

DOCTRINA

O ARTIGO 27 DO ECA

Direito ao estado de Filiação versus Projeto de Lei 1184/2003 – Filiação de crianças nascidas através de Reprodução Assistida e o anonimato do doador – Uma leitura sob a ótica do Princípio Constitucional da Dignidade

Adriana Accioly de Lima Vilela

Titular da 24ª Promotoria de Família da Capital

SUMÁRIO

1. Projeto de lei sobre a reprodução humana assistida e suas implicações. 1.1 Criança nascida por meio de Reprodução Assistida, utilizando-se material genético de doador – paternidade questionada pelo marido ou companheiro. 1.2 Criança nascida por meio de Reprodução Assistida, utilizando-se material genético de doador – reconhecimento da paternidade ou maternidade requerido pelo doador. 1.3 Criança nascida por meio de Reprodução Assistida, utilizando-se material genético de doador – declaração da origem genética requerida pelo menor, devidamente representado ou assistido. 2. O princípio da dignidade. 3. Concepções dos direitos fundamentais. 4. Direito à identidade genética. 5. Colisão de direitos fundamentais. 6. Direito à declaração da origem genética e preservação de vínculo sócioafetivo. 7. Conclusão.

1. Projeto de lei sobre a Reprodução Humana Assistida e suas implicações

Uma das questões mais preocupantes e ao mesmo tempo mais atuais do Direito de Família é a Reprodução Assistida. Inserida neste vasto universo se destaca a problemática do Estado de Filiação que poderá advir, no que tange a crianças nascidas por meio desta técnica e a solução à luz do Princípio Constitucional da Dignidade insculpido no artigo 1º inciso III da Carta Magna.

De forma tímida a legislação brasileira vem tratando o tema da Reprodução Humana. O artigo 1597, inciso V do Código Civil, localizado no capítulo que trata da filiação, dispõe que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos nascidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido. Tal inseminação, ao contrário da homóloga, prevista no mesmo

artigo, nos incisos III e IV; utiliza sêmen de doador. Desta forma a lei prevê que, desde que autorize o procedimento, o marido – entenda-se também companheiro na forma do que preconiza o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal – não poderá questionar a paternidade da criança nascida.

Perfeita seria a solução se a realidade não fosse mais criativa e rápida do que as construções legislativas. Frise-se ainda que o artigo em tela poderá ser utilizado, por interpretação análoga, aos casos de Fertilização “in Vitro”. Nessa situação, o sêmen do doador é utilizado para fecundar o óvulo a ser transferido para o útero materno geralmente no prazo de 03 (três) dias.

Partindo da situação prevista no Código Civil e ante o tema proposto, destacam-se algumas hipóteses, cuja exposição minuciosa será efetuada no decorrer deste trabalho.

1. Criança nascida por meio de Reprodução Assistida, utilizando-se material genético de doador - paternidade questionada pelo marido ou companheiro.
2. Criança nascida por meio de Reprodução Assistida, utilizando-se material genético de doador – reconhecimento da paternidade ou maternidade requerido pelo doador.
3. Criança nascida por meio de Reprodução Assistida, utilizando-se material genético de doador – declaração da origem genética requerida pelo menor, devidamente representado ou assistido.

Antes de adentrar na análise das hipóteses acima descritas, será feita, para uma melhor compreensão, uma abordagem do Projeto de Lei 1184/2003 – que dispõe sobre a Reprodução Assistida. Tal PL, ao qual foram apensados os projetos 2855/1997, 4664/2001, 6296/2002, 120/2003, 2061/2003 4889/2005 e 5624/2005, trata, em alguns de seus artigos, do anonimato do doador, conforme se verifica nas transcrições abaixo:

Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 9º O sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.

Outrossim, permite que a identidade do doador seja conhecida em alguns casos:

§ 2º Quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que notificará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.

§ 3º No caso de motivação médica, autorizado no § 2º, resguardar-se-á a identidade civil do doador mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

Desta feita, o Projeto de Lei trata que, de forma geral, o sigilo deve ser mantido, exceto se razões de ordem médica ou ainda para fins de oposição de impedimento para matrimônio por motivo de parentesco, justifiquem a revelação da identidade do doador. Ante tal quadro, o PL não se coaduna com o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê que:

o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça (Grifo nosso.)

