sem sustentarmos nos mais fundamentais pilares confiados pela Constituição da República – simplesmente prescindirmos de qualquer valiosa exigência legal de condutas éticas impostas àqueles que justamente detêm o dever de alterar tal contexto?

Impedir a incidência da Lei 8.429/1992 sobre alguns agentes políticos é dizer que estes, hoje, não se responsabilizariam civil e administrativamente por atos de improbidade administrativa.

Porém, esta – tomada até intuitivamente como conduta antijurídica, contrária ao interesse público – tende a aumentar o atual abismo social, ainda mais quando vem acompanhada da idéia de corrupção que

[...] se constitui em sério obstáculo ao desenvolvimento nacional, acarreta o desperdício de preciosos recursos públicos, impõe custos elevados ao país e, reflexamente aos cidadãos, provoca descrédito institucional, solapa instituições públicas, subverte o sistema jurídico, coloca em cheque órgãos e entidades públicos, afeta a credibilidade do Estado, encoraja o esbanjamento de recursos coletivos, estimula a evasão de tributos e implementa acentuados riscos à governabilidade.¹

Com isso, cria-se um desastroso círculo vicioso, em que os altos índices de improbidade e corrupção comprometem a real consolidação do Estado Democrático de Direito, levando à carência material e intelectual de uma massa miserável incapaz de desenvolver uma consciência crítica e exercer controle sobre a própria atuação política, contentando-se de forma submissa com “esmolas” clientelistas.

É certo que a improbidade administrativa não se resume aos atos de *corrupção*, em sua acepção mais restrita, ou seja, enquanto tipo penal, como veremos adiante. Contudo, por vezes ambos os vocábulos são empregados como sinônimos, podendo-se assim afirmar que a idéia de corrupção, quando analisada em sua acepção mais ampla, confunde-se com a idéia de improbidade administrativa.

¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no Poder Público**. São Paulo: Atlas; 2002, p.11.

A bem da verdade, a própria Lei 8.429/1992 nos agracia com a facilidade de ter previamente conceituado o ilícito de improbidade administrativa, que efetiva-se sempre que o agente público enriquecer ilicitamente às custas de dinheiro público ou usurpando a função, causar prejuízo ao erário público, de forma direta ou indireta ou atentar contra os princípios da Administração, o que abrange um sem número de situações.

De forma específica, ela exemplifica os possíveis atos a serem praticados destinando a eles sanções graves, como o ressarcimento ao erário, multa civil e perda de função ou cargo público.

Será que ali podemos vislumbrar na Lei 8.429/1992 a tipificação de infrações políticas?

Sabemos que se pretendeu com ela dar um passo no sentido de banir de vez a tolerância presenciada por todos nós diante dos tão corriqueiros atos ímprobos daqueles que detêm o poder, pois a certeza da impunidade é, sem dúvida, o maior incentivo à prática de atos ímprobos.

Assim, é inegável a importância da Lei 8.429/1992 como forma de controle social repressivo sobre os atos dos agentes políticos, em especial.

Entretanto, como dissemos, com o dito precedente judicial, corre-se o risco de que tal instrumento se torne letra morta no ordenamento jurídico brasileiro.

O presente trabalho se destinou a confrontar os argumentos alinhavados na tese vencedora da Reclamação 2138 – que constituiu o *leading case* da questão – com o entendimento doutrinário nacional, e a elucidar esse tema, relevando os desdobramentos constitucionais implicados na exploração da figura da improbidade administrativa, na tentativa de descobrir se existem bases jurídicas para rebater a tese que prevaleceu no referido julgamento, utilizando-nos também do brilhante voto vencido do ministro Joaquim Barbosa.

2. Histórico da “corrupção” no Brasil

A má gestão pública, intrinsecamente relacionada à corrupção no Poder Público, é preocupação antiga. Esse fenômeno vem sendo enfrentado há inúmeras gerações, não só pelo Brasil, mas por todos os países ao redor do mundo, como bem observa Caio Tácito (*apud*

COSTA²): “a corrupção tem raízes seculares na história dos costumes políticos aqui e alhures”.

Delson Lyra da Fonseca³, além de aludir a esse fato, destaca que a corrupção não respeita limites ideológicos ou partidários, e acrescenta:

[...] Freqüenta com a mesma desenvoltura governos democráticos e autoritários, sejam eles ditos de direita ou de esquerda. Não faz por menos em razão do sistema econômico adotado, se capitalista ou estatal, se de plena liberdade de mercado ou de absoluto dirigismo.

Depreende-se do valioso artigo de Humberto Pimentel Costa (2005, p. 37) os ensinamentos de George Sarmiento (*apud* COSTA, 2005, p. 37), que, admitindo que a corrupção nos setores públicos é um mal que assola todas as nações contemporâneas, adverte que no Brasil “tem assumido conotações surpreendentes e desalentadoras”.

Raymundo Faoro (*apud* COSTA, 2005, p. 39), buscando as raízes dessa realidade atribui parte da responsabilidade por nossa cultura corruptível ao Período Colonial. Ao descrever a organização administrativa do Brasil-Colônia, destaca que “os vícios que a colônia revela nos funcionários portugueses se escondem na contradição entre os regimentos, leis e provisões e a conduta jurídica, com o torcimento e as evasivas do texto em favor do apetite e da avareza”. Para Carlos Alberto Ortiz (*apud* COSTA, 2005, p. 39): “Da mistura dos nobres governantes com os degredados enviados por Portugal nos primórdios de nossa colonização, sobrou-nos a tradição das vestes talares e a corrupção.”

O livro do jornalista australiano Patrick Wilcken nos remete ao período imperial:

A corrupção sempre fora uma característica da vida ao redor do império, mas assumiu uma forma concentrada no Rio. O afluxo repentino de milhares de burocratas exilados criou terreno fértil para os abusos, de modo que foram devidamente construídas fortunas misteriosas pelos

² COSTA, Humberto Pimentel, **Corrupção e Improbidade Administrativa**. Revista do Ministério Público: Alagoas, n. 15, Jan./Jun. 2005, p. 37.

³ FONSECA, Delson Lyra. **A Corrupção como Entrave ao Desenvolvimento**. Revista do Ministério Público: Alagoas, nº 11, Jul./Dez. 2003, p.51.

freqüentadores dos círculos íntimos da Corte. Enquanto a vida era uma luta para muitos dos cortesãos mais periféricos, os ministros do governo logo passaram a ter um padrão de vida muito acima dos recursos que poderiam ter ganhado legitimamente. [...] Por trás das bengalas, mantos e perucas, e por trás das cerimônias formais e dos éditos proferidos em linguagem refinada, o roubo em nome da Coroa disseminou-se à larga.⁴

Francisco Bilac Moreira Pinto (*apud* COSTA, 2005, p. 40), filho do Deputado Bilac Pinto, autor do projeto que resultou na Lei nº 3.502/58, que levou seu nome, afirmou em sua obra a respeito do enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos, de 1960, que: “A corrupção, em numerosos e importantes setores governamentais do nosso país assumiu tal intensidade e extensão que, desgraçadamente, parece ter sido institucionalizada”.

É certo que também se fizeram conhecer ao longo do tempo diversas manifestações populares buscando a implementação de uma boa administração pública. O sistema normativo brasileiro apresenta algumas dessas manifestações, que muitas vezes não produziram de forma satisfatória os efeitos desejados. Vejamos, pois, os dispositivos jurídicos brasileiros que buscaram, ainda que de forma infrutífera, proteger o interesse público de atos imorais e abusivos cometidos por membros do Poder Público.

Ao longo de nossa história, nenhuma outra Constituição brasileira ousou versar sobre atos de improbidade administrativa. Sua abordagem na Constituição de 1988 constituiu, portanto, uma novidade em nosso ordenamento jurídico.

O art. 146 da Constituição da República de 1946 estatuiu o seguinte:⁵ “a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou emprego em entidade autárquica”.

A Constituição de 1967, alterada pelas emendas 1/69 e 11/78, em seu artigo 153, § 11, previa em sua parte final que a lei disporia “sobre o

⁴ WILCKEN, Patrick. **Império à Deriva**. A Corte Portuguesa no Rio de Janeiro 1808 – 1821. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p.121.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública”. (Cf. DI PIETRO, 2004).

Quanto à legislação infraconstitucional, alguns passos já haviam sido dados antes da Lei nº 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa):

O Decreto-lei nº 3.240, de 8-5-41, sujeita a seqüestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultem prejuízo para a Fazenda Pública. O seqüestro pode atingir bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave. No caso do prejuízo não ser coberto por essa forma, deve ser promovida, no juízo competente, a execução da sentença condenatória, a qual recairá sobre tantos bens quantos bastem para ressarcir-lo.⁶

Para dar cumprimento ao disposto na Constituição de 1946, foi editada a Lei nº 3.164 de 1957 (conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha). Essa lei sujeitava a seqüestro “os bens de servidores públicos, adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal cabível”, o que indica a natureza civil dos atos por ela previstos. “As medidas eram decretadas no juízo cível, sendo o processo promovido por iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer pessoa do povo”. (DI PIETRO, 2004, p. 698).

A Lei Pitombo-Godói Ilha instituiu, ainda, àqueles a quem pretendia controlar, a obrigatoriedade de registro público de seus bens e valores. (DI PIETRO, 2004).

A Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502 de 21 de janeiro de 1958), veio, sem revogar a anterior, regular o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. (DI PIETRO, 2004).

Não se pode negar que tais leis “traduziram uma concepção reducionista de corrupção”, pois restringiam a infração aos casos de

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit, 2004, p.698.

enriquecimento ilícito, não retratando as demais formas de improbidade administrativa, cada vez mais argutas e eficientes.⁷

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 inseriu em nosso ordenamento jurídico o princípio da moralidade ao qual está sujeita toda a Administração Pública. O artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição, fundamentando-se nesse princípio, instituiu a propositura da ação popular. O § 4º do artigo 37 de nossa Carta Maior estabeleceu que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. (DI PIETRO, 2004, p. 700).

A 02 de junho de 1992 foi promulgada a lei que regulamentaria o §4º do artigo 37 da Constituição da República: a Lei Federal nº 8.429 - Lei da Improbidade Administrativa. Essa lei “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”, havendo revogado expressamente, em seu artigo 25, as citadas Leis nº 3.164/1957 e 3.502/1958. Ela representa considerável avanço no sentido de coibir a prática de atos ímprobos cometidos por membros da Administração Pública, apresentando um rol de sanções dotadas de alto teor de severidade, quais sejam: a suspensão dos direitos políticos, a perda do cargo ou função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. (BRASIL, 1992⁸).

Dois outros atos normativos, anteriores à Lei 8.429/1992 e até mesmo à Constituição de 1988, foram também criados com o intuito de

⁷ MURTA, Carolina Luna Martines. **A Notificação na Ação de Improbidade Administrativa**. Revista do Ministério Público: Alagoas, nº 11, Jul./Dez. 2003.

⁸ **Lei nº 8.429, de 2 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: 10 dez. 2007.

frear o desvio da função pública. Nossa menção tardia a tais dispositivos tem uma explicação: pretende-se dar a eles maior relevo conquanto foram destinados a regular especificamente os atos de determinados agentes políticos, e, como veremos adiante (especialmente a Lei 1.079/1950) constituem a *razão de ser* da discussão que ora se pretende analisar, a respeito da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos que se sujeitam às sanções por eles previstas.

A Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, define os chamados “crimes de responsabilidade”, e regula o respectivo processo e julgamento. Ela alcança o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários dos Estados. A sanção cabível é a perda do cargo ou função, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos casos do artigo 52 da Constituição Federal e pelo Supremo Tribunal Federal nos casos do artigo 102, I, “c”, da *lex mater*. Apesar do nome, os atos nela caracterizados não constituem crimes e sim infrações político-administrativas, como veremos. (BRASIL, 1950⁹).

Resta saber se tais infrações se confundem com os atos de improbidade administrativa como entendeu a maioria dos membros da Suprema Corte no julgamento da Reclamação nº 2138 contrariando entendimento de parcela significativa da doutrina e da própria composição do referido Tribunal.

Com relação aos Prefeitos Municipais e vereadores, as infrações político-administrativas estão disciplinadas pelo Decreto-lei nº 201/1967, em seu artigo 4º. Curiosamente, essa lei se presta a distinguir os crimes de responsabilidade (artigo 1º), a serem julgados pelo Poder Judiciário, cabendo inclusive pena de detenção e reclusão, e as infrações político-administrativas, a serem julgadas pela Câmara dos Vereadores, cabendo sanções puramente políticas, à semelhança dos crimes de responsabilidade da Lei 1.079/1950. Ressalte-se que aqui cabe a mesma discussão: aplica-se a Lei 8.429/1992 cumulativamente às infrações

⁹ **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.** Define os crimes de responsabilidade e define o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm>. Acesso em: 12 mar. 2008.

político-administrativas do Decreto-lei 201/1967 aos prefeitos e vereadores? (BRASIL, 1967¹⁰).

Posto isso, constatamos que não é recente o anseio social por uma Administração Pública coerente, pautada em valores morais, livre da corrupção. Isso se explica pelo fato de que a malversação da coisa pública se fez consolidada ao longo de toda a nossa história. No entanto, apesar da indignação popular, tímidas foram as conquistas capazes de coibir tais atos tão enraizados em nossa cultura, prevalecendo quase sempre os interesses da aristocracia política nacional.

3. Os Agentes Públicos e sua Tradicional Responsabilização

A “corrupção”, patologia caracterizada como o uso indevido das atribuições públicas para a obtenção de benefícios privados¹¹, desde sua forma mais tênue até a mais grave, deve ser repudiada pelo ordenamento jurídico. A prática dos atos que constituem corrupção, em sua forma mais ampla, merece repressão rigorosa sempre que provada e evidenciada por meio do procedimento adequado, garantidos, em quaisquer casos, o contraditório e a ampla defesa, gerando, assim, a responsabilização do agente público ímprobo.

Consoante os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello¹², entende-se por agentes públicos todos os “sujeitos que servem o Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasionalmente”.

Em suma, agentes públicos configuram o gênero do qual são espécies os agentes políticos (como Deputados, Prefeitos e o Presidente da República), os servidores estatais (sejam titulares de cargos públicos na Administração Direta, nas autarquias e fundações de Direito Público, no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Poder Legislativo, sejam servidores empregados das pessoas jurídicas supra-referidas e

¹⁰ Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0201.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.226.

também das sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações privadas instituídas pelo Poder Público) e, finalmente, os particulares em colaboração com o Poder Público, isto é, aqueles que não perdem sua qualidade de particulares mas exercem função pública, ainda que episodicamente (como membros da Mesa receptora ou apuradora de votos nos períodos eleitorais). (BANDEIRA DE MELLO, 2005).

De acordo com o posicionamento majoritário da doutrina são três as esferas de responsabilidade dos agentes públicos: criminal, civil e administrativa. Hely Lopes Meirelles¹³, no entanto, se refere a quatro tipos de responsabilidade, pois distingue das já citadas a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Interessa-nos agora tentar esclarecer o que a ciência, no estado atual em que se encontra, entende sobre cada esfera de responsabilidade e por último os aspectos mais importantes da responsabilização por atos de *improbidade administrativa*.

Responsabilidade civil é aquela de ordem patrimonial, prevista no artigo 186 do Novo Código Civil que prevê que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo, desde que haja relação de causalidade e culpa ou dolo. (DI PIETRO, 2004).

“Sem a ocorrência de dano patrimonial não há fundamento para a responsabilização civil, que visa, unicamente, à reparação material, pecuniária [...]”. (MEIRELLES, 2004, p. 476).

Faz-se necessária primeiramente a distinção entre danos causados a terceiros e danos causados à Administração. Hely Lopes Meirelles (2004, p. 477) observa que “a responsabilização civil de servidor por danos causados a terceiros no exercício de suas atividades funcionais depende da comprovação de sua culpa em ação regressiva proposta pela pessoa jurídica de Direito Público depois de condenada à reparação (CF, art. 37, § 6º)”.

No caso de dano causado ao Estado, a apuração é feita pela própria Administração, mediante processo administrativo. Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 519), afirma que boa parte das leis

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

estatutárias estabelece um sistema de auto-executoriedade (que prescinde de intervenção judicial), meio pelo qual a Administração desconta o montante a ser ressarcido dos vencimentos do infrator. Isso, no entanto, não impede seja acionado o judiciário pelo interessado, “quer com o medida cautelar que suste a decisão administrativa, quer a título de indenização, quando o desconto já se concretizou”.

A *responsabilidade penal* se materializa quando o servidor pratica crime ou contravenção. A maioria dos crimes contra a Administração Pública está definida no Código Penal (artigos 312 a 326 e artigos 359-A a 359-H), mas nada impede que lei especial federal estabeleça outras infrações (MEIRELLES, 2004).

Para efeitos penais, considera-se servidor público quem, “embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”, e ainda, “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (artigo 327, *caput* e § 1º do Código Penal). (BRASIL, 1940¹⁴).

Quando houver prejuízo à Fazenda Pública fica o réu sujeito, desde o indiciamento, ao seqüestro de bens (MEIRELLES, 2004).¹⁵

Ainda, podemos aludir à responsabilização pelos chamados *crimes de responsabilidade* que, abrange apenas alguns agentes políticos. Para alguns autores, os crimes de responsabilidade geram responsabilização penal. No entanto, há quem atribua às infrações previstas pela Lei 1.079/1950 caráter não-penal, com fulcro no artigo 3º da própria lei que dispõe que a imposição de suas sanções “*não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum*, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal”.¹⁶ A sanção prevista

¹⁴ **Código Penal, 1940.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 22 mar. 2008.

¹⁵ Vide artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal a respeito do processo de crimes funcionais e artigos 12 a 28 da Lei 4.898/65 a respeito dos crimes de abuso de autoridade.

¹⁶ Em seu livro “O impeachment” (3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992) Paulo Brossard define os chamados crimes de responsabilidade como “infrações político-administrativas”, por razões que veremos adiante.

ao agente político faltoso por “crimes de responsabilidade” é a perda da função ou cargo, com inabilitação de até cinco anos para o exercício de qualquer função pública. (BRASIL, 1950).

Por sua vez, a *responsabilidade administrativa* sanciona o servidor que incorrer em ilícitos funcionais definidos na legislação estatutária, que atentem contra o bom funcionamento do serviço público e dos fins por ele visados.

Aqui, a infração será apurada pela própria Administração Pública, que deverá instaurar o procedimento cabível, sempre assegurados o contraditório e a ampla defesa. (DI PIETRO, 2004).

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 520), “os meios de apuração previstos nas leis estatutárias são os sumários, compreendendo a verdade sabida e a sindicância, e o processo administrativo disciplinar [...]”.

Observa-se, assim, que a doutrina se presta a limitar os campos de ilicitude passível de ser cometida pelo agente público conferindo maior relevância à qualidade da *responsabilização* desse agente, se esquecendo de se debruçar sobre a natureza do próprio ato por ele praticado, o que gera perplexidades, pois em situações limites - onde as sanções não-penais se aproximam muito das penais, – pode haver a confusão e a negativa de vigência de algumas normas por motivos como o *bis in idem*, ou até mesmo divergência quanto aos órgãos naturais de jurisdição, o que se agrava quando são somados ao rol acima as sanções previstas na *lei de improbidade administrativa* (Lei 8.429/1992), pois é impossível dar a elas uma só definição com base simplesmente em suas sanções, uma vez que variam de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente até perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

4. Improbidade Administrativa

O conceito de improbidade administrativa nos remete, inicialmente, a dois dos princípios constitucionais aos quais deve se curvar a Administração Pública: os princípios da legalidade e da moralidade.

O princípio da legalidade determina que os atos administrativos sejam sempre praticados “com estrita observância dos pressupostos

legais, o que, por óbvio, abrange as regras e princípios que defluem do sistema”.¹⁷

Segundo os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006, p. 71), “não é suficiente que o agente permaneça adstrito ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público”.

O agente público probo é aquele que atua de acordo com a moralidade, a boa-fé, a lealdade, a ética. É aquele que em seus atos vinculados se atém ao que a lei determina e, tanto nestes quanto nos atos discricionários, se pauta nos conceitos de honestidade e boa-fé.

A própria Constituição da República prevê aos agentes públicos uma atuação de acordo com o princípio da moralidade (artigo 37, *caput*). Pode-se afirmar que ele representa a viga-mestra de todo ato administrativo. Sua violação em qualquer caso caracteriza improbidade administrativa para os fins da Lei 8.429/1992, apesar de não ser essa a única hipótese de incidência da lei. (BRASIL, 1988¹⁸).

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 696) esclarece que “a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público”, e lembra:

[...] com a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito. (DI PIETRO, 2004, p. 696).

A inserção desse princípio à Constituição resultou na evolução do princípio jurídico da legalidade, mitigando o positivismo jurídico puro e

¹⁷ GARCIA, Emerson & ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 61.

¹⁸ Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm>. Acesso em 10 dez. 2007.

simples. Dessa forma, a legalidade foi acrescida de valores tais como a boa-fé e a razoabilidade.

Hely Lopes Meirelles (2004, p. 89) entende que a moralidade administrativa constitui hoje pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.

Nesse íterim, podemos definir Improbidade Administrativa como:

[...] a corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano) revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.¹⁹

Em outras palavras, improbidade administrativa corresponde à má gestão pública, tanto pela ineficiência quanto pela inidoneidade do administrador, contrariando os imperativos éticos da Administração, afetando sobremaneira a persecução do bem estar social.

4.1 Da Natureza Jurídica do Ato de Improbidade Administrativa

É de suma importância para a correta compreensão do que nos dispusemos a discutir, o deslinde da natureza jurídica do ato de improbidade administrativa, ou seja, sua essência e classificação no âmbito do Direito.

4.1.1 Ato de Improbidade Administrativa e Ilícito Penal

São poucos os doutrinadores que defendem essa classificação. Arnoldo Wald e Gilmar Mendes, em texto extraído do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim, na Reclamação 2138, entendem que:

[...] Em verdade, a análise das consequências da eventual condenação de um ocupante de funções ministeriais, de

¹⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.39.

funções parlamentares ou de funções judicantes, numa “ação civil de improbidade” somente serve para ressaltar que, como já assinalado, se está diante de uma medida judicial de **forte conteúdo penal**. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da “ação civil de improbidade”, o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429/92, uma série de delitos que, **“teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns”**. [...] (WALD & MENDES *apud* BRASIL, RCI. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 127, grifo nosso).

Percebemos que, não obstante o fato de que os referidos autores relacionam os atos de improbidade administrativa aos crimes de responsabilidade (e não aos crimes comuns), há atribuição de conteúdo penal a tais atos (o que indica que para eles a natureza dos crimes de responsabilidade não é político-administrativa como vem entendendo a doutrina majoritária²⁰).

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 702), porém, rechaça a hipótese de confusão entre o ilícito penal e o ato de improbidade administrativa, baseando-se no texto constitucional, que, ao tratar da improbidade administrativa, após indicar as medidas sancionatórias cabíveis aos atos de improbidade, acrescenta que a lei estabelecerá sua forma e graduação “sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 37, §4º, CRFB/1988), sendo perfeitamente possível “a coexistência de uma ação criminal e uma ação de improbidade administrativa”.

Partilhando do mesmo entendimento, Fábio Medina Osório (2007, p. 246) acrescenta que “não se pode transformar em um ilícito penal o que se considera não-penal na Constituição”.

²⁰ Paulo Brossard de Souza Pinto (1992, p. 69) afirma que “não é o nome que faz o conceito e nem sempre o *nomem iuris* corresponde ao conceito jurídico”. Ele ensina que a expressão *crime de responsabilidade* nem sempre corresponde a infração penal, “quando motiva o impeachment, por exemplo [...] o ilícito a ele subjacente não é penal”. Ensina que se aos crimes de responsabilidade política se reservasse, como faz a o Decreto-lei 201/1967, o termo *infrações políticas*, “melhor se atenderia à natureza das coisas e se evitaria o escolho decorrente da designação, pelo mesmo nome, de realidades diversas”.

Presumimos ser mais correta a postura que rebate a teoria afirmativa da natureza penal dos atos de improbidade administrativa.

Um olhar atento aos preceitos contidos na *teoria geral do delito* pode apresentar argumentos ainda mais sólidos para a estruturação desse entendimento. Não se pretende abordar o tema em minúcias, mas sim observá-lo em seus aspectos mais importantes, perfilhando o presente posicionamento.

Inicialmente, podemos afirmar a existência de duas correntes doutrinárias que debatem acerca da estrutura do crime, a saber, a teoria bipartida e a teoria tripartida. Para a primeira o crime constitui-se em fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade pressuposto de aplicação da pena. A segunda corrente integra ao conceito de crime a culpabilidade, desconsiderando sua ocorrência quando da falta desse elemento. Sem a pretensão de defender uma das correntes, passemos ao estudo dos três elementos considerados.

Francisco de Assis Toledo²¹ considera que o crime é um comportamento humano (ação ou omissão) “que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penalmente) protegidos”. A seu ver, para que esse comportamento possa caracterizar verdadeiramente um crime “será necessário submetê-lo a uma tríplice ordem de valoração: *tipicidade, ilicitude e culpabilidade*”.

Não se discute que o ato de improbidade constitui um ato ilícito e culpável, isto é, é um ato dotado de antijuridicidade e reprovabilidade. No entanto, falta-lhe a tipicidade inerente ao ente penal.

A tipicidade formal consiste na correspondência que possa existir entre uma conduta da vida real e o tipo legal de crime inserido na lei penal:

Ao estudar o conceito dogmático de crime, salientamos que a tipicidade é uma de suas notas essenciais. Para que uma conduta humana seja considerada crime, é necessário que dela se possa, inicialmente, afirmar a tipicidade, isto é, que tal conduta se ajuste a um tipo legal de crime (TOLEDO, 2002, p. 125).

²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.80-82.

O tipo pode servir tanto para identificar as condutas criminosas como para descriminar os fatos atípicos. No entanto, essa descriminação não exclui a possibilidade de ilicitude desses mesmos fatos, que podem vir a configurar um ilícito não-penal. O fato atípico pode, portanto, ser antijurídico, mas jamais poderá ser um injusto penal. (TOLEDO, 2002).

Infere-se, assim, que não basta, para a configuração de um ato ilícito como crime, que suas sanções tenham conotação penal segundo entendem alguns doutrinadores. Um fato jamais poderá ser considerado crime a não ser que seja *“expressamente previsto em lei como tal”*. (TOLEDO, 2002, p. 129, grifo nosso).

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli esclarecem a questão de forma abrihantada:

O tipo é logicamente necessário, porque sem o tipo nós poríamos a averiguar a antijuridicidade e a culpabilidade de uma conduta que, na maioria dos casos, resultaria sem relevância penal alguma.

Assim, por exemplo, se tivéssemos que averiguar se é delito a falta de pagamento de uma parcela do preço de compra de uma máquina de lavar roupas, e não dispuséssemos do conceito do tipo penal, primeiro veríamos que se trata de uma conduta; depois comprovaríamos que a conduta é antijurídica – porque o não cumprimento de uma obrigação civil é contrário ao direito –; em seguida comprovaríamos que é culpável, porque o devedor podia pagar e lhe era exigível que o fizesse, e, por último, após todas estas etapas, resultaria que esta conduta antijurídica e culpável não é delito, porque não é sancionada com uma pena pelo direito penal. Nisto reside a nossa afirmação de que o tipo é logicamente necessário para uma averiguação racional da delituosidade de uma conduta.²²

Portanto, simplesmente por faltar ao ato de improbidade a tipicidade, este nunca será um ilícito penal, ou seja, nunca terá um conteúdo penal.

A título de exemplo sobre o que aqui tratamos, suponhamos que um Ministro de Estado descumpra o pagamento previsto em contrato de

²² ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.445-446.

concessão de obra milionário sem qualquer intenção de causar prejuízo ao erário ou enriquecer ilicitamente. Isso com certeza gerará ao Estado a obrigação de pagar juros e multa moratórios.

Tal conduta, obviamente, por não fazer parte de um tipo penal, não constitui um crime. Porém, é certo que por força da lesão ao patrimônio público, constitui ato de improbidade administrativa.

É óbvio que, a depender das circunstâncias em que o ato de improbidade é praticado, haverá consequências mais ou menos graves ao agente, de maneira que se assemelhem às implicações da prática de um delito, como é o caso da suspensão dos direitos políticos e da perda de cargo ou função pública. Todavia, essas respostas da lei ao ato de improbidade são simples *consequências* desse ato, não o constituindo em si.

Portanto, querer atribuir conteúdo penal aos atos de improbidade apenas por conta de algumas consequências jurídicas previstas na Lei 8.429/1992, é de forma distorcida encarar o objeto, não pelo que realmente é, mas por seus efeitos.

4.1.2 Ato de Improbidade Administrativa e Crimes de Responsabilidade

Vimos que parte da doutrina atribui caráter penal aos chamados crimes de responsabilidade e que, diante dessa ótica, jamais poderiam ser confundidos com atos de improbidade administrativa.

Entretanto, prevalece o entendimento de que os atos elencados pela Lei 1.079/1950 configuram infrações político-administrativas, ao contrário do que se pode inferir em análise a sua popular designação.²³

Longe de corresponder a um tipo penal, o crime de responsabilidade tem natureza estritamente política, relacionada apenas ao exercício da função pública:

Entre nós [...] como no direito norte-americano e argentino o *impeachment* tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo

²³ JESUS, Damásio de. **Ação penal sem crime**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2000. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em: 02 abr. 2008.

critérios políticos – julgamento que não exclui, antes supõe, é obvio, a adoção de critérios jurídicos. Isto ocorre mesmo quando o fato que o motive possua iniludível colorido penal e possa, a seu tempo, sujeitar a autoridade por ele responsável a sanções criminais, estas, porém, aplicáveis exclusivamente pelo Poder Judiciário. [...] Não visa a punir delinquentes, mas proteger o Estado. [...] tem por objeto separar a autoridade do cargo, independentemente de considerações de ordem criminal. (PINTO, 1992, p. 76 a 78).

A Lei 1.079/1950 disciplina o processo e julgamento do agente político por infrações de natureza político-administrativa e carrega em seu bojo a responsabilidade do *Presidente da República*, dos *Ministros de Estado*, do *Procurador Geral da República*, dos *Ministros do Supremo Tribunal Federal*, dos *Governadores dos estados* e seus *Secretários*.

Quanto aos *prefeitos* e *vereadores* a regulamentação é feita pelo Decreto-lei 201/1967.

As infrações praticadas pelo Presidente da República (e todas aquelas que forem conexas a elas) serão processadas e julgadas pelo Senado Federal. Já os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão julgados pela Corte Suprema. Os Governadores de Estado, do Distrito Federal ou de Territórios serão julgados pela respectiva Assembléia Legislativa. Por sua vez, o julgamento dos Prefeitos será realizado pela Câmara de Vereadores.

É evidente o caráter eminentemente político de suas sanções. Aquele que incorrer em infrações político-administrativas pode sofrer a perda do cargo ou função e a inabilitação, por até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública.

A intenção do legislador foi, nitidamente, visando o interesse público, retirar do cenário político aquele que se mostre incapaz de exercer a função para a qual foi designado, e só.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006, p. 435) asseveram, justamente, que o processo a que se submetem os agentes políticos quando da prática de crimes de responsabilidade (*impeachment*) consiste em um “instituto de natureza político-constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar”.

Paulo Brossard de Souza Pinto (1992, p. 78) evidencia, ainda, que o referido processo “não atinge nem a pessoa nem seus bens, mas simplesmente desveste a autoridade de sua capacidade política”.

Assim, não seria sensato sustentar uma possível coincidência entre os referidos dispositivos e a lei 8.429/1992 mesmo que considerados em sua natureza político-administrativa.

Enquanto a finalidade dos primeiros é a extirpação política daquele que lesionar o interesse público, a Lei 8.429/1992 se propõe, especificamente, a albergar o patrimônio público e cercar a Administração pública de lealdade e de ética com esse intuito primordial, baseada, a nosso ver, nas máximas jurídicas do *neminem laedere* e da proibição do enriquecimento indevido.

Tanto é assim que, em análise às sanções dirigidas aos atos ímprobos, notamos que elas se prestam fundamentalmente a recompor ao erário o que dele haja sido subtraído, e recuperar das mãos do agente público faltoso o que quer que tenha aproveitado ilicitamente, ao passo que as demais sanções se aplicam – quando assim o permitir a Constituição – a depender da gravidade do ilícito.

Ora, seria interessante ao Estado manter no cargo um agente que lhe cause danos ou aja de forma lesiva a seus interesses? Por certo que não.

Assim, quando já houver previsão constitucional atribuindo competência a órgãos diversos do juiz de primeira instância para o afastamento do cargo do agente político, em procedimento específico para tanto, haverá duas ações: uma de improbidade administrativa, para que se restabeleça o patrimônio público, impondo-se sanção pecuniária ao agente faltoso, de modo que o Estado se recomponha e o interesse público seja protegido, e outra, de conotação política, para que se possa analisar a hipótese de perda do cargo ou função, determinada constitucionalmente.

Porém, quando não houver qualquer previsão de competência específica para que se retire do cargo o agente de que trata a ação de improbidade, poderá fazê-lo o próprio juiz singular designado para apreciar a ação de improbidade, de acordo com o que determina a própria Constituição em seu artigo 37, § 4º.

O entendimento pelo Supremo Tribunal Federal de que há coincidência de tipificação entre as duas leis também não pode prosperar.

Tal juízo estabelecido na Reclamação 2138 se baseia no artigo 9º da Lei 1.079/1950 que dispõe sobre os crimes de responsabilidade que atentam contra a probidade na Administração. Todavia, os sete incisos do referido artigo, considerados em sua vagueza, em nada coincidem com os tipos legais da Lei 8.429/1992, como analisaremos em momento oportuno.

Tal reforça o entendimento de que se trata de dois diplomas legais distintos, cujos escopos se fazem totalmente diversos.

No tocante aos agentes políticos [...] não se vê em que medida possam estar descartados do raio de incidência da [Lei 8.429/1992], conquanto o STF possa decidir em sentido contrário, acolhendo a tese de que tal diploma legal consagraria crimes de responsabilidade para determinados agentes políticos. [...] Deve se dizer, em realidade, que se trata de legislações distintas, a Lei de Crimes de Responsabilidade e a [Lei de Improbidade Administrativa], com objetivos diversos [...]. (OSÓRIO, 2007, p. 208-209).

A própria Exposição de Motivos que acompanhava a Lei nº 1.079/1950 dispunha a respeito dessa diferenciação:

[...] ao conjunto de providências e medidas que o constituem, dá-se o nome de processo, porque este é o termo genérico com que se designam os atos de acusação, defesa e julgamento, mas é, em última análise, um processo *sui generis*, que **não se confunde e se não pode confundir com o processo judiciário, porque promana de outros fundamentos e visa outros fins** (GARCIA & ALVES, 2006, p. 436, grifo nosso).

Questão altamente discutível é o fato de que, embora a Lei 1.079/1950 e o Decreto-lei 201/1967 disponham sobre os crimes de responsabilidade que atingem os agentes políticos citados, a Constituição da República impõe a um sem número de agentes públicos o julgamento por essas mesmas infrações (artigo 102, I, c; artigo 105, I, a; artigo 108, I, a, *CRFB/1988*). Como fica a responsabilização de tais autoridades diante do entendimento da Suprema Corte de que os atos de improbidade se confundem com as infrações político-administrativas, visto que não há qualquer previsão legal que disponha sobre o processo

e julgamento de tais atos para esses agentes públicos? Estariam tais agentes autorizados a cometer tais infrações pela absoluta ausência de lei que delimite os seus crimes de responsabilidade, como afirma o promotor Carlos Alberto Hohmann Choinski?²⁴

Rechaçada a idéia de uma suposta coincidência entre os atos aqui aventados, partamos para as demais confrontações.

4.1.3 Ato de Improbidade Administrativa e Ilícito Administrativo

Francisco Octavio de Almeida Prado²⁵ nos ensina que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa não se confundem com sanções disciplinares, nem ao menos tem mesma natureza e fundamento destas. O próprio artigo 12 da lei determina que somente o Judiciário poderá aplicar as sanções nela contidas: “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 de esclarecer que o responsável pelo ato estará sujeito a suas cominações “**independentemente das sanções penais, civis e administrativas**, previstas na legislação específica”. (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Dessa forma, quando praticado por servidor público, o ato de improbidade corresponde também a um ilícito administrativo já previsto na legislação estatutária de cada ente da federação (Estatutos dos Servidores), o que obriga a autoridade administrativa competente a instaurar procedimento adequado para apuração da responsabilidade (Processo Administrativo Disciplinar- PAD), sem prejuízo da ação de improbidade. (DI PIETRO, 2004).

Ressalte-se que as medidas sancionatórias em pauta podem ser aplicadas a particulares, que não se enquadram no conceito de servidores ou de agentes públicos e sobre os quais a Administração Pública não poderia exercer poder disciplinar (DI PIETRO, 2004).

Nesse diapasão, é certo que o ato de improbidade administrativa não caracteriza ilícito administrativo quando considerado como aquele

²⁴ CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. **Lei de Improbidade Administrativa e os Crimes de Responsabilidade**. Revista “Temas de Proteção ao Patrimônio Público”, Ministério Público do Estado do Paraná. Março, 2008, p. 65-88.

²⁵ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

ato punível pela pessoa jurídica lesada, da qual fizer parte o agente, por meio de sindicância ou processo administrativo disciplinar (Lei 8.112/1990).

Entretanto, forçoso admitir que aos atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração, previstos no artigo 11 da Lei 8.429/1992, podemos atribuir natureza administrativa, vez que fogem do caráter eminentemente civil das outras duas modalidades de atos (que causem dano ao erário ou gerem enriquecimento ilícito), de acordo com o que veremos em seguida.

4.1.4 Ato de Improbidade Administrativa e Ilícito Civil

Vimos que a doutrina e a jurisprudência divergem amplamente sobre a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa. No entanto, é majoritária a compreensão de que tais atos não se encaixam na esfera penal, nem tampouco na esfera das infrações político-administrativas, embora possam ter consequências em tais esferas, com a concomitante instauração de processo-crime ou de procedimento político (conforme o caso). (DI PIETRO, 2004).

A nosso ver, a posição mais acertada é a de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 703) que assim define o ato de improbidade administrativa: “um ilícito de *natureza civil e política*, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário”.

Apesar de se pautar somente nas *sanções* previstas aos atos de improbidade administrativa para definir sua natureza – o que é arriscado visto que, muitas vezes, os ramos do Direito se misturam quanto a elas, a exemplo da prisão civil por débitos alimentares – tal postura nos parece plausível.

O ato de improbidade administrativa configura, essencialmente, uma ofensa a bens jurídicos civilmente tutelados. A Lei 8.429/1992 tem como objetivo *principal* (não exclusivo) a tutela do patrimônio público.

Causar prejuízo ao erário, ou seja, ao conjunto de bens do ente estatal, gera o dever de ressarcir, de acordo com a Teoria Geral da

Responsabilidade Civil do Código Civil Brasileiro (artigo 927, Código Civil, 2002)²⁶. (BRASIL, 2002).

O enriquecimento ilícito também é um fenômeno punível no âmbito civil, gerando a necessidade de restituição do que haja sido indevidamente auferido (artigos 884 a 886, Código Civil, 2002)²⁷. (BRASIL, 2002).

Como já pinzelado, as sanções destinadas a quem atentar contra os princípios da Administração, visam a proteção ao bom andamento da máquina administrativa de uma forma geral, e abrangem todos os outros atos ímprobos que não necessariamente gerem enriquecimento ilícito ou causem prejuízo ao erário. Os princípios da Administração têm guarida no Direito Administrativo, o que nos leva a concluir que tais atos também são vinculados a esse ramo do Direito.

Nesse diapasão, podemos inferir que a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa é de ilícito **civil e administrativo**.

Como já aventado, o fato de que a lei prevê sanções cuja essência se distingue daquelas de cunho civil e administrativo não é suficiente para rebater a conclusão a que ora chegamos. A natureza de um ilícito é determinada pelas características intrínsecas a ele e não pelas sanções a ele impostas – a exemplo do que ocorre com o já referido ilícito civil praticado pelo devedor de alimentos.

Outrossim, visto que foram constitucionalmente instituídas de forma específica aos atos de improbidade, tais sanções devem ser aplicadas quando de sua prática, não devendo haver questionamentos a esse respeito, sob pena de se estar a afrontar o princípio da supremacia da Constituição, podendo apenas ela excepcionar-se, como fez, o que veremos adiante.

Vários precedentes jurisprudenciais pacificaram a natureza de ilícito civil *ou* administrativo dos atos de improbidade administrativa²⁸.

²⁶ Art. 927. Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

²⁷ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

²⁸ REsp 757194/SP, 1.º Turma, rel. Min. José Delgado (14.11.2005); REsp 319009, 2.ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon (04.11.02); HC 8491, 5.ª

O próprio Supremo Tribunal Federal, curiosamente, vislumbrou tal entendimento no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2797, que assentou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, que acrescentou os parágrafos primeiro e segundo ao artigo 84 do Código de Processo Penal:

EMENTA: [...] De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a **ação de improbidade administrativa, de natureza civil** (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. (BRASIL, ADI 2797/DF. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 15 de setembro de 2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, grifo nosso).

Assim, ao adentrarmos a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa, criamos uma forte ferramenta argumentativa contra o entendimento da maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal segundo o qual as sanções aos atos de improbidade administrativa (de natureza civil e administrativa) não podem ser cumuladas com as sanções a agentes políticos pelo chamado crime de responsabilidade (de natureza político-administrativa), pois isso configuraria *bis in idem*, o que é inadmissível visto se tratarem de institutos bem diferentes, que podem ser simultaneamente aplicados, como se objetiva demonstrar ao longo desta reflexão.

4.2 Aspectos da Lei Federal nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa)

É inegável o avanço trazido pela promulgação da Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, a Lei de Improbidade Administrativa, editada para regulamentar o artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988. Ela representa o principal instrumento legislativo da história para o combate à corrupção administrativa e defesa do patrimônio público pela sociedade, e do qual se tem valido o Ministério Público brasileiro, seu principal operador e, por enquanto, o maior responsável por sua efetiva operacionalização.

Além de prever, em seu artigo 17, a propositura da ação principal de improbidade administrativa pelo Ministério Público e pela pessoa jurídica interessada, essa lei reitera a garantia consolidada pelo artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição²⁹ que possibilita ao cidadão representar perante a autoridade administrativa competente, respeitadas as formalidades exigidas (artigo 14). (BRASIL, 1992).

Fábio Medina Osório (2007, p. 181) assim define a lei 8.429/1992: “um Código Geral de Conduta, com normativa jurídica, força coercitiva cogente, alcance nacional e balizador de todo o setor público, em suas vertentes fundamentais.”

O artigo 1º da lei elenca os sujeitos passivos do ato de improbidade, ou seja, todos aqueles que podem sofrer os danos causados pelos atos de improbidade administrativa constantes da lei. São eles:

[...] a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. (BRASIL, 1992).

O § 1º ainda acrescenta:

[...] estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (BRASIL, 1992).

Notamos, assim, que o rol de pessoas jurídicas passíveis de sofrer atos de improbidade administrativa se faz bastante notável, abrangendo, inclusive, aquelas que não compõem a Administração, mas que a ela estejam vinculadas.

²⁹ Art. 5º. XXXIV- são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder [...].

São sujeitos ativos os agentes públicos (artigo 1º) e os terceiros que eventualmente induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta e indireta (artigo 3º). Agente público, na acepção da lei (artigo 2º), é “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”. (BRASIL, 1992).

Ao contrário do que se podia encontrar nos dispositivos anteriores, a nova lei referiu-se ao enriquecimento ilícito como apenas uma das hipóteses de ato de improbidade (artigo 9º), ao lado dos atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e dos que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11). (BRASIL, 1992).

A Constituição da República relaciona as medidas aplicáveis aos agentes públicos e terceiros que incorrerem em atos de improbidade administrativa.

De acordo com os parágrafos 4º e 5º do artigo 37 da Lei Maior, o agente ficará sujeito, sem prejuízo da ação penal cabível, à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, “sendo *imprescritível* a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário”. (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 264).

Na Lei 8.429/1992 as sanções cabíveis (relacionadas no artigo 12) vão além do que foi determinado pela Constituição. Assim, o agente ímprobo também poderá sofrer:

[...] a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (para a hipótese de enriquecimento ilícito), a multa civil e a 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. (DI PIETRO, 2004, p. 715).

O artigo 12 é bem específico quanto à aplicação das sanções previstas na lei, dosando-as de acordo com cada espécie de ato praticado pelo agente: os atos mais graves, que acarretam enriquecimento ilícito, teriam sido dispostos em primeiro lugar; em

segundo lugar viriam os atos que causam prejuízo ao erário; e, em terceiro, os atos que atentam contra os princípios da Administração.

Em análise ao artigo 21 podemos inferir que a aplicação das sanções previstas na lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas. Isso quer dizer que não é requisito indispensável para a configuração da improbidade administrativa o prejuízo causado ao erário público. (BRASIL, 1992).

Marcelo Figueiredo (*apud* DI PIETRO, 2004, p. 713) entende que, com essa disposição, a lei intentou demonstrar que não se presta a punir apenas danos materiais causados à Administração, mas também violações ao princípio da moralidade administrativa, ou seja, danos morais causados a ela, mesmo que isso não resulte em prejuízo de ordem econômica.

5. Agentes Políticos e a Lei de Improbidade Administrativa

A aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos cerca-se de algumas particularidades.

De um lado, observam-se certas limitações quanto à aplicação da sanção de afastamento do agente político da função exercida em face de reserva constitucional de competência (artigos 55, 85 e 86 da Constituição da República).

Outrossim, forçoso rememorar a fervorosa discussão quanto à extensão do foro por prerrogativa para o processamento da ação de improbidade. Essa interpretação equivocada da Constituição da República foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal em decisão à Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797.

Ademais dessas questões, devemos reconhecer que a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa sofreu grave mitigação pelo Supremo Tribunal Federal em seus recentes julgados, mais particularmente na Reclamação 2138, cuja decisão a tornou inaplicável aos agentes políticos submetidos à responsabilização especial direcionada aos chamados crimes de responsabilidade.

5.1 Limitação Constitucional à Sanção de Perda do Cargo ou Função a Agentes Políticos

Dos artigos 85 e 86 da Constituição da República Federativa do Brasil depreende-se que o Presidente da República somente poderá perder o cargo se acusado, ou pela prática de crime comum, sendo então julgado pelo Supremo Tribunal Federal, ou pela prática de infrações político-administrativas, caso em que será julgado pelo Senado Federal. (BRASIL, 1988).

A acusação deverá ser admitida por dois terços da Câmara dos Deputados, quando, então, se realizará o processo de *impeachment* ou o processo judicial. Por ser essa questão especificamente delimitada pela Constituição, não há que se falar em outras formas de *perda de função* pelo Presidente da República. (BARBOSA, 1999).

A aplicação das referidas sanções também sofre restrições quanto aos Senadores e Deputados Federais. Tais agentes políticos só podem ser afastados de sua *função* e ver suspensos seus direitos políticos nas hipóteses arroladas taxativamente no artigo 55 da Constituição.

Contudo, Senadores e Deputados não sofrem responsabilização pelos chamados crimes de responsabilidade, sendo unânime o entendimento de que a eles se aplicam normalmente as demais sanções da Lei 8.429/1992.

O Supremo Tribunal Federal pacificou tal entendimento:

EMENTA: Agravo regimental. Reclamação. Ação civil pública. Membro do Congresso Nacional. 1. **Os julgados desta Corte apontados como ofendidos, Reclamação nº 4.895/DF e nº 2.138/DF, não tratam da mesma situação destes autos, porquanto cuidaram da competência para o processamento de ação de improbidade contra ato praticado por Ministro de Estado (art. 102, I, "c", da Constituição Federal), circunstância diversa da presente, que envolve membro do Congresso Nacional, relativamente ao qual a legislação infraconstitucional não prevê crime de responsabilidade.** 2. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, Rcl-AgR 5126/RO – RONDÔNIA. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Menezes Direito. Julgamento: 22.11.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, grifo nosso).

Aos demais agentes políticos, a quem a Constituição não reservou competência específica para sua aplicação, a sanção de perda do cargo

ou função pública bem como a de suspensão dos direitos políticos, *poderão* – ou deveriam poder – ser inegavelmente aplicadas pelo próprio juiz de primeira instância competente para a ação de improbidade administrativa.

5.2 Reclamação 2138

O Ministério Público Federal, segundo dados extraídos do acórdão da Reclamação 2138, propôs Ação de Improbidade Administrativa contra Ronaldo Mota Sardemberg, atual chefe da Missão Diplomática Permanente junto à ONU, então Ministro de Estado de Ciência e Tecnologia, por ter utilizado indevidamente aeronaves da Força Aérea Brasileira (FAB) e pela fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica. O juízo federal acolheu a denúncia condenando-o a ressarcir o erário público e à perda dos direitos políticos por oito anos, decisão ratificada em segunda instância (BRASIL, Rcl, 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 97 a 99).

A União ajuizou, então, segundo o mesmo documento, uma Reclamação contra o Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e contra o Relator da Apelação Cível 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região órgãos prolores da decisão em testilha, pretendendo preservar a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar a referida ação de Improbidade.

A condenação fundamentou-se nos artigos 9º, IV, XII; 10, IX, XIII e 11, I, todos da Lei 8.429/1992, sendo que no mérito, o ex-Ministro de Estado apenas alegou não haver proibição legal para o uso das aeronaves, bem como sua boa-fé, baseada na praxe administrativa, pautando sua defesa prioritariamente na incompetência do juízo.

A parte reclamante arguiu que, apesar de não haver qualquer previsão legal expressa concedendo à Suprema Corte a competência para julgar Ministro de Estado por ato de improbidade administrativa, deveria ser, por analogia, confrontando-se a Lei 8.429/1992 com a Constituição Federal, atribuída a competência para julgamento de tais atos ao Supremo Tribunal Federal ainda porque os delitos contidos na Lei 8.429/1992 configurariam crimes de responsabilidade.

A Reclamação pedia a declaração da incompetência do Juiz de Primeiro Grau e do Relator para julgarem e processarem a demanda com base no artigo 102, I, “c”, da Constituição e a conseqüente anulação dos atos decisórios com fulcro no artigo 113, § 2º do Código de Processo Civil, uma vez inafastáveis as prerrogativas de foro concedidas a determinadas autoridades públicas em função do cargo exercido.

5.2.1 Síntese da tese prevalecente

O voto do Ministro Relator Nelson Jobim, que compôs o entendimento majoritário dos membros do Supremo, baseou-se eminentemente no parecer do então Vice-Procurador-Geral da República, Haroldo Ferraz da Nóbrega, que consignou que por estarem submetidos a regime especial de responsabilidade (Lei 1.079/1950) os agentes políticos não seriam abrangidos pela lei de improbidade administrativa, sendo a competência para atos de improbidade atraída pela competência para infrações político-administrativas, por abrangência de tipificação. Assim, afirmou que os agentes contidos no artigo 102, I “c”, da Constituição Federal deveriam ser julgados originariamente pelo Supremo Tribunal Federal quando cometessem atos de improbidade por se confundirem esses com os chamados “crimes de responsabilidade”, sendo então julgados com prerrogativa de foro. (BRASIL, Rcl, 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 121).

A seu ver, a aplicação de ambos os dispositivos (Lei 8.429/1992 e 1.079/1950) caracterizaria *bis in idem*, isto é, se estaria punindo o agente duas vezes pelo mesmo fato. A solução que reputou mais coerente para o problema seria aplicar a lei que em sua opinião seria mais específica, a lei de crimes de responsabilidade (Lei 1.079/1950), uma vez que a lei de improbidade administrativa se dirige a todos os agentes públicos e a primeira se dirige apenas a alguns agentes políticos.

O Vice-Procurador-Geral da República alegou, ainda, não haver qualquer fundamento legal para a denúncia em tela, contexto em que o Relator votou pelo arquivamento puro e simples da ação de improbidade proposta em primeira instância.

Em sua tese, o Vice-Procurador-Geral afirmou que:

[...] a lei dos crimes de responsabilidade, tais como os ilícitos arrolados na Lei 8.429/92, são delitos político-administrativos. **Não se mostra plausível, portanto, a incidência de ambos os diplomas legais sobre um mesmo agente.** Não se pode desprezar o especial sistema de responsabilização do agente político previsto no ordenamento jurídico. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 121, grifo do autor).

Em citação a artigo do advogado e ex-Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira Alvarenga (Caderno Direito & Justiça, do Jornal Correio Brasiliense do dia 30.09.2002), conclui que:

Pode não ser o desejável por muitos, que desconfiam da eficácia sancionatória, quando se trata de foro por prerrogativa de função, mas *legem habemus* e urge cumprir a lei que nos rege, principalmente quando essa lei é a Constituição da República Federativa do Brasil. Seu descumprimento torna inviável o Estado de Direito democrático. (ALVARENGA *apud* BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 123).

O voto do Relator se pautou basicamente no já aludido texto de Arnaldo Wald e Gilmar Mendes:

[...] Em verdade, a análise das consequências da eventual condenação de um ocupante de funções ministeriais, de funções parlamentares ou de funções judicantes, numa "ação civil de improbidade" somente serve para ressaltar que, como já assinalado, se está diante de uma medida judicial de **forte conteúdo penal**. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da "ação civil de improbidade", o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429/92, uma série de delitos que, **"teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns"**. [...] Se os delitos de que trata a Lei nº 8.429/92 são, efetivamente, 'crimes de responsabilidade', então é imperioso o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de ação movida contra MINISTROS DE ESTADO ou contra integrantes de tribunais superiores [...]. (WALD & MENDES *apud* BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 127, grifo nosso).

Assim, defende que pela gravidade das sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa, violaria preceitos constitucionais permitir sua apreciação por juízo monocrático, uma vez que o foro por prerrogativa é garantido inclusive para aplicação de sanções menos severas (como multa) e que nem toda norma que atribui competência no Brasil deve ser interpretada restritivamente. Nesse sentido, cita entendimento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Eduardo Ribeiro (Reclamação 591, São Paulo, Relator: Min. Nilson Navês, DJ 15.05.2000):

[...] Ora, se um magistrado houver de responder pela prática da mais insignificante das contravenções, a que não seja cominada pena maior que multa, assegura-se-lhe foro próprio, por prerrogativa de função. Será julgado pelo Tribunal de Justiça, por este Tribunal ou mesmo, conforme o caso, pelo Supremo. Entretanto, a admitir-se a tese que ora rejeito, um juiz de primeiro grau poderá destituir do cargo um Ministro do Supremo Tribunal Federal e impor-lhe pena de inabilitação para outra função por até dez anos. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 128).

Em seguida, cita o trecho do livro de Hely Lopes Meirelles, anteriormente transcrito (subseção 5.2.2), segundo o qual os agentes políticos exercem funções diferenciadas quando comparadas com aquelas dos demais agentes públicos, e para que não sejam tolhidos de tal exercício, deve-se garantir a eles ampla liberdade funcional. E afirma que “todos aqueles que têm algo, uma experiência da vida política conhecem os riscos e as complexidades que envolvem as decisões que rotineiramente são tomadas pelos agentes políticos”, e que submetê-los ao arquétipo a que são submetidos os agentes públicos “comuns” é “cometer uma grotesca subversão”, proibida constitucionalmente, uma vez que o exercício das atribuições dos agentes políticos não se confunde com as funções exercidas pelos demais servidores públicos. (BRASIL, Rcl, 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 133, 134).

Sustenta, ainda, que inúmeras são as razões que levam “não poucos agentes incumbidos da persecução” a intentar ações contra autoridades de maior representatividade política, dentre elas, a busca por notoriedade, a intenção de participar do debate político por outros

meios, mas que a maioria delas é destituída de qualquer fundamento: “O propósito notório é de dar ao perseguidor uma aura de coragem e notoriedade e impor ao atingido o maior constrangimento possível”. (BRASIL, Rcl, 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 134).

No mérito, em defesa dos atos do ex-Ministro de Estado, sujeito da ação que justificou a presente Reclamação, o ministro Nelson Jobim relembra seus tempos de Ministério da Justiça ao afirmar:

Qualquer pessoa informada sabe que, normalmente, um titular de cargo ministerial jamais tira férias ou conhece períodos de recesso. Em verdade, somente em tempos recentes houve reconhecimento do direito a férias por parte de autoridades ministeriais. Trabalha-se, em geral, nos fins de semana com a mesma intensidade com que se atua de 2ª a 6ª feira. As viagens de fim de semana a algum local são, em geral, viagens a serviço. Ou, se não eram, acabam se tomando, pela demanda de contatos por parte de autoridades locais e pela continuidade do programa rotineiro de serviço que não sofre qualquer interrupção. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 134).

Assevera que se o membro do Ministério Público e o Juiz atuantes na causa em questão tivessem um conhecimento mínimo dessa “realidade” teriam concluído diferentemente.

Outrossim, critica ferozmente a sentença reclamada por ter afirmado que o hotel militar em que se hospedou o referido Ministro superava em muito o conforto então disponível. Afirma que uma autoridade pode perfeitamente se hospedar em hotel militar do local para o qual viaja quando nele não houver hospedagem adequada. Além disso, afirma que viagem feita em época de feriados nacionais para Salvador e Fernando de Noronha (como foi o caso) pode perfeitamente caracterizar uma viagem oficial.

Assim, entende pela inaptidão e inexperiência do juiz por desconhecer tais “realidades” e completa:

[...] é possível que qualquer dos integrantes desta Corte venha a responder a uma ação de improbidade porque se dirigiu à UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA em carro oficial. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal

Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 136, grifo do autor).

Afirma que quase todos os ministros carregam ações de improbidade administrativa, e que se fossem julgadas por tribunais dotados de “experiência e responsabilidade políticas”, certamente seriam rejeitadas liminarmente.

Posteriormente, retrata a questão do afastamento do cargo ou função, sanção trazida pela lei de Improbidade Administrativa, como já explicitado. Entende pelo absurdo de um juiz de primeiro grau afastar do cargo determinados agentes políticos, e acrescenta:

Assim, a aplicação dessa Lei aos agentes políticos pode propiciar situações extremamente curiosas: (a) o afastamento cautelar do PRESIDENTE DA REPÚBLICA [...] mediante iniciativa de membro do Ministério Público, a despeito das normas constitucionais que fazem o próprio processo penal a ser movido perante esta Corte depender da autorização por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 102, I, b c/c art. 86, *caput*); [...] (c) o afastamento cautelar ou definitivo do PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de qualquer de seus membros ou de membros de qualquer Corte Superior, em razão de decisão de juiz de primeiro grau; [...]. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 140, grifo do autor).

Questiona, também, se há permissão constitucional para a coexistência de dois regimes de responsabilidade para os agentes políticos:

Os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estão amplamente contemplados no Capítulo V da L. 1.079, de 10.04.1950. Ela disciplina os crimes de responsabilidade (Dos crimes contra a probidade na administração - art. 9º). A pena prevista também é severa (art. 2º - perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de até cinco anos). (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 142).

Finalmente, conclui seu entendimento afirmando que a ampliação da competência para julgar atos de improbidade, se alcançar os agentes

políticos submetidos a regime de responsabilidade especial levará a uma ab-rogação do disposto no artigo 102, I, “c”, da Constituição. Que se, ao contrário, entender-se pela aplicação tão-somente da lei 1.079/1950 a esses agentes, a competência seria exclusiva do Supremo Tribunal Federal para julgar tais causas, nas hipóteses previstas no referido dispositivo constitucional. Que, se assim for, não se trata de atribuir imunidades aos agentes políticos em face aos atos ímprobos, pois o agente político responderá pelas infrações perante os órgãos competentes. E que se se entender de forma diversa, haveria o risco de mora pela inconsistência das ações julgadas por órgãos jurisdicionais incompetentes.

Acompanharam tal entendimento seis dos onze ministros da Corte Suprema, mas queda-se imperioso ressaltar que quatro ministros de sua atual composição (Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Carmem Lúcia) deixaram de proferir votos por terem substituído ministros aposentados que já haviam votado. Assim, existe a possibilidade de que a Suprema Corte venha a modificar tal entendimento.

5.2.2 Defesa argumentativa da tese vencida

Com base nos argumentos até aqui aventados e na excelente tese vencida da votação em tela, ora configurada no voto-vista do eminente ministro Joaquim Barbosa, que acompanhou o voto do ministro Carlos Velloso, perfilharemos o entendimento favorável à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos abrangidos pela Lei dos Crimes de Responsabilidade.

Em seu voto, a princípio, o ministro relacionou os artigos da Lei 8.429/1992 abrangidos pelo ilícito em que incorreu o ex-ministro de Estado, quais sejam:

Art. 9º - Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º esta lei, e notadamente:

[...] IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; [...] XII - usar, em proveito próprio,

bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

[...] Art. 10 - Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal barateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...] IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

[...] XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

[...] 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:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência. (BRASIL, 1992).

Dessa feita, fixou sua argumentação inicial asseverando que os fatos pelos quais o ex-ministro respondia não se enquadravam nos dispositivos da Lei 1.079/1950 (Lei dos crimes de responsabilidade), cuja tipificação é a seguinte:

Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo;

2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;

3 - não tomar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;

4 - expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição;

5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais;

6 - Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim;

7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo. (BRASIL, 1950).

O ministro Carlos Velloso evidenciou em seu voto justamente o fato de que os tipos abertos da lei de crimes de responsabilidade não abrangeriam os tipos restritos previstos na lei de improbidade, havendo necessidade de preservação do princípio da moralidade, que melhor se vê albergado pela última. (BRASIL, Rcl, 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 163).

O que se pretende inferir é que não há que se afirmar a existência de coincidência de tipificação, ou a configuração de um possível esvaziamento da lei dos crimes de responsabilidade diante da aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes nela contidos. Como se pode perceber, o conteúdo, alcance e especialidade das duas leis, no que tange aos atos ímprobos, são assaz diversos.

Do mesmo entendimento comunga o professor Fábio Medina Osório:

Deve-se dizer, em realidade, que se trata de legislações distintas, a Lei de Crimes de Responsabilidade e a [Lei 8.429/1992], com objetivos diversos, cuja compatibilidade somente pode ser discutida pontualmente, no tocante à incidência do princípio constitucional do *non bis in idem*, correlato ao postulado da proporcionalidade, afastando-se ou atenuando-se uma ou outra medida punitiva. (OSÓRIO, 2007, p. 209).

Em última análise aos dispositivos da lei 1.079/1950, observemos o artigo 13 que cuida especificamente dos crimes de responsabilidade dos ministros de Estado:

Art. 13. São crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado;

1 - os atos definidos nesta lei, quando por eles praticados ou ordenados;

2 - os atos previstos nesta lei que os Ministros assinarem com o Presidente da República ou por ordem deste praticarem;

3 - A falta de comparecimento sem justificação, perante a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, ou qualquer das suas comissões, quando uma ou outra casa do Congresso os convocar para pessoalmente, prestarem informações acerca de assunto previamente determinado;

4 - Não prestarem dentro em trinta dias e sem motivo justo, a qualquer das Câmaras do Congresso Nacional, as informações que ela lhes solicitar por escrito, ou prestarem-nas com falsidade. (BRASIL, 1950).

Assim, não reŕstam dŕvidas quanto à não abrangência de tipificação da Lei 1.079/1950 sobre a Lei 8.429/1992, uma vez que a lei de improbidade administrativa prescreve os atos de forma muito mais específica do que o faz a primeira, e visa claramente a objetivos distintos.

Ainda, no voto do ministro Joaquim Barbosa, segue que os motivos que levaram à propositura da ação de improbidade pelo Ministério Público Federal contra o ex-ministro de Estado, por não se enquadrarem na tipificação da Lei 1.079/1950, não são passíveis de responsabilização política, não sendo aplicado o artigo 102, I, "c" da Constituição Federal. O ministro acrescenta, outrossim, que há no ordenamento jurídico brasileiro uma dupla normatividade em matéria de improbidade: por um lado, existe a lei 8.429/1992, de tipificação cerrada, que abrange um vasto rol de possíveis acusados, inclusive aqueles que não são agentes públicos; por outro, existe a lei 1.079/1950, relacionada à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, em especial ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado (artigo 85, V, CRFB/1988), e ensina que "trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional, - isto é, a moralidade na Administração Pública - têm, porém, objetivos constitucionais diversos". (BRASIL, Rcl, 2138/DF - Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 333, 334).

A Lei 8.429/1992, de acordo com o voto do ministro e com o que se buscou sedimentar com o presente trabalho, visa, respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, coibir os tão recorrentes atos de corrupção pelos agentes públicos, impondo a eles, de

acordo com uma tipificação mais ampla e específica para cada tipo de conduta, sanções mais severas.

Por outro lado, a Lei 1.079/1950 tem seu escopo bem distinto, e mais elevado, uma vez que procura equilibrar o exercício do Poder por meio do que se chama *Checks and Balances*, mecanismo de controle recíproco entre os *Poderes* Judiciário, Executivo e Legislativo, típico do regime presidencialista de governo. Assim, explica o ministro o objetivo das sanções previstas para as infrações político-administrativas:

[...] o objetivo da punição é lançar no ostracismo político o agente político faltoso, especialmente o chefe de Estado, cujas ações configurem um risco para o estado de Direito, para a estabilidade das instituições, em suma, um Presidente que por seus atos e ações perde a [...] confiança da Nação. Igualmente, a natureza política e os objetivos constitucionais visados com esse instituto é que explicam por que ao agente eventualmente condenado por crime de responsabilidade são aplicáveis apenas duas punições, e nada além dessas duas únicas punições: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de funções públicas pelo prazo de 8 anos. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 336).

Outrossim, a Lei 1.079/1950, explica o ilustre ministro, ao definir os atos que atentam contra a probidade na Administração, “longe de apontar para a exigência da prática de atos específicos, detalhados e diretamente caracterizáveis como ímprobos”, o faz de forma bastante vaga, imprecisa, o que se explica por sua finalidade intrinsecamente política, uma vez que é a versão local do *impeachment* norte americano, exceto no que tange à competência do Judiciário em alguns casos:

Em razão da sua natureza intrinsecamente política, para caracterizá-las, basta a *maladresse* política, o mau exemplo por parte do dirigente, basta a atitude conivente ou omissa em relação à necessária punição dos subordinados que eventualmente incorram em deslizes funcionais graves, ou a ação explícita ou dissimulada no sentido do acobertamento desses deslizes funcionais. [...] São pura e simplesmente delitos político-funcionais, puníveis com o afastamento do agente, sem que se possa falar em ressarcimento de dano, em indisponibilidade de bens, em suspensão dos direitos políticos. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento:

13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 338).

Nesse sentido, remetemos à subseção 3.2.2 em que citamos os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006, p. 435), que entendem ser o *impeachment* um “instituto de natureza político-constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar”, tendo, portanto, conotação puramente política.

Por sua vez, como bem explanado na subseção 3.2.4, o objetivo precípua da Lei 8.429/1992 é a tutela do erário público bem como dos princípios da Administração. Isso lhe confere natureza mista, isto é, civil e administrativa. O fato de ter como consequência sanções políticas ou de qualquer outra natureza não altera sua essência, pois a natureza de um instituto é formada mediante as características intrínsecas a ele, não por meio de seus efeitos.

Dada a distinção entre os dois institutos, não se pode deixar de salientar, como bem fez o ilustre ministro, que ambos podem, perfeitamente, “ser processados separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados absolutamente distintos embora desencadeados pelo mesmo fato”. (BRASIL, Rcl, 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 339).

Isso porque é muito comum em nosso Direito a concomitância de ações nas diversas esferas existentes. Um mesmo fato pode originar ações de naturezas diversas. Um exemplo é o que ocorre quando se instauram ações por crime de responsabilidade e crime comum pela prática de um só ato (conforme, aliás, reconheceu o STF no caso Collor), ou quando um ato configure ilícito penal gerando responsabilização na esfera cível, ou ainda, quando o agente público responda a processo penal e administrativo ao mesmo tempo. (DI PIETRO, 2004).

A Constituição Federal expressamente prevê a comunicabilidade de instâncias no artigo 37, § 4º, em que se consignou que a sanção cível por ato de improbidade não prejudicaria a sanção penal; já no artigo 52 prevê que a condenação por crime de responsabilidade se dará *sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis*. Se pretendesse

determinar a incidência somente da esfera de responsabilidade político-administrativa, a Lei Maior o faria expressamente, e excluiria a expressão “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”. (BRASIL, 1988).

O artigo 3º da Lei 1.079/1950 também dispõe que a imposição da pena pelo crime de responsabilidade não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal.

A própria Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), em seu artigo 12, determina que “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica” está o responsável pelo ato de improbidade sujeito a suas cominações.

Nesse contexto, o ministro questiona se não seria absurdo entender pela impossibilidade de se admitir o menos, que seria responsabilizar um agente, a um só tempo, por infração político-administrativa e por ato de improbidade, uma vez que se permite o mais, que é a cumulação de responsabilização penal comum com a responsabilização por infração político-administrativa.

Diante disso, pode-se considerar que a aceitação da tese que se consolidou configura um contra-senso, um ilogismo, ferindo o princípio da supremacia da Constituição, ao criar para o Supremo Tribunal Federal competência que não lhe foi destinada pelo taxativo rol do artigo 102, e da isonomia, uma vez que permite que determinados agentes políticos, agentes públicos dotados de maior responsabilidade social, se furem de responder mediante sanções rigorosas e muito mais efetivas que as previstas para as infrações político-administrativas.

O ministro descreve o despropósito da hipótese em que um servidor comete ato de improbidade, sujeitando-se à Lei 8.429/1992. Caso ele assuma um cargo ministerial, sem se exonerar do anterior, ficará imune às sanções da referida lei, submetendo-se apenas à perda do cargo político e à inabilitação pelo prazo de oito anos para o exercício de qualquer função pública.

É inadmissível que se eximam de responder efetivamente pelo ilícito cometido justamente aqueles a quem mais se confiou os interesses da coletividade. Nesse sentido, o notável ministro assevera

que “nas verdadeiras Democracias, a regra fundamental é: quanto mais elevadas e relevantes as funções assumidas pelo agente público, maior há de ser o grau de sua responsabilidade, e não o contrário, como se propõe nestes autos”. (BRASIL, Rcl, 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 343.)

O ministro Carlos Velloso aduz que “isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. E isso vem de longe”. (BRASIL, Rcl, 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 176).

Por essa razão, há que se concluir, como o fez o ministro Carlos Velloso, que não há melhor caminho para se tentar frear tamanho absurdo que “dar a máxima eficácia à lei de improbidade”. (BRASIL, Rcl, 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 176).

Forçoso registrar que a decisão que entendeu pela não aplicação da Lei de Improbidade Administrativa àqueles que se submetem às sanções por crimes de responsabilidade tem efeito *inter partes*, isto é, se aplica apenas às partes daquela ação de forma específica. Assim, outros agentes políticos que queiram livrar-se das ações de improbidade administrativa já intentadas contra eles, terão que passar novamente pelo crivo da Suprema Corte, que desta vez, conta com nova composição, podendo vir a modificar o entendimento até então assentado. É o que se espera.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

Ivan Luiz da Silva

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UFPE, Professor de Direito Penal Constitucional na ESMAPE (Escola Superior da Magistratura de Pernambuco), Professor de Direito Penal (Maceió/AL), Procurador de Estado e Advogado.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Investigação criminal. 3. O Ministério Público. 4. O Ministério Público e as investigações criminais. 5. Conclusões.

1. Introdução

Ao Estado, em razão de ter assumido o monopólio do *jus puniendi*, incumbe o dever de assegurar a paz e segurança da sociedade. Assim, após a prática de um delito, o interesse social exige que o Estado promova as devidas investigações a respeito da materialidade e autoria do crime, para que, em seguida, possa exercer seu direito de punir sobre os responsáveis pela infração penal. Nesse sentido, é oportuno o magistério de Marcellus Polastri Lima: “Cabe ao Estado a função e o dever de assegurar e resguardar a liberdade individual, estando autorizado, em nome da segurança social, a proceder a apuração dos fatos ilícitos penais, punindo seus autores, o que se traduz em defesa da paz social, em última instância, conseqüentemente, da liberdade, individual.”¹

A investigação criminal é que irá oferecer os elementos probatórios mínimos para a instauração da ação penal na qual se pede em juízo a aplicação da sanção criminal ao acusado pelo delito.

Todavia, os altos índices de criminalidade no Brasil, somados ao insignificante número de casos solucionados pela polícia, coloca o Estado na inafastável posição de buscar soluções para essa preocupante realidade. Diante desse quadro, O Estado deve valer-se de todos os

¹ LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério público e persecução penal**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 1998, p. 25.

meios idôneos para a melhoria e eficácia dos procedimentos de investigação criminal.²

Nesse contexto, exsurge a problemática do Ministério Público realizar diretamente investigações criminais, em concorrência ou não com os órgãos policiais.

2. Investigação criminal

A investigação criminal é a atividade desempenhada pelos órgãos públicos competentes para elucidação da responsabilidade pelo delito e fornecimento de elementos probatórios mínimos ao Ministério Público para o exercício da ação penal.

Sobre o tema preleciona Polastri Lima:³

O sistema processual pátrio é acusatório, com a acusação, em regra a cargo do Ministério Público, prevalecendo o princípio do contraditório.

Entretanto, o processo é precedido pela fase de investigação, com caráter sigiloso, onde não prevalece o contraditório, possibilitando, assim, a elucidação do fato típico.

A investigação, portanto, não tem as formalidades processuais, podendo sim ter caráter de procedimento, no caso de inquérito policial ou outro procedimento investigatório previsto em lei. Ressalte-se que, para a propositura a ação penal, poderá até mesmo inexistir quaisquer atos procedimentais, bastando a notícia-crime ou peças de informação, caso os elementos necessários já estejam presentes.

A Constituição Federal preconiza que as investigações criminais incumbem, especialmente, aos órgãos policiais; contudo, deixa implícita a possibilidade do Ministério Público realizá-las também, quando permite a propositura da ação penal sem a realização do inquérito policial.

Podemos classificar as investigações em policiais e extrapoliciais. As investigações policiais são realizadas por meio de inquérito policial

² SÃO PEDRO, Ramirez de Almeida. *A realização de investigações criminais pelo ministério público*. Monografia de Conclusão de Curso. Maceió: UFAL, 2003, p. 8.

³ LIMA, Marcellus Polastri. *Op. cit.*, 1998, p. 52.

(procedimento administrativo utilizado para a coleta de elementos probatórios a respeito da materialidade e autoria do delito).

As investigações criminais extrapoliciais, que neste momento nos interessam, são aquelas realizadas pelo Ministério Público por meio de procedimento administrativo interno para elucidar a responsabilidade pelo delito praticado.

3. O Ministério Público

O Ministério Público é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais indisponíveis. Assim, ao *Parquet* cabe, em linhas gerais, a defesa em juízo da correta aplicação do Direito e a efetivação do interesse público.

Dentre as funções institucionais do Ministério Público merece destaque sua titularidade privativa sobre a ação penal, colocando-se, pois, como o órgão estatal encarregado de promover a persecução penal.

O poder conferido ao *Parquet* em relação à ação penal deve ser entendido em sentido amplo. Com efeito, todas as atribuições que de algum modo interfiram ou contribuam para a persecução penal são de interesse do órgão ministerial.

Para a promoção da ação penal, o Ministério Público necessita de elementos probatórios mínimos que indiquem a materialidade e autoria do delito, colhidos ao longo das investigações criminais. Portanto, em sede de investigações criminais, o inquérito policial tem sido um importante instrumento de coleta de elementos probatórios sobre o delito praticado.⁴

Não obstante a realização do inquérito policial seja regra no cotidiano da persecução criminal, a ação penal poderá ser proposta sem sua realização, podendo o *Parquet* obter dados probatórios necessários diretamente por meio de investigação criminal própria.

4. O Ministério Público e as investigações criminais

Em que pese o *Parquet* poder promover a ação penal sem a realização do inquérito policial, há uma corrente de entendimento no

⁴ SÃO PEDRO, Ramirez de Almeida. *Op. cit.*, 2003, p. 41.

sentido de que o órgão ministerial deve ser mero expectador na realização das investigações criminais.

Essa situação é a que se verifica na prática diária da persecução penal, na qual os órgãos policiais conduzem, exclusivamente, as investigações criminais, enquanto o *Parquet* só toma conhecimento da existência dos autos de investigatórios quando lhe é aberto vistas pela Justiça criminal. Nessas circunstâncias, o Ministério Público tem de se contentar (e acatar) com o material probatório colhido pela polícia. Tal situação dificulta o sucesso da ação penal, haja vista o *Parquet* não ter qualquer contato com a fase preliminar da persecução penal. Isso decorre do entendimento de falta legitimidade ao órgão ministerial para realizar investigações criminais.⁵

São dois os argumentos utilizados para afastar a aptidão funcional do Ministério Público em realizar investigações criminais:

- 1- A suposta ausência de fundamento legal a respaldar tal atribuição funcional do Ministério Público;
- 2- A alegada exclusividade – ou monopólio – da polícia sobre a tarefa de investigar a prática de delitos.

Ambos os argumentos, contudo, não resistem a uma análise criteriosa, como ensinam Lênio Streck e Luciano Feldens.⁶ Assim, vejamos.

O art. 129, inciso VI, da Carta Magna vigente, denominado de fonte normativa das funções institucionais do *Parquet*, preconiza que o Ministério Público pode expedir notificações com o escopo de requisitar as informações que necessitar para a melhor instrução de seus procedimentos administrativos. Como a norma constitucional utilizou o termo “procedimentos administrativos”, a interpretação é que o Ministério Público pode realizar outros procedimentos investigatórios, como o criminal, além do inquérito civil.

Ainda o art. 129, após especificar as funções acometidas ao *Parquet*, dispõe expressamente, em seu inciso IX, que lhe compete

⁵ SÃO PEDRO, Ramirez de Almeida. *Op. cit.*, 2003, p. 43.

⁶ STRECK Lênio et FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁷ SÃO PEDRO, Ramirez de Almeida. *Op. cit.*, 2003, p. 52.

“exercer outras funções que lhes forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

O exercício dessas outras funções exige três requisitos: 1- função seja definida em lei; 2- seja compatível com a finalidade institucional do *Parquet*; 3- não seja representação judicial ou consultoria jurídica de entidades públicas.

Em sendo assim, a Lei Complementar nº 75/93, ao concretizar esse dispositivo constitucional, estabeleceu, em seu art. 5º inciso VI, que compete ao Ministério Público “exercer outras funções previstas na Constituição Federal.”

Ao especificar o dispositivo acima, a LC nº 75/93, em seu art. 8º inciso V, dispõe que para o exercício de suas atribuições o Ministério Público poderá, nos procedimentos de sua competência, realizar inspeções e diligências investigatórias.

Esses dispositivos legais, sem dúvida, autorizam o Ministério Público a promover outros procedimentos administrativos de investigação, tais como o criminal, não se restringindo ao inquérito civil. Assim, não há como se deixar de vislumbrar que a realização de investigação criminal pelo próprio *Parquet* tem embasamento constitucional e legal a auspiciá-lo.

É força, portanto, reconhecer a concretização legislativa do dispositivo constitucional, por meio da LC nº 75/93, autorizando legalmente ao Ministério Público a realizar investigações criminais.

No que tange à compatibilidade da realização direta de investigação criminal com sua finalidade institucional, fácil é sua demonstração.

Como o Ministério Público é o titular privativo para promover a ação penal, entende-se que esse poder de persecução penal deve ser interpretado em *lato sensu*, para incluir, também, a possibilidade de realização de atos investigatórios que irão fornecer elementos para propositura da ação penal. Com efeito, nada é mais compatível entre si que a realização da fase preliminar de investigação criminal por quem tem a titularidade privativa da ação penal.

O segundo óbice à legitimidade do Ministério Público na realização de investigação criminal é o suposto monopólio dos órgãos policiais sobre a tarefa de investigar a prática de crimes.

A Carta Magna vigente, no art. 144 e seus parágrafos, ao estabelecer que compete à polícia federal exercer, com exclusividade, a função de polícia da União e a polícia civil a função de polícia judiciária e a tarefa de investigar a prática de infrações penais não atribuiu, porém, a esses órgãos policiais a privatividade sobre a função de investigar a prática de infrações penais.

A interpretação teleológica desse dispositivo indica que a finalidade da norma constitucional é estabelecer, apenas, o âmbito de atuação dos órgãos policiais federal e estaduais no exercício da função policial.

Nesse sentido, é o magistério de Marecellus Polastri Lima:⁸

Destarte, a Constituição Federal não dá às Polícias Cíveis dos Estados-Membros a exclusividade de apuração das infrações penais, e nem mesmo das atividades de Polícia Judiciária, pois o que faz é dizer que incumbe à Polícia Civil as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, mas sem o caráter de privatividade.

Esse também é o entendimento de Vicente Greco Filho:⁹

Exceto o caso da Polícia Federal, quanto à Polícia Judiciária da União, o princípio que rege a atividade policial é o da não-exclusividade, ou seja, admite-se que mais de um órgão apure infrações penais, o que, ademais, é de interesse público.

Das lições acima transcritas, exsurge patente que as investigações criminais não são função privativa da polícia, uma vez que o Texto Magno não foi expresso em atribuir privatividade aos órgãos policiais sobre a tarefa de investigar.

Em sendo assim, nada obsta que o Ministério Público realize diretamente investigações criminais, mormente quando há expressa autorização legal para o exercício de tal função ministerial.

⁸ LIMA, Marecellus Polastri. Op. cit., 1998, p. 55.

⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993, p.82.

5. Conclusões

Quando a Constituição Federal estabeleceu que a titularidade privativa da ação penal cabe ao Ministério Público, trouxe implícita, também, a autorização para que esse realizasse atos investigatórios necessários à persecução penal, sendo essa interpretação *lato sensu*, reforçada pela possibilidade que tem o *Parquet* de oferecer denúncia penal sem a realização do inquérito policial.

Em razão das investigações criminais terem como destinatário final o Ministério Público, maior interessado nesses procedimentos preliminares de persecução penal, não há motivos lógico-jurídicos para proibir essa instituição essencial à prestação jurisdicional estatal de realizá-las diretamente para a propositura da respectiva ação penal.

Nessa seara, impende ressaltarmos que o poder de investigação criminal do Ministério Público não o autoriza a conduzir o inquérito policial, uma vez que esse procedimento investigatório é de atribuição exclusiva dos órgãos policiais.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UMA DAS FACETAS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Karina Barbosa Franco

Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Assessora de Procurador de Justiça. Advogada.

SUMÁRIO

1. Introdução: Escorço Histórico. 2. Violência contra a Mulher. 3. Violência doméstica: uma das facetas da violência contra a mulher. 4. Dados Estatísticos. 5. Aspecto Legal: da Lei nº 9.099/95 à Lei “Maria da Penha”. 6. Conclusão.

1. Introdução: Escorço Histórico

Desde os primórdios da existência humana, a sociedade foi patriarcal, onde os homens detêm o poder em todos os domínios e as mulheres são anuladas em todos os sentidos.

Trata-se do *patriarcalismo*, que significa não só a manifestação, mas também a institucionalização do domínio do homem sobre a mulher na vida social.¹

Nesse contexto patriarcal, as mulheres são induzidas a desvalorizar suas habilidades, conhecimentos e seus direitos, não tendo acesso aos recursos sociais e ao poder político; submetem-se ao domínio masculino sofrendo a *violência de gênero*. Enfim, são subjugadas a viver sob o teto patriarcalista.

Entretanto, lentamente, após as revoluções do Sec. XVIII, as mulheres, numa trajetória de lutas femininas, vêm lutando por direitos e igualdade, produzindo, ao longo dos anos, rupturas na forma de sociabilidade.

As mudanças advindas desse processo transformaram-nas em cidadãs, afastando cada vez mais a relação hierárquica entre homens e mulheres, outrora considerada natural, embora ainda haja resquícios desse pensamento patriarcal.

¹ MORAES, Márcia. **Ser humana: Quando a mulher está em discussão**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 21.

Para se ter uma idéia geral, somente em 1934, na Era Getúlio Vargas, foi garantido o direito ao voto pelas mulheres, consagrado na Constituição Federal, além dos direitos políticos e de cidadania plena, incluindo a ocupação de cargos públicos, tornando-se sujeitos políticos do processo de transformação social.

No plano internacional, em termos políticos para as mulheres, o primeiro instrumento legal que reconheceu e protegeu estes direitos foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada após a 2ª Guerra Mundial, em 1948.

No tocante aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos das mulheres, têm destaque a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, realizada em 1975 no México, sendo assinada pelo Brasil em 31 de março de 1981 e ratificada em 1º de fevereiro de 1984, entrando em vigor em 02 de março de 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará” aprovada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 06 de junho de 1995; Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento “Cairo” e Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher “Beijing”.

Urge salientar que na Conferência Internacional foi instado a uma das plataformas para qualquer programa de população e desenvolvimento o *empoderamento* da mulher que, aliado ao investimento na melhoria de sua qualidade de vida, configuram fins importantes e essenciais para o desenvolvimento sustentável, ao passo que em 1995, em Beijing, China, tinha por escopo a igualdade, o desenvolvimento e a paz para todas as mulheres.

Já no plano nacional, o marco fundamental na instituição da cidadania das mulheres foi a Constituição Federal de 1988, igualando homens e mulheres em direitos e obrigações, sendo a *dignidade humana* erigida a norma-princípio, conforme expresso no art. 1º, inciso III, constituindo-se num dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

2. Violência contra a Mulher

A igualdade, enquanto um ideal de convivência humana, só pode ser buscada se as influências igualadoras se estenderem a todas as instâncias da vida social.²

A violência contra a mulher, nas mais variadas manifestações, constitui violação ao princípio vetor da Constituição por se tratar de violação aos direitos humanos, além de ser um fenômeno social de saúde pública.

E mesmo diante de toda essa construção feminista, a violência está profundamente arraigada na vida social, sendo percebida erroneamente como situação normal.

A violência deve ser combatida em virtude de ser um grande problema social, pois está presente em todas as fases da história, tornando-se recentemente um problema central para a humanidade, apesar da organização social humana encontrar-se marcada pelo fenômeno da violência.