Desta feita, traçadas as linhas iniciais, detalham-se as situações anteriormente propostas. O Direito ao estado de filiação, que integra os chamados direitos personalíssimos, está elevado a categoria de direito fundamental, estando, pois, na seara do Princípio Constitucional da Dignidade a solução para as intrigantes problemáticas que poderão surgir caso o Projeto de Lei venha a ser sancionado da forma como está sendo proposto.

1.1 Criança nascida por meio de Reprodução Assistida, utilizando-se material genético de doador – paternidade questionada pelo marido ou companheiro.

A primeira hipótese trata da chamada inseminação artificial heteróloga, ou “fertilização in vitro heteróloga”, na qual se utiliza o sêmen de doador e o marido ou companheiro questiona tal paternidade.

A princípio, a solução para a questão em tela está inserida no artigo 1597, inciso V do CC: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

O esteio do dispositivo é a manifestação da vontade do casal que se submete à técnica. Nesse diapasão, seguem os entendimentos abaixo:

Reprodução Assistida . Aspecto biológico e vontade. Jornada I STJ 104: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade(ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento.

Saliente-se que estão inseridas no contexto todas as técnicas de reprodução assistida.

Reprodução assistida. Técnicas. Proposta de alteração legislativa. Jornada I STJ 126: Proposta: alterar as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1597 para “técnica de reprodução assistida”. Justificativa: As técnicas de reprodução assistida são basicamente de duas ordens: aquelas pelas quais a fecundação ocorre “in vivo”, ou seja, no próprio organismo feminino, e aquelas pelas quais a fecundação ocorre “in vitro”, ou seja, fora do organismo feminino, mais precisamente em laboratório, após o recolhimento dos gametas masculino e feminino. As expressões “fecundação artificial” e “concepção artificial”, utilizadas nos incisos III e IV são impróprias, até porque a fecundação ou a concepção obtida por meio das técnicas de reprodução assistida é natural, com o auxílio técnico é verdade, mas jamais artificial.

Além disso, houve ainda imprecisão terminológica no inciso V, quando trata da inseminação artificial heteróloga, uma vez que a inseminação artificial é apenas uma das técnicas de reprodução “in vivo”; para os fins do inciso em comento, melhor seria a utilização da expressão “técnica de reprodução assistida”, incluídas aí todas as variantes das técnicas de reprodução “in vivo” e “in vitro”.¹ (Grifo nosso)

Vislumbra-se que os Tribunais estrangeiros têm decidido com base na manifestação da vontade intrincadas questões relativas à filiação, seja no caso de doação de material genético masculino ou da chamada “barriga de aluguel”:

Ele (Juiz de 1ª instância) falhou ao não considerar o corpo de leis substancial e estabelecido que determina que há situações em que a filiação pode ser estabelecida pela conduta, independente do fato de se dar à luz ou de ser geneticamente relacionado à criança... Quando um marido infértil consente que sua esposa seja fertilizada artificialmente... A mesma regra que faz do marido o pai legal da criança nascida não relacionada a ele quando a esposa dá à luz após inseminação artificial, também deveriam o marido e a mulher ser considerados pais da criança após mãe de substituição, devido ao acordo com os pais, dar à luz uma criança biologicamente não relacionada a eles.² (Grifo nosso.)

Com a adoção do entendimento de que a manifestação da vontade deve nortear as questões relativas à filiação e à reprodução assistida, é prestigiada a solução que melhor atenda ao interesse da criança, sem qualquer privilégio ao vínculo genético ou sanguíneo.

No mesmo sentido assevera o Prof. Belmiro Pedro Welter:

Essa conclusão – de que o marido é pai quando tenha aceitado a inseminação artificial antes ou após sua realização – vem ao encontro do mais moderno pensamento da filiação, visto que, embora não possa ser o pai genético, o

¹ JÚNIOR, Nelson Nery. **Código Civil Comentado**. 3. ed. 2005, p. 764-765.

² ALBANO, Suzana Stoffel Martins. *Reprodução Assistida: Os direitos dos embriões congelados e daqueles que os geram*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, vol. 34, fev/mar 2006, p. 90. Do original em inglês In re Marriage of Buzzanca, 61 Cal. App. 4 th 1410, 1412, 1413, 1426 (4 th Dist. 1998)

marido, que aceitou a paternidade, é o pai afetivo, pois engendrou o estado de filho afetivo, desaguando na paternidade sociológica, que é irrevogável.

Ratifica o posicionamento citando o festejado Zeno Veloso: *a inseminação artificial consentida pelo marido deve conferir o estado de filho matrimonial. A paternidade, no caso, não tem base biológica, mas possui um fundamento moral, prestigiando-se a relação sócio-afetiva*³.