E nessa esteira de pensamento, tem-se a violência contra a mulher que diz respeito, pois, a sofrimentos e agressões dirigidos especificamente às mulheres pelo fato de serem mulheres.³

Trata-se da violência de gênero, que se refere ao fenômeno da violência em sua forma mais ampla. É produto de um sistema social e de dominação que subordina o sexo feminino. É a violência sofrida pelo fato de se ser mulher, sem distinção de raça, classe social, religião, idade, etnia ou qualquer outra condição.

O gênero indica construção social, material e simbólica. É um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder.⁴

² GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**. São Paulo: UNESP, 1992.

³ SCHRAIBER, Lilia B., AFLP. **Violência contra mulheres: interface com a saúde**. 1999, p. 14.

⁴ SCOTT, J. **Gênero: uma categoria útil para a análise histórica**. Educação e Realidade, 1995.

Na definição da Convenção de Belém do Pará, a violência contra a mulher é “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

A violência contra a mulher é conceito amplo que abarca suas várias modalidades como a institucional, sexual, assédio moral, espiritual, doméstica, entre outras.

É o tipo mais generalizado de abuso de direitos humanos e o menos reconhecido, além de ser uma questão política, cultural, policial e jurídica, principalmente, um caso de saúde pública, como declinado anteriormente.

3. Violência doméstica: uma das facetas da violência contra a mulher

Todavia, o presente trabalho ater-se-á à violência doméstica, que é uma das formas mais usuais da violência contra a mulher praticada no espaço doméstico, e por isso mesmo, *invisível*.

A violência doméstica é um fenômeno que perpassa todas as classes sociais, não fazendo distinção entre raça, etnia, religião, idade, grau de escolaridade...

Conforme mostraremos adiante, os homens são em sua maioria esmagadora, os grandes perpetradores dessa violência.

A violência doméstica fundamenta-se em relações interpessoais de desigualdade e de poder entre mulheres e homens ligados por vínculos consanguíneos, parentais, de afetividade ou de amizade. O agressor se vale da condição privilegiada de uma relação de casamento, convívio, confiança, amizade, namoro, intimidade, privacidade que tenha ou tenha tido com a vítima, bem como da relação de hierarquia ou poder que detenha sobre a vítima para praticar a violência.⁵

Ocorre em casa, no ambiente doméstico ou em uma relação de familiaridade, afetividade ou coabitação.

⁵ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica: Análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 48-49.

Há bem pouco tempo, a violência doméstica era uma forma de criminalidade oculta (*rectius*: cifras negras), pois eram poucas as mulheres que denunciavam seus agressores por muitos motivos, quais sejam: *a dependência emocional e financeira, o medo da solidão, o medo de não conseguir criar e educar os filhos, a preocupação de causar sofrimento aos filhos, a crença na mudança do marido e do relacionamento, a pressão da família e da sociedade.*⁶

E mais, medo de represália e perda de suporte da família e dos amigos.

Desta forma, a mulher envolta nesta teia de violência sofre controle, dominação e humilhação, sujeitando-se a viver sob o manto do medo, sendo desvalorizada, estigmatizada ou culpabilizada.

O Governo, em atenção à militância feminina, criou as Delegacias Especializadas no Atendimento às Mulheres (DEAM'S) beneficiando as mulheres mais excluídas.

A primeira delegacia especializada foi criada em 1985, no Estado de São Paulo, juntamente com o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, sendo o Brasil o primeiro país no mundo a propor este tipo de intervenção.

A partir de então, a violência doméstica ganhou visibilidade.

As Deam's representam uma política pública para coibir a violência contra mulher e apesar de suas imperfeições, são instituições governamentais resultantes da constituição de um espaço público, onde se articulou o discurso relativo aos direitos das mulheres de receberem um tratamento equitativo quando se encontram em situações de violências denunciadas.⁷

⁶ ALMEIDA, Ângela Maria de Oliveira (Org.). Violência, exclusão social e desenvolvimento humano. Estudos em representações sociais. In: PONDAAG, Miriam Cássia Mendonça e DINIZ, Cláudia Ribeiro Starling. **A Face oculta da violência contra a mulher: O silêncio como estratégia de sobrevivência.** Brasília, Ed. UnB, 2006, p. 243-244.

⁷ BRUSCHINI, Cristina e PINTO, Céli Regina (Org.). Gênero, democracia e sociedade brasileira. In: SUÁREZ, Mireja e BANDEIRA, Lourdes. **A Politização da Violência contra a mulher e o fortalecimento da cidadania.** São Paulo: FCC, 2002, p. 299.

Segundo a farta doutrina, as mulheres são mais suscetíveis a ser agredidas por pessoas conhecidas e o pior, íntimas, do que por desconhecidos, o que gera um ciclo de violência, onde as agressões se materializam repetida e continuamente, perpetuando-se por anos a fio, debaixo do silêncio e do segredo.

Nesse contexto, faz-se mister demonstrar as fases⁸ da situação da violência doméstica que compõem um ciclo que pode se tornar vicioso, repetindo-se ao longo de meses ou anos:

Primeiro vem a **fase da tensão**, que vai se acumulando e se manifestando por meio de atritos, cheios de insultos e ameaças, muitas vezes recíprocos. Em seguida, vem a **fase da agressão**, com a descarga descontrolada de toda aquela tensão acumulada. O agressor atinge a vítima com empurrões, socos e pontapés, ou às vezes usa objetos, como garrafa, pau, ferro e outros. Depois, é a vez da **fase da reconciliação**, em que o agressor pede perdão e promete mudar de comportamento, ou finge que não houve nada, mas fica mais carinhoso, bonzinho, traz presentes, fazendo a mulher acreditar que aquilo não vai mais voltar a acontecer.

É muito comum que esse ciclo se repita com cada vez maior violência e intervalo menor entre as fases. A experiência mostra que, ou esse ciclo se repete indefinidamente, ou, pior, muitas vezes termina em tragédia, com uma lesão grave ou até o assassinato da mulher.

No tocante às conseqüências para a saúde, que vão além dos traumas óbvios das agressões físicas, qualquer forma de violência impacta as saúdes física, emocional e relacional da mulher. Abala o senso de identidade, destrói a imagem de segurança advinda da família e afeta profundamente a capacidade de julgamento e confiança nas pessoas. A literatura aponta que a maioria das mulheres vítimas de violência apresenta sintomas relacionados com o diagnóstico de estresse pós-traumático. Dentre esses sintomas, destaca-se a presença do medo e ansiedade generalizada, dependência, constrição afetiva, sentimento de evitação e dificuldades de contato social.⁹

⁸ Internet: Portal da Violência contra a Mulher. Acesso em 07/06/2005.

⁹ ALMEIDA, Ângela Maria de Oliveira (Org.). Violência, exclusão social e desenvolvimento humano. Estudos em representações sociais. In: PONDAAG, Miriam Cássia Mendonça e DINIZ, Cláudia Ribeiro Starling. Op. cit., 2006, p. 237.

E mais. As mulheres apresentam sintomas depressivos e ansiosos, perturbação do sono, transtornos alimentares (anorexia, bulimia, obesidade), fobias, disjunções sexuais e manifestações psicossomáticas (taquicardia, dores no peito, colites, sangramentos uterinos, maior pré-disposição para infecções).

Em resumo, segundo organograma¹⁰ que reúne as consequências para a saúde da vitimização de gênero, o qual pode-se aplicar à violência doméstica, tem-se no ápice a vitimização – abuso sexual de crianças, estupro, abuso físico e psicológico por um parceiro íntimo – cujas consequências subdividem-se em fatais (suicídio e homicídio) e não fatais (**saúde física** – dst's, lesões, doença pélvica inflamatória, gravidez indesejada, aborto espontâneo, dor pélvica crônica, dor de cabeça, problemas ginecológicos, abuso de drogas/álcool; **saúde mental** – depressão, ansiedade, disjunção sexual, desordens a alimentação, problemas múltiplos da personalidade e comportamento obsessivo/compulsivo, e **alguns comportamentos danosos à saúde** - fumar, sexo inseguro, abuso sexual de crianças, aleijamento parcial ou permanente).

Saindo deste corte e voltando ao tema central, a violência doméstica, em geral, é perpetrada, como dito anteriormente, pelo parceiro íntimo numa escalada de violência, caracterizando um processo de terror doméstico, em que o abuso se configura em agressões físicas como golpes, tapas, chutes e surras, tentativas de estrangulamento e queimaduras, quebras de objetos favoritos, móveis, ameaças de ferir as crianças ou outros membros da família; abuso psicológico por menosprezo, intimidações e humilhação constantes; coerção sexual; comportamentos de controle tipo isolamento forçado da mulher em relação à sua família e amigos, vigilância constante de suas ações e restrição de acesso a recursos variados.¹¹

¹⁰ HEISE, L., 1994. *Violence Against Women: The Hidden Health Burden*. Relatório Preparado para o Banco Mundial – Mimeo. (Manuscrito publicado sob o mesmo título, na série World Bank Discussion Papers 255, Washington, D.C.: World Bank, 1994).

¹¹ DAY, Vivian Peres *et al*. *Violência doméstica e suas diferentes manifestações*. 2003, p. 15.

As vítimas, logo, são menos capazes de se proteger, são menos seguras do seu valor e dos limites pessoais e mais propensas a aceitar a vitimização como parte de sua condição.

No tocante ao agressor, destacam-se como fatores pessoais: ser homem, ter presenciado violência conjugal quando criança, ter sofrido abuso quando criança, pai ausente e consumo de bebidas alcoólicas e/ou drogas. E como fatores de risco da relação: conflito conjugal, controle masculino da riqueza e da tomada de decisões na família. Como fatores da comunidade, a pobreza, desemprego, associação a amigos delinquentes e isolamento das mulheres e famílias. Por fim, como fatores da sociedade, normas socioculturais que concedem aos homens o controle sobre o comportamento feminino, aceitação da violência como forma de resolução de conflitos, conceito de masculinidade ligado à dominação, honra ou agressão e papéis rígidos para ambos os sexos.¹²

4. Dados Estatísticos

Em Maceió/AL tem-se o Centro de Referência a Vítimas de Discriminação e Violência Jornalista Jorge Ovídio e o Centro de Apoio às Vítimas de Crime – CAV CRIME como centros de atendimento, acolhimento e acompanhamento das mulheres vítimas de violência, além das Delegacias Especializadas de Defesa dos Direitos da Mulher.

No período de janeiro a novembro de 2007, foram atendidas 77 mulheres no CAV, sendo 68 vítimas de violência doméstica, o que corresponde a 88,32% da demanda.¹³

No perfil dos agressores têm-se: 23 companheiros, 14 ex-companheiros, 08 pais, 06 ex-namorados, 05 vizinhos, 03 irmãos/irmãs, 02 cunhados, 02 mães, 02 filhos e 01 primo, 01 padrasto e 01 tio, o que confirma nossa explanação anterior de que os agressores são pessoas conhecidas, e pior, íntimas das mulheres, como se pode constatar, não havendo qualquer desconhecido.

Já com relação aos dados estatísticos nas Delegacias, têm-se 1.849 ocorrências na 1ª delegacia, sendo 836 ameaças, 493 lesões, 234 estupro, 85 vias de fato, 84 injúrias, dentre outras. E na 2ª delegacia,

¹² Ibidem, p. 16.

¹³ Dados obtidos com a advogada Patrícia Saraiva do CAV entre janeiro a 08 de novembro/07.

um total de 1.233 ocorrências, onde 567 são ameaças, 358 lesões, 133 difamações, 47 vias de fato, 42 injúrias, dentre outras.

Ao total, foram registradas ao longo de 10 meses, 3.081 ocorrências pelas mulheres vítimas de violência e em 2006, 4.789 ocorrências.¹⁴

Note-se que os crimes mais usuais praticados contra a mulher no seio doméstico são a ameaça e a lesão corporal, leve, grave ou gravíssima, a depender do caso.

Com o quantitativo apresentado, percebe-se que poucas mulheres desconhecem o serviço oferecido gratuitamente pelo CAV, que presta acompanhamentos psicológico, social e jurídico, inclusive aos familiares das vítimas, configurando um atendimento interdisciplinar.

E muitas vezes, por não encontrar amparo na família, nas pessoas amigas ou em instituições, ou até por desconhecimento delas, abandonam a causa pelos motivos já mencionados.

Somente 4,5% da demanda nas delegacias tiveram acesso ao atendimento pelos técnicos do Centro de Apoio às Vítimas de Crime, quando esse percentual era para ser bem maior.

Porém, as mulheres que sofrem violência podem ainda procurar ajuda nas Defensorias Públicas, Juizados Especiais, Conselhos Estaduais dos Direitos da Mulher, onde houver, e em organizações de mulheres.

Em nível nacional, dados do Banco Mundial e do Banco I. de Desenvolvimento¹⁵ (<http://www.patriciagalvao.org.br>) demonstram que:

- A cada cinco faltas da mulher ao trabalho, uma é resultante de violência doméstica;
- A cada cinco anos, a mulher perde um ano de vida saudável devido à violência doméstica;

¹⁴ Dados obtidos com a Delegada de Polícia Civil Luci Mônica Moura Ribeiro Rabêlo entre janeiro a 06 de novembro/07.

¹⁵ Vieira, Teresa Rodrigues; Gimenes, Amanda Pegorini. A Mulher e a Lei Maria da Penha. **Revista jurídica Consulex**, Brasília, ano XII, n. 268, p. 17, mar. 2008.

- Na América Latina e no Caribe, a violência doméstica atinge entre 25% e 50% das mulheres;
- Nos EUA, estimou-se o custo da violência contra as mulheres entre US\$ 5 bilhões de US\$ 10 bilhões ao ano;
- Nos países em desenvolvimento, estima-se que 5% a 16% de anos de vida saudável são perdidos pelas mulheres em idade reprodutiva, como resultado da violência doméstica;
- O custo total da violência doméstica oscila entre 1,6% e 2% do PIB de um país.

Levantamento feito nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM) concluiu que, no ano de 2005, houve cerca de 55 mil registros de ocorrências somente nas capitais do País. Considerando-se as demais cidades brasileiras, esse número sobe para 160.824.

5. Aspecto Legal: da Lei nº 9.99/95 à Lei “Maria da Penha”.

A violência doméstica foi estabelecida pela primeira vez como crime no Brasil em 2004, pela Lei nº 10.886, publicada em 17 de junho, que acrescentou ao art. 129 do Código Penal os parágrafos 9º e 10, os quais disciplinam a violência praticada no âmbito das relações familiares.

Voltando um pouco nos fatos, em 26 de setembro de 1995 foi publicada a Lei nº 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, trazendo inovações na política criminal e englobando as infrações de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima a ser aplicada não fosse superior a um ano, além das contravenções penais.

Nesse diapasão, repita-se, os crimes frequentemente cometidos contra a mulher no âmbito doméstico - lesão corporal leve e ameaça - estavam incluídos neste rol, cuja competência era dos juizados.

A Lei nº 9.099/95 previa, e ainda prevê, institutos despenalizadores, como a composição civil de danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo, sem implicar culpabilidade ou antecedentes aos culpados.

O único momento em que a mulher era ouvida se dava na composição de danos.

A pena privativa de liberdade cominada para estes delitos era de 03 meses a 01 ano, o que ensejava a substituição para pena restritiva de direitos constituída em prestação alternativa de serviços gratuitos à comunidade e pagamento de cestas básicas, sómente. Houve a banalização da violência doméstica, após tantas lutas para sua criminalização, sendo considerada "*crime de menor potencial ofensivo*".

Ademais, a ação penal relativa a esses dois crimes mais praticados passou a ser condicionada à representação da vítima no prazo de 06 meses, a contar do conhecimento da autoria do fato. E as mulheres que, sem acompanhamento jurídico, desconheciam este prazo? Diante da infinidade de entendimentos divergentes entre Delegados de Polícia Civil, Promotores de Justiça e Juizes de Direito, muitas perdiam toda uma luta para levar o caso adiante, deparavam-se com a insensibilidade e incompreensão dos operadores de Direito e a falta de assistência jurídica, quicá psicológica e social, para retornarem às suas casas humilhadas e desvalorizadas para permanecer sob o crivo do ciclo de violência.

Desta forma, as propostas despenalizantes dos juizados eram benéficas para o réu, e negativas sob a perspectiva da vítima de violência doméstica.

Se por um lado os juizados deram visibilidade à violência contra a mulher praticada na unidade doméstica, por outro, não lhe conferiram tratamento diferenciado. Se antes a violência doméstica não se constituía processualmente, hoje ela não é processada.¹⁶

Após a publicação da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais, as infrações penais de menor potencial ofensivo passaram a ter pena não superior a 02 anos, sendo ampliado este conceito na esfera estadual.

Em 2002, foi publicada a Lei nº 10.455, que previa a medida cautelar de afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de

¹⁶ BRUSCHINI, Cristina e PINTO, Céli Regina (Org.). Tempos e lugares de gênero. In: CAMPOS, Carmem Hein de. Op. cit., 2001, p. 319.

violência doméstica a ser decretada pelo Juiz de Direito do Juizado, que acrescentou o parágrafo único ao art. 69 da Lei nº 9.099/95.

Entretanto, na prática, este mecanismo não foi utilizado, tornando-se letra morta, diga-se de passagem.

Hoje, nosso ordenamento jurídico avançou ao criar a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Recentíssima e ainda em discussão doutrinária, bem mais conhecida como Lei “Maria da Penha”, em homenagem à mulher que protagonizou um dos casos mais emblemáticos de violência doméstica. O caso teve tamanha repercussão que, em abril de 2001, a OEA condenou o Brasil a editar lei específica para disciplinar a violência doméstica.

Publicada em 08 de agosto de 2006, mas com vigência a partir de 22 de setembro de 2006, trouxe inovações e avanços significativos, a saber:

1) A violência doméstica e familiar apresenta-se nas seguintes formas: física, sexual, psicológica, patrimonial ou moral;

A violência física ocorre quando alguém causa ou tenta causar dano por meio de força física, de algum tipo de arma ou instrumento que possa causar lesões internas, externas ou ambas.

A violência psicológica inclui toda ação ou omissão que causa ou visa a causar dano à auto-estima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa.

A violência sexual é toda ação na qual uma pessoa, em situação de poder, obriga uma outra à realização de práticas sexuais, utilizando força física, influência psicológica ou uso de armas ou drogas.¹⁷

A violência patrimonial, conceituada como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

E por fim, a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.¹⁸

¹⁷ DAY, Vivian Peres *et al.* Op. cit., 2003, p. 10-11.

¹⁸ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica: Análise da Lei “Maria da Penha”**. Op. cit., 2007, p. 56.

Insta salientar que são espécies de violência sob o ângulo da psicologia: agressão física, negligência, abandono, maus tratos psicológicos, abuso sexual e Síndrome de Münchhausen, entre as mais conhecidas.¹⁹

2) A competência para processar e julgar todos os delitos que se enquadrem no conceito sai da alçada do juizado especial criminal para tramitar nas Varas Criminais;

3) O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa vinculada à vítima, bastando estar coligada à mulher pelo laço afetivo, familiar ou doméstico;

4) Ação penal pública incondicionada²⁰, nos casos de lesão corporal culposa e lesão corporal (dolosa) simples; nos demais, vigora a ação penal pública condicionada à representação.

5) Vedação de penas de cestas básicas ou outra prestação pecuniária, bem como substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa;

6) Instituição de medidas integradas de prevenção;

7) Instituição de medidas protetivas de urgência, que se dividem em: a) medidas que obrigam o agressor e b) medidas em favor da ofendida;

8) Possibilidade de decretação de prisão preventiva em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal;

9) Notificação à mulher da saída do agressor da prisão;

10) Proibição da ofendida de entregar intimação ou notificação ao agressor;

11) Criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher;

12) Instituição de equipe multidisciplinar nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher nas áreas psicológica, jurídica e de saúde;

13) Assistência judiciária.

¹⁹ CADERLINO, Lizandra. Entre quatro paredes. **Revista do Movimento do Ministério Público Democrático - MPD Dialógico**, São Paulo, ano I, n. 2, p. 10, mar./abr. 2004.

²⁰ Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. Lei de Violência contra a mulher: Aspectos Criminais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano X, nº 233, p. 60-62, set. 2006. Porém, há divergência doutrinária.

Resumindo, foi devolvida à autoridade policial a prerrogativa investigatória, podendo ouvir a vítima e o agressor e instalar inquérito policial. A vítima estará sempre assistida por defensor e será ouvida sem a presença do agressor, devendo ainda ser comunicada pessoalmente quando for ele preso ou liberado da prisão. E mais, a lei proíbe induzir o acordo e aplicar multa pecuniária ou a entrega de cesta básica como pena. Serão criados Juizados Especiais contra a Violência Doméstica e Familiar com competência cível e criminal. Assim, a queixa desencadeará tanto ação cível como penal, devendo o juiz adotar de ofício medidas que façam cessar a violência: afastamento do agressor do lar; impedi-lo que se aproxime da casa; vedar que se comunique com a família ou encaminhar a mulher e os filhos a abrigos seguros. Além disso, poderá o juiz adotar medidas outras, como revogar procuração outorgada ao agressor e anular a venda de bens comuns.²¹

Logo, se bem interpretada e sobretudo, operacionalizada pelo Poder Público em suas normas programáticas, será a Lei nº 11.340/2006 valioso instrumento de redução das desigualdades (art. 3º, III, CF) e de coibição da violência em âmbito doméstico, contribuindo assim para a promoção do bem-estar comum, que é objetivo fundamental da República (art. 3º, IV, CF) e aspiração de todos.²²

6. Conclusão

A violência vem assolando milhares de pessoas ao longo da história.

Ocorre que a distribuição social da violência reflete a tradicional divisão dos espaços: o homem é vítima da violência na esfera pública, e a violência contra a mulher é perpetrada no âmbito doméstico, privado, onde o agressor é, usualmente, o próprio parceiro.

E a violência contra a mulher se manifesta em decorrência do sistema patriarcal, onde espelha a dominação dos homens sobre as mulheres sob a crença de serem superiores; e nesse contexto destaca-se

²¹ DIAS, Maria Berenice. Bem-Vinda, Maria da Penha. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XI, nº 231, p. 66, ago. 2006.

²² MISAKA, Marcelo Yukio. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Em busca do seu conceito. **Revista Juris Plenum**, ano III, p. 87, nº 13 (jan./fev.2007) – Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2006.

no panorama social como um dos obstáculos à efetivação dos direitos humanos.

Dentre os métodos de enfrentamento da violência, têm-se a criação de medidas punitivas, ações voltadas para prevenção e medidas de apoio com as assistências social, psicológica e jurídica à vítima, à família e ao próprio agressor.

No âmbito da violência doméstica, 41% dos agressores também são violentos com os filhos e 1/3 das crianças tendem a reproduzir essa agressividade, que se torna um ciclo de violência e sofrimento.²³

Porém, em boa hora, foi editada a novel Lei nº 11.340/06, inovando o ordenamento jurídico brasileiro e criando mecanismos eficazes de coibição da violência doméstica e familiar, outrora e por muitos anos, invisível aos olhos humanos, reafirmando o Princípio da Isonomia entre homens e mulheres, haja vista que a mulher sempre foi colocada em situação de inferioridade no seio familiar e na vida social, sendo submetida às várias formas de violência, cujo escopo do referido princípio é tratar desigualmente os desiguais, conforme escólio de Rui Barbosa na *Oração dos Moços*²⁴: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeir desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da desigualdade. O mais são desvarios de inveja, de orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”, a exemplo dos artigos 5º, I e 226, §5º, ambos da Constituição Federal/88 e artigos 1º, 1.511, 1.565 e 1.567 do Novo Código Civil, os quais retratam o princípio da Isonomia entre homem e mulher nos âmbitos social e familiar.

²³ Palestra proferida pela Facilitadora Débora S. de Oliveira no Curso de Psicologia Forense sobre o tema “Violência Doméstica e Intrafamiliar” realizada em 10/11/07 no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça de Alagoas.

²⁴ Citado por ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. Violência Doméstica e o Direito. *Revista jurídica Consulex*, Brasília, ano X, n. 244, p. 58, mar. 2007.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO PENAL

Magno Alexandre F. Moura

Promotor de Justiça/AL. Pós-graduando em ciências criminais
MPAL/UFAL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Um esboço histórico do Ministério Público. 3. O Ministério Público e a Constituição brasileira de 1988. 4. A investigação criminal encetada pelo Ministério Público. 5. O Ministério Público e a Justiça Criminal. 6. Ministério Público e o controle da constitucionalidade em matéria penal. 7. O Ministério Público no combate à violência – numa visão sociológica – fomentando uma cultura de paz. 8. Conclusão.

1. Introdução

O Ministério Público é uma instituição muito importante para o Estado democrático de direito, e como agente do Estado, ele é um protagonista fundamental no controle social, no que deve ser ouvido nas políticas públicas de segurança pública, porém, esta missão, máxime na área penal não deve desvinculá-lo de uma visão crítica de seu papel dentro do contexto social e jurídico. Hoje o Ministério Público é uma Instituição independente dentro da estrutura de Estado, mesmo não se configurando em um Poder do Estado, entretanto, tem todos os direitos, privilégios e prerrogativas da magistratura que é um Poder Estatal. E, dentro da estrutura de Poder, topologicamente situado na Constituição, não se encontra em nenhum Poder inserido, atrelado, ou subordinado, mas está posto num contexto dentro das funções essenciais à Justiça, sua missão é uma das mais nobres dentro da estrutura de Estado, este como Poder único e indivisível, razão pela qual age em defesa dos direitos democráticos, dirigido no fundamento da dignidade da pessoa humana.

Várias são as funções que o MP desempenha na sociedade, em proteção a ela, e dirigida com o escopo de manter a paz social. No plano

jurídico, desempenha um papel importante, coberto do múnus público de propor a ação penal pública contra aqueles que infringem a Lei Penal. Seu histórico sempre o apontou ligado ao direito penal, e dentro deste ramo do direito tem um fecho de ações que são dirigidas ao cumprimento de sua missão constitucional. Muitos criticam sua atuação de investigar, como ato preparatório à ação penal, mas todo um avanço e às vezes um retrocesso, pelo judiciário em reconhecimento que o MP pode abrir procedimentos investigatórios de natureza penal, demonstram que em verdade o MP tem cumprido sua missão constitucional. É bem verdade que ainda falta muito para se realizar, contudo, podemos contar com uma Instituição preocupada com os deveres constitucionais e legais, comprometida com os princípios jurídicos e acima de tudo com a apuração da verdade sobre os fatos típicos. Não restam dúvidas que o MP é uma Instituição envolvida na promoção da Justiça. Deste modo podemos afirmar que o Ministério Público hoje não é mais um fiscal da lei, mas sim do direito, do justo, do correto, dentro dos parâmetros constitucionais.

Neste trabalho buscamos mostrar algumas das ações do MP dentro do direito penal, revelando uma relação necessária de atuação, podendo ser na esfera judicial ou extrajudicial, e para demonstrar isto nada melhor de demonstrar sua gênese com o direito penal através de sua História.

1. Um esboço histórico do Ministério Público

1.1 É bem verdade, que não se pode pretender esgotar nestas poucas linhas o tema acima referido, porém, de forma bastante panorâmica podemos colocar a origem da Instituição ministerial e encontrá-la, num processo de evolução, e no modelo brasileiro como Órgão encarregado pelo Poder Constituinte originário de ser o detentor exclusivo da ação penal pública incondicionada, no que esta denuncia os crimes que assim são considerados de maior gravidade ao interesse público.

1.2. Na Grécia antiga já se referia a um funcionário denominado *tesmoteti* ou *desmodetas*, espécie de servidor judicial, religioso e militar, cuja atribuição principal era vigiar, pela aplicação correta das leis, um magistrado encarregado de administrar a justiça, no que se identifica a figura do Ministério Público.

1.3. – Edilcélia Tavares Nogueira¹ ressalta a origem do Ministério Público há mais de 04 mil anos com os magais funcionários reais do Egito. “Pesquisando, através da História, vamos encontrar na velha Grécia e na legendária Roma os fundamentos do Ministério Público, como Órgão de defesa social. Sem a estrutura dos dias modernos, o Ministério Público era a língua e os olhos do rei. O príncipe possuía os seus representantes, os seus arautos, incumbidos, uns da defesa do patrimônio real e outros da fazenda estatal. Quanto à justiça penal, o direito de punir cabia ao ofendido. Era o domínio da Justiça privada sem a interferência do órgão estatal. O próprio ofendido, pelos seus advogados, cuidava da ação penal. Tais advogados se notabilizaram e seus nomes figuram na História da antiguidade e nada mais eram que os inflamados oradores da época, como César, Cícero ou Catão. Desconhecia, então, a figura do acusador oficial este era, porém, designado pelo Estado quando manifestasse o seu interesse”².

1.4. No direito francês se encontra a preferência da identificação do Ministério Público, máxime a origem no século XIV³.

1.5. Hélio Tornaghi⁴, em seu livro *Curso de Processo Penal*, afirma que a França foi o primeiro país a registrar, de forma segura, o aparecimento de um órgão com características semelhantes ao do atual Ministério Público, bem como que, após a revolução francesa, tal modelo foi adotado por toda a Europa e pelas Américas, tornando-se em seguida, uma instituição mundial.

1.6. No Brasil, desde a fase do Brasil Colônia são encontradas referências nas Ordenações Manuêlinas de 1521 e as Filipinas de 1603,

¹ NOGUEIRA, Edilcélia Tavares. *Ministério Público Federal*. 2. ed. Memória/BSB, 1991, p.13.

² MOURA, Magno Alexandre F. *Escorço Histórico do Ministério Público*. Revista do Ministério Público – Alagoas, n. 11, p. 100, jul/dez. 2003.

³ O Ministério Público é tido como instituição com origem francesa numa ordenança (‘Ordonnance’) do início do século XIV, quando o soberano (Felipe IV) incumbiu seus procuradores da defesa judicial de seus interesses. Não tinha, por assim dizer, o Ministério Público aquela tríplice missão: promovente da ação penal e, em certos casos da ação civil; fiscal da execução da lei e assistente dos incapazes.

⁴ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1987, p. 23.

menção aos Promotores de Justiça, atribuindo-lhes o papel de fiscalizar a lei e de promover a acusação criminal⁵.

1.7. No Brasil Império, em 1832, com o Código de Processo Penal do Império, iniciou-se a sistematização das ações do Ministério Público⁶, apesar de não ter sido organizado em carreira própria, mas as referências a figura do Promotor são constantes no Código, e além do mais os Promotores eram nomeados pelo Imperador, no Município da Corte, e pelos Presidentes de Província, por tempo indefinido. Contudo, é no Brasil República, que o Ministério Público começou a tomar corpo, como Instituição. Foi com Campos Sales, o precursor da Independência do Ministério Público, onde estruturou e fixou atribuições do MP no âmbito Federal. Em verdade, sempre existiu uma imbricação entre o Poder Judiciário e o Ministério Público, porque o Procurador-Geral da República era escolhido entre os membros do Supremo Tribunal Federal. Somente a Constituição de 1946 colocou o Ministério Público independente, sem atrelamento a quaisquer dos Poderes. O que veio a se repetir com a Constituição Federal de 1988, esta faz referência expressa ao MP no capítulo “Das funções essenciais à Justiça”, como Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

2. O Ministério Público e a Constituição Brasileira de 1988

2.1. Podemos comprovar que desde o nascimento do Ministério Público na legislação brasileira, seja no Brasil Colônia, seja no Brasil Império, o MP sempre esteve ligado às questões criminais, e na atual constituição vigente em matéria de direito penal o Ministério Público passou a condição de titular da ação penal (ex vi do Inc. I, do Art. 129 do CP), o que demonstra que ao Ministério Público se espera uma verdadeira magistratura ativa no combate a macrocriminalidade, e não tem sido outro o seu papel assumindo posição de vanguarda das

⁵ A figura do Promotor de Justiça no Brasil ficou mais claramente estampada no ano de 1609, com a regulamentação do Tribunal de Relação da Bahia. O Ministério Público assumiu o seu verdadeiro papel, com autonomia mais acentuada, por força de uma Ordenança que lhe ampliou a esfera de sua atividade. Isso em 1670. Tal período pode ser considerado como o marco inicial do reconhecimento da alta função social do Ministério Público, perante órgãos judiciários.

⁶ A expressão Ministério Público, literalmente, somente foi utilizada pela primeira vez, no Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874.

investigações criminais, na tutela e proteção de bens jurídicos de índole transindividuais⁷.

2.2. 'O Poder Constituinte de 1988 instaurou o sistema acusatório, prestigiando uma instituição incumbida da acusação, não é outro o entendimento que se extrai dos dispositivos constitucionais sobre o assunto, pois o sistema que hoje vivemos é um sistema acusatório, no que se encontra muito bem claro na Constituição brasileira, no que infere das garantias constitucionais: do juiz natural (art. 5º, Inciso XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (artigo 5º, inciso LV), da publicidade dos atos processuais (art. 93, inciso IX) e a exclusividade do exercício da ação penal pública pelo Ministério Público (artigo 129, inciso I).

2.3. 'Destarte, a investigação criminal que pode ser aberta pelo Ministério Público, de forma excepcional, tem amparo na própria Constituição Federal no Inc. VI, do Art. 129, que confere ao Ministério Público poderes de expedição de notificações e requisição de informações e documentos. E, na mesma linha de coerência, o Inciso IX, do Art. 129 da CF/88, demonstra que as atribuições conferidas ao *Parquet* no mencionado dispositivo não são exaustivas, vejamos: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público (...) IX – exercer outras funções que, lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas". Nada mais compatível com a finalidade do Ministério Público do que a ação penal que desde sua gênese tem sua ligação com o direito penal, e como consectário as investigações necessárias para apurar aqueles casos não resolvidos pela própria polícia judiciária; e como maior interessado em suas conclusões é a própria sociedade, e sendo o MP uma instituição comprometida constitucionalmente com o Estado Democrático de Direito, tratando-se de verdadeiro órgão de defesa social, acredita-se estar legitimado para proceder a tais investigações, só assim estará o próprio MP em desempenho efetivo de sua missão constitucional, máxime na seara criminal.

⁷ A promoção pelo Ministério Público de Inquérito Civil e da Ação Civil Pública, onde há plena capacidade investigatória pelo *Parquet* no que diz respeito a interesses difusos e coletivos em geral.

2.4. 'O Direito norte-americano é invocado através de julgados da Suprema Corte, para legitimar constitucionalmente as ações investigatórias do Ministério Público, que assim se explica: "A Constituição ao conceder uma atividade-fim a determinado órgão ou instituição, culmina por, implicitamente, a ele também atribuir todos os meios necessários para consecução daquele objetivo"⁸. "É que, como é sabido, constitui regra elementar da hermenêutica constitucional a adoção da chamada Teoria dos Poderes Implícitos, cunhada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *MacCulloch vs. Maryland* (cf. PINTO FERREIRA, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 02, ed. Saraiva, 1990, pág. 132) e de aplicação corrente no direito constitucional pátrio, segundo a qual quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu desiderato, sob pena de ser frustrado o exercício do múnus constitucional que lhe foi cometido"⁹.

3. A investigação criminal encetada pelo Ministério Público

3.1. 'Na condição da privatividade da ação penal pelo Ministério Público, nos parece um corolário necessário poder o seu agente iniciar investigações criminais. Acredita-se, que com esta iniciativa não se queira atropelar outra função constitucional a outro órgão, ou seja, da polícia judiciária, porém, há situações necessárias donde se torna imprescindível a intervenção do Ministério Público para instaurar um procedimento de natureza criminal a fim de investigar determinadas autoridades públicas (de todas as esferas de Poder e órgãos do Estado) que ficam imunes as investigações policiais, seja por compromissos políticos pessoais sejam por corporativismo do integrante da própria Polícia Civil (Federal ou Estadual).

3.2. 'As investigações criminais encetadas pelo o MP são legalmente previstas pelo art. 8º, inciso V, da Lei Complementar nº 75/93 e pelo Art. 26 da Lei nº 8.625/95, onde restou claro competir ao Ministério Público a "realização de inspeções e diligências investigatórias".

⁸ GUIMARÃES, Patrícia Teixeira. DUARTE, Ruth. In Revista do MP/GO. Goiânia, Ano VIII, nº 11, Dez/2005, p. 76.

⁹ DA SILVA, Aloísio Firmino G. ; DE ARAÚJO, Maria Emília M.; CORREA, Paulo Fernando, citados por Paulo Rangel, in "Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica".

3.3. 'A independência dos órgãos do Ministério Público, estabelecida constitucionalmente (*ex vi* do §1º, do Art. 127 da CF/88), possibilita a ação livre de seus agentes, livres de amarras políticas de seus integrantes, com receio de retaliações, porque são vitalícios, e inamovíveis (salvo exceções constitucionais), razão pela qual é uma forma que o sistema democrático tem para investigações criminais de certos agentes do Estado, seja agentes políticos ou determinados tipos de servidores públicos.

3.4. 'Existem muitas resistências de determinados setores quanto à constitucionalidade de o Ministério Público investigar. Afirmando estes que a função não lhe toca constitucionalmente e sim a polícia judiciária.¹⁰ Porém, o que se pode observar no ordenamento jurídico

¹⁰ A própria Polícia Judiciária pretende monopólio da investigação criminal. Quando não políticos investigados pelo Ministério Público, em suas defesas judiciais, alegam a inconstitucionalidade incidental face o MP oferecer ação penal contra eles com base em investigações criminais originadas no âmbito do *Parquet*. Até mesmo o Poder Judiciário em uma ação, aqui e ali, estão em contramão da exegese constitucional e do regime democrático; criando precedentes que reacende discussões sobre o poder investigatório do MP, o que pode ser conferido, na decisão do RHC-81326-DF, sendo o relator o Ministro Nelson Jobim, de 06.05.2003, quando então era integrante da 2ª Turma do STF, que negou ao Ministério Público o desempenho da função investigatória, o teor da decisão foi a seguinte: "A Turma deu provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* para reformar decisão do STJ que entendera válida a requisição expedida pelo Ministério Público do DF para que o recorrente, delegado de polícia, comparecesse ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial para ser interrogado em procedimento administrativo investigatório supletivo. Considerou-se que o Ministério Público não tem poderes para realizar diretamente investigações, mas sim requisitá-los à autoridade policial competente, não lhe cabendo, portanto, inquirir diretamente pessoas suspeitas da autoria de crime, dado que a condução do inquérito policial e a realização das diligências investigatórias são funções de atribuição exclusiva da polícia judiciária. Precedentes citados: RE 233.072-RJ (DJU de 3.5.2002) e RE 205.473-AL (DJU de 30.8.99). A doutrina reagiu a tal decisão do Supremo, o que trago à colação conclusão sobre o assunto de autoria do constitucionalista Lenio Luiz Streck e Luciano Fldens, in **"Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público"**, Ed. Forense, pág. 108"...É nesse contexto que entendemos que a decisão lançada pelo STF no âmbito do RHC 81.326-DF não se coaduna com o conjunto de

brasileiro, que a promoção de diligências investigatórias, abertura de procedimentos criminais por parte do Ministério Público para investigar determinados desvios de condutas¹¹ não oferece qualquer tipo de risco aos direitos fundamentais, ao contrário, somente assim agindo, coloca em salvaguarda os direitos fundamentais e a proteção dos mesmos, primando por um Estado livre da ação daqueles que afetam a incolumidade jurídica da sociedade, da comunidade, e da própria ordem pública e da pessoa humana, porque nesse modo de proceder à dignidade da pessoa humana é alcançada pelo o Ministério Público quando, por inúmeros êxitos consegue, pelas investigações realizadas e as provas colhidas responsabilizar os autores de delitos, combatendo assim à impunidade no país.

3.5. 'Não se pode olvidar que o sistema que hoje vivemos é um sistema acusatório, apesar de não ser explícito em comando normativo, não obstante, na Constituição brasileira, há princípios que se deduz a isto claramente, o que pode ser examinado no que infere das garantias constitucionais: do juiz natural (art. 5º, Inciso XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (artigo 5º, inciso LV), da publicidade dos atos processuais (art. 93, inciso IX) e a exclusividade do exercício da ação penal pública pelo Ministério Público (artigo 129, inciso I). Contudo, pode-se constatar no sistema brasileiro que não se trata de um sistema acusatório puro, uma vez que o inquérito policial é marcado pela inquisitorialidade, o que não raro o Ministério Público em procedimentos criminais instaurados permite que se instaure o contraditório oportunizando ao investigado a apontar provas que afaste os fatos até então apurados contra ele.

3.6. 'Destarte, o que se busca não é uma discussão corporativa, isto é pequeno diante da magnitude e importância do combate às infrações penais em todos os âmbitos, isto protege o corpo social, preserva a

princípios e normas que constituem o arcabouço constitucional brasileiro. Antes disso, parece atender a outras determinantes, mais aproximadas a razões de natureza política”.

¹¹ O direito penal julga a conduta exteriorizada do ser humano, atos concretos, quanto ao que pensa, ou deseja sem exteriorização dos atos, é algo que o direito penal não se preocupa, o que nos permite afirmar que a pessoa em si não é julgada pelo direito penal, até porque acredito que somente Deus poderá julgar as pessoas em si de seus filhos, que certamente levará em conta outros fatores, inclusive subjetivos, é o que acredito.

Constituição, e o Estado democrático de Direito. As investigações criminais por regra, devem ser feitas pela Polícia judiciária, e excepcionalmente podem ser encetadas pelo o Ministério Público. O Ministério Público não só pode como deve realizar investigações preliminares, por ser o *dominus litis*, deve ser lembrado que quem pode o mais, porque não poderia o menos? Se o Ministério Público pode requisitar abertura de Inquérito Policial, e esta requisição é a peça inaugural do Inquérito, então porque não poderia, caso houvesse comprometimento da Polícia nas investigações, instaurar o procedimento investigatório de apuração de forma supletiva? Sendo bem verdade que o “Ministério Público não tem poderes para condução de “Inquérito Policial”. Sobre isto não resta dúvida alguma, pela singela razão de que se o inquérito fosse conduzido pelo Ministério Público já não mais se poderia qualificá-lo como “policial”, senão que teria outra designação”¹² procedimento administrativo, procedimento criminal, etc. Fundamentos legais para isto não faltam quanto a denominação da peça instaurada pelo o Ministério Público formar sua *opinio delicti* e colher as provas necessárias para a ação penal, conforme já citamos acima, e o termo procedimento administrativo é utilizado pela Constituição Federal de 1988 (Art. 129, VI). A legitimidade legal do Ministério Público é mais que evidente, tanto em nível constitucional, bem como legal. Porém, há outro argumento que para aqueles que se apegam a exclusividade por parte da polícia das investigações criminais, citando o inc. IV, do §1º, do Art. 144 da CF/88, donde está escrito que compete à Polícia Federal “exercer funções de polícia judiciária da União”, deflui-se que este comando constitucional apenas está, tão somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (Federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144. Daí porque, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil “apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas”, tal atribuição está reservada à Polícia Federal¹³.

¹² STRECK, Lenio Luiz. FELDENS, Luciano. Ob. cit., p. 79 e 80.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. FELDENS, Luciano. Ob. Cit. p. 93.

3.7. 'Atribuir exclusividade da apuração das infrações penais à Polícia judiciária é ter que enfrentar os porquês da existência de permissivos legais e constitucionais onde se atribui a apuração a outros órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário'¹⁴

4.0. O Ministério Público e a Justiça Criminal.

4.1. 'O Ministério Público faz parte do sistema de justiça criminal, e não restam dúvidas que é essência de sua missão a promoção da Justiça, e não pode o integrante do *Parquet* que milita na seara criminal se descuidar da justeza da aplicação da Lei penal prolatada pelo magistrado, ou até mesmo em alegações finais defender a justiça da pena a ser imposta ao réu. Isto é importante, por um lado porque salvaguarda a sociedade numa prevenção geral da aplicação da pena suficiente para reprimir o delito, o que não deixa de ser um interesse social indisponível, e por outro porque assegura ao apenado o princípio de Justiça conforme as Leis sobre o tipo penal que quantifica entre o mínimo e o máximo conforme a medida de sua participação na autoria coletiva do delito, ou a medida justa para o ato individual para retribuir ao mal feito a sociedade e ao indivíduo, e ao infringir a incolumidade jurídica do *alter* (de conviver sem violência, no que assegura paz social)

¹⁴ A Receita Federal tem poder investigatório na constituição dos autos de infração lavrados, a repressão de determinados delitos de ordem tributária, monta planos de flagrâncias para reprimir o contrabando e descaminho (art. 334 do CP) e dentro outras ações possui um escritório de Pesquisa e Inteligência em cada região fiscal, o que obviamente é um trabalho de investigação e de inteligência. No âmbito do Poder Legislativo, observa-se no §3º, do Art. 58 da CF/88, se refere as Comissões Parlamentares de Inquérito e assim está consignado: "poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas". Inclusive, na Câmara dos Deputados, se algum delito ocorrer dentro de seu edifício, a apuração será efetuada pelo Diretor dos serviços de segurança, e se for parlamentar, será presidido pelo Corregedor ou Corregedor Substituto, podendo contar com o apoio auxiliar técnico de órgãos da policiais especializados, para auxiliar na realização do inquérito (Art. 269, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). As investigações no âmbito do Ministério Público e do Poder Judiciário relativo a seus integrantes das respectivas carreiras são afetas as suas respectivas corregedorias, e não à Polícia Judiciária (Inc. II, e seu parágrafo único do Art. 33, da LOMAN, e letra f, do Inc. II, do Art. 18 da Lei Complementar nº 75/93.

e a do próprio indivíduo (que não pode fazer justiça privada, porque o monopólio é o do Estado) com a intensidade de todas as circunstâncias em torno dos fatos, como ocorreram, conforme apurados e provados, em Juízo. Isto assegura a defesa e proteção dos direitos fundamentais.

4.2. 'Sabe-se que nenhum réu tem direito público subjetivo, que o estabelecimento de sua pena-base seja, em seu grau mínimo, contudo, a fixação em grau diferente do mínimo torna-se necessária a fundamentação por parte do Estado-Juiz, assim, o órgão do Ministério Público deve observar se de acordo com os autos a pena-base estabelecida guarda justeza ao caso concreto. Não tem sido outro o entendimento do pretório excelso, vejamos:

STF. Pena. Réu primário. Pena-base estipulada em limite superior ao mínimo legal. Necessidade de fundamentação.
«Nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo. É lícito ao magistrado sentenciante, desde que o faça em ato decisório adequadamente motivado, proceder a uma especial exacerbação da pena-base. Impõe-se, para esse efeito, que a decisão judicial encontre suporte em elementos fáticos concretizadores das circunstâncias judiciais abstratamente referidas pelo art. 59 do CP, sob pena de o ato de condenação transformar-se numa inaceitável e arbitrária manifestação de vontade do magistrado aplicador da lei.»
(STF - HC 71.697/1 - GO - Rel.: Min. Min. Celso de Mello - J. em 27/09/1994 - DJ 16/08/1996 - Boletim Informativo da Jurua 126/009463).

4.3. 'O Art. 59 do Código Penal é pedagógico neste sentido, porém, deve-se levar em consideração que à fixação da pena-base a ser estipulada no mínimo legal se o réu é primário e de bons antecedentes, não é outro o entendimento do TJMG, assim está consignado:

TJMG. Pena. Mínimo legal. Réu primário e de bons antecedentes.
«Se o réu é primário e de bons antecedentes, a pena deve atender sempre para o mínimo legal, consoante súmula predominante na Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça/MG.»
(TJMG - Ap. Crim. 143.187/3 - Conselheiro Lafaiete - Rel.: Des. Alves de Andrade - J. em 24/07/1999 - DJ 18/11/1999 - Boletim Informativo da Jurua 260/022482).

4.4. 'Outro fator importante para o Ministério Público observar quando aplicada a pena é a compatibilidade com o regime prisional imposto pelo magistrado, porque a primariedade e bons antecedentes, e a quantidade da pena aplicada considerada justa pelo magistrado e também pelo MP tem que ter compatibilidade com o regime prisional aplicado. Assim tem sido o entendimento do Tribunal da cidadania (STJ) sobre o assunto:

STJ. Pena. Fixação. Pena-base fixada no mínimo legal. Reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis. Réu primário e sem maus antecedentes. Regime prisional mais gravoso. Impropriedade. Inobservância do disposto no art. 33, § 2º, «c», e § 3º do CP. Ordem concedida. Súmulas 718/STF e 719/STF. CP, art. 59. «Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do CP. Incidência das Súmulas 718/STF e 719/STF. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau, que concedeu ao Paciente a suspensão condicional da pena aplicada, e para fixar o regime aberto, em caso de cumprimento da pena privativa de liberdade, mediante condições a serem estabelecidas pelo juízo das Execuções Penais.

(STJ - HC 70.200 - SP - Rel.: Min. Laurita Vaz - J. em 06/03/2007 - DJ 02/04/2007 - Boletim Informativo da Juruá 433/039774)
STJ. Pena. Réu primário. Fixação no mínimo legal. Regime prisional mais rigoroso. Inadmissibilidade. CP, art. 33.

«Tratando-se de réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada.»
(STJ - HC 47.458 - DF - Rel.: Min. Paulo Gallotti - J. em 12/06/2006 - DJ 02/04/2007 - Boletim Informativo da Juruá 433/039775)

STJ. Pena. Fixação. Regime prisional. Pena inferior a 4 anos. Paciente primário, embora desfavorável as circunstâncias judiciais. Regime semi-aberto apropriado. CP, arts. 33, § 2º, «c» e 59. «Sendo o paciente primário, desfavoráveis as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) na fixação da pena-base, e definida a sanção em patamar inferior a 4 (quatro) anos, é apropriado, a princípio, o regime prisional semi-aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.»
(STJ - HC 59.670 - SP - Rel.: Min. Félix Fischer - J. em 15/03/2007 - DJ 16/04/2007 - Boletim Informativo da Juruá 434/039861)

5.0. O Ministério Público e o controle da constitucionalidade em matéria penal.

5.1. 'O Ministério Público também é um importante protagonista no controle da constitucionalidade de leis, até porque além de ser, na visão clássica um *custus legis*; já numa visão mais moderna ele passa a ser visto como órgão proativo, denominado *custus iuris*. Na luta em defesa dos direitos fundamentais, em matéria de direito penal não pode descurar do controle de constitucionalidade de lei, no plano incidental. Toda a matéria, princípio ou norma referente a constituição que for entendida, pelo o Ministério Público, que aquela lei incriminadora a transgride, a fere, deve o órgão do Ministério Público suscitar declaração incidental de inconstitucionalidade, deve-se lembrar que o compromisso é com o direito e com a Justiça, e não com uma legalidade as cegas, formal, e escravizadora, porque senão estaria a legitimar (principalmente o direito penal que é seletivo) a dominação pelo direito, como instrumento de poder e opressão dos menos favorecidos. "A Carta Constitucional garante o bem de todos, não sendo permitido maximizar a felicidade de alguns em detrimento da felicidade de muitos"¹⁵.

5.2. 'O Ministério Público deve estar atento exercendo o controle difuso de constitucionalidade, e conhecer bem o princípio da proporcionalidade, para que medidas desproporcionais, excessivas, injustificáveis, que não cabe na moldura da proporcionalidade, no dizer de Paulo Bonavides, possam ser alegadas a fim de controle da constitucionalidade, até porque : "Os princípios constitucionais, a seu turno, forjados como garantias, demarcam as limitações aos direitos fundamentais, mormente o direito de liberdade, fazendo do legislador um servidor da Constituição, estreitando seu espaço de intervenção na feitura das leis penais incriminadoras e, do juiz, um operador atento ao controle do legislado, ao mesmo tempo que circunscrito, preso, limitado às respostas (decisões) não compatíveis com o emanado dos princípios"¹⁶.

¹⁵ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Imposição Constitucionais dos Princípios Penais. Revista do Ministério Público de Alagoas, n. 6: 13-49, jul/dez. 2001, p.17.

¹⁶ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Ob cit, p. 49.

6.0. O Ministério Público no combate a violência – numa visão sociológica – fomentando uma cultura de paz.

6.1. ‘A preocupação da população brasileira com a violência, com a insegurança, tem sido cada vez maior, máxime no Estado de Alagoas que tem chegado a níveis paroxísmicos¹⁷, as pessoas vivem atônitas com os cometimentos de crimes de toda sorte. Não tem sido diferente no Estado de Alagoas, este sentimento está impregnado no senso coletivo, face à materialização da violência, seja a do tipo estruturante de sobrevivência, no que sobressaem os crimes contra o patrimônio; seja a do tipo estruturante de manutenção do Poder¹⁸ por grupos políticos, no que se materializam os crimes de mando com estampada violência contra a pessoa (sejam os homicídios ou crimes de lesões corporais), denotando muitas vezes o crime organizado. Este tipo de situação tem motivado os Órgãos do sistema de Justiça Penal e de segurança pública a endurecerem contra o crime e as organizações criminosas, tanto o Ministério Público, bem como o Poder Judiciário criaram dentro de suas estruturas, respectivamente, núcleos de combate as organizações criminosas. O MP alagoano criou o GECOC (Grupo de Combate as Organizações Criminosas) e inicialmente o Poder Judiciário criou o Núcleo de Combate ao Crime organizado, hoje tal segmento foi transformado na 17ª Vara Criminal com sede na Capital com Jurisdição em todo o território alagoano. O Ministério Público dentro deste contexto como órgão do Estado no combate à criminalidade, buscando perseguir os criminosos a fim de responsabilizá-los, não se furta em participar de movimentos sociais em busca de soluções coletivas na construção de soluções e respostas necessárias a uma população que anseia por Justiça, que clama pelo fim da impunidade, e que buscam

¹⁷ Na edição de “O Jornal” de 24 de outubro de 2007, Ano XIV, n. 20, noticia a seguinte manchete: “Alagoas é o 2º em homicídios; Maceió lidera entre capitais” – Ministérios da Justiça e Saúde divulgam números do ranking nacional da violência. Entre 2003 e 2006, Alagoas foi o segundo estado brasileiro com maior crescimento de homicídios por armas de fogo: 59,4%. Nesse mesmo período, Maceió foi a Capital brasileira com o mais alto índice desses homicídios em relação à população: 75,4 para cada grupo de 100 mil habitantes. Os números são de um levantamento feito pelos ministérios de Justiça e da Saúde. Página A11”.

¹⁸ VASCONCELOS, Ruth. **O Poder e a Cultura de Violência em Alagoas.** Maceió: EDUFAL, 2005. p. 21

soluções imediatas para problema da macrocriminalidade. A participação do Ministério Público no Movimento Popular contra a Violência, conhecido pela sigla MPV¹⁹, tem dado a este segmento da sociedade civil organizada uma credibilidade sem par. O Movimento busca traduzir este sentimento de indignação face crimes tidos como “insolúveis” no Estado, razão que buscam junto ao Ministério da Justiça a criação de nova CPI da Pistolagem em Alagoas, a fim de apurar os crimes que têm motivação política em relação às suas vítimas, como o assassinato do líder sem-terra Jaelson Melquíades; do sindicalista José Galvão, representante dos trabalhadores rodoviários, assassinado numa emboscada, no bairro da Serraria, em Maceió; o assassinato dos líderes dos camelôs, Sandro Gomes, ocorrido em pleno centro de Maceió. Os crimes em que foram vítimas o vereador Fernando Aldo Gomes Brandão, e o suplente de vereador Geraldo Siqueira, de São Luiz do Quitunde.

6.2. ‘A própria OAB/AL reconhece as dificuldades na solução dos crimes de mando em Alagoas, e já solicitou forças federais para combater a violência no Estado, porque a OAB/AL tem o conceito que a Polícia Civil de Alagoas não tem condições de esclarecer estes tipos de crimes não só pelo comprometimento político da Instituição, mas pela falta de coragem²⁰.

6.3. ‘O Ministério Público como integrante de um sistema estatal de combate ao crime, seja na esfera judiciária, seja na esfera adjudicalizada, tem pautado a ação de seus órgãos de Execução num movimento de enfrentamento à violência. No que se materializa em ações de termos de ajuste de condutas entre as partes, seja no próprio aconselhamento das

¹⁹ São fundadores do MPV (movimento popular de combate a violência) mais de 43 entidades, dentre elas sindicatos, centrais sindicais, associações e movimentos sociais, dentre elas encontra-se a OAB/AL (ordem dos advogados do Brasil, seccional Alagoas) e o MPE (Ministério Público do Estado de Alagoas) o movimento pretende com mais força cobrar soluções imediatas de combate a violência, mobilizando a população para passeatas contra a violência; redigindo manifestos; acompanhando casos tidos como de difícil solução, e solicitar federalização destes casos, junto ao Ministério da Justiça e da Comissão Nacional de Direitos Humanos.

²⁰ Palavras do Presidente da OAB/AL Dr. Omar Coelho de Mello, conforme publicado no “O Jornal” caderno cidade, página A-11, de sexta-feira, 19 de outubro de 2007.

pessoas envolvidas, no que na maioria das vezes evita o litígio judicial, ou até mesmo ocorre à extinção processual, através dos Juizados especiais criminais, onde sempre atua um (a) Promotor (a) de Justiça.

6.4. 'O atendimento extrajudicial em que o Ministério Público realiza tem resolvido muitos conflitos sociais e entre partes envolvidas. Observa-se uma confiança muito grande da população alagoana na atuação do MP. Inclusive, no âmbito dos direitos fundamentais²¹, e a implementação deles em muitas vezes tem dependido desta luta de vanguarda dos agentes ministeriais nos limites de suas atribuições. E, na área de segurança pública, os promotores de Justiça criminais contam com acesso a uma rede de informações sobre segurança pública, justiça e dos órgãos de fiscalização de todo o país. Trata-se de acesso ao Infoseg, esse é um banco de informações donde se economizará tempo e garante uma atuação mais eficaz dos integrantes do MP, que terá informações sobre qualquer pessoa já inserida num sistema de procurados pela Justiça, e de seus antecedentes criminais.

6.5. 'Acredita-se na preocupação dos integrantes do Ministério Público com a questão da violência²² e no enfrentamento a ela buscando cultivar uma cultura de paz, e quando não possível num verdadeiro

²¹ Núcleo de Direitos Humanos recebeu prêmio do Ministério da Justiça O Núcleo de Direitos Humanos do Ministério Público, integrado pelas promotoras de Justiça Alexandra Beurlen e Marluce Falcão, receberam no início de dezembro (2005), o Prêmio Direitos Humanos 2005 da Secretaria Especial de Defesa dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, no início de dezembro, na categoria instituições. Criado em 1995, o prêmio é concedido, anualmente, pelo Governo Federal a pessoas e organizações que tenham desenvolvido trabalhos de destaque em prol dos direitos humanos no Brasil. De acordo com o Comitê de Julgamento, o MP alagoano se destacou pela atuação do Núcleo na defesa dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais, em especial na defesa do direito humano à alimentação. "Esse núcleo tem uma dimensão ampla, já que atua na defesa da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, enfatizou o procurador-geral de Justiça, Coaracy Fonseca. Fonte site do MP alagoano www.mp.al.org.br.

²² Os estudos sociológicos sobre o crime tem motivado muitos integrantes do Ministério Público, a exemplo da Promotora de Justiça Stela Valéria S. de Farias Cavalcanti a escrever sobre a questão da violência, que resultou sua tese de mestrado com o tema: "**Violência Doméstica**" – análise da Lei "Maria da Penha", nº 11.340/06.

enfrentamento da violência estruturante de manutenção do Poder, para se utilizar um termo de Ruth Vasconcelos do seu livro "O Poder e a Cultura de Violência em Alagoas".

6.6. 'Sabe-se que o Inquérito Policial ou procedimento criminal instaurado no âmbito do MP faz nascer a ação penal com a denúncia do Ministério Público, que nas provas coligidas pela Polícia Judiciária pode analisá-las e propor uma ação penal. Não foi diferente no caso da famigerada "gang fardada"²³, donde foi de fundamental importância a ação do Ministério Público que demonstrou judicialmente a culpabilidade do então Coronel Cavalcanti em vários delitos praticados desde crimes contra o patrimônio até crimes dolosos contra a vida, com a forte conotação de crime organizado a serviço da estrutura dominante de Poder. Atualmente encontra-se condenado a 59 anos e 11 meses de prisão, sendo que num dos crimes onde mandou matar uma testemunha que tinha conhecimento de seus crimes, e prestou testemunho contra ele; a sustentação da acusação, em plenário do Tribunal do Júri, pelo Ministério Público²⁴ levou o Coronel Cavalcanti a ser condenado há 19 anos e 11 meses por este crime.

6.7. A combatividade do próprio Estado (neste contexto estamos nos referindo ao Ministério Público enquanto órgão estatal, pelos seus agentes) no enfrentamento aos criminosos buscando responsabilizá-los, tem conseguido isto com eficiência, no que são raras as ações penais iniciadas que dependam do Ministério Público que estejam fadadas a prescrição ou absolvição dos envolvidos por falta de provas, este índice de eficiência, como dito anteriormente, do MP, tentando resolver certas condutas em conflitos ainda na esfera adjudicializada, no que demonstra a busca da prevenção, bem como no enfrentamento de demonstrar a responsabilidade penal dos criminosos, na repressão aos crimes, são fatores, sem sombra de dúvidas, determinantes no combate a impunidade, resgatando legitimidade social. É lamentável que a

²³ A primeira vez que o termo "gang fardada" foi utilizado em manchete principal foi em "O jornal" do dia 24/01/98. O termo nasce associado à figura do Coronel Cavalcante; "Cavalcante preso por mais de 81 dias (Decretada prisão preventiva de três irmãos e outros acusados da gang fardada)".

²⁴ Quem realizou este júri foi o Promotor de Justiça Magno Alexandre F. Moura, 3º Promotor de Justiça Criminal de São Miguel dos Campos, designado pelo Procurador-Geral de Justiça Dr. Coaracy Fonseca.

Imprensa não se interesse em fazer reportagens, em divulgar estes dados à população, porque a mídia é seletiva na escolha das manchetes, e geralmente exalta a figura do Estado-Juiz, sem ressaltar que o dono da ação penal é o Ministério Público.

6.8. 'Acredita-se que muito tem sido feito pelo o Ministério Público em busca da preservação da coexistência social, neste processo civilizatório de imposição de leis que buscam barrar e interditar os impulsos destrutivos, ou anti-sociais, de homens e mulheres, que o MP na condição de *custus legis* não tem perdido seu foco. Porém reconhecemos a necessidade de aprimoramento de suas ações e atuações, que não apenas depende da vontade da Instituição mais pela limitação de recursos orçamentários e financeiros para o implemento de melhorias tecnológicas no combate ao crime, que extrapola para uma outra discussão que é o campo orçamentário e financeiro do Estado, contudo, a atuação do Ministério Público tem valorizado uma conduta de cultura ética, política e democrática na valorização dos direitos humanos.

7. Conclusão

O Ministério Público desde sua gênese do direito brasileiro tem sido ligado ao Direito Penal, seu tipo tem mudado de constituição a constituição, mas todas nunca deixaram de reconhecer na Instituição a respeitabilidade da ordem jurídica e responsável pela vigilância democrática.

Nos últimos anos com o advento da Constituição Federal de 1988 temos presenciado na mídia em geral, a firme e intransigente luta dos integrantes do Ministério Público no combate à macrocriminalidade. Pessoas e instituições que até então se consideravam inatingíveis se viram suspeitas e investigadas, e quando não processadas pelo o Ministério Público, que irmanado num trabalho de inteligência com a Polícia Judiciária conseguiram adentrar no *modos operandi* do crime organizado e combatê-lo, numa demonstração da eficiência da Instituição na vanguarda das investigações criminais.

Não aceitar que o Ministério Público possa proceder a investigações de natureza criminal é negar um corolário lógico àquele que detém o monopólio, com exclusividade da ação penal pública; e até porque dentro da teoria dos poderes implícitos, como pode ser o Poder Constituinte Original conferir ao MP um determinado múnus

constitucional, e não lhe toque o menos de poder formar suas próprias convicções no que para isto sejam necessárias suas próprias investigações? Quem pode o mais pode o menos.

Destarte, esta posição de fiscal do direito "*custus iuris*" tem demonstrado o Ministério Público como agente proativo na sustentação de uma luta moral pela Justiça, seja na vigilância da aplicação da pena, seja no controle incidental de inconstitucionalidade em matéria penal, seja funcionando nos Conselhos de Direitos, ou na frente de lutas em mobilização social e jurídica, o que reflete muito no direito penal.

O FIA E AS “SO(M)BRAS” DO ORÇAMENTO PÚBLICO *

Da (des)consideração absoluta à otimização de recursos para o
Orçamento Criança e Adolescente - OCA

Márcio Soares Berclaz

Promotor de Justiça do Estado do Paraná

Millen Castro Medeiros de Moura

Promotor de Justiça do Estado da Bahia

Sumário

1. Introdução. 2. O valor do Fundo da Infância e Adolescência para a concretização da rede de atendimento. 3. A prática da (des)consideração absoluta como problema de natureza orçamentária. No fundo, no Fundo, o que sobra para execução das políticas públicas infanto-juvenis? 4. As alternativas de intervenção para otimização dos recursos públicos no FIA. 4.1. O concurso cumulativo de vários protagonistas para o exame e monitoramento contábil dos papéis orçamentário. 4.1.1. O papel do CT, do CMDCA, do Poder Legislativo e dos Tribunais de Contas. 4.1.2. O Ministério Público como órgão de controle social. 4.1.3. O respaldo do Poder Judiciário na judicialização do problema. 4.2. A responsabilização e o ato de improbidade administrativa do agente político que desrespeita o princípio da prioridade absoluta. 4.3. Conveniência de edição legislativa para estabelecer critérios objetivos e parâmetros quanto ao cumprimento da prioridade absoluta do OCA. 5. Conclusão.

*“Se o chão abriu sob os seus pés e a segurança sumiu da faixa,
Se as peças estão todas soltas e nada mais encaixa, (...)
Você implora por proteção. Não sabe como vai acabar
Ô, crianças, isso é só o fim, isso é só o fim!”
(Marcelo Nova)*

1. Introdução

Prestes a alcançar a maioria, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90) ainda habita um mundo

* Tese apresentada no XXII Congresso da ABMP – Associação Brasileira dos Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância Juventude, durante os dias 9 a 11 de abril de 2008, em Florianópolis (SC).

*imaginário*¹ em muitos municípios do nosso imenso país. A deficitária implementação das políticas públicas infanto-juvenis demonstra que, ao lado do cínico e cênico *discurso protetivo* amplamente divulgado, opera-se uma nefasta *prática de exclusão*.

Vencido o paradigma da *situação irregular*, em vez de abusivos encargos tutelares atribuídos ao Poder Judiciário, de pontuais ações assistencialistas realizadas pelo Executivo e de formais homologações emanadas do Legislativo, a atuação na área infanto-juvenil exige renovado palco e diferenciada intervenção de protagonistas. Por sua vez, os magistrados, agora voltados para o desempenho de típica atividade jurisdicional, devem pautar suas decisões pelo paradigma da proteção integral². Nessa arejada atmosfera, a prioridade absoluta torna-se o foco para a efetivação das políticas públicas infanto-juvenis pelos agentes políticos.

A experimentação desse novo espaço, somada à revisão crítica dos papéis exercidos por velhos e novos protagonistas, permitirá a implementação de uma *rede de atendimento* pautada na descentralização, tendo como diretrizes a municipalização e a democracia participativa³. Surge, assim, novo *locus* de discricionariedade da administração pública: os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Apesar de o ECA prescrever a descentralização da estrutura política desta área, através de conselhos de direitos da criança e do adolescente, o Juizado da Infância e da Juventude ainda é tido, pela população de maneira geral, como o lugar por excelência da defesa dos direitos de crianças e jovens. (...) A administração da política de proteção social acompanha as formas autoritárias dos governos que, longe de buscar uma aproximação dos setores que demandam formas de proteção,

¹ Tal como o escritor argentino JORGE LUIS BORGES, na sua notável obra *O livro dos seres imaginários* (São Paulo, Companhia das Letras, 2007), procurou descrever “*estranhos entes engendrados, ao longo do tempo e do espaço, pela fantasia dos homens*”, este despretenso estudo pretende propor alternativas práticas para evitar que alguns dispositivos da Constituição da República e do Estatuto da Criança e do Adolescente continuem embalando nada mais que o sonho e a fantasia dos juristas.

² Arts. 227 da Constituição da República e 1º da Lei nº 8.069/90.

³ Arts. 88, I e II, da Lei nº 8.069/90 e 1º, parágrafo único, da Constituição da República.

faz uso político de sua implementação em benefício próprio. (...) Novos discursos com velhas práticas é o que se presencia no Brasil.⁴

Tal situação exige uma nova postura do Município: a responsabilidade pela execução das políticas públicas e, conseqüentemente, a destinação privilegiada e exclusiva de verbas ao Orçamento Criança e Adolescente – OCA. Em outras palavras, é dever de cada município estruturar órgãos e alocar recursos financeiros suficientes à deliberação e execução de políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes. Nesse contexto, o Conselho Tutelar, o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente e o Fundo da Infância e Adolescência constituem os 03 (três) eixos fundamentais cuja coexistência e bom funcionamento tornam-se imprescindíveis para a concretização da *rede municipal* de atendimento.

Contudo, decorridos dezoito anos de luta pela construção de uma ideal política de atendimento, nota-se que, na “casa” de efetivação dos direitos fundamentais infanto-juvenis, ao mesmo tempo em que sobra “chão” (situações de risco), não raras vezes faltam “porta” (Conselho Tutelar), “parede” (Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente) e, especialmente, “telhado” (recursos públicos).

Causa espanto que, em centenas de municípios brasileiros, sequer se criou o *Conselho Tutelar* - CT, órgão responsável pelo zelo dos direitos fundamentais da infância e adolescência. Além disso, em milhares de outros, mesmo a implementação formal desses colegiados contrasta com a sua precária estruturação humana e material, abrangendo tanto a ausência de uma política de valorização e formação continuada, como a notória insuficiência da remuneração, sem falar na falta de estrutura material para cumprimento das suas funções e na escassez e debilidade dos programas específicos de atendimento⁵ capazes de subsidiar a sua atuação.

Mais do que isso, a despeito de estarem criados, praticamente todos os *Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e Adolescente* -

⁴ NASCIMENTO, Maria Lívia do; SCHEINVAR, Estela. **Infância: discursos de proteção, práticas de exclusão.** Disponível em <http://pepsic.bvs-psi.org.br/scielo.php?script> Acesso em 15.03.2008, às 13:06.

⁵ Art. 88, III, da Lei nº 8.069/90.

CMDCA enfrentam sérias dificuldades no exercício do papel deliberativo e delimitador dos programas que carecem de implementação junto a suas comunidades. No mais das vezes, as políticas públicas nessa área (quando existem), são executadas sem prévia deliberação e efetiva fiscalização do CMDCA, ilegalidade gravemente ofensiva ao postulado da democracia participativa, pois, *“uma vez nomeados os seus membros, são inconstitucionais todos os projetos governamentais que venham a ser executados para a infância-adolescência sem a legítima participação da sociedade civil contida nas deliberações do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente”*.⁶

Para completar esse quadro caótico, expondo o maior vértice de toda a problemática, o *Fundo da Infância e Adolescência* – FIA, de modo geral, mesmo quando regularmente criado, enfrenta carência absoluta de verbas para a efetivação das políticas, tão míseras (ou inexistentes) as dotações orçamentárias que lhe são exclusivamente destinadas.

Propor alternativas de intervenção passíveis de serem implantadas pelas instituições e organizações políticas e sociais para incremento e otimização dos recursos do OCA é um dos objetivos deste estudo. Busca-se, na essência, enfatizar a importância de Ministério Público e demais órgãos oficiais de controle social (v.g, Tribunal de Contas, Poder Legislativo, Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e Tutelar) priorizarem o combate aos *orçamentos ilegais* editados em descompasso com os critérios da Constituição da República e do Estatuto da Criança e Adolescente. Ausente a correção administrativa da conduta pelos agentes políticos, mesmo enquanto se aguarda oportuno aperfeiçoamento legislativo, pretende-se exortar o Poder Judiciário a decidir, com acurado senso social e sentimento de constitucionalidade, as demandas coletivas envolvendo, direta ou indiretamente, direitos fundamentais de crianças e adolescentes, inclusive os litígios de ordem orçamentária.

⁶ PONTES JÚNIOR, Felício. *Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

2. O valor do Fundo da Infância e Adolescência para a concretização da rede de atendimento

A necessidade de vincular determinadas verbas à execução de específicas políticas públicas fez a Lei nº 4.320/64 permitir a criação dos *fundos especiais*⁷, destinados a otimizar a captação, aplicação e fiscalização dos recursos que lhe são dirigidos.⁸ Tal como existem fundos especiais na educação e saúde, nada mais coerente que o ECA tenha previsto a instituição do FIA⁹ nos três níveis da Federação, merecendo destaque o fundo vinculado a cada um dos Municípios, a quem compete, primordialmente, estruturar a rede de atendimento do sistema de direitos e garantias.

As receitas do FIA devem ser geridas pelo CMDCA com autonomia e independência em relação ao Executivo, a quem apenas cabe apenas operacionalizar a ordenação da despesa sob o ponto de vista contábil^{10 11}. Esses créditos serão prioritariamente utilizados em programas de proteção social dirigidos a crianças e adolescentes em situação de risco social e pessoal, em diagnósticos sobre a situação infanto-juvenil local, em projetos de divulgação do ECA e do próprio

⁷ “[...]produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação” (Art. 71 da Lei nº 4.320/64).

⁸ “A vantagem de um fundo especial consiste na relativa autonomia que tem, como forma especial de arrecadação (...) e também de ter, em consequência, previamente definido o destino desse recurso. É um facilitador de arrecadação, porque é incentivador de arrecadações extraordinárias.” (Cf. KONZEN, Afonso Armando. *Aspectos Teóricos e Implicações Jurídico-administrativas na Implementação dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível em <http://folio.mp.pr.gov.br>).

⁹ Art. 88, IV, da Lei nº 8.069/90.

¹⁰ Assim, já o disse Murillo Digiácomo: “(...) uma resolução do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente (...) **VINCULA (OBRIGA) o administrador público** (...), cabendo-lhe apenas tomar as medidas administrativas necessárias ao seu cumprimento (...) a começar pela adequação do **orçamento público** às demandas de recursos que, em razão daquela **decisão** porventura surgirem.” (grifos do original) (*in Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente: transparência de seu funcionamento como condição indispensável à legitimidade e legalidade de suas deliberações*).

¹¹ Nessa mesma linha, decidiu o STJ – Resp 493.811-SP, Rel. Eliana Calmon.

Fundo e em cursos de formação dos integrantes do sistema de garantia de direitos.

Retomando a conexão existente entre os integrantes do tríptico eixo sobre o qual se assenta a rede municipal de atendimento (CT-CMDCA-FIA), relevante notar que o funcionamento dos programas específicos de atendimento torna-se imprescindível para a realização das medidas protetivas e de responsabilização aplicadas pelo Conselho Tutelar¹² ao ponto de eventual inércia do CMDCA em deliberar sobre ditos programas, cumulada com a falta de compromisso do Executivo em alocar recursos no FIA prejudica invariavelmente os resultados a serem obtidos pela intervenção do CT, desestruturando e desestabilizando, assim, toda a complexa cadeia que compõe o paradigma da proteção integral.

3. A prática da (des) consideração absoluta como problema de natureza orçamentária. No fundo, no Fundo, o que sobra para execução das políticas públicas infanto-juvenis?

“Era uma casa muito engraçada, não tinha teto, não tinha nada (...) Ninguém podia, subir na rede, porque, na casa, não tinha parede (...) mas era feita com muito esmero na Rua dos Bobos, número zero” (Vinícius de Moraes)

Apesar de o princípio constitucional da *prioridade absoluta* ter sido reforçado pela *destinação privilegiada e preferencial de recursos públicos* para políticas públicas voltadas à população infanto-juvenil¹³, a realidade, em matéria orçamentária, tem sido (des) figurada na ótica da “(des) consideração absoluta”. Tais premissas ainda são muito mais palavras (falsas promessas, típicas dos “discursos de palanque”) do que números (rubricas orçamentárias). Nesse campo, a prática desmente a retórica, a realidade trai o discurso: o diagnóstico é de *sombra*, no qual só o que não *sobra* são recursos públicos!

A vontade política de encontrar a solução era desmentida pela simples leitura dos orçamentos públicos: era discurso sem prática. [...] A partir do advento do Estatuto, instrumentos técnicos surgem para permitir a mudança desse quadro, sobretudo no que se refere ao princípio da prioridade absoluta previsto no art. 227 da Constituição da República e no art. 4º do Estatuto, onde se impõe ao administrador a destinação privilegiada de recursos públicos

¹² Art. 136, I e II, c/c 101 e 129, todos da Lei nº 8.069/90.

¹³ Arts. 227 da CF e 4º, parágrafo único, “c” e “d”, da Lei nº 8.069/90.

para essa área. A bem da verdade, as coisas não se modificaram num toque de mágica – aliás, até o momento ainda persistem alguns gestores na prática do descumprimento dessa norma, deixando de privilegiar, no orçamento, as políticas públicas *direcionadas às crianças e aos adolescentes.*"¹⁴

Se todas as despesas e receitas públicas carecem de previsão orçamentária, a "janela" para compelir os Municípios a cumprirem com os comandos legais passa pelo controle e monitoramento minucioso das normas orçamentárias, notadamente da Lei Orçamentária Anual – LOA. FIA "próximo de zero" ou orçado de forma ínfima e desproporcional em relação a outros gastos públicos é sinônimo de "desconsideração absoluta"!

4. As alternativas de intervenção para otimização dos recursos públicos no FIA

Já que, na prática, os recursos do FIA Municipal, na prática, ou inexistem ou são insuficientes, resta saber quais as intervenções passíveis de serem adotadas pelos órgãos oficiais e organizações sociais para a modificação desta lastimável realidade. Por mais que o Ministério Público possa protagonizar a fiscalização e tornar providências extraprocessuais e judiciais, torna-se fundamental o engajamento de outros órgãos oficiais (Tribunal de Contas, Poder Legislativo, Conselho dos Direitos da Criança e Adolescente e Conselho Tutelar) e a mobilização de segmentos da sociedade civil¹⁵ para que a *prioridade absoluta* na destinação dos recursos públicos transite do discurso vazio para a plena aplicabilidade. É justamente a partir da diretriz da municipalização que o planejamento de ostensiva e estratégica intervenção será enfocado.

4.1. O concurso cumulativo de vários protagonistas para o exame e monitoramento contábil dos papéis orçamentários

4.1.1. O papel do CT, do CMDCA, do Poder Legislativo e dos Tribunais de Contas

Quando da elaboração do quadro orçamentário, em especial da LOA, convém que o CMDCA e o CT, cumprindo determinação legal participem ativamente desse processo para que, de posse de critérios

¹⁴ CYRINO, Públio Caio Bessa; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

¹⁵ Art. 88, VI, da Lei nº 8.069/90.

objetivos e idôneos, afira-se a quantidade e espécie dos recursos destinados ao Orçamento Criança e Adolescente – OCA, obrigação que, de modo geral, não vem sendo cumprida a contento, o que inexoravelmente traz reflexos negativos na composição do FIA.¹⁶ Certo é que os papéis orçamentários não podem permanecer ilustres desconhecidos das autoridades locais, muito menos do CT e do CMDA, legítimas instâncias da sociedade organizada, razão pela qual esses, em caráter prioritário, devem monitorar a qualidade do orçamento elaborado pelo Executivo, cotejando-o com padrões objetivos coerentes com a realidade local.¹⁷ Ressalte-se que a participação do CMDCA na elaboração do OCA, em vez de ser mera liberalidade do administrador, constitui dever deste, cujo desatendimento é capaz de macular a manutenção da proposta orçamentária enquanto decisão política que precisa guardar harmonia com o princípio da democracia participativa.

Sendo obrigatória a destinação prioritária de verbas para tal área e ocupando o CMDCA o papel de órgão deliberativo das políticas públicas infanto-juvenis (portanto centro de decisão administrativa que vincula o gestor), não pode o Executivo eximir-se de prever recursos para subsidiar os programas de atendimento e, mais ainda, de fazê-lo na forma deliberada pelo Conselho de Direitos, desde que a decisão do colegiado esteja *“em conformidade com os requisitos e pressupostos dos atos administrativos em geral e, ainda, com as regras procedimentais constantes da legislação de regência”*.¹⁸

Para tanto, deve existir programa de formação continuada dirigido aos integrantes dos Conselhos de Direitos e Tutelar

¹⁶ O CT, pelo art. 136, IX, da Lei nº 8.069/90; o CMDCA, por conta de sua atribuição deliberativa em decorrência da democracia participativa e por ser o órgão gestor do FIA.

¹⁷ Sugere-se que as ONGs com atuação no plano nacional e internacional criem alternativas capazes de somarem esforços para passar um “pente fino” nos orçamentos municipais de todo o país, valendo-se, por exemplo, de convênios com os Conselhos de Contabilidade para que, supletivamente, inclusive, haja estudo e produção científica sobre os parâmetros do Orçamento Criança e Adolescente.

¹⁸ TAVARES, Patrícia. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **A Política de Atendimento. Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

habilitando-os a compreender e discutir as três normas orçamentárias: Plano Plurianual – PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e Lei Orçamentária Anual – LOA¹⁹. O PPA estabelece as prioridades governamentais para os três primeiros anos do mandato vigente e o inicial do subsequente, servindo de base para as duas outras; a LDO detalha as metas do PPA a serem cumpridas no ano em vigência; por fim, a LOA estima as receitas e despesas anuais de cada rubrica orçamentária.

Respeitado o limite de suas atribuições, ambos os Conselhos devem estar articulados e preparados para atuar permanentemente sobre o tema, tanto na elaboração das três peças orçamentárias como no acompanhamento de sua execução. Como gestor do FIA, compete ao CMDCA elaborar os *planos de ação* (documento que define as metas deliberadas pelo Conselho, estabelecendo as atividades a serem implementadas com os recursos do FIA) e *de aplicação* (distribuição dos recursos para as ações escolhidas pelo CMDCA como prioritárias). Esses instrumentos devem integrar a proposta orçamentária do Executivo, para tornar reais as decisões políticas do CMDCA. Tais planos precisam ser concebidos em parceria com o Conselho Tutelar, cujos membros, por conta da lida diária com os problemas infanto-juvenis, possuem condições de assessorar a concepção da proposta orçamentária, inclusive com sugestões sobre quais as prioridades a serem trabalhadas. Não basta, contudo, que ambos os Conselhos atuem na elaboração das normas orçamentárias, precisam também fazer-se presentes, intervindo de forma efetiva tanto previamente como durante as sessões legislativas de votação, se preciso fazendo uso da palavra, tudo para que a proposta inicial não seja desvirtuada. Com isso, poderá surgir espaço para pôr em prática o compromisso de Vereadores, pressionados pelos Conselheiros Tutelares e de Direitos bem como por representantes de organizações não-governamentais, para que, havendo necessidade, ocorra a devida correção orçamentária.

¹⁹ Tais normas serão enviadas, respectivamente, até o dia 31 de agosto do primeiro ano de cada mandato governamental; até 15 de abril de todos os anos e até 31 de agosto de cada ano. Esses prazos podem sofrer modificações pelas legislações locais, porém geralmente seguem o padrão definido na Carta da República (arts. 165, I; 165, § 2º; 165, § 5º, respectivamente).

Independentemente do trabalho dos colegiados acima, cabe ao Legislativo local, de preferência assessorado pelo Tribunal de Contas, assumir o papel de fiscal crítico e participativo, deixando de ocupar posição puramente formal e chancelatória das peças orçamentárias remetidas pelo Executivo para, se preciso, buscar a correção dessas pelas providências ao seu alcance.

Ao Tribunal de Contas, dentro de sua autonomia, compete disponibilizar sua qualificada equipe técnica para realizar permanente auditoria sobre as peças orçamentárias e participar tais informações e relatórios aos demais órgãos que operam no sistema, notadamente os Conselhos e o Ministério Público.

4.1.2. O Ministério Público como órgão de controle social

Como guardião dos direitos e garantias assegurados às crianças e aos adolescentes²⁰, o Ministério Público deve ser destinatário das selecionadas informações pertinentes à elaboração do OCA, para aferir eventuais distorções orçamentárias e atuar *resolutivamente*²¹, adotando medidas extrajudiciais para as devidas correções (via recomendação administrativa ou termo de ajustamento de conduta), ou, em último recurso, interferir de modo *demandista*, deduzindo ação civil pública contra o Município. Havendo estrutura e recursos humanos suficientes, também convém que essa instituição priorize, em seu planejamento estratégico, a lotação de cargos auxiliares²² de auditores contábeis para análise orçamentária, a qual, na falta de maior especificidade legislativa, deve ser feita com base em

²⁰ Art. 201, VIII, da Lei n° 8.069/90.

²¹ “Espera-se que o Promotor de Justiça seja *realizador* de positivas transformações sociais, não apenas um asséptico burocrata capaz de contentar-se com mera atuação processual. É tal postura que merece predominar em todos os campos de atuação” (conforme idéia já debatida no artigo **Para onde caminha o Ministério Público?**, destes mesmos autores.). Cf. BERCLAZ, Márcio Soares; MOURA, Millen Castro Medeiros de. XXVI Congresso Nacional do Ministério Público. Salvador: Livro de Teses, 2007.

²² No artigo supracitado, estes autores já defendiam a reestruturação dos órgãos auxiliares, “a fim de mitigar o isolamento do Promotor de Justiça como *centro de atenção* do qual emana toda e qualquer providência, contribuição decisiva para a obtenção de resultados satisfatórios e compatíveis com a expectativa da sociedade e o elevado padrão de exigência constitucional”.

parâmetros e informações objetivas comparados com as demais rubricas orçamentárias, considerando, inclusive, as carências da rede de atendimento.

Mesmo na falta de detalhamento legislativo sobre o tema, é possível, com soluções criativas, em cada caso concreto, constatar se há, ou não, violação dos paradigmas legais da prioridade absoluta e destinação privilegiada de verbas, retirando-se, assim, máxima amplitude e eficácia dos mencionados dispositivos. Inicialmente, o Promotor de Justiça verificará se o planejamento orçamentário contempla rubricas destinadas ao funcionamento do Conselho Tutelar, inclusive relativas à remuneração dos membros, estrutura física, transporte, formação continuada. Em seguida, examinará se há previsão para cursos dirigidos ao CMDCA, estrutura de apoio a esse órgão, despesas com pagamento de diagnóstico e elaboração dos planos de ação e aplicação, essenciais para a efetivação da política municipal de atendimento. Feito isso, observará se os gastos com os Gabinetes do Executivo e do Legislativo ou custeio de outras despesas são excessivos em comparação com o OCA. Todo esse cuidado é necessário porque não basta a destinação de recursos, sendo preciso que esses sejam não só suficientes como privilegiados e proporcionais ao tamanho e à riqueza do Município; afinal de contas, tem faltado coerência e sobrado violações aos comandos legais, seja para estruturar a rede de atendimento, seja para alocar recursos no FIA.