Desta forma, verifica-se que, no caso de autorização expressa ou tácita de marido ou companheiro para que sua esposa ou companheira se submeta à técnica de reprodução assistida com doação de material genético masculino, não poderá o mesmo, *a posteriori*, contestar tal filiação. Tal tutela tem guarida no Princípio Constitucional da Dignidade, que será mais destacado no decorrer deste trabalho, e na exegese do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, a recepção da Convenção dos Direitos da Criança pelo ordenamento jurídico brasileiro, por força do Decreto nº 99710/90, assim como o princípio da paternidade responsável, previsto no artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal.

1.2. Criança nascida por meio de Reprodução Assistida, utilizando-se material genético de doador – reconhecimento da paternidade ou maternidade requerido pelo doador.

Trata-se aqui de uma hipótese, na qual se pode facilmente aplicar o anteriormente exposto acerca da teoria da manifestação da vontade. Em tendo o consentimento do marido ou companheiro da mulher que se submete à técnica de reprodução assistida, retornamos à hipótese anterior. Nesse caso, a intenção é o norte do qual deve se valer o julgador. Da mesma forma ocorre na doação do material genético feminino. A doadora, que neste caso não teve a intenção da maternidade, não pode requerê-la em juízo.

Adentra-se agora na hipótese da mulher que não tem marido ou companheiro, e que se submeteu à técnica e, após o nascimento da criança, o doador do material genético masculino vem requerer o reconhecimento da paternidade.

³ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 234.

Nesse caso, ensina o Dr. Paulo Lôbo que é necessária uma distinção entre direito ao Estado de filiação e Direito à origem genética.

Para o emérito juriconsulto alagoano, o vínculo biológico somente poderá prevalecer se inexistir vínculo afetivo do menor com alguma figura paterna. Desse modo, é interessante destacar que, na hipótese proposta, apenas se não estiver constituído tal vínculo, poderá o doador reivindicar a paternidade.

Aduz-se ainda que, no caso de filho já reconhecido, a proibição para o ajuizamento de qualquer ação para questionar tal paternidade encontra-se prevista no artigo 1601 do Código Civil: *Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível*. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Tal dispositivo foi objeto de proposta de alteração conforme Jornada I STJ 130:

Proposta: O art. 1601 ficaria com a seguinte redação: "Artigo 1601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo 1º **Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho**. Parágrafo 2º. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação".⁴ (Grifo nosso)

1.3. Criança nascida por meio de Reprodução Assistida, utilizando-se material genético de doador – declaração da origem genética requerida pelo menor, devidamente representado ou assistido.

Novamente, insere-se no que preceitua o festejado jurista retro mencionado. Segundo o Dr. Paulo Lôbo a investigação de paternidade somente poderá ser ajuizada quando não existir um vínculo socioafetivo, caso contrário, somente poderá ser ajuizada pelo menor ação declaratória para conhecimento de sua origem genética. Senão vejamos:

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, *a fortiori*,

⁴ JÚNIOR, Nelson Nery. 2005, p. 765.

da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de doador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade para tal fim.⁵

Leciona o autor que:

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou uma mãe e seus filhos.⁶

Neste contexto, e prestigiando o vínculo afetivo, acaso já formado, defende o autor que, no âmbito do direito da personalidade seria possível o indivíduo saber sua origem genética paterna para fins de prevenção da própria vida, visto que, conhecer tais dados, bem como a possível suscetibilidade a certas doenças, por certo, torna mais fácil tal prevenção. Destarte, o conhecimento de tal fato não teria o condão de desconstituir vínculo socioafetivo já consolidado.

No mesmo sentido, dispõe a Lei francesa nº 2002-93, de 22 de janeiro de 2002, sobre o acesso às origens das pessoas adotadas e dos “pupilos do Estado” (filhos de pais desconhecidos ou que perderam o poder familiar, enquanto aguardam inserção em família substituta). “A lei francesa tem por fito a necessidade das informações sobre a sanidade, identidade e as condições genéticas básicas, no interesse dos menores, para que possam utilizá-los, principalmente quando adquirem

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária*. Artigo publicado na **Revista Brasileira de Direito de Família**, vol 19. 2003, p. 133

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Ibid.*, p. 141.

a maioria, ou de seus descendentes, para fins de saúde pública e dos próprios, sem qualquer finalidade de parentesco legal.”⁷

Infere-se que tivemos uma evolução do pensamento jurídico da verdade absoluta em decorrência do exame de DNA para uma paternidade atrelada não a uma verdade “biológica”, mas ao sentimento de afeto que une pais e filhos.