Assim, além de responsável por bem articular os conselhos de atuação municipal (Tutelar e CMDCA), o Ministério Público tornou-se importante protagonista para a efetivação dos mencionados dispositivos normativos que, necessariamente, antes de retórica vazia e estéril, precisam repêrcutir no quadro orçamentário. Afinal de contas, como bem lembrado por Olympio de Sá Sotto Maior Neto, "além da escola, da família e de outros espaços adequados para o seu desenvolvimento - *lugar de criança é nos orçamentos públicos*".

Nota-se, pois, que, em decorrência do trabalho conjunto entre o Ministério Público e os demais órgãos supracitados, a costumeira proposta orçamentária mal-elaborada pelo Executivo, intencionalmente ou não, deixará de ser meramente homologada pelo Legislativo para, se preciso, ser submetida à apreciação do Poder Judiciário por assumir natureza de situação ilícita capaz de ensejar tanto a correção judicial como a responsabilização do gestor no plano da improbidade administrativa.

4.1.3. O respaldo do Poder Judiciário na judicialização do problema

Uma vez provocado a decidir sobre o tema, espera-se que o Poder Judiciário supere ultrapassado entendimento *procedimentalista* vinculado às tradicionais e emboloradas teses da *separação de poderes* e *discrecionariedade administrativa*, as quais, não raras vezes, dificultam a concretização do ideal de transformação social inerente ao Estado Democrático de Direito. Dispensa-se o argumento da imaginária separação *absoluta*, incompatível com o sistema de freios e contrapesos de controle e fiscalização recíproca entre os poderes, bem como não se aceita a *ilimitada* discrecionariedade administrativa, a qual tolera que agentes políticos se sintam desobrigados de cumprir os comandos legais da prioridade absoluta e destinação preferencial de recursos públicos.

Independentemente de que conveniente edição legislativa explicita o detalhamento dos comandos legais mencionados, o que facilitará o trabalho dos operadores do direito, imprescindível que estejam os magistrados dispostos a exercer o papel de corajosos guardiães da Carta Magna cuja finalidade busca verdadeira e legítima *jurisdição inclusiva*²³, no tema da *judicialização de políticas públicas*. A efetividade da prestação jurisdicional, nesse campo, depende do sensível uso de ferramentas hermenêuticas pelo julgador preocupado em concretizar o *princípio da prioridade absoluta* em matéria orçamentária, a fim de romper com uma visão asséptica e mecanicista, verdadeiro flagelo sobre a realidade de crianças e adolescentes em situação de risco social²⁴, dependentes da estruturação de uma eficiente rede de atendimento.

O Judiciário, uma vez acionado, sem descurar das premissas da *filosofia da linguagem*, deve sair literalmente da sua inércia existencial para, debruçando-se sobre os comandos da *prioridade absoluta* e *destinação preferencial de recursos públicos*, deles extrair “significantes” e “significados” coerentes e capazes de produzir reflexos obrigatórios na esquematização dos *orçamentos públicos*. Só assim se efetivarão políticas públicas no sinuoso trajeto capaz de conduzir a população infanto-juvenil da “exclusão” para a “cidadania”.

²³ Expressão de Paulo Afonso Garrido de Paula (cf. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo, RT, 2002)

²⁴ Art. 98 da Lei nº 8.069/90.

O Direito sofreu (...) as influências desse modelo em crise que levou ao seu empobrecimento e à sua inércia em lidar com questões urgentes da sociedade complexa e multicultural de nossos dias, através do abandono progressivo da filosofia na miséria cotidiana da práxis positivista. (...) o positivismo tentou reduzir esse saber complexo (...) à mera técnica, qual seja, saber subsumir a regra posta pelo Estado ao caso concreto (...) pensamos as categorias do Direito, como a justiça, a segurança e a estabilização das expectativas como o resultado da aplicação da lei, uma operação lógica, simples e automática de dedução. Mas o Direito é muito mais do que isso: não só a equiparação do Direito à lei é um mito positivista, quanto a simplificação do processo de aplicação, ou seja, a dedução também o é. O Direito exige muito mais de nós e por isso que não podemos abrir mão da dimensão crítico-reflexiva que a filosofia nos propõe.²⁵

Dessa forma, em tempos pós-modernos de *giro lingüístico*, de resgate da *subjetividade*^{26 27}, espera-se que o Judiciário siga a lição de precedentes com a mais oxigenada exegese, como a visão proposta pela consciente e qualificada magistrada Vera Deboni:

Diante da omissão da Municipalidade, que admite em sua resposta que não só não repassou a verba determinada em orçamento, como também não o fará, exsurge a necessidade de pronunciamento do Poder Judiciário. Algumas pretensões de mesma natureza da presente, têm sido fulminadas por juízes e tribunais, sob o argumento

²⁵ BRAGATO, Fernanda Frizo. A filosofia no direito e a superação do paradigma positivista. Monografia de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UNISINOS, 2007 (no prelo).

²⁶ Adotando-se a linha de que, no processo de conhecimento da jurisdição, cabe ao método fenomenológico conter o inevitável subjetivismo do intérprete-juiz, abrangendo sua tradição, historicidade, condição de ser-no-mundo, basta adequar a decisão à realidade dos paradigmas da prioridade absoluta e da proteção integral como linhas-mestras capazes de emprestar efetividade e autonomia ao Direito da Criança e do Adolescente.

²⁷ "Surgem novos espaços de pensamento que, junto ao questionamento das metáforas e premissas que orientam a epistemologia e a ciência da modernidade, vão destacando a importância para a ciência de temas tradicionalmente vinculados com a arte, tais como a subjetividade, a criatividade, a singularidade e os espaços gerais para o encontro com o outro" (Cf. WARAT, Luís Alberto. *Metáforas para a ciência, a arte e a subjetividade. Territórios desconhecidos: A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.)

da impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário na esfera discricionária do Poder Executivo. Felizmente, porém, novos ventos sopram, apontando soluções mais ousadas e cívicas e de perfeito entendimento jurídico da efetividade da normativa em vigor, estando os julgadores empenhados em não deixar leis de alcance social significativo passarem à mera condição de "ornamento normativo", carente de eficácia prática. (...) Não se cogita, aqui, de mera liberalidade política do administrador em destinar valores para o Fundo Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, mas sim, em obrigatoriedade legal. (...) Diante do exposto, DEFIRO A LIMINAR requerida pelo MP para determinar a indisponibilidade (...) comprovar o recolhimento de igual quantia junto ao Fundo Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (...) (Autos nº 279735001.04629 – Vara Regional da Infância e Juventude de Santa Maria (RS), 18.12.1997)

Nessa mesma esteira, Alexandre Morais da Rosa sustenta que a decisão judicial atravessa um processo de *bricolage*, de ordenação e ligação de *significantes*, no qual, ao lado das *pretensões de validade* expostas pelas partes, cabe ao protagonista, o "um-juíz", exercer sua atividade decisória longe das *certezas paranóicas* do (in)consciente *senso comum teórico* (que, como dito, infelizmente, tem predominado no campo da judicialização das políticas públicas). Por esse motivo, para bem cumprir a Constituição, esse mesmo "um-juíz" precisa ouvir, sempre que possível, as posições legítimas e representativas da sociedade (v.g, deliberações das conferências voltadas ao tema da infância), afinal de contas, como assevera o mesmo doutrinador, que também é magistrado, "*é do entrecruzamento de diversos discursos, da fusão de horizontes, realizados num processo intersubjetivo válido de encontro, que se constroem verdades possíveis*".²⁸

Dependendo da qualidade e efetividade da resposta do Poder Judiciário, viável apostar que a mudança do deficitário quadro orçamentário voltado à infância e adolescência pode ser o real "horizonte de sentido" capaz de representar a saída da "desconsideração absoluta" para o caminho da

²⁸ "Os significantes adquiridos validamente no decorrer deste processo democrático precisam, ao seu final e pelo 'um-juíz', ser selecionados, simplificados, articulados, organizados, para que, somente então, o sentido advenha, num processo de 'bricolagem jurídica'. Uma decisão se diferencia de outra porque é construída por um personagem humano específico, no tempo, espaço e lugar, ou seja, em um momento histórico, e o narrador-juíz, com sua singularidade, congrega o papel de acertador de significantes." Cf. Gadamer, ob. cit.p. 384.

otimização dos recursos exclusivamente destinados para o Orçamento Criança e Adolescente.

4.2. A responsabilização e o ato de improbidade administrativa do agente político que desrespeita o princípio da prioridade absoluta

A maioria do Estatuto contrasta com a tímida atuação dos operadores de direito para combater o desrespeito aos comandos legais voltados à problemática orçamentária. Diante da escassez de recursos públicos para implementação da rede de serviços e atendimento à população infanto-juvenil, clama-se pela efetivação de medidas enérgicas pelos atores do sistema de direitos e garantias. A prioridade absoluta faz desaparecer a discricionariedade do administrador, que, obrigatoriamente, deve proceder à destinação privilegiada de recursos públicos para essa área, em consonância com os *planos de ação e de aplicação* elaborados pelo CMDCA. Não só deve o gestor destinar recursos para a área infanto-juvenil, mas fazê-lo em conformidade com a resolução do Conselho de Direitos, órgão ao qual compete estabelecer a política municipal nesse âmbito.

Uma vez descumprida, por parte do administrador público, uma **deliberação** do Conselho de Direitos (...) deverá o Órgão tomar medidas de cunho administrativo e mesmo judicial; não apenas para **fazer prevalecer sua decisão** que, como dito acima, é **soberana**, mas também no sentido de buscar a **responsabilidade** daquele, que terá, então, na **melhor** das hipóteses, atentado contra os **princípios** fundamentais que regem a administração pública, na forma do previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92). (grifos do autor)²⁹

Compete ao gestor comprovar que, na programação orçamentária, particularmente na distribuição das receitas e despesas, houve respeito e preferência na vinculação de recursos exclusivos em favor das crianças e dos adolescentes, sob pena de ser responsabilizado.

(...) não poderá mais haver a desculpa amarela da falta de verbas para a criação e manutenção dos serviços afetos à infância e juventude. (...) A discricionariedade dos atos administrativos cessa

²⁹ DIGIÁCOMO, Murilo José. **Apenas o Conselho Tutelar não basta.** Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id120.htm>. Acesso em 15.03.2008, às 12:28.

quando há violação da garantia da absoluta prioridade e a omissão do administrador resultar em dano efetivo.³⁰

O descumprimento das determinações de *prioridade absoluta* e *destinação privilegiada de recursos públicos* (especialmente se posterior à recomendação sobre necessidade de revisão e retificação do agir administrativo) merece análise sob a tipologia do ato de improbidade administrativa que atenta contra princípios da administração pública³¹, conduta que, em tese, também pode gerar repercussão criminal³². Assentada a era *pós-positivista*, a despeito de toda a polêmica envolvendo o alcance da Lei de Improbidade Administrativa³³, indiscutível a necessidade de revigorar a força normativa dos princípios, especialmente para responsabilizar gestores públicos que pratiquem atos de má gestão administrativa por desonestidade ou ineficiência funcional dos quais advenha prejuízo à doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes. Os princípios não são meras sugestões, constituem-se verdadeiras normas que encerram um elenco de direitos e garantias, cuja inobservância eiva de ilicitude o comportamento do agente público.

Postos para serem determinantes de comportamentos públicos e privados, não são eles arrolados como propostas ou sugestões: formam o Direito, veiculam-se por normas e prestam-se ao integral cumprimento. A sua inobservância vicia de mácula insanável o comportamento, pois significa a negativa dos efeitos a que se deve prestar. Quer-se dizer: os princípios constitucionais são positivados no sistema jurídico básico para produzir efeitos e devem produzi-los.³⁴

³⁰ BRONZEADO, Valério. *Monitoramento da garantia da absoluta prioridade*. <http://www.apmp.org.br/artigos/artigos/Monitoramento.prn.pdf>. Acesso em 15.03.2008, às 22:23.

³¹ Art. 11 da Lei nº 8.429/92: “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 (...)”.

³² Por descumprimento de legislação federal (art. 1º, XIV, do Decreto Lei nº 201/67 – “negar execução a lei federal (...)”).

³³ Como, por exemplo, o questionamento indevido da própria norma e a discussão sobre o foro privilegiado.

³⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

Assim, uma vez verificada que a conduta do agente político violou os postulados legais relativos à prioridade orçamentária necessária para a promoção das políticas infanto-juvenis, cumpre processar judicialmente o gestor, atitude capaz de estabelecer duas conseqüências: (1) traço punitivo e responsabilizador para o caso concreto; (2) viés punitivo-pedagógico para prevenir e mitigar desprezo e desconsideração absoluta das demais autoridades quanto à matéria, rechaçando a sensação de impunidade ainda tão disseminada em nosso país.

O elenco legal não constitui mera recomendação aos órgãos governamentais e não-governamentais responsáveis pela realização da política de atendimento; pelo contrário, consubstancia-se verdadeiro comando normativo e, portanto, de execução obrigatória, sob pena do ajuizamento das "ações de responsabilidade" referidas no art. 208 do ECA.³⁵

4.3. Conveniência de edição legislativa para estabelecer critérios objetivos e parâmetros quanto ao cumprimento da prioridade absoluta do OCA

Ainda que a hermenêutica constitucional e uma aguçada visão social do juiz constituam ferramentas eficientes para a efetivação dos princípios supracitados, antevendo as dificuldades que uma visão progressista e favorável à judicialização do tema (inclusive com repercussão no campo da improbidade) enfrentará em virtude do *senso comum teórico*, convém editar-se norma nacional (seja por emenda constitucional, seja por acréscimo de dispositivo ao ECA) que pormenorize e defina contingenciamento de recursos ou parâmetros objetivos mínimos e específicos para a otimização do OCA.

Tal como ocorre com as verbas referentes à educação e saúde, estima-se que a estipulação de percentual do orçamento (receitas vinculadas) às despesas com os programas de atendimento e políticas públicas infanto-juvenis seja providência pertinente para obrigar o Município (e os demais entes federativos) a otimizar os recursos para o OCA, o que inclui o custeio da rede de atendimento e o destino de recursos específicos e suficientes para o FIA. Com isso, estar-se-á detalhando e estabelecendo expressamente os parâmetros legislativos

³⁵ TAVARES, Patrícia. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente. Ob. cit., 2006.

que devem nortear a obrigação de cada ente federativo na conformação e adequação do orçamento frente aos princípios da prioridade absoluta e destinação privilegiada de recursos públicos.

5. Conclusão

A falta de investimento prioritário e preferencial na efetivação das políticas públicas infanto-juvenil é obstáculo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária³⁶, capaz de garantir proteção integral às crianças e adolescentes em situação de risco, mormente num país de extenso território e multifacetadas mazelas sociais. Ora, não se implementam políticas públicas específicas sem a destinação própria e suficiente de recursos financeiros para o devido custeio.

Em que pese o ECA estar completando dezoito anos, ainda carecem de implementação muitas de suas normas, especialmente a destinação prioritária de verbas para atender à população infanto-juvenil, que, em sua maioria, ainda vive verdadeiro estado marginal de ignorância frente à classe política dirigente. Na prática, a programação orçamentária tem sido sinônimo de desconsideração absoluta à infância e juventude, pela escassez de recursos destinados a essa área. Das “sombras” do orçamento público tudo o que não “sobra” são receitas para custeio da rede de atendimento e otimização dos recursos do Orçamento Criança e Adolescente, incluindo o próprio FIA.

Para enfrentar essa problemática, propõem-se algumas estratégias de intervenção:

a) Os Conselhos de Direitos e Tutelares, na condição de órgãos municipais respectivamente responsáveis pela deliberação das políticas infanto-juvenis municipais e por sua execução no caso concreto, precisam envolver-se na elaboração e acompanhamento das leis orçamentárias.

b) As Câmaras Legislativas, cumprindo seu papel de fiscalizadoras críticas e independentes do Executivo, deverão verificar se a proposta orçamentária encaminhada por este guarda harmonia com os princípios da prioridade absoluta e da destinação preferencial de recursos públicos e, em caso negativo, adotar as providências cabíveis no âmbito do processo legislativo.

³⁶ Art. 3º, I, da Constituição da República.

c) Ao Tribunal de Contas compete não só assessorar o Poder Legislativo como, dentro de sua autonomia, disponibilizar sua qualificada equipe técnica para realizar permanente auditoria sobre as peças orçamentárias e participar tais informações e relatórios aos demais órgãos que operam no sistema de garantia de direitos, notadamente os Conselhos e o Ministério Público.

d) O Ministério Público, além da responsabilidade de articular os conselhos de atuação municipal (Tutelar e CMDCA), deve atuar tanto na via resolutiva (expedindo recomendações administrativas e celebrando termos de ajustamento de conduta) como demandista (propondo ação civil pública) para defender a concretização dos comandos legais da prioridade absoluta e da destinação preferencial de recursos nos orçamentos públicos.

e) O Poder Judiciário, quando acionado para decidir sobre o orçamento criança e adolescente, precisa sair de sua inércia existencial para corajosamente extrair dos comandos legais da *prioridade absoluta* e *destinação preferencial de recursos* uma verdadeira *jurisdição inclusiva*, admitindo interferência na questão orçamentária por meio da judicialização de políticas públicas infanto-juvenis.

f) O descumprimento dos comandos legais da *prioridade absoluta* e da *destinação preferencial de recursos* possibilita tanto a propositura de ação civil pública para estabelecer obrigação de fazer de natureza orçamentária como o ajuizamento de ação de improbidade administrativa por violação de princípios (art. 11 da Lei 8.429/92) e de ação penal por descumprimento de legislação federal (art. 1º, XIV, do Decreto Lei nº 201/67).

g) Convém que se edite norma nacional (emenda constitucional ou lei ordinária) capaz de estabelecer parâmetros objetivos mínimos e específicos para a otimização do Orçamento Criança e Adolescente.

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Marcus Aurélio Mousinho

Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Ampal/Fejal; Pós-Graduado e Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia/Ielf; Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito Penal) pela Universidade Del Museo Social Argentino (Argentina). Membro do Ministério Público do Estado de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O tipo penal em uma perspectiva naturalística sob a visão causalista, o tipo objetivo. 3. O tipo penal em uma perspectiva naturalística, na visão da teoria funcionalista, o tipo objetivo-subjetivo. 4. O tipo na visão naturalística sob o enfoque da teoria da imputação objetiva, o tipo subjetivo-objetivo, a criação de um risco proibido, a realização deste risco no resultado. 5. Tipo penal numa visão normativa sob o aspectos das teorias mencionadas. 6. Rápida menção aos demais elementos componentes da teoria da imputação objetiva. 7. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo busca de forma aproximativa enfocar a teoria da imputação objetiva, sem pretender percorrer seus caminhos, ainda tortuosos e desconhecidos, mas, apresentar um cenário onde se possibilite conhecê-lo seu inicial funcionamento, o que ela tem de básico, para que possamos partir em direção ao complexo, onde compreendido esse, compreendido estará sua importância às garantias constitucionais de todos os cidadãos frente ao Estado Leviatã.¹

Iniciaremos o assunto, pelo designativo do tema, teoria da imputação objetiva fenômeno que hoje toda a doutrina brasileira discute, que para muitos, recebe designação equivocada (não comportando nos limites deste trabalho a discussão dessa polêmica), dividindo opiniões de renomados doutrinadores; salutar no desenvolvimento de qualquer teoria que se pretenda sedimentar-se, caminho naturalmente buscado a fim de contribuir-se para que soluções

¹ Apud, Claus Roxin, **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**, p., 2 e 3.

mais justas possam ser efetivamente manejadas quando da análise dos casos concretos refletindo-se de forma direta nas consequências da violação da norma penal, traduzidas na sanção a ser estabelecida.

2. O tipo penal em uma perspectiva naturalística sob a visão causalista, o tipo objetivo

Utilizando-se de um conceito síntese, a imputação objetiva enuncia o conjunto de pressupostos genéricos que fazem da causação uma causação objetivamente típica.²

O tipo na concepção de Von Liszt compreendia um causar o resultado naturalístico. Tomando como exemplo a infração penal do homicídio, matar seria causar a morte de alguém. O tipo era originariamente objetivo, ou melhor, puramente objetivo.

Nesse período, sob a influência das leis naturais, tinha-se a ação, humana como um acontecer causal destituído de qualquer conteúdo de vontade, onde o tipo integralizava-se simplesmente com o causar o resultado, digo destituído de conteúdo de vontade, posto, o dolo e a culpa eram elementos da culpabilidade, ou seja, os elementos subjetivos da culpabilidade, que nela se situavam, aliás, eram tipos de culpabilidade. O injusto penal (fato típico e ilícito) complementava-se por um acontecer causal sem estar justificado. Assim, no exemplo do fabricante que produzisse a arma de fogo, que anos após nas mãos de um criminoso viesse a ser utilizada para matar alguém, era causa do resultado morte, por ser condição sem a qual o resultado não ocorreria, já que era *condictio sine qua non* do resultado, pois se não a houvesse fabricado, não haveria a morte. Os causalistas afastavam a punição do fabricante, pela ausência de culpabilidade, pois não previra o resultado morte (dolo) e nem poderia prevê-lo (culpa), por ser o dolo e a culpa formas de culpabilidade. Aquele praticava uma ação típica (fabricar a arma- causa do resultado) - posto o tipo ser puramente objetivo - ilícito, sem causa alguma de justificação, (legítima defesa, estado de necessidade) mas, não era o agente culpável (ausência de dolo ou culpa).

Nessa fase de desenvolvimento do tipo, percebe-se que a vontade presente no momento do agir, vazia de conteúdo, ou seja, não lhe interessava o querer do agente, daí a afirmação de tipo puramente objetivo. Matar era causar a morte, e já tínhamos a conduta típica. O

² Luiz Greco, **Imputação Objetiva**. Lumen Juris, 2005, p. 5

querer do agente, não se perquiria nesse momento, não pressupunha a integralização do tipo.

O resultado era elevado a categoria máxima, pois o tipo era causar o resultado.

3. O tipo penal em uma perspectiva naturalística, na visão da teoria funcionalista, o tipo objetivo-subjetivo

Foi com o trabalho de Welzel, após a segunda guerra mundial - agregando ao tipo, que era puramente objetivo, elementos subjetivos, tornando-o um tipo objetivo-subjetivo - que a vontade ganhou conteúdo, o agir humano pressupunha o querer realizar o tipo, alcançar o resultado. Era a teoria finalista da ação.

Percebeu Welzel que a causação de um resultado, precedia conhecimentos prévios dirigindo à causalidade. E só o homem pode elaborar com antecedência e assim, escolher e dirigir o acontecimento causal em função da sua vontade.

Com o tipo, agora, objetivo-subjetivo, o dolo e a culpa que antes eram formas de culpabilidade migram para o fato típico, pois entendidos como conteúdos da vontade, restando à culpabilidade elementos puramente normativos. Com isso o causar o resultado não mais bastava para integralizava o tipo, e sim o acontecer causal dirigido pelo conteúdo da vontade, a intencionalidade ou finalidade

O tipo, agora com um lado subjetivo, dolo e culpa, guiavam a causalidade através da busca do resultado, tornando a conduta causal (tipo objetivo) em conduta típica. Tínhamos, então, o tipo formado pelo tipo objetivo e o tipo subjetivo.

Contudo, não obstante a radical transformação alcançada, que não se resume somente na migração do dolo e culpa para o fato típico, mas, profundas modificações de ordem filosóficas (não encaradas nos estreitos limites deste texto), Welzel, não mexeu no tipo objetivo, assim, continuava ele a ser a causação de um resultado nos moldes da teoria causalista. O fato típico era formado pelo tipo subjetivo e pelo mesmo tipo objetivo dos causalistas, portanto, o fabricante que produzia a arma de fogo, continuava a praticar uma ação, agora, objetivamente típica, e tinha afastada sua punição pela ausência do tipo subjetivo, diante da ausência de dolo ou culpa.

É de se observar que Welzen relegou a segundo plano o tipo objetivo, realçando a valor da ação como componente, ainda pré-jurídico, portanto, ainda partindo de uma concepção naturalista, em obediência as leis naturais:

Mesmo sob o domínio da teoria finalista, não se logrou obter êxito em vários casos citados pela doutrina, com a teoria da equivalência dos antecedentes que utilizava fórmula da eliminação hipotética a estabelecer se a condição do resultado seria causa dele. Vejamos:

- O caso de autoria colateral, ou condutas alternativas, em que “A” e “B” visando a morte de “C” lhe deitam veneno em seu chá, onde cada ação individualmente é suficiente à causar a morte, e essa ocorre. Utilizando a teoria da equivalência das condições, a utilizada pela doutrina brasileira, chegaríamos a conclusão esdrúxula de uma morte sem causa. Isso porque, excluindo a conduta de “A” o resultado permaneceria. Da mesma forma que a de “B”.

Das duas teorias expostas, causal e finalista da ação e seus pontos característicos, observamos que aquela deu cores maiores ao resultado, e esta, à ação, agora complementada pelo conteúdo da vontade, porém, mantendo intacto o tipo objetivo, sem modificá-lo.

As razões do direcionamento dado pela teoria da causalidade e a finalista, realçando maior importância, àquela ao resultado, esta à ação, não comporta discussão no âmbito desse ensaio, mas, é importante ressaltar que ambas partiam de um mesmo embasamento: colhiam seus fundamentos dos dados obtidos nas leis da natureza, portanto, numa perspectiva *ex-ante* ao delito.

Traçados brevemente a trajetória percorrida pelo tipo chegamos a teoria da imputação objetiva.

4. O tipo na visão naturalística sob o enfoque da teoria da imputação objetiva, o tipo subjetivo-objetivo,

Em meados de 1970, Roxin, com base em trabalhos de Larez e Hiong, estabelece critérios para fazer de uma causação típica, guiada pelo conteúdo da vontade, numa causação objetivamente típica.

Roxin mostrou que uma causação para ser considerada objetivamente típica, não contentar-se-ia mais com o simples acontecer causal guiado pelo conteúdo da vontade, ou seja a estrutura do tipo

divido em tipo objetivo (causar um resultado naturalístico) e o tipo subjetivo (dolo ou culpa). Se fazia necessário ir além das leis da natureza como ponto fundante da causação, buscando novos paradigmas para atribuir um resultado causado, como obra de seu autor.

No dizer de Roxin: “Assim a tarefa primária da imputação ao tipo objetivo é fornecer as circunstâncias que fazem de uma causação (como limite máximo da possível imputação) uma ação típica, ou seja, que transformam por ex. a causação de uma morte em homicídio; se uma tal ação de matar também deve ser imputada ao tipo subjetivo, considerando-se dolosa (...)”³.

E isso se devia em parte aos problemas não resolvidos pela relação causal que lançava mão da teoria da equivalência onde causa era toda condição de um resultado que, se eliminada hipoteticamente desapareceria o resultado, como explica Roxin.

Se por ex., um motorista bêbado não consegue mais dominar seu carro e acaba caindo na pista em sentido contrário, onde colide com um carro vindo do outro lado, o uso de álcool é causa deste resultado; pois se o excluirmos mentalmente, o motorista do carro teria permanecido na pista correta, e o acidente não teria ocorrido. A vítima seria igualmente causa do resultado: se excluirmos mentalmente o fato de ela dirigir, não se chegaria ao acidente. De acordo com a referida fórmula, também os produtores dos carros são causas do resultado: igualmente, outras pessoas, que motivaram os dois motoristas a sair dirigindo, uma série de outras circunstâncias que tivessem influência sobre o acontecimento em concreto (por ex., a construção da estrada, a descoberta do motor etc). Não se faz qualquer seleção entre as inúmeras condições de um resultado. Pelo contrário, todas as condições são consideradas equivalentes (i. e., de igual valor), e é graças a esta valoração que deve a teoria da equivalência seu nome (p.274).

São em casos tais que a teoria da imputação objetiva, em complemento a teoria causal, se propõe a resolver vários casos não resolvidos por esta, ressaltando, sem abrir mão, a toda evidência, da relação causal.

De feito, a imputação pressupõe a causação do resultado nos delitos materiais. “A imputação ao tipo objetivo é um problema da Parte

³ Claus Roxin, **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**, p.308.

Geral unicamente naqueles tipos que exigem um resultado espaciotemporalmente distinto da ação do autor. Uma tal imputação objetiva, nos delitos comissivos, é de antemão impossível se o autor não causou o resultado. Por causa disto, a teoria do nexo de causalidade (ao menos nos delitos comissivos, os únicos de que aqui se vai tratar) é o fundamento de toda imputação do tipo objetivo”.⁴

Enxergou a teoria da imputação objetiva que o tipo como estava posto, tipo objetivo (causar o resultado) + tipo subjetivo (dolo ou culpa) não satisfazia a finalidade do direito penal voltada à exclusiva proteção de bens jurídicos, relegando, assim, o tipo subjetivo a um segundo plano, trazendo, de outro lado a cena, o tipo objetivo, porém agregando-lhe dois novos elementos.

Assim, agora as cores voltavam-se ao tipo objetivo, porém não se esgotava mais na simples causação de um resultado, mas, para se tornar uma causação tipicamente objetiva, necessitaria fundamentalmente da criação de um risco proibido e a realização deste risco no resultado.

Essa é a idéia central da qual se ergue a imputação objetiva.

O tipo objetivo que se traduzia na causação de um resultado, tem agregado a ele dois novos elementos, a criação de um risco proibido + a realização deste risco no resultado.

De fato, Roxin, partindo da elaboração de um sistema funcionalista, integrando a política criminal com a dogmática jurídico penal, agrega elementos normativos ao tipo, até então, tido como querer a causação de um resultado naturalístico – nos delitos chamados materiais – passando a ser não só o querer causar o resultado, mas, a criação de um risco proibido e a materialização deste risco no resultado.

Numa perspectiva material, a imputação objetiva agrega um dado objetivo ao tipo subjetivo, que se contentava com o dado subjetivo, com a criação de um risco proibido, passando agora, antes da análise do conteúdo subjetivo, verificar se houve a criação de um risco proibido ou não permitido.

A causação, por sua conta, passa a ser, não apenas causação guiada pela finalidade (a criação do risco proibido), mas, a sua a realização no resultado (realização do risco proibido no resultado).

⁴ Claus Roxin, *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. p. 269-270.

5. Tipo penal numa visão normativa sob o aspectos das teorias mencionadas

O tipo penal na construção funcionalista, com a teoria da imputação objetiva, se trata de mais um filtro posto à análise para se saber se uma ação pode ser imputada como obra do agente, mesmo diante da causação natural do resultado naturalístico, ou seja, a violação de uma determinada norma penal sob o aspecto formal.

Criou-se mais um óbice para que se possa falar em fato típico, aliás, um fato objetivamente típico.

A teoria da imputação objetiva, portanto, não é ma teoria para atribuir, senão, para restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito.⁵

Assim, não basta a simples relação causal entre a conduta e o resultado obtido, mas, a criação de um risco proibido, e sua conseqüente realização no resultado. Como bem nos demonstra Juarez Cirino dos Santos: “a atribuição do resultado de lesão do bem jurídico pressupõe, primeiro a criação de um risco para o bem jurídico pela ação do autor e segundo, a realização do risco criado pelo autor no resultado de lesão do bem jurídico.”⁶

Visto numa perspectiva normativa, o tipo para os causalistas era evidenciado o desvalor do resultado, reduzido que era a causar o resultado, não havia espaço para um desvalor da ação, que era a ênfase dos finalistas.

6. Rápida menção aos demais elementos componentes da teoria da imputação objetiva

Com construção do tipo no finalismo, dando ênfase a ação, como complemento ao desvalor do resultado, passou a contar com um desvalor da ação que, porém, se exauria na finalidade.

Na teoria da imputação objetiva essas duas dimensões são complementadas com dados objetivos. O tipo subjetivo com ênfase no desvalor da ação ganha um dado objetivo que é a criação de um risco proibido, não bastando simplesmente a prática querida da ação, mas, a prática de uma ação perigosa ao bem jurídico protegido, para que possa

⁵ Juarez Tavares, **Teoria do Injusto Penal**. Del Rey, 2002, p. 279

⁶ Direito Penal Parte Geral- Lumen Juris-ICPC- 2006, p. 128

ser desvalorada. Por sua vez o desvalor do resultado, no tipo objetivo é complementado com a exigência de que o risco criado pelo autor se materialize no resultado, não bastando a causação de um resultado querido.

Para uma melhor compreensão trago a baila alguns exemplos:

Criação de um risco proibido:

- O caso do sobrinho que remete o tio a uma floresta na esperança que um raio lhe caia sobre a cabeça e cause sua morte;

A não realização do risco proibido criado, no resultado:

- O famoso caso da ambulância, onde a vítima ferida pelo autor falece em virtude de um acidente envolvendo a ambulância que o levava ao hospital;

Temos no exemplo primeiro a causalidade, conduta-resultado, presente. A conduta do sobrinho que envia o tio à floresta na esperança deste morrer atingido por um raio é causa do delito, contudo, afastada estaria a imputação desse fato, como delito, ao sobrinho, pela ausência da criação de um risco proibido. Observe-se que a conduta do sobrinho foi causa direta da produção de um resultado morte, mas, não houve a criação de um risco proibido, pois enviar o tio à floresta não é uma conduta perigosa, portanto, não proibida, o que impede de imputá-lo um fato típico.

No segundo exemplo, teríamos, embora, a criação de um risco proibido, os ferimentos causados na vítima, a sua não realização no resultado. O risco proibido criado pelo agente lesionando a vítima, não ecoou no resultado morte, que ocorreu por outro risco criado e materializado no resultado, o falecimento da vítima.

7. Conclusão

Traçados o básico da teoria da imputação objetiva, veremos em próximos trabalhos que o risco proibido desvalorado e a sua materialização no resultado como fator de desvalorização subdivide-se em outros tantos aspectos que tornam a teoria da imputação objetiva um tanto complexa, mas, sem dúvida, numa teoria que visa tornar o direito penal, um sistema funcional a garantir com maior eficiência os direitos e garantias fundamentais do cidadão presente na nossa Carta Magna

UMA ANÁLISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SOB SEUS ASPECTOS FORMAL E SOCIOLÓGICO

Maria Helena Cavalcante Fernandes

Graduada e Pós-graduanda pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL),
Assistente de Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito da pena. 3. Origem das penas privativas de liberdade. 4. A pena privativa de liberdade no Brasil. 5. A finalidade da pena privativa de liberdade. 5.1 Das Teorias Absolutistas. 5.2. Das Teorias Relativistas. 5.2.1 Das Teorias Mistas. 6. Finalidade da pena privativa de liberdade no Brasil. 6.1. A finalidade da pena privativa no Brasil sob seu aspecto normativo. 6.2. A finalidade da pena privativa do Brasil sob seu aspecto sociológico. 7. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho busca analisar a finalidade atribuída à pena privativa de liberdade sob uma ótica sociológica e formal, tendo como campos de pesquisa as leis penais que regulam o tema e a realidade encontrada dentro dos sistemas penal e penitenciário brasileiros.

Almeja-se, com essas duas linhas de pesquisa, verificar se a finalidade prevista pela legislação penal brasileira é a mesma encontrada no plano sociológico, fazendo um comparativo entre a legislação vigente e a realidade retratada nas prisões no país.

Para o desenvolvimento do tema proposto, faz-se necessário, preliminarmente, uma breve análise do conceito de pena, um esboço histórico do surgimento e desenvolvimento da pena privativa de liberdade no mundo e no Brasil, para, na sequência, abordar as teorias que tentam explicar a finalidade conferida à pena privativa de liberdade, e concluir, ao final, qual a teoria que o Brasil sempre seguiu.

2. Conceito da pena

Nas lições de Cristiano Chaves de Farias¹ “a pena é a característica principal do Direito Penal, tratando-se de sanção personalíssima, aplicada em conformidade com a lei e proporcional ao delito, imposta pelo Estado a quem praticou o ilícito penal, deixando antever um fim *retributivo e preventivo*” (grifo do autor).

Neste contexto a pena privativa de liberdade constitui uma das formas de sanção imposta pelo Estado privando temporariamente a liberdade de locomoção do infrator em um estabelecimento denominado prisão.

3. Origem das penas privativas de liberdade

A prisão como medida repressora ao crime é, notadamente, de aparecimento tardio na história do Direito Penal. Na maioria das civilizações, desde a antiguidade até a idade moderna, as penas tinham uma característica extremamente aflagante, uma vez que a integridade física do agente e não sua liberdade era o objeto em que incidiam as sanções impostas pelo mal praticado.

Encontra-se nesse período o emprego exacerbado de penas cruéis como a aplicação de pena de morte e torturas. Neste último caso, sua prática era frequentemente utilizada para se obter a confissão do acusado, fosse ele culpado ou inocente.

Nessa época, a privação da liberdade tinha função exclusivamente cautelar, tendo em vista que o indivíduo era detido provisoriamente no cárcere, até que sobreviesse um julgamento, culminando na aplicação de futura punição.

Este foi o modelo adotado pelo Direito Canônico, que serviu de inspiração para a aplicação da prisão como meio coercitivo de cumprimento da pena. Neste modelo a prisão era utilizado como local destinado à espera dos suplícios, objetivando o arrependimento dos monges rebeldes ou infratores que haviam cometido alguma infração religiosa.

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Por uma função social para a pena.

Disponível em:

<<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/novembro/0211/ARTIGOS/A12.htm>> Acesso em 26 de nov. de 2007.

Esta natureza terapêutica da pena começou a ganhar conotações de natureza pública, na medida em que foi aos poucos se englobando e se desnaturalizando pelo caráter vingativo da pena, já incorporado na sociedade da época. Assim, sai dos foros internos da igreja para a roupagem de instituição social, transformando-se em sanção penal propriamente dita, mas mantendo, em parte, sua finalidade correccional.

Com o Estado Moderno, marcado pela decadência do sistema de produção feudal e a ascensão do capitalismo, surge a pena de prisão propriamente dita, impulsionada pelas consequências atribuídas à Revolução Industrial, tendo seu marco histórico em 1552, com a inauguração da edificação *House of Correction*, localizada em Londres. Em seguida sobrevieram outros estabelecimentos prisionais em vários lugares do mundo, seguindo seu modelo.²

Em virtude das condições precárias a que eram submetidos os presos nos estabelecimentos prisionais, ocasionadas pela falta de higiene, alimentação, trabalhos forçados, castigos brutais e das arbitrariedades cometidas pelas autoridades públicas, eclodiu o período denominado Humanitário. Esse período foi marcado pelas idéias de Beccaria (Dos delitos e das penas), John Howard (O Estado das prisões e Gales) e Jeremy Betham. (Teoria das penas e das recompensas) (Cf. NUNES, 2005, p.26).

Conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt (apud NUNES, 2005, p.49), estes reformadores foram de vital importância para a transformação da pena prisão-castigo em sanções criminais e em prisões humanizadas.

Aqueles autores clássicos fizeram várias críticas ao modo como a pena privativa de liberdade era aplicada aos presos da época e, buscando combater estas atrocidades, propuseram várias alternativas, a fim de atribuir a todas as fases da pena, desde o seu processo até a sua execução, um caráter que valorizasse a dignidade da pessoa humana.

As idéias inovadoras e humanitárias desses mestres contribuíram para a formação dos sistemas penitenciários clássicos, cujo objetivo se respaldava na reeducação do preso, constituindo pontos chaves na

² NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras**. Recife: Nossa Livraria, 2005, p.25.

estruturação dos sistemas penitenciários modernos (NUNES, 2005, p. 31).

Atualmente, percebe-se haver uma maior preocupação com a vida dos seres humanos, principalmente após a segunda guerra mundial, em que o mundo assistiu ao massacre desumano de quase 6 (seis) milhões de judeus pelos nazistas. Vários pactos são firmados entre as nações visando à preservação da dignidade da pessoa humana, na medida em que buscam afastar de todos os ordenamentos jurídicos os tratamentos degradantes e cruéis que ainda persiste em vários países do mundo, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.³

4. A pena privativa de liberdade no Brasil

A prisão sempre foi aplicada no Brasil, porém, como forma de punição estatal apenas foi oficialmente reconhecida em 1830 com o advento do Código Criminal. Antes, ela possuía um caráter provisório-preventivo, cuja função norteadora era evitar a fuga do infrator, até que sobreviesse seu julgamento. Além desta função principal, a prisão também era utilizada como forma de coerção para obrigar o infrator a satisfazer o pagamento da pena pecuniária.

Neste período as penas eram marcadas pela aplicação das Ordenações Portuguesas (Afonsoinas, Manuelinas e Filipinas), cujo objetivo era castigar o criminoso e intimidar os demais indivíduos por meio da aplicação de penas cruéis, como as de morte, tortura, banimento, infâmia, dentre outras. Tais penas somente foram extintas do ordenamento jurídico brasileiro no período republicano com as publicações dos Códigos Penais de 1890 e 1940, sendo este em vigor até os dias atuais, sofrendo uma grande reforma em sua parte geral em 1984, com a introdução das penas alternativas.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase no campo das penas ao prevê em seu art.5º, XLV, a possibilidade de aplicação da pena privativa ou restritiva de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos,

³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. V. I.** 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus.2005, p.546.

sendo a pena privativa de liberdade restrita aos crimes de médio e grande potencial ofensivo.

Além da CF/88, a pena privativa de liberdade encontra seu fundamento legal no art. 32 do Código Penal brasileiro. Esta é sem dúvida a mais grave das sanções previstas pelo ordenamento jurídico, considerando que a CF/88 proíbe a aplicação de penas cruéis, de morte⁴, de caráter perpétuo, de banimento e trabalhos forçados.

A legislação penal, por sua vez, estipulou a possibilidade de aplicação da referida pena em forma de reclusão, detenção e na modalidade simples, estando esta última atualmente em desuso em face da possibilidade de sua substituição por uma pena restritiva de direito.

As penas nas modalidades de reclusão e detenção são executadas em regime fechado, semi-aberto ou aberto, conforme o caso; tendo a legislação penal consagrado estabelecimentos distintos para o acolhimento dos condenados à pena. No regime fechado a execução da pena é feita em estabelecimento de segurança máxima ou média, chamado "penitenciária"; no regime semi-aberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e no regime aberto, em casa de albergado ou estabelecimento adequado.⁵

A Lei de Execução Penal ainda prevê a prisão domiciliar, de forma excepcional, aplicada nos casos previstos em seu art.117, que, ressalte-se, apresenta rol taxativo das situações em que tal benefício será admitido.

5. Finalidades da pena privativa de liberdade

Buscando explicar as finalidades atribuídas à pena privativa de liberdade,

5.1 Das Teorias Absolutistas

As teorias absolutistas são as mais antigas formas de justificar a aplicação das penas pelos homens aos seus semelhantes. São consideradas absolutas porque fundamentam a pena como um fim em si mesmo, desvinculado de qualquer função social (GRECO, 2005, p. 547).

⁴ Ressalvado o caso de guerra declarada, nos termos do art.84, XIX da CF.

⁵ É importante destacar que existem também locais destinados às prisões de natureza cautelar, denominados presídios.

Tais teorias defendem a tese da retribuição, cuja finalidade originária consistia na utilização exclusiva do castigo como forma de compensar o mal cometido por aqueles que haviam desrespeitado as normas fundamentais vigentes na sociedade. Assim, respaldadas nessa conotação, referidas teorias ora justificam as punições fundamentando-se em motivos éticos, de ordem moral; ora fundamentando-se em motivos jurídicos, de ordem social. Destarte, cabe ressaltar que esse também foi o sentido originário atribuído às penas privativas de liberdade.⁶

Todavia, foi com o advento da Escola Clássica, que houve o mais significativo desenvolvimento da finalidade retributiva da pena. Marcada pelas idéias dos autores clássicos Kant e Hegel, a finalidade da pena passou a ter um caráter retributivo-compensatório, cuja idéia central girava em torno da aplicação da pena visando exclusivamente fazer justiça como forma de retribuir de maneira justa o mal injustamente praticado, e assim, restabelecer a ordem jurídica violada (GUIMARÃES, 2007, p.105-111).

Nas lições de Kant (apud GUIMARÃES, 2007, p.107) a pena deve ser aplicada visando simplesmente a realização da justiça, em virtude do desrespeito da lei com a prática do delito, repugnando qualquer consideração acerca da utilidade da pena, enquanto meio de intimidação ou recuperação do delinquente.

Utilizando o método da anulação normativa, Hegel defende a aplicação da pena como forma de restabelecer a vontade geral manifestada pelo ordenamento jurídico e negada pela vontade daquele que cometeu o crime

Destarte, para tentar explicar suas idéias, o filósofo alemão utilizou uma concepção dialética do fenômeno, na medida em que negando a negação se obtém uma afirmação do direito. Assim, segundo o mestre, se o crime é a negação da norma, e a pena negação do crime, a pena é a afirmação do direito (GUIMARÃES, 2007, p.107/108).

⁶ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Revan, 2007, p.98-104.

5.2. Das Teorias Relativistas

Por meio dessa teoria a pena despiu-se de sua finalidade retributiva, entendida como um fim em si mesmo, passando paulatinamente a assumir uma nova concepção voltada para um conjunto de medidas objetivando prevenir futuras infrações penais. Este conjunto de medidas se divide em prevenção geral e prevenção especial.

Pela prevenção geral negativa, também conhecida como prevenção por intimidação, a pena aplicada ao infrator serve como um meio intimidatório voltado à sociedade, para que esta reflita antes de praticar algum crime. Por sua vez, dando um sentido positivo à prevenção geral, procurou-se evitar a prática dos delitos utilizando a pena como meio de difundir na consciência da sociedade a necessidade de respeito a determinados valores, revitalizando, assim, a crença na vigência da norma (GRECO, 2005, p. 548).

A prevenção especial é voltada ao indivíduo infrator e também pode ser concedida nos sentidos negativo e positivo. O sentido negativo da prevenção especial defende que o recolhimento do indivíduo infrator à prisão seria a forma de impedi-lo a praticar novos delitos na sociedade pelo qual foi retirado. Já em relação à prevenção especial positiva, a missão da pena é voltada à reintegração social do infrator para que este não reincida em futuros delitos (GRECO, 2005, p. 549).

5.3 Das Teorias Mistas

As teorias mistas reúnem as finalidades propostas anteriormente. Elas comportam uma finalidade retributiva, buscando também, a ressocialização, reeducação do delinquente. Para Cristiano Chaves de Farias esta teoria pode ser sintetizada na máxima alemã *“prevenção geral mediante retribuição justa”*⁷.

6. Finalidade da pena preventiva de liberdade no Brasil

6.1. A finalidade da pena preventiva no Brasil em seu aspecto normativo

O Código Penal prevê em seu art. 59, que as penas devem ser aplicadas conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Por uma função social para a pena.** <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/novembro/0211/ARTIGOS/A12.htm>> Acesso em 26 de nov. de 2007.

Por sua vez, a Lei de Execução Penal prevê, em seu art. 1º, que a execução penal deve “*proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*” (grifo nosso).

Percebe-se, com base na leitura dos comandos legais acima, que no âmbito normativo são atribuídas várias finalidades à pena.

Assim, o comendo legal atribui à pena a finalidade da prevenção geral (função intimidatória); à atividade judicial a finalidade retributiva (função reparadora) e preventiva; e, por fim à atividade executiva da pena a finalidade preventiva especial positiva (ressocializadora). Percebe-se, assim, que no âmbito normativo, a legislação penal brasileira adotou a teoria mista da pena.

6.2. A finalidade da pena preventiva do Brasil em seu aspecto sociológico

É unânime entre os autores que o sistema penitenciário brasileiro está em constante decadência. Muitos já o consideram um sistema falido, desprovido de qualquer finalidade ressocializadora (GRECO, 2005, p.551).

Analisando a problemática da finalidade das penas que permeia este sistema decadente, questionar-se-á primeiramente as **teorias relativistas**. Conforme já mencionado, tais teorias utilizam a pena como forma de intimidar a sociedade ou inserir na consciência geral o respeito às normas penais visando evitar a prática de futuros delitos.

Reportando essa finalidade para a realidade brasileira, podemos encontrar vários argumentos que demonstram que estas teorias não encontram respaldo em nosso sistema, tendo em vista que na visão Kantiana referida teoria atenta contra a dignidade humana, na medida em que converte o condenado em instrumento de intimidação voltado à sociedade. (GUIMARÃES, 2007, p.87); a aplicação da pena por mais severa que seja não impediu a crescente criminalidade que se alastra pelo País de uma forma rápida e assustadora, gerando altos índices de violência. Conforme demonstra Adeildo Nunes (2005, p. 12), “de 1980 a 2000, 2,7 milhões de pessoas foram mortas no Brasil por causas violentas, revelou uma pesquisa divulgada, em abril de 2004, pelo Instituto Brasileiro de Geografia (IBGE)”.

O último relatório, confidencial da Organização das Nações Unidas bem retratou esta realidade, atribuindo vários fatores para o

crescimento da violência e da criminalidade no Brasil, destacando, dentre outros: a impunidade ocasionada pela falta de investigação de crimes envolvendo policiais; a inércia do governo no combate à violência; as penitenciárias brasileiras, que na ótica do relator da ONU são “escolas de criminosos”; a falta de investimento na segurança, a superlotação carcerária, a corrupção das polícias civis e militares em virtude dos salários baixos, etc. (CAMPBELL, 2007).⁸

Ademais, outro argumento que rechaça a finalidade preventiva da pena se respalda na seletividade na aplicação da lei penal, haja vista que a realidade demonstra ser ela voltada contra os delitos afetos a classes populares da sociedade, delitos estes que excepcionalmente seriam praticados pelo criminoso de colarinho branco (GUIMARÃES, 2007, p.90).

Dados estatísticos do último censo penitenciário feito pelo Ministério da Justiça mostrou que 96,31% dos presos são do sexo masculino, 87% não completaram o primeiro grau, 95% são considerados pobres na forma da lei e 85% não têm condições de contratar um advogado (LIMA, 2006).⁹

Por fim, outro fator determinante contra a finalidade intimidatória é a relação custo benefício na prática da infração penal em razão da ineficiência da repressão policial e da morosidade da atividade judicante no processamento de tais delitos. Neste prisma, dados da ONU atestam que apenas 10% dos homicídios cometidos em São Paulo e no Rio de Janeiro e 3% dos ocorridos em Pernambuco foram a julgamento (CAMPBELL, 2007).

Em relação à **prevenção especial negativa da pena**, conforme já mencionado, é voltada ao indivíduo condenado que ao ser recolhido à prisão deixaria de praticar novos crimes. Tal finalidade, também é despida de eficácia diante da realidade encontrada no sistema penitenciário brasileiro; tendo em vista que o encarceramento não impede que líderes de facções criminosas controlem o crime fora dos

⁸ CAMPBELL, Ullisses. **Pms executam civis**. *Correio Braziliense*. <<http://si.knowtec.com/scriptssi/MostraNoticia?&idnoticia=759898&idcontato=12581&origem=secao&nomeCliente=DEMOCRATAS&data=2007-11-15>> Acesso em: 26 nov. 2007.

⁹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Aspectos da pena na teoria geral do direito**. Doutrina. Júris Plenum Judicial. Edição 88 –CD 2.

presídios, aproveitando-se da corrupção dos diretores e agentes penitenciários.

Neste viés, tem-se como exemplo os famosos crimes atribuídos ao traficante de drogas Luiz Fernando da Costa, vulgo Fernandinho Beira-mar, líder da facção do Comando Vermelho, que mesmo dentro da cadeia não impediu que o traficante planejasse, comandasse e acompanhasse, utilizando apenas o telefone celular duas mortes no Presídio de segurança máxima Bangu, localizado no Rio de Janeiro, em meados de 2002 (NUNES, 2005, p.262).

Ademais, o chefe da Polícia Civil do Rio de Janeiro atribuiu a Fernandinho Beira-mar a autoria intelectual de uma série de atentados ocorridos em 24 de fevereiro de 2003, tendo como alvo 26 bairros e várias cidades ligadas à metrópole, queimando oito veículos, vinte e seis ônibus de passageiros e um caminhão, deixando várias pessoas feridas. (NUNES, 2005, p. 263).

Por fim, a **teoria preventiva especial positiva da pena** visa a ressocialização do infrator. Esta, conforme mencionada em linhas atrás, é a finalidade que deve ser seguida no momento da execução da pena conforme preceitua o art. 1º da Lei de Execução Penal. Todavia, tal objetivo nunca foi alcançado pelo sistema brasileiro, mesmo diante de uma legislação tão moderna, seja porque são tratados de forma desumana, seja porque faltam estrutura e vontade política para a aplicação da Lei de Execução Penal (Lei Federal nº. 7.210/84).

As principais afrontas aos preceitos da Legislação Federal supramencionada podem ser sintetizadas em um relatório elaborado pelo Tribunal de Contas da União, entregue às autoridades de Brasília em janeiro de 2003 (Apud Adeildo Nunes, 2005, p. 9-10), *in verbis*:

- 1) A lei de Execução Penal virou letra morta. Contém normas de prevenção ao crime e de recuperação do criminoso, absolutamente desprezadas, sem contar que os direitos dos presos são desrespeitados; 2) Os nossos estabelecimentos prisionais não foram planejados para desenvolver atividade de educação, profissionalização e trabalho. Faltam salas de aula e oficinas, por exemplo; 3) Há, no País, 44,6 mil agentes penitenciários: somente cinco mil deles atuam em atividades que propiciam a ressocialização do criminoso, os demais se dedicam à segurança; 4) Das dezoito penitenciárias visitadas em nove Estados, cento e oitenta presos foram entrevistados: 77% deles não estudam; onde há ensino

básico, ele é precário e descontinuado; 5) Em São Paulo, com quase metade da população carcerária nacional e o Estado mais rico da Federação, somente 17% dos seus presos freqüentam escolas; 6) Em Estados como o Espírito Santo, Acre, Rondônia, Goiás, Amazonas e Pará, só 7% dos presos estudam; 7) A qualificação profissional entre os detentos é praticamente inexistente. Em São Paulo, se aproxima do zero. Nos Estados mais bem estruturados, passa de 50% o número de presos mantidos em ociosidade. O direito ao trabalho converteu-se em privilégio; 8) O preso que eventualmente trabalhasse, deveria receber 70% do salário mínimo. Nem sempre recebe. Convênios com empresas privadas são, em muitos casos, desvirtuados. No presídio feminino de Brasília, por exemplo, empresas se instalam de maneira informal. Várias presas estavam trabalhando sem receber salários; 9) São poucas as experiências desenvolvidas nas nossas prisões que efetivamente colaboraram com a recuperação do criminoso, mas muitas as ações no sentido de fazê-lo retornar ao crime.

A realidade acima apontada tem como principal causa a falta de investimento do Estado brasileiro na ressocialização dos presos. Para ser ter uma idéia, em 2003, dos 217 milhões de reais previstos pelo governo brasileiro, apenas dois milhões foram destinados para a assistência ao detento; o restante foi encaminhado para a construção e reforma de presídios (NUNES, 2005, p. 10).

Diante desta omissão estatal, vê-se que o próprio Estado descumpra suas leis na medida em que não proporciona condições para sua aplicação. Tal omissão vem ocasionando uma enorme crise no sistema penitenciário brasileiro e conseqüências, em muitos casos, irreversíveis ao preso, em virtude dos grandes problemas gerados e que foram muito bem sintetizados pela advogada Fernanda Magalhães Marcial (apud NUNES, 2005, p.152) *in verbis*:

1. As cadeias públicas segregam presos condenados e provisórios, por falta de vagas nos presídios oficiais;
2. A superlotação carcerária brasileira acarreta violência sexual entre os presos, presença de tóxicos, e a falta de higiene enseja em epidemias;
3. Presos condenados em regime semi-aberto estão em cadeias públicas, para repousos noturnos, causando revolta entre os demais que gozam de privilégios;
4. As péssimas condições carcerárias servem de estímulo ao crime.

5. Um em cada três presos está em situação irregular, pois deveria estar em presídios, não em Cadeias Públicas ou em delegacias de polícia;
6. De 10 a 20% dos presos podem estar contaminados com o vírus da AIDS;
7. A maioria dos presos cumpre penas de quatro a oito anos de reclusão, por crimes contra o patrimônio;
8. É necessário construir 145 novos presídios, no Brasil, a um custo de 1,7 bilhões de reais;
9. Os crimes mais comuns no Sul e Sudeste do Brasil são de roubo e furto, enquanto que na Amazônia e Acre é o tráfico de drogas que reina. Alagoas é o Estado com maior número de presos por homicídios. No nordeste e no Centro-Oeste, é o homicídio que predominava;
10. São Paulo é o Estado com o maior número de detentos – quase metade de toda população carcerária do País;
11. Alagoas é o Estado com menor população carcerária, mas são dados que refletem a impunidade que impera;
12. O Estado do Rio Grande do Sul é o que oferece as melhores condições carcerárias. Junto com Pernambuco, não acolhem presos em Delegacias de Polícias.

Somando-se a estes problemas, outros também são encontrados nos sistema penitenciário brasileiro, contribuindo ainda mais para acentuar a crise, como é o caso do tráfico de drogas e de armas que imperam dentro das penitenciárias; a constante violência; a insegurança interna; o desrespeito ao preso, as rebeliões; as torturas e maus tratos; a presença de facções criminosas; a corrupção; a omissão estatal; impunidades, dentre outras.

A principal consequência diante desse caos é a despersonalização do preso que dentro deste “barril de pólvora” tenta se adaptar e sobreviver em um verdadeiro inferno onde predominam leis paralelas das facções criminosas, muito diferentes das legitimadas pelo Estado. Em meio a tanta violência, acabam se adaptando ao sistema e dentro desta escola de criminosos aprendem a utilizar ou aperfeiçoar o crime como meio de vida, tornando-se uma verdadeira profissão.

Não obstante os fatores e consequências acima apontados, a estigmatização do ex-presos pela sociedade é outro fator determinante que dificulta sua ressocialização, fazendo com que a maioria dos ex-presos recorra a práticas ilícitas como forma de sobrevivência,

contribuindo para o aumento nos índices de reincidência criminal que já atingem a cifra média de 70% no país (NUNES, 2005, p. 9).

Assim, em face da realidade narrada, a finalidade ressocializadora da pena é um ideal que está longe de ser alcançado, tendo em vista que ela é antes de tudo um problema político-social do Estado.

Por fim, apenas restam as **teorias absolutistas** que atribuem à pena a finalidade retributiva. É esta a única finalidade atribuída à pena privativa de liberdade em face da realidade do sistema penitenciário brasileiro, haja vista que o sistema prisional sempre constituiu um fim em si mesmo, desvinculado de qualquer função social.

Embora haja na consciência social a idéia da pura justiça Kantiana, dentro das prisões brasileiras a finalidade atribuída à pena regride ainda mais, aproximando-se de seu sentido originário de vingança, castigo etc., como forma de compensar o mal cometido daqueles que desrespeitaram as normas fundamentais vigentes na sociedade. Deve-se ressaltar que esta forma de compensação é totalmente desproporcional ao mal cometido, constituindo uma verdadeira afronta aos direitos humanos. Ademais o mestre Beccaria já afirmava há mais de um século ser "a prisão mais lugar de suplício do que de custódia do réu" (BECCARIA, 1996, p. 99).

7. Conclusão

Pelo exposto, pode-se concluir que no plano normativo a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, mais especificamente no momento de sua execução, distancia-se, e muito, da finalidade retributiva encontrada no plano sociológico, esta sim, considerada a única finalidade seguida pelo Estado, fazendo com que a Lei de Execuções Penais - LEP e a legislação penal que versa sobre o tema fiquem inoperantes dentro da realidade encontrada no Sistema Penitenciário Brasileiro.

Assim, a prisão, vista como o núcleo dos sistemas repressivos atuais, tem fracassado quanto à consecução de seu fim ressocializador. Diante dessa realidade, muitos defendem que o cárcere somente deve ser aplicado em casos excepcionais e de extrema necessidade, reafirmando a tendência despenalizadora do Direito Penal Contemporâneo.

O ESTABELECIMENTO DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL EM CONTRAPOSIÇÃO À VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: A PROBLEMÁTICA DO ABUSO SEXUAL NA CIDADE DE MACEIÓ

Nathália Januzi de Almeida Rocha

Advogada graduada pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduanda em Direito Público “Lato Sensu” pela UNIDERP e Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Direito da Criança e do Adolescente: aspectos gerais e proteção integral. 2.1 Esboço histórico: da perspectiva repressora e assistencialista à perspectiva de proteção. 2.2 Doutrina da Proteção Integral: crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais e os que lhes são peculiares frente à família, à sociedade e ao Poder Público. 2.3 Criança e Adolescente em situação de risco psicossocial à luz do ECA: desatendimento das corresponsabilidades estabelecidas pela Doutrina da Proteção Integral, bem como da Política de Atendimento. 3. Violência Sexual: o abuso sexual e a violação dos direitos das crianças e adolescentes. 3.1 A criança e o adolescente e o fenômeno da violência. 3.2. A violência Sexual e a exploração sexual. 3.3 O abuso sexual intrafamiliar e nas relações de confiança. 3.4 Os indicadores da condição de agressor e vítima de abuso sexual e as consequências a serem enfrentadas e superadas por esta. 4. A situação de crianças e adolescentes vitimados pela prática do abuso sexual na Cidade de Maceió 5. Conclusão.

1. Introdução

Após o declínio da Doutrina da Situação Irregular, em que imperava o Código de Menores do ano de 1979, marcado principalmente pela dominação e repressão à criminalidade infanto-juvenil, além da prática assistencialista, em nome da crescente “desordem social”, surge, ainda que de modo incipiente, uma compreensão diversa acerca de uma nova política de tratamento que deveria ser ofertada às crianças e aos adolescentes.

A ordem constitucional recentemente instalada através da Constituição Federal de 1988, norteadada pelos princípios internacionais de proteção à infância e à adolescência, passou a exigir do Estado e da sociedade uma nova função: reconhecer as crianças e os adolescentes como seres humanos em condição peculiar de desenvolvimento e detentores de direitos fundamentais e específicos.

Ao lado da Constituição Federal, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, que com o fito de regulamentar os preceitos constitucionais de proteção à infância e à adolescência estabeleceu o paradigma da Proteção Integral, o qual representou uma ruptura em relação às perspectivas até então existentes, visto que consolidou as conquistas em favor das crianças e adolescentes, fomentando um importante conjunto de alterações que vai além do campo jurídico e desdobra-se em outras áreas da realidade política e social no Brasil.

Entretanto, embora se tenha um instrumento legal “completo” para a defesa dos direitos das crianças e adolescentes, ou que se possa considerar “quase completo”, pela abrangência dos institutos em prol desse público especial, ainda existem muitas dificuldades no caminho para sua efetivação, já que são manifestas as formas gratuitas de ameaça ou violação de direitos praticadas contra a população infanto-juvenil.

Desta feita, urge destacar que o presente ensaio terá por foco tecer algumas considerações acerca da evolução do direito da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro em contraponto à questão da violação dos direitos destes, mais especificamente em um dos seus prismas, qual seja, a violência sexual praticada por membros da família da criança ou do adolescente, ou por quem os mesmos estabeleçam uma relação de confiança; violência esta, inclusive, que se configura através de práticas criminosas, as quais implicam em prejuízos de todas as ordens para suas vítimas, em especial por se tratarem estas de seres em desenvolvimento biopsicossocial. A análise da questão suscitada revela-se urgente, já que constitui um dos mais graves problemas a ser enfrentado pela população infanto-juvenil, máxime quando vem assumindo em nossa sociedade uma posição de destaque.

2. Direito da Criança e do Adolescente¹: aspectos gerais e proteção integral

2.1 Esboço histórico: da perspectiva repressora e assistencialista à perspectiva de proteção

Ainda no início do século XX, o atendimento institucional voltado para a criança e o adolescente era dirigido, em sua maioria, para as classes subalternas, que se encontravam em total situação de abandono ou de miserabilidade. Entrementes, tal atendimento não se constituía em uma intervenção do Estado, já que se concentrava na circunscrição privada, notadamente nas instituições mantidas pela Igreja Católica (Santas Casas de Misericórdias e irmandades) e nas entidades filantrópicas existentes à época. Representava, assim, a “privatização da assistência pública”².

Entre as décadas de 1920 e 1930, o desenvolvimento de uma incipiente base industrial no país, trouxe como consequência transformações significativas nas áreas econômica, política e social. Nesse passo, houve um enorme crescimento demográfico e o início de uma urbanização das cidades brasileiras. De outro lado, surgiram classes sociais em situações antagônicas, a maioria estabelecida em condições de vida precárias e sem participação política na vida pública. Assim, nesse cenário de situações contrastantes, iniciaram-se, principalmente na esfera da classe média, vítima do autoritário regime oligárquico, diversas manifestações sociais no sentido de reivindicar alterações nessa realidade.³

Também sob essas circunstâncias, diversos grupos da sociedade civil iniciaram constantes debates na área infanto-juvenil, público este totalmente excluído do processo de cidadania, já que vistos como seres incapazes. Dessa forma, devido ao aumento da problemática social

¹ Neste ensaio, considerar-se-á criança toda pessoa que possua até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela que possua entre doze e dezoito anos de idade, também incompletos, conforme estabelece o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

² COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De Menor a Cidadão. MENDEZ, Emílio Garcia. **Das necessidades aos Direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994, p.122.

³ ARRUDA, José Jobson de A; PILETTI, Nelson. **Toda A História: História Geral e do Brasil**. São Paulo: Ática, 1999, p.329.

nesse campo, máxime a precoce criminalidade que envolvia essa parte da população, sentiu-se a necessidade de o Estado brasileiro intervir juridicamente a fim de que fosse mantida a ordem constituída. Outro fator que contribuiu para esse acontecimento foi a influência advinda do direito internacional no sentido de recomendar aos Estados os devidos cuidados legislativos para com as crianças e adolescentes.

Em meio a essa conjuntura, a Declaração de Genebra, de 1924, resultado da Liga das Nações⁴, impulsionou a criação no Brasil do primeiro “Juízo Privativo de Menores” e a posterior promulgação do Código de Menores de 1927, conhecido como Código de Mello Mattos⁵, baixado com o Decreto nº 17943-A, de 12 de outubro de 1927, marco inicial da intervenção do Brasil na área infanto-juvenil, apesar de ter sido pautado na ideologia e nos interesses da classe dominante da época, a qual visava, apenas, reprimir a crescente desordem social.

O Código de Menores de 1927 era especialmente sedimentado no binômio abandono/delinquência⁶. Essas duas categorias de “menores”⁷ foram destinatárias de ações da Administração Pública voltadas para a vigilância, assistência e correção, implicando quase sempre na internação dos mesmos em estabelecimentos artificialmente chamados

⁴ A Liga das Nações foi uma organização internacional, fundada em Versalhes, posteriormente à Primeira Guerra Mundial, em janeiro de 1919, e era destinada à preservação da paz e à resolução dos conflitos internacionais por meio da mediação e do arbitramento. Entretanto, seus objetivos fracassaram e, em abril de 1946, o organismo se autodissolveu, transferindo suas responsabilidades para a recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU).

⁵ José Cândido de Albuquerque de Mello Mattos foi o primeiro Juiz de menores do país, tendo criado neste período inúmeros institutos de assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes. Foi também o autor do Código de Menores de 1927.

⁶ Art. 1º, Código de Menores de 1927: “O menor de um ou de outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código”.

⁷ É importante registrar que a expressão “menores” denota algo pejorativo e discriminatório, já que se referia *apenas* a uma categoria da população infanto-juvenil: os considerados delinquentes, abandonados, pobres e carentes. Assim, o direito aplicado aos mesmos constituía um verdadeiro direito de exceção.

de “educacionais”. Nessa perspectiva, as crianças e os adolescentes deveriam ser recolhidos da rua para se submeterem às medidas repressivas e/ou corretivas, que ficavam a cargo das instituições públicas, representadas principalmente pelos Juízes de Menores. Sobre o papel e atribuições dessas autoridades judiciárias, Paulo César Maia Porto⁸ afirma que:

Em verdade, o Poder Público, ao fortalecer a figura do juiz de menores, queria “se livrar” do chamado “problema do menor”, em especial dos chamados “carentes e delinquentes”. Entregando a vigilância, proteção, assistência e repressão a um órgão do Judiciário, afastava de seus deveres o cuidado com as crianças, algo dispendioso, complexo e eleitoralmente irrelevante.

Dessa forma, os menores desvalidos e infratores, que fugiam do padrão estabelecido pela sociedade, necessitavam ser ressocializados para então, retornarem ao ambiente social. E para a consecução de tal fim, pouco importava a violação extrema aos direitos humanos dos mesmos.

Assim, o Código de Menores, sistema jurisdicional de caráter dominador e repressivo, foi a solução encontrada pela sociedade da época para realizar o controle social, mantendo, assim, o *status quo*. Acerca dessa forma de controle, Norberto Bobbio afirma ser aquela que “determina o comportamento do outro pondo-o na impossibilidade de agir diferentemente”⁹, intitulado-a de “poder”.

Entretanto, o fato de a sociedade brasileira passar a viver sob a perspectiva dos direitos humanos, a exemplo da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como Declaração dos Direitos da Criança de 1959, impulsionou a criação, através da Lei 4.513, de 1º de dezembro de 1964, da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor - FUNABEM, órgão federal responsável pela formulação das diretrizes e bases da Política Nacional do Bem-Estar do

⁸ PORTO, Paulo César Maia. Os Principais Avanços do Estatuto da Criança e do adolescente, em face da Legislação Anterior Revogada. **Sistema de Garantias de Direitos. Um Caminho para a proteção integral**. Recife: Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social/ CENDHEC: 1999, p.78.

⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.39.

Menor - PNBEM. O objetivo da FUNABEM era disseminar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, adotando a concepção de que a população infanto-juvenil era problema de segurança nacional a ser enfrentado pelo Estado, mediante a centralização de políticas públicas¹⁰ específicas voltadas para a população infanto-juvenil, que não era atingida pelas condições de bem-estar. Assim, de “ameaça social” o menor de idade passou a ser visto como “carente”, e as usuais práticas punitivas cederam lugar às práticas assistencialistas.

Nesse passo, percebe-se que o governo ditatorial destinou a política social para apenas uma parte da população de crianças e adolescentes, qual seja, aquela que fugia dos padrões estabelecidos pela sociedade, configurando, portanto, um sistema paternalista, seletivo, excludente e repleto de dicotomias.

No ano de 1976, uma Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados – CPI do Menor – avaliou que, o sistema de tratamento sócio-jurídico ofertado às crianças e aos adolescentes no Brasil apresentava nítidos sinais de desgaste, decorrente do crescente aumento da criminalidade e do número de menores abandonados, concluindo que tal sistemática de proteção, bem como o Código de Menores de 1927, normativa jurídica já defasada, mostravam-se incapazes para o enfrentamento da problemática infanto-juvenil.

Em meio a essa conjuntura, foi promulgado o novo Código de Menores - Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 - com o enfoque assistencialista, protetivo e vigilante, inspirado na Doutrina da Situação Irregular. Os jovens em situação irregular seriam aqueles menores que não tinham supridas as suas necessidades fundamentais básicas, bem como os que fugiam dos padrões estabelecidos pela sociedade, sendo, por estes motivos, verdadeiros violadores da ordem pública¹¹. Assim,

¹⁰ Na visão de CABRAL, Edson Araújo. Política Pública: o que é e como se faz. **Sistema de garantia de Direitos: um caminho para a Proteção Integral**. Recife: Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social – CENDHEC, 1999, p. 131, “política pública é toda atividade orientada para o bem comum, sendo os destinatários todos os cidadãos, sem exceção”.

¹¹ Sobre o menor em situação irregular o art.2º do referido Código assim os definiu:

“Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

eram destinatários do referido Código apenas as crianças e adolescentes encontrados na situação de “patologia social”¹².

Entretanto, em que pese a aparente perspectiva modernizadora proposta pelo novo Código de Menores, no intuito de adaptar a legislação às novas situações sociais, persistiu o caráter conservador e autoritário, próprio do período ditatorial, amparado pela Doutrina da Situação Irregular e, dessa forma, a Política do Bem-Estar do Menor acabou por reproduzir o panorama da dominação e da repressão oriundos do passado. Nessa perspectiva, a sociedade civil organizada, juristas, cientistas sociais, já sob o processo de redemocratização do país, e inspirados nos documentos internacionais de proteção à infância e à adolescência¹³, passaram a discutir a problemática da sociedade infanto-juvenil, o que culminou em um novo ordenamento jurídico com regras destinadas a este público-alvo, o qual rompeu com a antiga

I- privado de condições essenciais à subsistência, à saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

1. falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis;

2. manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis para provê-los;

II- vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III- em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes.

IV- privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V- com desvio de conduta, em virtude de grave estado de inadaptação familiar ou comunitária;

VI- autor de infração penal [...]

¹² SARAIVA, João Batista Costa. **Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.14.

¹³ A título de exemplo pode-se citar os principais documentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente: Regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (1980); Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de RIAD (1988); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos jovens Privados de Liberdade (1990) e principalmente, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (1989).

ordem vigente: a nova Constituição da República de 1988, fundada no Estado Democrático de Direito¹⁴, em que sobreveio a Doutrina da Proteção Integral, mais tarde base de sustentação do denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, como se verá detidamente a seguir.

2.2 Doutrina da Proteção Integral: crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais e os que lhes são peculiares frente à família, à sociedade e ao Poder Público

Em meados da década de 1980, o Brasil vivenciava o período pós-ditadura militar e o início de uma abertura política e democrática. Nesse cenário, alcançou destaque no país um ciclo de grandes mobilizações em torno da temática “criança e adolescente”, onde convergiam diversos segmentos da sociedade política e civil organizada¹⁵, no pleno exercício da democracia participativa¹⁶, almejando uma reestruturação do modelo jurídico-social ofertado a este público, mormente no que se refere à legislação e à política de atendimento.

¹⁴ Segundo SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.112, o Estado Democrático de Direito é: “baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

¹⁵ Nesse esforço político em favor dos direitos das crianças e adolescentes, vários movimentos sociais se destacavam, tais como: a Frente Nacional de Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes; a Pastoral do Menor da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil); o Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua; e a Comissão Nacional Criança e Constituinte, tendo como órgão articulador o Fórum DCA- Fórum Nacional Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente.

¹⁶ Segundo SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p.141, a democracia participativa manifesta-se através do princípio participativo, segundo o qual há a participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo. Ressalta ainda o autor, que essa forma de democracia é manifestada através de diversos institutos, tais como, a iniciativa popular, o referendo popular, o plebiscito e a ação popular.

Resultado dessa mobilização social, com a participação fundamental da sociedade brasileira, criaram-se as propostas de Emendas, Criança-Constituinte e Criança-Prioridade Nacional. A primeira com base na educação infantil e a segunda apoiada numa doutrina assistencialista, paternalista e correccional. As mesmas foram enviadas, posteriormente, à Assembléia Nacional Constituinte. Seus ideais, metas e conteúdo, contando, inclusive, com a influência dos princípios basilares da Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹⁷ foram condensados e incorporados à nova Carta Constitucional, promulgada em 5 de outubro de 1988, através do artigo 227, *caput*, o qual prescreve:

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.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, impunha-se ao legislador ordinário a criação de uma legislação infraconstitucional que regulamentasse as novas regras definidas constitucionalmente em favor das crianças e dos adolescentes.

Assim, foi formada uma comissão – “Grupo de Redação do Estatuto” – constituída por representantes da área jurídica, das políticas públicas, dos movimentos sociais, bem como especialistas na área infanto-juvenil, para elaborar um anteprojeto de lei que rompesse por completo com os ditames da antiga ordem do período autoritário. Tal comissão conseguiu sistematizar todas as propostas apresentadas em um projeto de lei, que inicialmente recebeu a denominação de “Normas Gerais de Proteção à Infância e Juventude”, o qual depois de um movimento amplo de debate nacional, consolidou-se num projeto substitutivo do anterior, o qual seria o então Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse passo, o supracitado projeto, após aprovação no Senado, em 25 de abril de 1990, e na Câmara, em 28 de junho do mesmo ano,

¹⁷ Os princípios da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada apenas em 20 de novembro de 1989 eram conhecidos pelo Brasil através de seu projeto, amplamente debatido e difundido em nosso país.

foi sancionado, em 13 de julho de 1990, pelo Presidente da República à época, através da Lei 8.069/90, que entrou em vigor em 12 de outubro de 1990.

A partir desse momento estava estabelecida a Doutrina da Proteção Integral, marco jurídico e social no tratamento diferencial ofertado às crianças e aos adolescentes, já que a partir dessa realidade todos estes, independente da condição social ou da situação de abandono ou delinquência que se encontrem, são reconhecidos como seres em desenvolvimento, portadores de absoluta prioridade¹⁸, titulares de capacidade para o exercício de seus direitos e com responsabilidade para o cumprimento de seus deveres, ou seja, são considerados sujeitos de direitos.¹⁹

A Doutrina da Proteção Integral sustenta, fundamentalmente, que as crianças e os adolescentes possuem todos os direitos garantidos aos adultos, e mais aqueles peculiares enquanto seres humanos em desenvolvimento, devendo, solidariamente, a família, o Estado e a sociedade resguardá-los, utilizando-se de um sistema de garantias para protegê-los de forma prioritária e integral.

Nesse passo, atente-se para o fato de que o princípio da prioridade absoluta, previsto constitucionalmente no artigo 227 e descrito exemplificativamente no artigo 4º do texto estatutário, importa no atendimento prioritário que deve ser dispensado à população infanto-juvenil em detrimento de quaisquer outros direitos. Não significa com isso a violação do princípio constitucional da isonomia²⁰, já que os

¹⁸ O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art.4º, parágrafo único afirma que “A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

¹⁹ Entende AMARAL, Francisco. **Direito Civil-Introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.217, que “sujeito de direito é quem participa da relação jurídica, sendo titular de direitos e deveres”.

²⁰ Segundo MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.12, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações

referidos diplomas legislativos, com o fito de promover a igualdade de direitos, buscaram nivelar às crianças e adolescentes, sujeitos ainda em desenvolvimento, e em consequência, mais suscetíveis de discriminação, exploração e violência, aos demais cidadãos, promovendo assim, um equilíbrio às situações inerentemente desiguais.

Tal Doutrina promoveu mudanças de conteúdo, ao reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento; que necessitam de absoluta prioridade; mudanças de método, ao introduzir garantias processuais aos mesmos, substituindo o enfoque repressivo pelos instrumentos jurídicos de proteção; e, mudanças de gestão, ao promover a descentralização da política de atendimento e a participação popular, como meio de controle das políticas públicas destinada às crianças e aos adolescentes²¹.

Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu um marco diferencial no tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes, já que rompeu com o antigo paradigma da Situação Irregular, consubstanciada sob o ponto de vista reducionista e discricionário dispensado à população infanto-juvenil, até então considerada como mero objeto de intervenção do mundo adulto, substituindo-o pelo enfoque da proteção integral, em que todas as crianças e adolescentes são protagonistas de sua própria história. Assim, o “menor” deixou de ser objeto da compaixão-repressão para ser criança e adolescente titular de direitos e deveres²².

Os direitos fundamentais, na visão de Ingo Sarlet²³ “constituem aqueles direitos considerados básicos e essenciais aos seres humanos,

iguais e desigualmente as desiguais. Acentua ainda que “as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes, donde, a algumas são definidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos”.

²¹ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *De Menor a Cidadão*. Ob. cit, 1994, p.140-141.

²² LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e Ato Infracional: Medida Sócio-educativa é pena?** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.40.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 2004, p.35.

reconhecidos por determinado Estado através da positivação dos mesmos em sua ordem jurídica”.²⁴

Dessa forma, entende-se que as crianças e os adolescentes são destinatários de todos os direitos fundamentais estampados nos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição Federal de 1988 (que inclui o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à saúde, dentre outros) e, ainda, dos específicos enquanto seres humanos em fase de formação.

Nesse passo, por se encontrarem na já denominada condição peculiar de desenvolvimento, as crianças e os adolescentes necessitam, assim, de uma ampla gama de direitos, a serem garantidos prioritariamente pela família, comunidade, sociedade em geral e pelo Poder Público, para que, dessa forma, consigam desenvolver todas as suas potencialidades²⁵. Assim dispõe o artigo 4º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

²⁴ Apesar de o termo Direitos Humanos denotar algo mais amplo, guardando relação com a esfera internacional e da expressão Direitos Fundamentais, com a esfera de determinado Estado, ambas as expressões serão tratadas como sinônimos neste trabalho, haja vista que seu titular, nas duas acepções, será sempre o ser humano.

²⁵ Nesse sentido, Norberto Bobbio em *A Era dos Direitos*, Ob.cit., 1992, p.35 afirma que: “a Declaração dos Direitos das Crianças, adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, refere-se em seu preâmbulo à Declaração Universal; mas, logo após essa referência, apresenta o problema dos direitos da criança como uma especificação da solução dada ao problema dos direitos do homem. Se se diz que ‘a criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção particular e de cuidados especiais’, deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque se dá a esta especificidade, através do novo documento, deriva de um processo de especificação do genérico [...]”.

Visando a esse fim, a Carta Magna traz em seu bojo uma série de direitos fundamentais especiais das crianças e dos adolescentes que estão estampados principalmente nos artigos 226; 227; 228 e 229, primeira parte.

O Direito à convivência familiar, presente no *caput* do artigo 227, da Constituição Federal, bem como nos artigos 19 e 25 da Lei 8.069/90 (ECA), pressupõe a participação da criança e do adolescente em um ambiente sadio, onde possua um vínculo afetivo salutar com pessoas responsáveis. É um direito especial reconhecido a este público especial porque visa possibilitar seu desenvolvimento, bem como a formação de sua personalidade de maneira positiva.

A família²⁶, como dispõe a nossa Lei Maior em seu artigo 226, é a base da sociedade, já que é a partir dela que a criança e o adolescente assimilam hábitos, valores e inserem-se na sociedade. Nesse sentido, impende a leitura das palavras de Maria do Rosário Leite Cintra²⁷:

Realmente, a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, para que a *alimentação* seja assimilada pelo organismo e a *saúde* se manifeste (...) Desabrochar para o mundo inclui um movimento de dentro para fora, o que é garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia próprias do ser vivo. Mas este movimento será potencializado ou diminuído, e até mesmo obstaculizado, pelas condições ambientais: 60%, dizem os entendidos, são garantidos pelo ambiente. Não basta pôr um ser no biológico mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz.

²⁶ Cumpre ressaltar que, como afirma MACHADO, Martha Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p.154-173, apesar da evolução no conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, o que é visível na leitura do art. 226 da Constituição Federal, há ainda uma hierarquia entre as espécies de família: preferencialmente a convivência familiar, deve realizar-se no âmbito da família natural, como dispõe o artigo 25 da Lei 8.069/90. Em um segundo plano, na família substituta, formada por tios, avós, etc. formando assim, uma família natural ampliada. Em um terceiro degrau, a convivência familiar pode se dar com a família substituta não consanguínea. E em último caso, a convivência familiar em família substituta estrangeira.

²⁷ CINTRA, Maria do Rosário Leite. Munir Cury et. al. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.102.

Ademais, relevante ressaltar que o Estado e a sociedade devem oferecer subsídios econômicos e sociais a fim de auxiliar e promover a família em sua função, para que assim a criança e o adolescente, protegidos, consigam se desenvolver em plenitude, e tenham garantidos, todos os direitos necessários a sua participação na vida social, quer de maneira direta ou indireta, e de acordo com as suas habilidades e possibilidades de atuação; ressaltando-se, contudo, que é na família onde tudo se inicia.

Assim, o direito à convivência familiar gera obrigações não só para os pais, como também para o Poder Público e à coletividade. Dessa forma, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança apresenta, logo em seu preâmbulo, as responsabilidades de todos na manutenção da instituição familiar, a fim de que seja conferida às crianças e aos adolescentes a oportunidade de um desenvolvimento completo e harmonioso:

[...] Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade. Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão [...]

Outro direito fundamental especial das crianças e adolescentes consiste no direito à profissionalização e à proteção ao trabalho, direito este previsto no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal e no Capítulo V, constante do título II do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De fato, o trabalho, em sua dimensão intelectual e profissional, é considerado a principal fonte de agregação do homem na coletividade, bem como fator contributivo para o progresso econômico e social da humanidade, consistindo, por este motivo, em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.²⁸

²⁸ Dispõe o art.1º da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa [...]”.

Outrossim, é importante ressaltar que, por outro lado, o trabalho na história do Brasil foi gerador de inúmeras desigualdades sociais e exploração de mão-de-obra, principalmente a infanto-juvenil. Por consequência, visou a Constituição brasileira, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, à proteção da criança e do adolescente no que pertine à matéria.

É de se constatar, ademais, que o ordenamento jurídico pátrio permite ao adolescente, a partir de determinada idade, trabalhar, ainda que esse trabalho seja praticado de modo diverso do adulto, já que consiste apenas em uma forma de o adolescente desenvolver as suas potencialidades, não devendo ser meio para sua subsistência. De outra forma, o trabalho desenvolvido por adolescentes em condições análogas aos trabalhadores adultos traz inúmeros malefícios àqueles, a exemplo de: impossibilidade ou dificuldade de estudo eficiente, já que o tempo de aprendizado restará comprometido; o desgaste físico, devido ao grande esforço despendido nas atividades; a afetação da saúde, em decorrência do grande número de acidentes de trabalho e das eventuais condições de insalubridade, dentre outros problemas²⁹.

Assim, visando proteger às crianças e aos adolescentes, o art.7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, com modificações trazidas pela Emenda nº 20 de 1998³⁰, proíbe o trabalho antes dos 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, com toda uma proteção também estabelecida pelo legislador ordinário através do ECA, CLT, Lei 10.097/00 e outras legislações correlatas.

Quanto ao direito à profissionalização, é de se observar que o mesmo está intimamente relacionado à peculiar condição de ser humano em desenvolvimento, já que estes necessitam, para uma futura vida adulta, encontrarem-se capacitados para o exercício de uma função laborativa.