Para o Direito Civil, o importante é o estado de família, sendo, pois, certo que a filiação poderá advir de um fato ou ato jurídico, tais como a adoção e a posse do estado de filho.

O ilustre magistrado Mauro Nicolau Júnior ilustra de forma elucidativa a questão:

É a posse de estado, a expressão forte e real do parentesco psicológico, a caracterizar a filiação afetiva. Aliás, não há modo mais expressivo de reconhecimento do que um pai tratar seu filho como tal, publicamente, dando-lhe proteção e afeto e sendo o filho assim reputado pelos que, com ele, convivem. E pode-se afirmar que a desbiologização da paternidade tem, na posse de estado de filho, sua aplicação mais evidente.⁸

2. O princípio da dignidade

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana encontra-se insculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Extrai-se-lhe que a valorização da pessoa constitui um dos objetivos da República.

Tal vocação das Constituições contemporâneas encontra alicerce em movimentos históricos e na evolução dos chamados direitos fundamentais.

Para alguns, existiram dois momentos que nortearam tal evolução. O momento anterior ao Cristianismo, no qual o conceito de liberdade estava diretamente atrelado aos deveres do homem perante o Estado; e o momento posterior, no qual a liberdade vinculou-se à realização da vida pessoal.

Outra vertente coloca tais direitos como inseridos em quatro gerações.

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. 2003, p. 152.

⁸ JÚNIOR, Mauro Nicolau. *Paternidade e Coisa Julgada*. Editora Juruá, 2006, p. 205.

Como é cediço, os primeiros direitos a serem tutelados referem-se à esfera pessoal – vida, liberdade –, denotando a preocupação em proteger o cidadão dos abusos de alguns governantes. Trataram, sobretudo, de dispor acerca de obrigações de não intervir na esfera íntima do indivíduo, indispensável ao seu desenvolvimento pleno e digno.

Segundo a lição do Professor Paulo Gustavo Gonet Branco:

A compreensão dos direitos fundamentais de primeira geração reclama a percepção histórica do movimento do *constitucionalismo*, que explica as reivindicações que redundaram na consagração dos direitos fundamentais em exame.⁹

A intenção do movimento era garantir a separação dos poderes e a proclamação de direitos individuais.

Os direitos fundamentais eram compreendidos como centrados no próprio indivíduo. Dessa forma, os mesmos referiam-se à liberdade de religião, reunião, inviolabilidade de domicílio e de contrair bens.

Salutar nesse contexto foi colocar o Estado como sujeito de direitos. Dessa maneira o particular poderia exercê-los contra o ente público.

Com a ação do Estado sobre o processo econômico ganha escopo uma nova forma de proteção dos direitos fundamentais – não uma pretensão do Estado se abster de atentar contra direitos dos cidadãos, mas efetivamente de garantir tais direitos visando a igualdade social. Surgem os direitos à saúde, à assistência social, à educação, ao trabalho etc.

Peres Luno, citado pelo autor¹⁰ leciona:

A liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas a uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e à não-liberdade de muitos, ainda que não se possa perder de mira que *“a igualdade sem liberdade não conduz à democracia, mas ao despotismo, ou seja, à igual*

⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Texto de Leitura Obrigatória. Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2006, p. 5.

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibid.*, p. 7.

submissão da maioria à opressão de quem detém o poder (situação que evoca a divisa do igualitarismo cínico do Animal Farm de George Orwell, a teor do qual, 'todos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais que outros').
(Grifo do autor)

No caso dos chamados direitos de terceira geração, observa-se a tutela de garantias das coletividades, seja de natureza difusa ou coletiva. Como exemplo, cite-se o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado e outros.

Saliente-se, outrossim, que as gerações dos chamados direitos fundamentais não devem ser lembradas para colocá-los como categorias estanques, apenas para situá-los em um contexto histórico. Tais direitos devem ser compreendidos de forma complementar. Em cada caso, muitas vezes se somam ou colidem, devendo o operador do direito utilizar de bom senso para definir qual direito deverá prevalecer.

3. Concepções dos direitos fundamentais

Apesar das muitas críticas quanto à utilidade de definir as concepções filosóficas dos direitos fundamentais, demonstra-se uma sucinta abordagem com o fito de situar o princípio da dignidade. Para os jusnaturalistas, os direitos do homem vêm anteriormente aos ditames estatais. Os positivistas defendem que tais direitos são regulados por lei, ao passo que para os idealistas, os direitos humanos são princípios abarcados pela realidade social. Finalmente para os realistas, os direitos humanos são decorrentes de penosas batalhas sociais e políticas.

Expurgando o contexto da concepção jusnaturalista, o célebre José Afonso da Silva dispõe acerca dos caracteres dos direitos fundamentais:

Historicidade – São históricos, como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no Direito Natural, na essência do homem ou na natureza das coisas.

Inalienabilidade – São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial.

Imprescritibilidade – Em relação a eles não se verificam requisitos que importem sua prescrição. Vale dizer: nunca deixam de ser exigíveis.

Irrenunciabilidade – Direitos Fundamentais são irrenunciáveis.¹¹

Apesar das diversas vertentes utilizadas para explicar a origem dos direitos fundamentais, o Professor Paulo Gustavo Gonet Branco, citando Norberto Bobbio, aduz com propriedade:

Os direitos humanos seriam frutos de momentos históricos diferentes e a sua própria diversidade já apontaria para a conveniência de não se concentrarem esforços na busca de um fundamento absoluto, válido para todos os direitos em todos os tempos. Ao invés, seria mais produtivo buscar em cada caso concreto os vários fundamentos possíveis para a consagração de um direito como fundamental, sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito haverá de atuar.¹²

Situando o Princípio da Dignidade, pode-se dizer que tal princípio está presente na maioria dos Direitos Fundamentais. Saliente-se que os típicos direitos fundamentais – direito à vida, à liberdade, à integridade física, à saúde e outros – emanam do princípio da Dignidade Humana.

Tarefa das mais difíceis para a doutrina está em responder à pergunta: O que é a dignidade? Aponta o Professor Ingo Wolfgang Sarlet que responder a esta pergunta não constitui tarefa das mais fáceis:

Uma conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida. Um primeiro conceito é o de que a dignidade, na acepção de qualidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável. Desta forma e com característica intrínseca a cada um de nós a dignidade não pode ser criada, concedida ou retirada, independentemente de circunstâncias concretas para ser reconhecida.¹³

Alguns estudiosos defendem que as várias teorias que procuram definir o conceito de dignidade podem ser agrupadas em

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. Malheiros Editores, 2005, p. 58.

¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2006, p. 10.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade**. Editora Livraria do Advogado. 2005, p.16.

duas. As teorias que compreendem a dignidade como dádiva, no sentido de que a dignidade constitui uma qualidade inata da pessoa humana; e aquelas que a entendem como prestação, evidenciando que o indivíduo também pode influir na sua dignidade.

Historicamente, o reconhecimento da Dignidade da pessoa humana deu-se após a Declaração Universal dos Direitos do Homem. As Constituições contemporâneas protegem a pessoa humana na sua própria essência. No que se refere à Constituição pátria, pela primeira vez positivou-se a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e como tal, definidor de garantias, direitos e deveres fundamentais. Sendo correto afirmar que, como fundamento da República – artigo 1º, inciso III – o princípio da dignidade irradia seus efeitos a todo o ordenamento jurídico.

Em que pese à importância do contexto ontológico, tal definição somente se completa no reconhecimento pelo outro:

[...] há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana (no sentido de uma qualidade inata pura e simplesmente), isto na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente¹⁴.

No que concerne à dignidade humana, esta norteia as decisões no direito familista atual. Na nova concepção do direito de família, percebe-se que, a prioridade que antes residia no casamento e na família dele decorrente migrou para a esfera do próprio indivíduo e à defesa de seus direitos fundamentais.

É correto afirmar que o paradigma da família, baseado na estrutura patrimonial cedeu lugar a um modelo que está centrado nas aspirações de cada um de seus membros. Não se quer aqui, é oportuno ressaltar, negar que as relações familiares também tenham natureza patrimonial. É evidente que sim. *Todavia, quando passam a ser determinantes, os interesses patrimoniais desnaturam a função da*

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. 2005, p. 27.

*família, como espaço de realização da dignidade da pessoa na convivência e na solidariedade afetiva*¹⁵.

4. Direito à identidade genética

Depreende-se que, apesar do direito fundamental à identidade genética não estar previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, seu reconhecimento pode ser inferido do Sistema Constitucional com base na dignidade da pessoa humana.