Por fim, o direito à alimentação, contido também no *caput* do artigo 227 da Carta Magna, consiste em outro direito especial das crianças e adolescentes, relacionado à maior vulnerabilidade destes em

²⁹ MACHADO, Martha Toledo. Ob.cit., 2003, p.173-191.

³⁰ A Emenda nº20, de 15 de dezembro de 1998, modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.

se manter em condições sadias ou até mesmo sobreviver, estando tal direito diretamente relacionado ao direito à saúde e à vida.

Nesse passo, é importante ressaltar que se a família, instituição essencial para o desenvolvimento da criança e do adolescente, não conseguir suprir a carência de alimentação dos mesmos, a obrigação, dessa forma, passa a ser do Estado e da sociedade, haja vista constituir-se, a alimentação, em direito subjetivo deste público especial, desde o ventre materno.

Por fim, é de ser dito que a efetivação dos direitos fundamentais constitui condição intrínseca do próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, estabelecido em prol da dignidade, liberdade e igualdade da pessoa humana. A expressão “fundamental” refere-se à efetividade dos direitos no âmbito social e não apenas formal, no corpo da lei³¹.

Dessa forma, apesar da ampla legislação existente, com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, é fato notório que tais direitos, em sua maioria, não possuem eficácia social, permanecendo, apenas, no plano jurídico ou jurídico-conceitual, onde crianças e os adolescentes têm constantemente seus direitos violados ou não priorizados pelo Poder Público, pela sociedade, e pela família, mormente no que se refere às formas de promoção e execução de uma política de atendimento, o que enseja o surgimento ou a proliferação de situações de risco a serem vivenciadas pela sociedade infanto-juvenil.

Assim, faz-se necessário, através de uma modificação do pensar e do agir, que o Estado, a família e a sociedade encarem a Carta Magna, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente sob a perspectiva fenomenológica, do ser, e não apenas deontológica, do dever-ser, a fim de que sejam cumpridas as diretrizes da Doutrina da Proteção Integral, modificando, assim, a situação de risco pessoal e social, que, por vezes, são submetidas crianças e adolescentes.

³¹ SILVA, José Afonso da, Ob. cit., 2002, p.179.

2.3 Criança e Adolescente em situação de risco psicossocial à luz do ECA: desatendimento das co-responsabilidades estabelecidas pela Doutrina da Proteção Integral, bem como da Política de Atendimento

Crianças e Adolescentes são seres humanos mais propensos a vivenciar situações de risco psicossocial, já que possuem alta probabilidade de sofrer violação em seus direitos fundamentais, tais como: o direito à vida, à alimentação, à integridade física, psíquica, moral, entre outros. Assim, a fim de proteger a população infanto-juvenil de tal situação, o Estatuto da Criança e do Adolescente baseado na Doutrina da Proteção Integral e reconhecendo, assim, a vulnerabilidade e a fragilidade da população infanto-juvenil estabeleceu uma política de atendimento³² específica para este público especial.

O texto estatutário, sob a diretriz da democratização, visou à descentralização dos processos decisórios e de execução, e assim, o Poder Público, em suas três esferas de atuação, e a sociedade dividem as atribuições, em substituição à centralizada e autoritária Política Social anteriormente existente. Nesse passo, o ECA, em seu artigo 86 dispõe: "A política da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

³² Art.88, ECA, *in verbis*: "São diretrizes da política de atendimento:

1. municipalização do atendimento;
2. criação dos conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;
3. criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa;
4. manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;
5. integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescentes a quem se atribua autoria de ato infracional;
6. mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade".

Ao lado da sociedade, deve ocorrer a municipalização o atendimento, onde o Município, além dos Estados e Distrito Federal, atua com autonomia política, administrativa e financeira em nível local, passando a ter uma relação mais próxima com a população infanto-juvenil, em um exercício de complementaridade perante às atribuições e responsabilidades dos outros entes públicos já citados.

Destarte, visando garantir e proteger os direitos das crianças e dos adolescentes, bem como executar as medidas de proteção, caso tais direitos sejam violados, existe, além dos órgãos públicos, a legitimação da participação ativa e paritária da sociedade, através dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente³³, bem como do Conselho Tutelar, este constituído exclusivamente por pessoas da comunidade, que possui como função precípua fiscalizar as hipóteses de descumprimento ou de violação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, estando regulado pelo art. 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente nos seguintes termos: “O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei”.

Assim, a fim de que seja assegurado às crianças e aos adolescentes um tratamento prioritário e especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê um sistema de garantia de direitos, baseado em um conjunto de políticas públicas destinadas à promoção, prevenção e defesa do melhor interesse da população infanto-juvenil que se encontra vitimada pessoal e socialmente ou que tem seus direitos ameaçados³⁴ ou violados. A esta são oferecidas programas de proteção e orientação,

³³ Segundo CYRINO, Públio Caio Bessa; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p.74, os Conselhos de Direito “são órgãos especiais criados pelo Poder Público, nas diferentes esferas de governo, para, sem personalidade jurídica, mas com capacidade pública, atuar de maneira descentralizada na formulação e controle das ações e programas relacionados à infância e à juventude”. Como exemplo de tais órgãos pode-se citar o CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, instituído através da Lei 8.242/91.

³⁴ Apesar de não fazer parte da temática deste trabalho, é de ser dito que o Sistema de garantia de direitos também abrange o adolescente que violou direito alheio, através da aplicação da proposta de responsabilização sócio-educativa.

indo desde um apoio sócio-familiar a colocação em abrigos. Ou seja, se não existem estabelecidas políticas públicas voltadas para o atendimento das necessidades infanto-juvenis com a criação e o desenvolvimento dos programas correspondentes, atendidas as diretrizes previstas em lei, fatalmente ter-se-á enquadramentos de inúmeros casos concretos nas hipóteses de violação de direitos.

Assim, vê-se claramente a falta do assumir das responsabilidades por parte do Estado, da sociedade e da família quando da observância das hipóteses de violação ou de ameaça de violação dos direitos, na forma como dispõe o artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art.98. As medidas de proteção à criança e do adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- em razão de sua conduta.

Em complementação, o artigo 101 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) prevê uma série de medidas de proteção a serem adotadas em tais casos, senão vejamos:

Art.101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art.98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I. encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II. orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III. matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV. inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V. requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI. inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII. abrigo em entidade;
- VIII. colocação em família substituta [...]

Tais medidas de proteção visam, de maneira cristalina, impedir novas violações aos direitos das crianças e dos adolescentes, retirá-los da situação de risco psicossocial e reinseri-los no contexto sócio-

familiar em condições de normalidade; e, inclusive, o legislador estatutário preocupado com as citadas responsabilidades e seus possíveis descumprimentos prevê inequivocamente ainda, além destas medidas proteção, medidas de promoção, prevenção e de responsabilização.

Nesse sentido tem-se o artigo 129, o qual descreve as medidas a serem aplicáveis nos casos de violação por parte dos pais ou responsáveis, senão vejamos:

Art.129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

- encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;
- inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
- encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
- obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;
- obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
- advertência
- perda da guarda;
- destituição da tutela;
- suspensão ou destituição do pátrio poder [...]

Ademais, o art.70 do ECA dispõe: “É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”. Em complementação tem-se o artigo 73³⁵ do mesmo diploma estatutário: “A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei”.

³⁵ O artigo 73 do ECA remete à observância dos artigos 208 a 224, os quais dispõem acerca da proteção judicial dos direitos difusos e coletivos através da Ação Civil Pública, aos artigos 224 a 258, que prevêm os crimes em espécie como as infrações administrativas em caso de violação das regras de proteção, havendo em todos os casos as respectivas responsabilizações.

É de ser dito que os deveres dos co-responsáveis se entrelaçam, convergindo em uma rede de proteção à população infanto-juvenil, que se rompida, acaba por gerar a situação de risco psicossocial. Assim, o Poder Público e a sociedade devem garantir meios eficientes para que a família consiga desempenhar o seu papel em plenitude; e, a família, a comunidade e a sociedade em geral, por sua vez, devem fiscalizar e cobrar as ações empreendidas pelo Poder Público a fim de que o mesmo garanta a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, não sendo aceitas as formas de discriminação e estigmatização sociais.

Desta forma, observa-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente se constituiu em um grande avanço, já que, orientado pela Doutrina da Proteção Integral, substituiu o enfoque assistencialista e correcional destinado à população infanto-juvenil em situação de risco psicossocial e a que violou direito alheio, por medidas de caráter garantista, baseadas na cidadania, que se funda no Estado Democrático de Direito.

Entrementes, percebe-se que, no contexto atual da sociedade brasileira, embora se tenha instrumentos legais para a defesa dos direitos das crianças e adolescentes, ainda existem muitas dificuldades no caminho para a sua efetivação, mormente no que se refere ao enfrentamento das diversas formas de violência a que está submetido este público alvo, como a física a psíquica, a moral e a sexual, a qual será analisada mais detidamente a seguir.

3. Violência Sexual: o abuso sexual e a violação dos direitos das crianças e adolescentes

3.1 A criança e o adolescente e o fenômeno da violência

Desde o início da convivência do ser humano em comunidade a presença da violência é uma constante, principalmente aquela vivenciada pela população infanto-juvenil, que marcada pela característica da vulnerabilidade, é mais suscetível de ser vítima desse fenômeno.

Apesar das diversas definições existentes que pretendem conceituar o fenômeno da violência³⁶, aquela que a considera como

³⁶ Na visão de LEÃO, Nizardo Carneiro. *Causas da Violência. Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey,

toda a prática que leve a um retardamento ou a uma restrição do desenvolvimento das potencialidades humanas³⁷ apresenta-se como a mais adequada, visto que abrange as diversas modalidades violentas, quais sejam, violência física, sexual, psíquica, entre outras.

Assim como ocorre com toda a sociedade, o processo de transformação de crianças e adolescentes em vítimas se manifesta através da vitimação ou da vitimização³⁸, que apesar das nomenclaturas semelhantes guardam em seus conteúdos diferenças substanciais.

O desnivelamento das condições sociais, a situação de miserabilidade e a carência de políticas públicas são fatores suficientes para acarretar o “processo da vitimação” da população infanto-juvenil. As crianças e adolescentes vítimas da violência estrutural da sociedade são denominadas “crianças e adolescentes em alto-risco”; já que são as mais propensas a sofrer transgressões em seus direitos fundamentais, tais como a vida, a saúde, à educação, entre outros³⁹.

Do mesmo modo, crianças e adolescentes expostos à violência estrutural, também possuem maiores possibilidades de sofrer o “processo de vitimização”, violência interpessoal ocasionada pela

2001, p.219, “violência é toda iniciativa que procura exercer coerção ilegal sobre a liberdade de alguém, que tenta impedir o exercício do direito à reflexão, de julgamento, de decisão, se exteriorizando como uma força atuante sobre indivíduos e grupos sociais dentro de uma mesma sociedade”. Na opinião de CAVALCANTI, Stela Valéria Soares. **Violência Doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06**. Salvador: Podivm, 2007, p.29, “a violência é um ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror”.

³⁷ GALTUNG, J. apud MENDEZ, Emílio Garcia. Das Infâncias e das Violências. Ob. cit., 1994, p.80.

³⁸ Termos utilizados por AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. São Paulo: Iglu, 1989, p.15.

³⁹ AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Op.cit., p.26.

relação adulto-criança/adolescente, manifestando-se através de violência psicológica, violência física ou violência sexual.

Apesar de ser notório que a vitimização apresenta-se mais freqüente em sociedades de alto-risco, tendo em vista que “quem não encontra um lugar definido, nem no sistema educativo, nem no sistema produtivo, constitui um alvo potencial das formas mais agudas e diretas da violência”⁴⁰, é de se destacar que a mesma ultrapassa a fronteira dos fatores econômicos, estando presente em todas as classes sociais, já que a violência estrutural não se encontra necessariamente relacionada à violência interpessoal.

A legitimação da violência interpessoal ou vitimização em desfavor das crianças e os adolescentes é fruto de práticas históricas que se perpetuaram ao longo do tempo, as quais situavam esse segmento social em uma posição de subordinação e inferioridade em relação aos indivíduos adultos⁴¹.

O abuso sexual, também chamado de violência sexual, objeto do presente trabalho, apesar de guardar relação com a violência estrutural, que permeia toda a sociedade e classes sociais, apresenta-se como violência interpessoal, podendo ser desenvolvida em uma relação subjetiva entre os adultos e a população infanto-juvenil.

A característica fundamental desse tipo de violência quando se tem como vítima este público especial já evidenciado, é o extrapolamento e a utilização injusta do poder hierárquico dos adultos sobre as crianças e os adolescentes⁴², o que ocasiona a negação dos direitos fundamentais desses seres, bem como os coloca na posição de objetos de domesticação e instrumentos de satisfação dos desejos

⁴⁰ MENDEZ, Emílio Garcia. Das Infâncias e das Violências. Ob. cit., 1994, p.85.

⁴¹ É importante ressaltar que a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente encerrou o processo de legitimação jurídica da violência exercida contra as crianças e adolescentes, já que a partir de então, estes passaram a ser vistos como sujeitos de direitos, detentores de direitos fundamentais e os que lhe são peculiares, não se admitindo contra os mesmos qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴² Expressão empregada por AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Op.cit., p.16.

sexuais dos adultos. Assim, o abuso de poder destes para com a criança e o adolescente consiste na origem da grande incidência dessa espécie de violência em nossa sociedade, que culturalmente dominadora e hierarquizada subjuga-os em razão de sua maior vulnerabilidade, decorrente de sua peculiar condição de ser humano em desenvolvimento.

3.2 A Violência Sexual e a exploração sexual

Apesar de não se ter um conceito unificado sobre a violência sexual praticada contra criança e adolescentes, pode-se conceituá-la genericamente como:

Todo ato ou jogo sexual, relação heterossexual ou homossexual, entre um ou mais adultos e uma criança menor de 18 anos, tendo por finalidade estimular sexualmente a criança ou utilizá-la para obter uma estimulação sexual sobre outra pessoa ou de outra pessoa.⁴³

Dessa forma, a violência sexual pode ocorrer através de diversas ações de natureza sexual: toques com finalidades eróticas; relações sexuais anais, genitais ou orais; utilização das crianças e adolescentes em imagens pornográficas; exploração sexual comercial infanto-juvenil; meras conversas de cunho sexual; e até mesmo, o próprio abuso sexual.

Dentre as formas de violência praticadas contra as crianças e adolescentes considera-se a violência sexual como aquela mais gravosa, principalmente pelo fato desses indivíduos estarem em processo de desenvolvimento, não possuindo, por este motivo, formação psíquica e física para o exercício da atividade sexual, o que pode se revelar em possíveis distúrbios comportamentais e sociais futuros.

O ser humano passa gradativamente por todas as fases correspondentes ao amadurecimento de sua sexualidade até atingir a fase genital, fase esta em que está apto a exercer a vida sexual de maneira completa. Com a violência sexual o ciclo de maturação e desenvolvimento psicosssexual é rompido de forma súbita, o que

⁴³ AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Op.cit., p.42.

acarreta consequências para essas vítimas que serão sentidas por toda a vida⁴⁴. Nesse sentido Eva Silveira Faleiros⁴⁵ assinala:

A violência sexual, por seu caráter íntimo e relacional, é peculiar e se reveste de uma extrema gravidade. Em se tratando de violência sexual perpetrada por adultos contra crianças ou adolescentes esta adquire particularidades que a tornam muito mais complexa e grave, pois é "organizadora" de estruturas psíquicas e sociais, principalmente nos abusos sexuais de longa duração e na exploração sexual comercial.

Assim, a violência sexual praticada contra crianças, entendidas estas como pessoas que possuam até doze anos incompletos, afeta seu desenvolvimento sadio, já que sua imaturidade não lhes oferece condições necessárias para definir quais são seus desejos sexuais, bem como os limites a serem definidos quando em um relacionamento com um indivíduo adulto. É por este motivo, que a lei presume a violência sexual praticada contra pessoas menores de quatorze anos, como já visto em capítulo anterior. Da mesma forma, a violência sexual praticada contra os adolescentes se mostra prejudicial, já que estes estão em fase de transição da infância para a vida adulta, ainda na busca de sua identidade, não tendo consolidado, ainda, a sua sexualidade.

Faz-se necessária a distinção entre a violência sexual praticada contra crianças e adolescentes e a exploração sexual comercial infanto-juvenil, já que tais expressões são tratadas em

⁴⁴ Com propriedade MALTA, Sílvia Barreto Brito. **Violência na Família: uma matriz da violência na sociedade**. Coruripe, 2002, p.36, afirma que "o bebê sente prazer ao sugar o seio materno, com o tempo passa a explorar as sensações do seu corpo como um todo, em seguida descobre a genitália e passa a manipulá-la na masturbação. A criança não se masturba pensando em outra pessoa, como geralmente faz o adulto. Ela se masturba como uma maneira de conhecer os prazeres que seu corpo pode lhe oferecer. É um jogo de auto-descoberta. Na adolescência, apesar de biologicamente maduro para a relação sexual e a reprodução, o indivíduo ainda não se encontra psicologicamente amadurecido para ingressar na vida sexual plena de modo abrupto. É preciso que ele continue a fazer suas descobertas, que estabeleça vínculos afetivos com outras pessoas, que vá se descobrindo num ritmo próprio que deve ser respeitado".

⁴⁵ FALEIROS, Eva Silveira. **Repensando os conceitos de Violência, Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes**. Brasília: CECRIA, 2000, p.9.

muitas situações como expressões sinônimas, mesmo porque, na maioria das vezes, tais conceitos se entrelaçam em um ciclo de violência; entretanto, apresentam características específicas que permitem a sua distinção.

A exploração sexual comercial infanto-juvenil caracteriza-se pela utilização de crianças e adolescentes para a prática de atos sexuais, coercitivamente, por um ser humano adulto, também chamado de intermediador, visando à obtenção de lucro, bem como o prazer sexual por parte de um cliente⁴⁶.

É assim, considerada uma prática sistêmica, triangular e criminosa. É considerada uma atividade sistêmica porque é desenvolvida e financiada por um mercado, indústria sexual, possuidora de todos os meios e organização para obter lucro através das práticas sexuais. É triangular porque é exercida sempre por 3 (três) sujeitos: a criança ou adolescente, o explorador e o cliente. É, por fim, uma prática criminosa já que favorece o enriquecimento ilícito do intermediador, em detrimento da saúde física e mental da vítima. Entre as várias formas de exploração sexual infanto-juvenil destaca-se a prostituição⁴⁷, a pornografia infanto-juvenil e o turismo sexual⁴⁸.

Já o abuso sexual, constitui-se na utilização de crianças e adolescentes por um adulto em práticas sexuais, com o objetivo de satisfazer seus impulsos e desejos sexuais.

⁴⁶ SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Exploração Sexual de Crianças. Crianças Vitimizadas: a síndrome do pequeno poder*. São Paulo: Iglu, 1989, p.49.

⁴⁷ É importante consignar que a expressão “prostituição” não é um termo adequado quando relacionado a crianças e adolescentes que utilizam o corpo visando à obtenção de bens materiais, já que denota uma atividade consciente, própria de indivíduos adultos, e não de crianças e adolescentes, que ainda não possuem o discernimento suficiente para decidir como dispor de sua sexualidade. O mais correto seria a expressão “crianças e adolescentes em situação de exploração sexual”, já que seria evitada qualquer forma de discriminação e estigmatização que as considerasse eternamente exploradas.

⁴⁸ BARBOSA, Hélia. *Abuso e Exploração Sexual de Crianças: Origens, Causas, Prevenção e Atendimento no Brasil. Inocência em Perigo: Abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p.41.

Depreende-se desta forma, que a exploração sexual comercial refere-se a relações de caráter comercial, objetivando a auferição de lucro; enquanto o abuso sexual a relacionamentos de caráter sexual interpessoal, o qual será analisado mais detalhadamente no próximo item.

3.3 O abuso sexual intrafamiliar e nas relações de confiança

Primeiramente é ser dito que os termos “violência sexual” e “abuso sexual” são considerados pela literatura da ciência da Psicologia com a mesma significância. Entretanto, considerar-se-á para a análise deste trabalho, o abuso sexual de uma forma restrita, como sendo aqueles atos perpetrados através de uma prática criminosa que atente contra a liberdade sexual de crianças e adolescentes em uma relação intrafamiliar ou em outras em que se tenha uma relação de confiança destes e um ou mais adultos.

Assim, a palavra abuso significa transgredir, ultrapassar o limite do aceitável. Pressupõe o uso inadequado e excessivo do poderio. Em outras palavras, transportando esse significado para o abuso sexual, consiste este no abuso de confiança e de limites por parte do abusador sexual no que se refere “aos direitos humanos, legais, de poder, de papéis, do nível de desenvolvimento da vítima, do que esta sabe e compreende, do que o abusado pode consentir, fazer e viver, de regras sociais e familiares e de tabus”⁴⁹, a fim de ver satisfeito seu desejo e interesse sexual, vitimizando, assim, crianças e adolescentes, que passam a ser meros objetos de domesticação.

Nesse contexto, conclui-se que o abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes no seio da família ou entre pessoas que guardem uma relação de afetividade e confiabilidade perante as mesmas configura uma exacerbação do poder/dever de proteção e de cuidado.

O abuso sexual praticado dentro do ambiente familiar caracteriza a relação incestuosa⁵⁰. Pode-se definir o incesto de maneira mais restrita

⁴⁹ FALEIROS, Eva Silveira. Ob. cit., 2000, p.7.

⁵⁰ Termo utilizado por especialistas da área de psicologia, já que juridicamente nosso país não considera o incesto como um crime autônomo, apenas como agravante dos crimes contra os costumes, o que constitui um equívoco, já que o abuso sexual é marcado por características próprias.

(“incesto biológico”), como: “um abuso sexual intrafamiliar, com ou sem violência explícita, caracterizado pela estimulação sexual intencional por parte de algum dos membros do grupo que possui um vínculo parental pelo qual lhe é proibido o matrimônio”⁵¹. Assim, o incesto se manifesta sob diversas combinações, quais sejam: na relação pai-filha, avô-neta, tio-sobrinha, mãe-filho, irmão-irmã, entre outras.

É de se ressaltar, que existe também um conceito bem mais abrangente sobre o incesto, numa perspectiva de inclusão neste também daquele que desenvolva com a vítima um vínculo de responsabilidade e cujos atos sexuais seriam proibidos culturalmente ou por lei, tanto no espectro do homossexualismo como no heterossexualismo: “toda atividade de caráter sexual, implicando uma criança de 0 a 18 anos e um adulto que tenha para com ela, seja uma relação de consanguinidade, seja de afinidade ou de mera responsabilidade”⁵².

A família desempenha um papel de fundamental importância no desenvolvimento das crianças e adolescentes, na medida em que contribui para a formação da personalidade e dos valores desses seres ainda em desenvolvimento e dependentes da proteção e do cuidado de seus responsáveis para a sua sobrevivência. Tal importância conferiu à convivência familiar o caráter de direito fundamental.

Desta forma, o abuso sexual intrafamiliar produz consequências avassaladoras para a vítima criança ou adolescente, já que a imagem da família como uma instituição sagrada, que oferece segurança, respeito e confiabilidade é quebrada, de forma impetuosa, atingindo a própria identidade da criança ou do adolescente⁵³. Assim, culturalmente, através de regras estabelecidas pela própria sociedade, a proibição de tal violência se baseia na idéia de que as consequências negativas se desencadeiam em diversos aspectos, seja no psicológico

⁵¹ COHEN, Cláudio. **O incesto. Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento**. São Paulo: Cortez, 2000, p.211.

⁵² AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Ob. cit., 1989, p.42.

⁵³ Segundo exemplifica COHEN, Cláudio, Op.cit, p.216, “no incesto as posições familiares são alteradas: o pai passa a ser marido, a mulher aceita perder a função de esposa e de mãe, e a filha deve também exercer a função de esposa e de mãe de suas irmãs”.

individual ou no familiar, em que se rompe a estrutura dos papéis desempenhados pelos membros da família⁵⁴.

A posição de confiança na qual se encontram os abusadores sexuais, que na maioria das vezes se apresentam como pessoas ilibadas, merecedoras de respeito e obediência torna ainda mais propício o encobrimento do crime em que se tem como objeto a ser tutelado a liberdade sexual, bem como a persuasão de crianças e adolescente, vítimas, para que estes não revelem esta realidade para outras pessoas. Este conflito psicológico gera o medo e o isolamento das vítimas, que com receio de serem castigadas e não acreditadas silenciam quanto à violência sofrida. Com propriedade assevera Maria Regina Fay Azambuja⁵⁵:

Fatores externos, assim como fatores psicológicos, contribuem para a manutenção do segredo no abuso sexual intrafamiliar. Entre os fatores externos podemos citar a inexistência de evidências médicas, o que leva a família a não ter como comprovar o fato; ameaças contra a criança vítima e suborno; falta de credibilidade na palavra da criança leva-a muitas vezes, a não revelar o abuso com medo de que seja castigada pela "mentira"; temor pelas conseqüências da revelação, com a concretização das ameaças que recebeu. Entre os fatores psicológicos destaca-se: a culpa, no sentido legal, é do abusador, mas no sentido psicológico, é também da criança; a negação, no sentido psicológico, é diferente da mentira; no mecanismo de defesa conhecido como dissociação [...]

Nesse passo, pode-se acrescentar que um dos problemas mais graves decorrentes do abuso sexual intrafamiliar consiste na verificação da viabilidade de a criança ou o adolescente, vítimas desse tipo de violência permanecer na moradia comum com o agressor. Apesar das opiniões divergentes, deve prevalecer aquela que estabelece uma ponderação entre o direito da convivência familiar e à proteção contra um ambiente permeado pela violência. Neste aspecto, a melhor solução consiste em considerar que a separação da criança e do

⁵⁴ FAIMAN, Carla Júlia Segre. **Abuso Sexual em família: a violência do incesto à luz da psicanálise**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004, p.20.

⁵⁵ AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência Sexual Intrafamiliar: é possível proteger a criança**. Revista Brasileira de Direito de Família, nº36, 2006, p.45.

adolescente de sua família ocorra somente como última alternativa, ou seja, no caso em que o abusador esteja impossibilitado de se afastar da moradia familiar⁵⁶.

3.4 Os indicadores da condição de agressor e vítima de abuso sexual e as consequências a serem enfrentadas e superadas por esta

Urge destacar primeiramente na proposta inserta neste trabalho, os indicadores, que analisados diante de todo um contexto a ser observado detalhadamente, servem à análise de que possa estar havendo uma prática sexual abusiva⁵⁷:

Quanto à pessoa do agressor: extremamente protetor; cuidadoso ou zeloso em excesso em relação à criança ou adolescente; numa postura sedutora, insinuante, que usa abusivamente de álcool e outras drogas, e que possa estar enfrentando dificuldades conjugais e tenha sofrido abuso na infância (físico, sexual, emocional).

Quanto à pessoa da vítima (criança e/ou adolescente): mudança de humor súbito nos ambientes em que frequenta; pesadelos e padrão de sono perturbado; fobias; regressão a comportamentos infantis, como chupar dedo, choro excessivo e enurese; comportamento agressivo; inibição acentuada; tentativas de suicídio; depressões crônicas e outras psicoses.

São nefastas as consequências do abuso sexual a serem superadas pela vítima. Quanto às consequências físicas, apesar do abuso sexual na maioria das vezes não deixar vestígios de violência, pode-se citar como exemplos de alterações orgânicas sofridas pela vítima: dificuldade de caminhar, infecções urinárias frequentes, secreções na vagina ou no pênis, dor ou coceira na região genital, edemas na região genital, dificuldade para deglutir, gravidez precoce, doenças sexualmente transmissíveis, entre outros. Quando a violência física é empregada contra a vítima a fim de que a mesma seja

⁵⁶ AZAMBUJA, Maria Regina Fay, Op. cit., p.42.

⁵⁷ CARAVIERI, Lígia Maria Vezzaro. Atendimento Médico e Psicossocial em casos de abuso e exploração sexual de crianças e adolescente. **Rompendo o Silêncio**. São Luís: Centro de Defesa Pe Marcos Passerini, 1997, p.93-94.

imobilizada, ocorrem as lesões corporais, lacerações genitais e disfunções urinárias⁵⁸.

Ao lado das conseqüências físicas, surgem as psicológicas, de caráter comportamental, como: vergonha excessiva, comportamento sexual inadequado para a idade, grande interesse por assuntos sexuais, culpa, baixa auto-estima, depressão, auto-agressão, comportamento regressivo, fuga de casa.

Quando as crianças e adolescentes se transformam em adultos as conseqüências do abuso sexual ainda são sentidas, já que tendem a apresentar dificuldades nos relacionamentos pessoais, dificuldades em se relacionar sexualmente, chegando até mesmo a ter aversão a práticas sexuais. Podem, entretanto, apresentar sintoma diverso, tornando-se uma pessoa promíscua e também abusadora, o que propicia um ciclo de violência, já que, se considerando uma pessoa indigna, a criança e o adolescente são vítimas fáceis da exploração sexual comercial.

É de ser dito que as conseqüências e eventuais danos psicológicos obedecem a uma graduação decorrente das condições internas de cada vítima, bem como das especificidades de cada caso concreto, como em relação ao tempo do abuso, a idade da vítima, o grau de violência e ameaça empregada, além do grau de parentesco e da relação de confiança que esta desenvolve com a pessoa do abusador.

Por esses motivos as crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual devem ser acompanhadas por uma equipe multidisciplinar ou multiprofissional, composta por Assistente Social, Psicólogo, Pedagogo, e outros Técnicos, como dispõe o art.151 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que acompanhará não só a vítima, como também o agressor, com o fito de tratar ou tentar diminuir as conseqüências trazidas para aquela, bem como impedir que o agressor reincida na prática abusiva. E mais, assistidos por tais Técnicos, é possível a análise quanto à dita ponderação no que pertence ao direito à convivência familiar da vítima e a proteção contra o ambiente permeado pela violência. Interessa, pois, saber e optar sempre pela alternativa que represente o melhor interesse da criança e do

⁵⁸ MALTA, Sílvia Barreto Brito. Ob. cit., 2002, p.39.

adolescente, em atenção à proteção integral deste público especial, sendo traçado e acompanhado através de um novo projeto de vida.

4. A situação de crianças e adolescentes vitimados pela prática do abuso sexual na Cidade de Maceió

Apesar da mudança de paradigmas no tratamento ofertado às crianças e aos adolescentes, mormente no que se refere ao estabelecimento da Doutrina da Proteção Integral, que conferiu a estes a condição de sujeitos de direitos, é fato notório que tal mudança não foi suficiente para alterar a realidade deste público especial, que vive em um mundo permeado pela violência, máxime a violência sexual.

Através de pesquisa científica⁵⁹, a qual considerou como hipótese inicial o possível aumento no quantitativo dos crimes que se configuram como abuso sexual, havendo uma relação intrafamiliar ou outra de confiança entre agressor e vítima, no biênio de 2005/2006, na Cidade de Maceió/AL, se procedeu a averiguações junto à 03 (três) das imprescindíveis vias de proteção da população infanto-juvenil, diante de uma situação de violação de direitos, que denotam práticas criminosas, como já ditas, dentro de um fluxograma previsto na Lei 8.069/90; especificamente nestes casos foram analisados: os Conselhos Tutelares do Município de Maceió⁶⁰, a Delegacia Especial

⁵⁹ A pesquisa foi realizada no decorrer do ano de 2007 e serviu como base para o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “Uma análise acerca do direito da criança e do adolescente e das especificidades relativas ao abuso sexual, na cidade de Maceió: uma pesquisa empírica no biênio 2005/2006”, apresentado como pré-requisito à obtenção do grau de Bacharelado em Direito, sob orientação da Profª. Esp. Marília Cerqueira Lima. A referida Monografia, contendo os resultados quantitativos da pesquisa científica, encontra-se no acervo da Biblioteca da Universidade Federal de Alagoas- UFAL.

⁶⁰ A título de informação é importante consignar os bairros do Município de Maceió, os quais são divididos em 07 (sete) regiões administrativas, abrangidos por cada um dos 04 (quatro) Conselhos Tutelares deste Município, quais sejam:

Conselho Tutelar-Região I e II: abrange os bairros de Ipioca, Saúde, Pescaria, -Mirante da Sereia, Riacho Doce, Guaxuma, Garça Torta, Jacarecica, Cruz das Almas, Mangabeiras, Jatiúca, Ponta verde, Poço, Ponta da Terra, Pajuçara, Jaraguá, Reginaldo, Vergel do Lago, Levada, Ponta Grossa, Centro, Prado, Trapiche da Barra e Pontal da Barra.

dos Crimes contra Crianças e Adolescentes e o Poder Judiciário (Varas Criminais de Atribuição Não-Privativa da Capital)⁶¹.

Através da pesquisa realizada, pode-se concluir que os crimes contra a liberdade sexual praticados em desfavor da criança e do adolescente apresentam-se com um alto quantitativo, mormente os de atentado violento ao pudor, que por se configurar de várias maneiras são mais corriqueiros. Ainda assim, tais índices não retratam a realidade, já que podem ser bem mais elevados, pois os ditos crimes por atingirem um âmbito muito pessoal e íntimo da vítima, dificulta a percepção desta realidade, muitas vezes, se passando uma vida inteira no "silêncio", como bem assevera a literatura da Psicologia, pelos vários motivos devidamente expostos no presente artigo, com a agravante de a maioria dos casos de abuso sexual ocorrer no ambiente familiar e nas relações de confiança.

No tocante a hipótese levantada quando da realização da pesquisa, qual seja, se houve ou não um aumento da demanda de abuso sexual na Cidade de Maceió, obteve-se como resposta um equilíbrio proporcional nos resultados de investigação obtidos na análise documental dos anos de 2005 e 2006, revelando-se em uma situação de gravidade a ser enfrentada.

Quanto à faixa etária, observou-se que há uma predominância das crianças como vítimas do abuso sexual. Tal constatação se deve ao fato de crianças (pessoa que possua de zero a doze anos incompletos) serem mais frágeis e imaturas para a compreensão da sexualidade, não tendo condições de autodeterminar-se sexualmente, pois encontram-se em processo de formação de sua identidade, e por isso mesmo são de

Conselho Tutelar-Região III e IV: abrange os bairros de Rio Novo, ABC, Fernão Velho, Goiabeira, Santa Amélia, Chã de Bebedouro, Chã da Jaqueira, Jardim Petrópolis, Mutange, Bom Parto, Canaã, Santo Amaro, Gruta, Novo Mundo, Ouro Preto, Pinheiro, Pitanguiha e Farol.

Conselho Tutelar-Região V e VI: abrange os bairros do Jacintinho, Feitosa, Barro Duro, São Jorge, Serraria, Antares, Henrique Equelman e Benedito Bentes I e II.

Conselho Tutelar-Região VII: abrange os bairros da Cidade Universitária, Santos Dumont, Clima Bom, Tabuleiro dos Martins e Santa Lúcia.

⁶¹ Denominação atualizada pela Lei nº 6.564, de 05 de janeiro de 2005 (Código de Organização Judiciária do Estado de Alagoas).

fácil manipulação por parte dos abusadores, o que dificulta que as mesmas tomem a iniciativa de tornar pública a violência cometida por este ou de procurar ajuda.

Além disso, verificou-se que as maiores vítimas, quase que a totalidade, são do sexo feminino, fato este que decorre da cultura implantada por nossa sociedade de que as mulheres são mais frágeis e suscetíveis à dominação masculina, revelando-se na chamada “desigualdade de gênero”.

Constatou-se também que a ocorrência do abuso sexual se dá principalmente na esfera familiar ou com quem a criança ou o adolescente possua um vínculo de confiança. Assim, mostra-se notória a perversidade nestes casos, já que além de violar um campo extremamente privado das vítimas, possui a capacidade de desorganizar estruturas pessoais e sociais.

Foi constatada ainda, diante do grande número de inquéritos policiais e processos arquivados, a falta de estrutura das polícias por ocasião das investigações correlatas, levando o próprio Ministério Público a não intentar as correspondentes Ações Penais em face da ausência de elementos suficientes quanto à prova da materialidade e indícios de autoria. O mesmo pode ser dito em relação aos Conselhos Tutelares, os quais apresentam uma visível falta de estrutura de todas as ordens, acarretando um prejuízo incomensurável à causa da infância e da juventude dada as suas próprias atribuições definidas em lei.

Quanto à prioridade absoluta, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, vê-se que esta não se mostra atendida nos processos em tramitação que foram analisados, o que é decorrente do próprio “sistema”, diante da demanda processual existente, em que a prioridade, em geral, é dos réus presos, até porque as Varas não seriam especializadas. Também sob este prisma é de se destacar que temos, enquanto dado de realidade, apenas 1 (um) processo da natureza em epígrafe, julgado, dentre os que se iniciaram no ano de 2005. Ainda é de ser ponderado que não se faz presente como objetivo da prestação jurisdicional ofertada em tais Varas Criminais, nem o acompanhamento interdisciplinar das vítimas em evidência, nem em relação aos possíveis encaminhamentos que os casos podem requerer em face das peculiaridades dos mesmos no tocante ao atendimento das

necessidades destas diante da proposta de reinserção familiar e/ou construção de um projeto de vida que resguarde a garantia de um desenvolvimento sadio e harmonioso.

5. Conclusão

A promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente representou, de fato, uma ruptura com a antiga ordem vigente, fundada numa perspectiva repressora e assistencialista, o que significa também uma mudança no tratamento a ser ofertado às crianças e aos adolescentes, passando estes a ser reconhecidos como cidadãos, detentores de direitos civis, humanos e sociais, em peculiar condição de seres em desenvolvimento.

Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhecendo também as situações de vulnerabilidade e de conseqüente vitimização desse público especial, estabeleceu as necessárias medidas de proteção, as quais deverão contar para serem efetivadas a contento, com a participação de diversos atores que foram destinados a compor o chamado "Eixo de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente", como os Conselhos de Direitos, os Conselhos Tutelares, Delegacias da Criança e do Adolescente, Ministério Público, Defensoria Pública e Poder Judiciário.

Assim, diante dessas particularidades, observa-se no que se refere ao âmbito jurídico e social, o estabelecimento de um novo panorama, harmonizado no contexto dos direitos humanos e pautado no melhor interesse da criança e do adolescente.

Entretanto, apesar dos avanços trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, observa-se, paradoxalmente, que os direitos destes são constantemente violados, mormente os de natureza sexual, sendo necessária à existência de uma política efetiva de atenção a estas vítimas, com programas específicos e o assumir dos co-responsáveis de suas responsabilidades dentro da promoção da proteção integral nos moldes das demandas que se apresentam face ao estabelecido em lei.

O abuso sexual constitui, como visto, em uma das mais perversas formas de vitimização de crianças e adolescentes, já que, ocorrido em sua maioria no espaço do lar e nas relações de confiança,

e marcado pelo silêncio, medo, preconceito e intimidação, acarreta a desestruturação de ordem emocional, psíquica e social dessas vítimas.

Ao analisar tal questão, através de pesquisa empírica, percebeu-se o quantitativo significativo da ocorrência desta forma de violência, bem como a carência de estrutura do “sistema”, que não oferta às crianças e aos adolescentes instrumentos adequados e suficientes para a prevenção e promoção de seus direitos. Faz-se necessário, desta maneira, soluções urgentes, com vistas ao enfrentamento desta problemática para que, assim, restem concretizados seus direitos enquanto cidadãos.

NÍVEIS DE CERTEZA, EFETIVIDADE E CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar

Juiz Federal Substituto no Ceará. Mestre em Direito Público pela UFBA. Especialista em Direito Processual Penal pela Fundação Escola Superior do MPRN.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O evolver hermenêutico e os (des)caminhos da concretização judicial. 3. Verdade processual através da estrutura normativa, significado e níveis de certeza possíveis com a linguagem. 4. Concretização normativa judicial, (im)possibilidade de universalização da argumentação jurídica e os rumos da hermenêutica filosófica para a efetividade dos direitos. 5. Conclusões.

1. Introdução

A interpretação/aplicação do direito pressupõe compreensão. O fio condutor da atividade hermenêutica é a linguagem, entendida como constitutiva do direito, isto é, enquanto tessitura onde o “ser” jurídico vive. Mas não tão-somente a linguagem constitui o direito: ela também forma o “ser” do intérprete. Estas são as bases sobre as quais se assenta a hermenêutica filosófica. Esse modo de entender o fenômeno jurídico, no entanto, não é unísono. Ao invés de se ter a linguagem como constitutiva do direito, pode-se reputá-la como veículo, como instrumento por meio do qual o direito se manifesta. A precisão das palavras, o uso de uma linguagem competente em direito e a atenção para com os signos e significados simbólicos são tomadas como peças essenciais para a hermenêutica tradicional.

Junto com tais particularidades, existe a questão intrigante de se alcançar uma certeza jurídica, um sentido unívoco para a aplicação do direito. Esse objetivo visaria uma maior efetividade dos direitos, lastreada no valor da segurança jurídica. Perpassam esse escopo debates

discrepantes sobre as possibilidades de ser obtida uma “verdade” jurídica ou se existiriam níveis de “verdade” ou de “certeza”. Há, nessa linha, um esforço intelectual de formulação de uma estrutura normativa suficiente para, de um lado, esclarecer a amplitude do fenômeno jurídico e, de outro, viabilizar um método coerente de aplicação do direito que sustente um discurso válido, uma argumentação universal que confira aceitabilidade à concretização judicial.

Com essas observações que retratam um confronto de pensamentos acerca da forma como o direito deve ser concretizado, este estudo parte da premissa de que a hermenêutica é de ser vista não simplesmente como um agir para o correto entendimento de um texto ou de uma situação, mas como atividade propícia à efetividade dos direitos. Para tanto, sustenta-se que é preciso seguir os passos para uma ontologia da compreensão, coerente com uma hermenêutica filosófica existencialista, sem olvidar a noção de tradição que revela que o presente é também o passado projetado no “ser” dos entes.

2. O evolver hermenêutico e os (des)caminhos da concretização judicial

A hermenêutica não é uma disciplina recente, porém uma atividade que sempre acompanhou a humanidade. Uma breve nota sobre sua história não é prescindível para iluminar o problema da verdade, dos níveis de certeza e da concretização do direito com ênfase na efetividade dos direitos. Existiram – e ainda existem – várias vias para o alcance de uma verdade, interessando que seja perlustrado o evolver hermenêutico, notadamente pela importância que é atribuída à descoberta da verdade para o fim de serem solucionados os conflitos sociais.

O componente humano é essencial à interpretação, máxime à construção da norma jurídica do caso concreto através da concretização judicial. O centro da decisão judicial é, então, o magistrado, que, por sua vez, está envolvido em histórias que compõem sua realidade que o conduzirão para o acerto ou para o erro. O erro “tem um lugar nas histórias em que” o intérprete está envolvido, bem como “talvez nas histórias e na história, os erros tenham seu significado, do mesmo modo como aquilo que” se considera “ser a verdade”.¹

¹ SCHAPP, Wilhelm. **Envolvido em histórias**: sobre o ser do homem e o da coisa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p.19.

Essa advertência é adequada para o início de uma menção ao desenvolvimento da interpretação, com ênfase na distinção entre “a tarefa da interpretação e o significado da compreensão” relativamente “a uma obra” e “a um ‘objecto’”, sem descurar de que “um ‘objecto’ é sempre selado com um toque humano”, sendo o ponto central da hermenêutica esse “processo de ‘decifração’, esta ‘compreensão’ do significado de uma obra”, nascendo “o campo da hermenêutica” como um “esforço para descrever estes últimos modos de compreensão mais especificamente ‘históricos’ e ‘humanísticos’”².

A hermenêutica, “como teoria da interpretação correta”, foi utilizada, em uma “fase inicial, em três esferas distintas: primeiro, para auxiliar nas discussões sobre a linguagem do texto”, originando, eventualmente, a filosofia; “segundo, para facilitar a exegese da literatura bíblica; e terceiro, para guiar a jurisdição”³. Para bem se desincumbir de seus objetivos variados, a hermenêutica trilha um caminho direcionado à compreensão. Não de forma instantânea ou sem percalços, mas interagindo com o contexto histórico que a interpelou.

Com Hans-Georg Gadamer, tem-se que “a teoria da compreensão tem seu apogeu na teoria de Schleiermacher”, a respeito do “ato adivinhatório, mediante o qual o intérprete se transporta inteiramente no autor e resolve, a partir daí, tudo o que é desconhecido e estranho no texto”, enquanto, ao revés, “a descrição heideggeriana desse círculo mostra que a compreensão do texto se encontra constantemente determinada pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão”; esclarecendo a fusão de horizontes quando afirma que “quando se realiza a compreensão, o círculo do todo e das partes não se dissolve”, porém alcança “sua realização mais autêntica”⁴.

Nessa senda, importa aduzir os sentidos que a expressão “hermenêutica” assumiu no curso da história: (I) na Idade Antiga, tem-

² PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. 13. ed. Lisboa: Edições 70, 2006. p.19.

³ SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p.46.

⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.388.

se o seu sentido preparado “pelo problema da interpretação alegórica, a qual já tinha sido praticada na época da sofística”; (2) “na Idade Média, a expressão era empregada para designar”, de um lado, “a metodologia quando relacionada às regras de interpretação”, de outro, “para se referir à teoria estrutural”, isto é, “ao ensino da conexão entre signo e significado”, acrescentando que, “na teologia, com base nesta expressão, foi elaborada uma classificação dos possíveis significados de um texto”, vale dizer, o literal, o moral e o analógico; e, (3) na fase “da hermenêutica pós-romântica, o problema hermenêutico se distinguia em uma *subtilitas intelligendi*” (a compreensão), “em uma *subtilitas explicandi*” (a interpretação) “e, durante o pietismo”, foi agregado “como terceiro componente a *subtilitas applicandi*” (a aplicação)⁵.

O ponto de entendimento indispensável acerca dos níveis de certeza, da efetividade e da concretização judicial é o que trata das possibilidades de superação do paradigma da filosofia da consciência e do cartesianismo, sem olvidar a predominância, na atividade interpretativa dos juízes, da ocupação primordial “da procura da verdade” aludida por René Descartes, consistente no método de rejeitar “como absolutamente falso tudo em que pudesse imaginar a menor dúvida”, para só crer no que “fosse inteiramente indubitável”⁶.

A propósito, Lenio Luiz Streck ilustra o “*modus* interpretativo vigente/dominante no cotidiano dos juristas”. A interpretação da lei, segundo a dogmática jurídica brasileira, continua sendo, assim, a penetração do verdadeiro e exclusivo sentido do texto, a fixação do “sentido de uma norma” e a descoberta de “sua finalidade” e dos “valores consagrados pelo legislador”⁷. É como se a cultura forense do Brasil estivesse com os pés firmados no primeiro período capitalista descrito por Boaventura de Sousa Santos, onde “a dominação jurídica racional é legitimada pelo sistema racional de leis, universais e abstractas, emanadas do Estado”, presidindo “uma administração burocratizada e profissional”, cuja aplicação daquelas normas a toda a

⁵ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Op.cit., 2000. p.46-48.

⁶ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.37.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p.97.

sociedade é levada a cabo “por um tipo de justiça baseado numa racionalidade lógico-formal”⁸.

Para a concretização judicial, é necessário superar o paradigma do pensamento positivista, notadamente no atinente a se entender como norma tão somente aquela reconhecida pelo sistema. Trata-se de um modo de ver reducionista, porque estreita o leque de possibilidades interpretativas em confronto com a complexibilidade dos casos concretos. Para minimizar os efeitos desse problema, Herbert L. A. Hart pressupõe regras de reconhecimento, as quais serão mais elaboradas em sistemas jurídicos desenvolvidos, conquanto concorde que a forma de se construir tais regras objetivando justificar as fontes do direito “será muito imperfeita”⁹.

A necessidade de ser ultrapassado o paradigma hermenêutico dominante, pode ser alvitado com Thomas S. Kuhn. Em seu livro, o autor utiliza o termo “paradigma”, na maior parte das vezes, como sinônimo de modelo, e não no seu segundo significado, de crença, destacando assim que “enquanto os instrumentos proporcionados por um paradigma continuam capazes de resolver os problemas que este define”, ocorre uma mobilidade mais rápida da ciência, com seu maior aprofundamento “através da utilização confiante desses instrumentos”. E “a razão é clara”, pois, na ciência, “a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que a exigem” e “o significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos”¹⁰.

Sem embargo, para ser atingida a excelência de um paradigma hermenêutico da compreensão, surgirão dificuldades de ordens diversas, a começar pela não uniformidade – como é natural acontecer – das idéias de juristas e filósofos, com a subjacência de uma cultura robusta que se desenvolveu em período propício a seu fortalecimento, conjugada pelos ideais iluministas, capitalistas e positivistas. Com Elton Luiz Leite de Souza, depreende-se que a visão cartesiana

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p.142.

⁹ HART Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p.107.

¹⁰ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Viana Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p.105.

representa(ava) o interesse burguês (francês), tendente a separar “o sujeito da história, colocando-o em um lugar neutro” e que “o racionalismo e o dogmatismo via de regra andam juntos, e visam tornar homogênea e racional a subjetividade da classe dominante”¹¹. E essa ideologia subsiste viva na contemporaneidade brasileira. Existirão, pois, os descaminhos para uma concretização judicial tendente à efetividade dos direitos, cuja direção é aqui sugerida na senda da ontologia fundamental de cunho não-metafísico.

Decerto, a noção de verdade – da certeza e de seus níveis – tem de ser posta em seus devidos termos, isto é, tem que ser contextualizada na linguagem, não limitando a hermenêutica jurídica, no dizer de Kelly Susane Alflen da Silva, a uma relação sujeito *versus* objeto, com o “emprego dos cânones interpretativos que tem por base o (con)texto do texto como os filólogos têm”, porquanto “a atividade judicante não se configura apenas no reconhecer e no expressar de decisões do legislador”, constituindo, antes, “uma tarefa”, haja vista que “o processo de formação de uma unidade política e de uma ordem jurídica” consiste em “um processo histórico concreto”¹².

3. Verdade processual através da estrutura normativa, significado e níveis de certeza possíveis com a linguagem

O trabalho hermenêutico do jurista deve se desapegar dos dogmas. A “verdade” não é possível de ser visualizada através de métodos que abreviam o pensamento. Para iniciar este ponto, de importância fundamental para a compreensão da concretização do direito pela atividade judicante, cabe exemplificar um dos dogmas que é tomado como verdade, sem que haja maior controvérsia doutrinária: é “a concepção largamente difundida na doutrina de que a violação de um princípio seria muito mais grave do que a transgressão a uma regra”, já que “implicaria violar vários comandos e subverter valores fundamentais do sistema jurídico”. A divergência pontual é verificada em Humberto Ávila, que obtempera que “a idéia de reprovabilidade” da violação de uma regra ou de um princípio “deve ser repensada”, por mais de uma razão. A uma, porque princípios e regras possuem diferentes funções e finalidades. A duas, a regra cristaliza valores, não

¹¹ SOUZA, Elton Luiz leite de. *Filosofia do direito, ética e justiça*: filosofia, contemporânea. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007. p.145.

¹² SILVA, Kelly Susane Alflen da. Op. cit., 2000. p.349-350.

sendo exato que ela não os incorpora. A três, “como as regras possuem um caráter descritivo imediato, o conteúdo do seu comando é muito mais inteligível do que o comando dos princípios”. Daí concluir ser “mais reprovável” violar “aquilo que ‘se sabia’ dever cumprir”, bem como ser mais grave ferir “a concretização definitiva do valor na regra do que o valor pendente de definição e de complementação de outros como ocorre no caso dos princípios”¹³.

Como se depreende, é uma construção que polemiza a noção dogmática que se tinha da suposta hierarquia entre princípios e regras. Essa hierarquização, de viés racionalista, relega a plano secundário o texto de cada uma das regras e princípios, para se atrelar a uma espécie de método dedutivo que independeria do conteúdo das normas. É possível relacionar essa forma de pensar com a lógica jurídica e, então, ser estudada sua relação com a verdade processual. A coerência lingüística – formada a partir de símbolos que reunidos conferem seriedade à linguagem jurídica – deve ser, ao final, confrontada com a necessidade de concretização judicial que não se restrinja ao plano da validade do discurso jurídico, mas que produza efeitos na realidade social.

Lourival Vilanova – partindo da ilação de que “a lógica tem sido e é sempre formal”, bem como que ela não é caracterizada pelo “conteúdo significativo” deste ou daquele enunciado – perluastra que a lógica formal pode se dar: (1) “com o uso da linguagem não-simbólica”, como na lógica clássica aristotélica, que se baseia no silogismo com “as variáveis-de-sujeito e as variáveis-de-predicado”, mas que seus quantificadores e suas “conectivas são expressos na linguagem não-simbólica, como ‘todo’, ‘nenhum’, ‘algum’, e o ‘é’ apofântico”; e, (2) por meio de “uma notação simbólica”, que tem a vantagem de “potenciar o formalismo e conferir precisão à análise formal”, cuidando-se de uma “forma lógica purificada do contexto empírico em que está envolvida”, ou seja, “do contexto lingüístico, do contexto em que se acha o sujeito pensante, e do contexto de objetos, termo de referência das proposições”. Sob outra vertente, as estruturas lógicas da norma jurídica, descritas pelo jusfilósofo, têm a utilidade especial de possibilitar a verificação da validade ou invalidade dos enunciados

¹³ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.52-53.

normativos, a partir do pressuposto vantajoso “de uma notação simbólica em lógica”, que potencializa o formalismo e confere “precisão à análise formal”. É uma espécie de fórmula matemática cujas incógnitas são destinadas a serem substituídas pelas expressões normativas constantes do enunciado legal, haja vista que considera que “um raciocínio feito de proposições com significações especificamente determinadas não explicita a forma lógica; antes, a forma resulta ocultada pelas significações concretas”¹⁴. Todavia, certo é que cuida de uma simplificação da complexidade que, ao generalizar, pode dificultar a justeza da concretização judicial.

O estudo da estrutura da norma jurídica com o fito de ser obtida uma “verdade” jurídica tem sido desenvolvido por correntes jurídicas e filosóficas de vertentes diversas. De um lado, está a filosofia da consciência e a filosofia ordinária da linguagem com uma ontologia clássica; de outro, a hermenêutica filosófica, com esboço em uma ontologia da compreensão, em que a linguagem é constitutiva do direito. É importante, antes de ser tocada a questão da possibilidade de níveis de certeza e do significado processual, que sejam contrastadas formas distintas de exposição da estrutura da norma jurídica.

A estrutura normativa, em uma senda positivista, pode ser vista como uma moldura, com base kelseniana, “dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação”, sendo jurídico “todo ato que se mantenha dentro deste quadro”, com o seu preenchimento “em qualquer sentido possível”. A “interpretação” é de ser entendida, assim, como fixação cognoscitiva “do sentido do objeto a interpretar”, que “não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta”, senão “possivelmente a várias soluções”¹⁵. De outra banda, o sistema kelseniano tem como pilar a idéia de que “toda norma provém de norma”, não existindo, em rigor, “produtividade normativa do fático”, sendo o conjunto, “ontologicamente, em si-mesmo, bastante”. É assim que Lourival Vilanova, tratando da “norma fundamental como fechamento lógico do sistema” (“uma hipótese-limite que confere conclusividade ou fechamento ao conjunto de normas que é o direito”),

¹⁴ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Nôeses, 2005. p.52-53.

¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.390-391.

vê a norma jurídica em Kelsen como “a forma lógica de vincular um pressuposto de fato a uma consequência”, como também observa que a purificação metódica kelseniana, ao isolar a proposição jurídica, dá azo ao positivismo, ao normativismo e à “neutralidade axiológica do conceito de dever-ser”¹⁶.

A “síntese da regra matriz de incidência tributária”, de Paulo de Barros Carvalho, é um excelente exemplo de estrutura padrão da norma jurídica impositiva de obrigação tributária. Através dela, é atestada uma “verdade” quanto à coerência do diploma legal instituidor de um imposto, taxa ou contribuição com a Constituição Federal. A simbologia por ele utilizada se revela como um “esquema lógico de representação formal”, com a finalidade de identificar e conhecer com profundidade a “unidade irredutível que define a fenomenologia básica da imposição tributária”¹⁷. Com Lourival Vilanova, pode-se asseverar que a “regra matriz de incidência tributária” proposta por Paulo de Barros de Carvalho é constituída por uma “linguagem lógica”, de natureza “simbólica, artificial, construída, para nela se verterem as formas lógicas”, “que conduz ao formal”, no universo de um pluralismo lingüístico¹⁸.

Importa objetar que a linguagem séria, formal, utilizada pelo tributarista, com o propósito de assegurar a exatidão do trabalho do jurista, não esconde seu cunho reducionista da realidade que, de sua parte, envolve emoções e não é tão simples como o raciocínio dedutivista. É que o “paradigma neutro e cartesiano, que dissocia a razão da emoção como critério de validade do pensamento científico” esforça-se para não permitir, *verbi gratia*, “o discurso literário”. Este se desenvolve levando em consideração “o sensorial emotivo”, que “aporta no contexto jurídico como elemento diferencial na prática do direito”, mercê de ser permeado pela preocupação com o indivíduo, “capturando a vida em todas as suas vicissitudes e nuances”, num esforço

¹⁶ VILANOVA, Lourival. Teoria da norma fundamental: comentários à margem de Kelsen. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: AXIS MVNDI; IBET, 2003. v.1. p.313-315.

¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.343.

¹⁸ VILANOVA, Lourival: O universo das formas lógicas e o direito. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: AXIS MVNDI; IBET, 2003. v.2. p.10-11.

hermenêutico – traçado por Melina Girardi Fachin –, de ver o direito, não de maneira pura, mas através de “lentes lúdicas literárias”¹⁹.

Deveras, a norma jurídica não deve ficar restrita a uma estrutura fechada, com o uso de uma teoria ordinária da linguagem em que, com a semiótica tradicional, é vista em três planos distintos: o semântico, o sintático e o pragmático, numa forma de interpretação mediante decodificação de símbolos, onde o que mais interessa é, no dizer de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “conhecer-lhes as regras de controle da denotação e conotação” (semântica), “de controle das combinações possíveis” (sintática) e “de controle das funções (pragmática)”²⁰. Malgrado a contribuição do estudo sério dos signos linguísticos, forçoso é reconhecer que a “certeza” supostamente unívoca que seu uso visa alcançar é comprometida com um modo de pensar que descarta as nuances sociais.

Antes de ser abordado mais de perto o problema da possibilidade de uma verdade no processo, do significado e dos níveis de certeza – todos tendentes a propiciar o que se convencionou chamar segurança jurídica –, mister avivar, com Paulo Machado Cordeiro, o destaque da função da “formulação da motivação” da decisão judicial para esse desiderato, porquanto a fundamentação judicial é “fator relevante de afirmação da atividade do julgador” e sua “aceitabilidade tem o mesmo papel que a verdade nas ciências empíricas”²¹. Como se depreende, a idéia de verdade esposada pelo autor se afasta do modelo cartesiano, cujo pensamento, consoante João Batista Gomes Moreira, “é linear e formalista”, assentado “na lei da causalidade e nas técnicas de análise, discriminação, classificação e hierarquização”, sendo possível, sob sua

¹⁹ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007. p.41-42.

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.262.

²¹ CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p.86-87.

luz, “encontrar a verdade, direta e objetivamente, na essência individual das coisas”²².

Deveras, a verdade como aceitabilidade, em viés diverso do paradigma lingüístico mentalista, tem raízes em Jürgen Habermas, mormente quando sustenta que “a redenção discursiva de uma alegação de verdade conduz à aceitabilidade racional, não à verdade”. É uma filosofia neokantiana, fundamentada na idéia de que “os participantes de uma discussão sentem-se autorizados – e supostamente o são de fato – a aceitar como verdadeira uma proposição controversa”. Para tanto, é suficiente que os atores da comunicação “tenham, em condições quase ideais, esgotado todas as razões disponíveis a favor e contra essa proposição e assim estabelecido a aceitabilidade racional dela”²³.

É cediço que é indispensável que sejam exarados na sentença os motivos evidenciadores da atividade hermenêutica legitimadora da decisão e viabilizadora de seu controle. Em acréscimo, a via que se tem por adequada já é de ser anunciada: a compreensão da diferença ontológica do “caso deduzido em juízo”, em círculo hermenêutico que ofereça condições para que o jurista veja o ente não enquanto ente, mas em sua essência, em seu ser, mediante o ajustamento da fundamentação às peculiaridades do caso singular, “sem a exacerbação metafísica própria do generalismo”²⁴.

Dessa maneira, a verdade no processo é de ser obtida: a verdade como significado alcançado pela sua essência. Não se tem simplesmente uma verdade indubitável cartesiana, nem uma verdade aproximativa de índole positivista. O arrimo filosófico dessa verdade como significado é heideggeriano e gadameriano. A essência da verdade é a verdade da essência, e esta é de ser compreendida e

²² MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.45-46.

²³ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.60-61.

²⁴ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Preclusão da decisão desclassificatória no rito do júri**: impossibilidade de arguição de conflito de competência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.61-62.

apropriada a partir de uma visão prévia, de uma posição prévia e de uma concepção prévia. Os “pré-conceitos” – tomados no sentido de “pré-julgamentos” – serão confirmados ou infirmados no círculo hermenêutico. A verdade aparece e logo desaparece. A verdade, vista como significado dos fatos descritos nos autos, exsurge com o “derretimento” dos horizontes do juiz e do texto processual *lato sensu*.

É Martin Heidegger quem coloca “a questão da verdade para além dos limites tradicionais da concepção comum”, conduzindo “a reflexão a se perguntar se a questão da essência da verdade não deve ser, ao mesmo tempo e primeiramente, a questão da verdade da essência”. Mas – obtempera o filósofo –, “sob o conceito de ‘essência’ a filosofia pensa o ser”, explicando que “a essência da verdade não é absolutamente a ‘generalidade’ vazia de uma universalidade ‘abstrata’”, sendo, ao inverso, “o único dissimulado da única história do desvelamento do ‘sentido’ daquilo” designado por “ser e que, já há muito tempo”, é costume considerá-lo “como o ente em sua totalidade”. Tal aferição é apontada pela “redução da possibilidade interna da conformidade de uma enunciação à liberdade ek-sistente do deixar-ser; reconhecido como seu ‘fundamento’”, bem como – e a um só tempo – pelo aceno para ser situado “o começo essencial deste fundamento na dissimulação e errância”²⁵.

É com pensamento compatível com o da hermenêutica filosófica filiada à ontologia fundamental que se compreende, com Ovídio Araújo Baptista da Silva, a necessidade de se acordar da letargia da segurança cartesiana contra “incertezas e aflições”, que, ao cabo, é um autêntico escudo contra a liberdade. O texto de lei é de ser entendido não como “ponto de chegada”, mas como simples “ponto de partida para as dúvidas, frustrações e inseguranças”. Não obstante a procura da verdade dos fatos seja “sempre uma tarefa indispensável, porém preliminar, não conclusiva”, a atribuição de sentido pelo juiz é imperiosa para se sair da falácia de um suposto significado constante de acordo com a vontade do

²⁵ HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade. A tese de Kant sobre o ser.** Tradução: Ernildo Stein. 4. ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1970. p.47-48.

legislador, “como se as contingências, expectativas e valores estivessem petrificados na história”²⁶.

Infere-se que é crucial que se rompa com a hermenêutica tradicional, descrita por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que pressupõe um “correto entendimento do significado” constante dos enunciados legais e das intenções do legislador, “tendo em vista a decidibilidade dos conflitos”²⁷. O apego aos “pré-conceitos” deve ser mitigado com o círculo hermenêutico, sendo curial afirmar, com Lenio Luiz Streck, que “é cedo para dar por encerrada a discussão acerca do declínio do positivismo” e de seu modo de pensar, em “suas mais variadas formas”, interessando que se tenha um olhar crítico para a característica do positivismo concernente à coincidência de que “por detrás de toda norma, princípio ou regra, existe sempre uma vontade”, denunciadora da “necessária relação entre direito e poder”, fazendo identificar o positivismo com a “pluralidade de respostas possíveis nos casos difíceis, o que dentro do sistema é a tese da discricionariedade dos juízes”²⁸.

Sobre esse ponto, Ronald Dworkin – referindo que o positivismo de Hebert L. A. Hart é mais evoluído que o de John Austin – explicita o fundamento positivista do poder discricionário, escorado na idéia de que “o soberano não pode, por certo, antecipar todas as contingências através de algum sistema de ordens”, pois “algumas de suas ordens serão inevitavelmente vagas ou pouco claras”, razão pela qual, John Austin pontifica que o soberano atribui aos juízes o poder discricionário de “criar novas ordens, sempre que casos inéditos ou problemáticos se apresentarem”, para que as leis sejam cumpridas. Em outras palavras, os encarregados do soberano (os magistrados), sob essa **concepção**,

²⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p.280-281.

²⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op.cit., 2007. p. 256.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Op. cit., 2005. p.155-156.

“criam novas regras ou adaptam as antigas e o soberano anula suas criações ou, ao não fazê-lo, as confirma tacitamente”²⁹.

Para suplantar essa forma de pensar – de natureza positivista –, tem lugar uma ontologia da compreensão, com arrimo na filosofia de Hans-Georg Gadamer, volvida a “operar uma mediação entre o presente e o passado”, assim como a “desenvolver em si” mesma “toda a série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige” ao jurista: cuida-se de um caminho apropriado para se chegar “à verdade sempre buscada”, vale dizer, à “tomada de consciência histórica”, retratada “na relação de toda compreensão com a linguagem”³⁰.

A estrutura normativa possível não seria uma equação fechada, mas uma forma de atribuir maior liberdade ao intérprete e às pessoas. A teoria egológica do direito de Carlos Cossio é, a propósito, adequada à hermenêutica da compreensão. É mais ampla que a fórmula kelseniana. Daí que tem pertinência o estudo da egologia cossiana, feito por Antônio Luís Machado Neto, para os objetivos deste ensaio. É que, em Kelsen, “la norma jurídica es un juicio hipotético y ofrece” o esquema normativo “‘dado A debe ser B’ o, en la fórmula propiamente jurídica, ‘dada la no prestación debe ser la sanción’”, enquanto na “formulación egológica, por el contrario, ambas estructuras normativas kelsenianas están ligadas en una estructura disyuntiva”, acrescentando que “tanto la prestación como la sanción revisten un carácter esencial en la relación jurídica y en la estructura lógica que la piensa”. Desse modo, segundo a teoria egológica do direito, a estrutura normativa passa a ter um caráter de horizontalidade viabilizado pela coordenação entre a endonorma – “Dada una situación vital como hecho antecedente, debe ser la prestación por alguien obligado frente a alguien titular” e a perinorma (“o dado el entuerto, debe ser la sanción a cargo de un funcionario obligado por la comunidad pretensora”). Revaloriza-se, destarte, a liberdade humana, como “una consecuencia de su idea de que el derecho es conducta”, estando, pois, permitida “toda conducta, en

²⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.29.

³⁰ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. p. 71.

origen”, calhando a afirmação de que o directo é “un continuo de licitudes y un discontínuo de ilicitudes”³¹.

Assentadas as bases da ontologia da compreensão para esclarecer a *quaestio* da verdade judicial, dois pontos carecem de enfrentamento expresse. Um é a conclusão de que só é possível o alcance de uma verdade aproximada no processo. Outro é a idéia da existência de graus, de níveis gradativos de verdade ou de certeza no ato de julgar. A colocação é pertinente porque a hermenêutica filosófica não nega a possibilidade de se alcançar uma verdade ou um significado pela essência do ser, no círculo hermenêutico, onde entram noções como tradição e fusão de horizontes.

No que tange à obtenção de uma verdade ou de uma certeza aproximada no processo, ela tem um fundo positivista, arraigado, inclusive, em uma lógica jurídica formal que, com seus métodos facilitadores (ou dificultadores?), estabelece uma correção no plano jurídico, que não se confundiria com o plano fático. Karl Engisch estampa essa idéia ao expor que “a lógica do jurista é uma lógica material que, com fundamento na lógica formal e dentro dos quadros desta”, de uma vertente, “e em combinação com a metodologia jurídica especial”, de outra, “deve mostrar como é que nos assuntos jurídicos se alcançam juízos ‘verdadeiros’, ou ‘justos’ (correctos), ou pelo menos ‘defensáveis’”, constituindo “antes reflexão sobre o processo de conhecimento jurídico especificamente correcto, o que não é coisa de fácil penetração”, porquanto “ela esforça-se por alcançar (nos limites do que ao conhecimento humano é possível) a meta de descobrir a ‘verdade’ e emitir juízos conclusivamente fundados”³².

Nesse diapasão, Hans Kelsen rechaça a segurança jurídica com supedâneo no texto normativo, ao tratar da interpretação autêntica – realizada pelo órgão competente para decidir conflitos –, verberando que “a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e

³¹ MACHADO NETO, Antônio Luís. **Fundamentación egológica de la teoría general del derecho**. Tradução: Juan Carlos Manzanares. Buenos Aires: Eudeba, 1974. p.106-107.

³² ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução: J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p.7-8.

em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’, sublinhando que “isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica” e que em virtude “da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente”³³. Decerto, como pondera Gabriel Ivo em sentido semelhante, ao diferenciar texto de norma jurídica, o intérprete construirá, a partir dos “instrumentos introdutórios que propagam enunciados prescritivos”, “tantas normas quanto” o seu juízo “puder identificar”³⁴.

Sem embargo, interessa vincar que o contexto histórico inaugurado com a Revolução Francesa foi fértil para distorções de doutrinas teóricas normativistas e positivistas que lhe seguiram, notadamente para o formalismo que caracteriza a atividade judicial brasileira. Vale, dessarte, uma referência a Chaïm Perelman, para, com ele, salientar que as idéias liberais que tiveram seu apogeu em 1789, persistiram “durante mais de um século”, de molde a pôr “no primeiro plano a legalidade e a segurança jurídica” e a acentuar “o aspecto sistemático do direito e o aspecto dedutivo do raciocínio judiciário”, reputado como não muito diferente “do raciocínio puramente formal”, com o intuito de, com essa aproximação matemática, “garantir o funcionamento previsível e imparcial das cortes e dos tribunais”, subordinando “o poder judiciário ao poder legislativo” e favorecendo “uma visão estatizante e legalista do direito”³⁵.

Outrossim, o problema dos níveis de certeza tem uma relação com essa verdade aproximativa e com o uso dos métodos para aplicação do direito. Luigi Ferrajoli, distinguindo (in)certeza de fato de (in)certeza de direito como espécies “independentes entre si”, afirma que “um certo grau de incerteza caracteriza, na realidade, por seu caráter aproximativo, duas espécies de verdade” (jurídica e fática), explicando que “a verdade fática é a validade de uma inferência indutiva, da qual, contudo, é irredutivelmente insegura, porque provável, a verdade da conclusão”, enquanto a verdade jurídica é “a validade de uma inferência dedutiva,

³³ KELSEN, Hans. Op. cit., 1996. p.396.

³⁴ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p.78.

³⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.185.

da qual, contudo, é irredutivelmente insegura, porque opinativa, a verdade das premissas". Existem, portanto, diferenças interpretativas defluentes das opções hermenêuticas que o juiz tem a mão para qualificar o direito e se convencer "acerca das provas de fato", malgrado costume "confundir e intercambiar" os "modos de solução de incertezas". A escolha do magistrado por uma opção hermenêutica expressa o seu "poder de interpretação e verificação jurídica, quando as incertezas solucionadas sejam de direito", bem como o seu "poder de comprovação probatória ou de verificação fática, quando as incertezas solucionadas sejam de fato"³⁶. Como se infere, são métodos que encontram guarida no paradigma positivista, ensejando redução de perspectivas, seja pela indução, seja pela dedução.

Para arrematar este tópico, impende retomar a interpretação alicerçada na ontologia fundamental, para verificar, com Joseph Bleicher, que "a concepção ontológico-fundamental de Heidegger proporcionou uma reorientação completa" da filosofia hermenêutica "e uma solução bastante radical, ao desenvolver uma série de *Existentialien* (existenciais)", estabelecendo uma distinção correspondente ao que se denomina "'diferença ontológica' entre *Sein* (ser) e *Seiendes* (entes), o domínio do ontológico e o do ôntico", relativamente a entes diversos do *Dasein*"³⁷.

Com efeito, Martin Heidegger chama a atenção para o ponto de que "por detrás dessa diferença somenos importante de significado, permanece velado o fato de não se ter dominado o problema ontológico fundamental"³⁸. Deve, assim, haver um esforço hermenêutico calcado, na dicção de Lenio Luiz Streck, "na matriz ontológico-fundamental (fenomenologia hermenêutica)", com o objetivo de "construir condições de possibilidade para a compreensão" das questões atinentes à efetividade dos direitos. Isso é viável através de um "processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p.105-106.

³⁷ BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980. p.139.

³⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo: parte I**. Tradução: Maria Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.140-141.

direito (sentido comum teórico)”, sendo imperioso o rompimento com o “pensamento objetificador”, que equipara “o ser ao ente”, para passar a ver o ente em seu ser, apropriando-se de sua essência para retirar o que encobre a diferença ontológica. Não há mais lugar para “o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização”³⁹.

Portanto, insta se ter presente a idéia de Martin Heidegger, para uma adequada compreensão das possibilidades hermenêuticas sobre a verdade ou o significado processual, mormente na parte que aventa que “a partir da ‘existência’ corretamente pensada se revela a ‘essência’ do ser-aí, em cuja abertura o ser se revela e oculta, se oferece e subtrai”, não permitindo “que esta verdade do ser no ser-aí se esgote ou se deixe identificar com o ser-aí ao modo do princípio metafísico”, bem como sem olvidar que “toda objetividade é, enquanto tal, subjetividade”⁴⁰.

4. Concretização normativa judicial, (im)possibilidade de universalização da argumentação jurídica e os rumos da hermenêutica filosófica para a efetividade dos direitos

O que foi dito até aqui envolveu uma narrativa de aspectos hermenêuticos filiados a correntes diversas, sem desviar do propósito de realçar a importância de ser adotada uma filosofia da linguagem refratária à metafísica. A abstração generalizante deixa velada a diferença ontológica do ente em seu ser. A tentativa padronizadora, para fazer face à multiplicação de conflitos, afasta-se do desiderato de se ter uma concretização normativa judicial que torne possível a efetivação dos direitos, denunciando que os complexos problemas que são levados à justiça carecem de compreensão.

A aceitabilidade da decisão judicial não é equivalente a uma uniformização de fundamentação. A aceitabilidade engloba uma fundamentação suficiente que evidencie que o direito foi aplicado/interpretado a partir de uma hermenêutica compreensiva. Não é bastante a validade do julgado certificada pelo próprio sistema. É de relevo a necessidade de efetiva suplantação da fase “do positivismo jurídico à autopoiese”, cujo “pressuposto ideológico”, criticado por

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.847.

⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica?** Tradução: Ernildo Stein. In: *Os pensadores*: XLV. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.257.

Boaventura de Sousa Santos, “foi sempre o de que o direito devia desconhecer, por ser irrelevante, o conhecimento social científico da sociedade”, acrescentando que, a partir “dessa ignorância, deveria construir uma afirmação epistemológica própria”⁴¹.

Deveras, a interdisciplinariedade deve permeiar a atividade de concretização normativa judicial. Interessa uma tomada de consciência de que “a ênfase dada ao método científico e ao pensamento racional, estendida para as ciências ditas humanas, gerou uma dificuldade de compreensão do mundo” e fez surgir, nas palavras de Lúcia Reis de Almeida Prado, “uma inteligência esquizofrênica, que impede um conhecimento abrangente do mundo”. A interdisciplinariedade vem tornar viável uma produção do saber que não recaia “nem no radical cientificismo formalista (objetivismo), nem no humanismo exagerado (subjetivismo)”, caracterizando-se pela obtenção do saber “a partir da predisposição para um encontro de diferentes pontos de vista (diferentes consciências)”, levando, “criativamente, à transformação da realidade”⁴².

Sob enfoque diverso, a hermenêutica romântica, que alberga a relação entre sujeito e objeto, é de ser ultrapassada pela hermenêutica filosófica. Não basta a “extração” do sentido do texto ou o trabalho empático com o emissor da mensagem, como quis Friedrich D. E. Schleiermacher, ao defender que “para exercer completamente esta arte a propósito de qualquer discurso”, releva que o intérprete esteja “de posse, não somente das explicações das palavras e dos temas, mas também do espírito do escritor”⁴³. Diferentemente, a hermenêutica primará, na esteira de Hans-Georg Gadamer, por um ato de deslocamento do horizonte do intérprete, em sua tradição, que “não se dá por empatia de uma individualidade com a outra, nem pela submissão do outro” ao padrão do jurista, significando, antes, “sempre uma ascensão a uma universalidade mais elevada que supera” a particularidade do leitor e a do outro. Daí a pertinência do conceito de horizonte, mormente por expressar “essa visão superior e mais ampla

⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., 2002. p.165.

⁴² PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. Campinas: Millennium, 2003. p.1-3.

⁴³ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Tradução: Celso Reni Braida. Petrópolis: Vozes, 1999. p.63.

que deve ter aquele que compreende”, haja vista que “ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele mais precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos”⁴⁴. É, portanto, uma relação de sujeito a sujeito, tendente a uma compreensão ontológica-fundamental e a uma concretização normativa judicial que confira efetividade aos direitos.

Não se deve perder de vista, para a finalidade esboçada neste estudo, que existe um comprometimento ideológico entre o positivismo, os ideais iluministas, o dogmatismo, o racionalismo cartesiano e o sistema capitalista. Há uma cisão do discurso jurídico alimentada pelo pensamento jurídico dominante, com um “ceticismo de duas verdades, a dos leigos e a dos juristas”, com a pretensão de “fundamentá-la em razões de ordem científica, mas de fato oriunda de exigências ideológicas que buscam camuflar os interesses efetivamente tutelados pelo direito”⁴⁵. É uma obstrução da aplicação do direito que se reduz, via de regra, a simples retórica, sem efetividade, porém com o fito de conformar as classes desfavorecidas com promessas (ainda) não cumpridas.

A tarefa que se coloca é a de compreender para se interpretar/aplicar o direito, atividade esta que, segundo Gregorio Robles, não tem limites e nunca se acaba, pelo que a hermenêutica filosófica “ha llamado a este permanente acto de la razón por comprender, y comprender cada vez más y mejor, círculo hermenéutico, aunque quizá sea más apropiado hablar de espiral hermenéutica”. A interpretação e a compreensão da realidade, segundo o autor, referindo-se especialmente à realidade social, “no es sólo un que hacer individual sino también colectivo. Hay una interpretación individual de la realidad y hay una interpretación colectiva o social de la misma”⁴⁶.

⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., 2005. p.403.

⁴⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p.58.

⁴⁶ ROBLES, Gregorio. El derecho como texto: en torno a la fundamentacion de una teoria comunicacional del derecho. Que es la teoria comunicacional del derecho? **El derecho como texto**: cuatro estudios de teoria comunicacional del derecho. Madrid: Civitas, 1998. p.85.

Nesse caminho, Jürgen Habermas sustenta a necessidade de serem esclarecidos o que ele chama de “pontos cegos” – ao se referir a “um discurso sobre direitos humanos entre participantes de diferentes origens culturais”, sobre o qual se dá a reflexão hermenêutica voltada para o entendimento –, afirmando que “independentemente do pano de fundo cultural, todos os participantes justamente sabem intuitivamente muito bem que um consenso baseado na convicção” só é passível de concretização quando “existirem relações simétricas entre os participantes da comunicação”, com “relações de reconhecimento mútuo, de transposição recíproca das perspectivas, de disposição esperada de ambos para observar a própria tradição” com um olhar distinto do seu. Daí “criticar não apenas leituras parciais, interpretações tendenciosas e aplicações estreitas dos direitos humanos”, como “também aquelas instrumentalizações inescrupulosas dos direitos humanos voltadas para um encobrimento universalizante de interesses particulares”, tendentes “à falsa suposição de que o sentido dos direitos humanos se esgota no seu abuso”⁴⁷.

Para uma efetividade dos direitos, a argumentação não pode ser tão universal ao ponto de resvalar em discurso metafísico. A tendência massificadora, própria do mundo global, deve cuidar para não ser velada a diferença ontológica e, caindo na cotidianidade, esquecer-se da essência do ente, não o compreendendo em seu ser. É preciso evitar os artifícios “facilitadores”, obnubiladores da diferença ontológica dos litígios, que buscam atalhos que se esquivam do pensar. Para maximizar os direitos, impõe-se uma hermenêutica resistente à metafísica, arrimada na ontologia fundamental que aplique o direito a partir de uma posição prévia, de uma visão prévia e de uma concepção prévia, atenta à existência humana como um “ser-no-mundo” e trabalhando para retirar “os véus, a fim de revelar”, até mesmo, “a obviedade do óbvio”⁴⁸.

Em suma, a linguagem é constitutiva da concretização judicial para a efetivação dos direitos. A linguagem constitui o direito. O ser é linguagem e esta é o fio condutor da compreensão, junto com a hermenêutica filosófica. A essência da verdade está no significado

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p.143-163.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2004. p.846.

atribuído pelo juiz no processo com uma atividade aplicadora do direito fundamentada. O alicerce para uma concretização normativa judicial – que não tem a ver com a vetusta subsunção, mas com uma compreensão não reducionista –, por sua vez, é a ontologia fundamental heideggeriana e gadameriana, sendo plausível trazer à baila a conclusão de Kelly Susane Alflen da Silva, que assenta que a obtenção de uma hermenêutica concretizadora “dependerá diretamente da formação dos juristas para que não se torne um diletantismo”⁴⁹.

5. Conclusões

Ao cabo deste ensaio, que se deteve sobre os níveis de certeza, a efetividade dos direitos e as possibilidades de concretização judicial, são alinhadas as conclusões que se seguem, interessando advertir que elas não têm a característica de definitividade, sendo antes um esboço de um estudo que visa conferir o merecido destaque que deve ter a hermenêutica jurídica para uma concretização normativa judicial eficaz.

a) O entendimento corrente do que se tem por certeza carece de revisão, por estar lastreada no pensamento racional cartesiano. A noção de níveis de certeza, atrelada à idéia de aproximação da verdade, tem raízes semelhantes, ora se aplicando o método dedutivo para a certificação da verdade do direito, ora se aplicando a indução, com vistas à verificação dos fatos. Essa forma de interpretar o direito, como se o texto fosse o objeto do qual se “extrai” a norma do caso concreto tem respaldo no pensamento positivista que, em última instância, legitima a relação entre o poder e o direito. Na realidade, a certeza que se pretende ver alcançada, esconde os detalhes que são desviados pelo interesse cotidiano voltado ao ente desgarrado de seu ser.

b) A evolução da hermenêutica torna possível despertar para a importância de ser suplantado o paradigma positivista (ainda) dominante. Da hermenêutica clássica, romântica, à hermenêutica filosófica, é presenciado um sentido que reflete um giro lingüístico. A começar pela linguagem – que se transmuda de mero instrumento, à parte constitutiva do ser –, a interpretação passa a pressupor compreensão, assim como a relação entre sujeito *versus* objeto, cede para a relação entre sujeito e sujeito. O texto vem à fala do jurista, mediante uma fusão de horizontes, em um contexto de tempo. A

⁴⁹ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Op. cit., 2000. p.446.

participação humana é sobrelevada como atividade produtiva da verdade que aparece no círculo hermenêutico. Todavia, as dificuldades que se colocam diante dos caminhos para a concretização judicial são de ordens variadas, refratárias que são a uma maior compreensão dos direitos.

c) Fórmulas foram criadas para “facilitar” a atividade do jurista. A lógica formal, com o uso de linguagem simbólica, evidenciou-se útil por conferir plausibilidade de acerto com a simples substituição das variáveis e a constância dos conectores. Com ela, a constatação de incompatibilidade de um enunciado legal com o sistema tornou-se praticamente instantânea. Cuida-se de um método abstrativo que, com isso, purifica o modo de aplicação do direito. Os inconvenientes decorrentes daí não são poucos. O direito não se resume a uma representação gráfica, nem a linguagem deve ser mero instrumento por onde o direito é veiculado. Ao revés, mister se faz um esforço para ser concebida uma estrutura normativa que se compadeça com a ontologia fundamental, tal como a cossiana que, ampliando o leque de possibilidades interpretativas e conferindo horizontalidade coordenada às normas, confere maior liberdade ao elemento humano indispensável à concretização normativa judicial. As concepções reducionistas, desse modo, devem ser rechaçadas por não se prestarem a responder a complexidade dos problemas sociais.

d) A possibilidade de níveis de certeza através da linguagem, ou seja, a existência de graus de certeza para a prolação de decisão judicial, é uma noção filiada ao paradigma dominante positivista. A verdade buscada a todo custo e comprometida com o sistema processual de baixa efetividade dos direitos – especialmente pela cultura forense recursal e pelos obstáculos ao processo executivo – está ligada ao postulado cartesiano fundado na dúvida. O jurista, por conseguinte, é cético em relação aos fatos narrados no processo. Do outro lado, o leigo não acredita no direito porque sua aplicação não se coaduna com a realidade. Então, para superação dessa crise, requer-se um preparo hermenêutico-filosófico do jurista. A interpretação é possível com a compreensão que se dá no círculo hermenêutico, a partir de uma visão prévia, de uma posição prévia e de uma concepção prévia. Os dogmas devem ser interrogados. Com eles os “pré-conceitos” (*vorurteil*) devem ser confirmados ou infirmados quando da clareira (*aletheia*) que se dá com o “des-velamento” do ser dos entes, fazendo reluzir a diferença

ontológica. É a via para a atribuição de significado ao contexto probatório processual, tendo como centro o juiz e a decisão judicial suficientemente motivada.

e) Por fim, há uma tensão entre universalização da argumentação jurídica com vistas à aceitabilidade da decisão judicial e a compreensão da diferença ontológica dos casos concretos. A padronização, pela média das comunidades, não pode significar esquecimento das diferenças. Se é certa a afirmação de que há uma unidade na diversidade, não menos exato é que a resolução de um conflito individual, com suas particularidades, só é possível com uma compreensão hermenêutica. A hermenêutica filosófica, com esboço na ontologia fundamental de cariz existencialista, é o rumo para a efetividade dos direitos. Com ela, o postulado da dúvida cartesiana poderá ser ultrapassado, enfatizando a notável virtude humana que é o pensar. Para tanto, é indispensável que os olhos se voltem para a formação dos juristas.