Ademais, segundo os ensinamentos de Canotilho

[...] que, para além dos direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição, denominados de formalmente constitucionais (porque têm a forma constitucional), verifica que há direitos materialmente constitucionais, assim denominados porque não tomam a forma constitucional, significando que, para além das positivizações concretas, há outras, o que a doutrina tem denominado de princípio da cláusula aberta ou princípio da não identidade. O ponto nevrálgico consiste em saber como distinguir dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais, ao que o autor aponta orientação no sentido de serem considerados materialmente fundamentais os direitos que, pelo objeto e pela importância, sejam equiparáveis aos direitos formalmente fundamentais¹⁶.

Desta feita, não se encontra dificuldade em afirmar que o direito à identidade genética está erigido à categoria de direito fundamental por encontrar estreita relação com o direito à vida, sendo ainda manifestação da personalidade humana.

O Direito à Identidade Genética pode ser definido como faceta do direito da personalidade que busca proteger o bem jurídico-fundamental – identidade genética. Importante salientar que além da identidade genética, a identidade do indivíduo também abrange uma dimensão social, construída na relação deste com o meio em que vive.

¹⁵ JÚNIOR. Mauro Nicolau. 2006, p. 82.

¹⁶ PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 90.

Neste contexto, analisa-se por fim, se a luz do Princípio Constitucional da Dignidade, é escoreito que o doador de material genético para técnicas de reprodução assistida mantenha-se anônimo.

Os defensores do anonimato fulcrâm seu posicionamento na intenção de proteger a filiação socioafetiva em relação a um – ou ambos – os genitores. Alegam que, se o Direito não faz distinção entre a filiação biológica e a socioafetiva, trazer à tona a identidade do doador do material genético poderá acarretar problemas para essa família constituída que tem, por força de lei, os mesmos direitos; recebendo especial proteção do Estado, conforme disposto no artigo 226 da Constituição Federal. Aduzem ainda que, o doador também teria o direito à privacidade e que tal revelação feriria tal direito constitucionalmente protegido.

5. Colisão de direitos fundamentais

Faz-se necessário, para seguir adiante, tecer uma breve consideração acerca da denominada Colisão de Direitos Fundamentais. *In casu*, o direito da pessoa nascida de buscar sua identidade genética e o direito do doador de ter preservada sua privacidade.

Alegam alguns autores que em matéria de conflitos de direitos fundamentais, inexistente uma ordem hierárquica entre valores, sendo salutar a ponderação dos bens envolvidos.

Sustenta o Ministro Gilmar Mendes:

Hesse propõe uma fórmula conciliadora, que reconhece o princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que, observa Hesse, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida¹⁷.

Nesta seara, sustenta Alexy que o âmbito de proteção do conteúdo essencial compreende a exigência de justificação de eventual

¹⁷ MENDES, Gilmar. *Texto de leitura obrigatória. Direitos Fundamentais: Significados, Limites, Princípio da Proporcionalidade, Colisão e Concorrência*. 2006, p. 35.

restrição a direito fundamental, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, no cotejo entre direitos fundamentais colidentes. Ao passo que Andrade entende que a proteção do núcleo essencial não pode ser reduzida à idéia de proporcionalidade, tratando-se de uma proibição absoluta, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável, que aponta para a dignidade da pessoa humana reafirmada¹⁸.

Viabiliza-se, segundo parte da doutrina, o enfrentamento das limitações dos direitos fundamentais, através do princípio da proporcionalidade.

A definição do princípio em tela, dada sua complexidade, é mais difícil que sua compreensão. E aqui estamos parafraseando Bonavides, mencionando Xavier Philippe, “princípios se oferecem mais a compreensão do que a definição”. Segundo Wilson Antônio Steinmetz, o princípio da proporcionalidade é um caso que corrobora a tese¹⁹.

Para compreendê-lo faz-se mister analisar três elementos estruturais, também chamados de princípios parciais do princípio da proporcionalidade: Princípio da adequação, Princípio da necessidade e Princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O Princípio da adequação questiona se o meio utilizado é útil para se buscar o fim pretendido.

O Princípio da necessidade, também conhecido por Princípio da Exigibilidade, da Indispensabilidade e da Intervenção Mínima, procura identificar se há meio menos lesivo ao direito fundamental, porém igualmente eficaz, de se alcançar o resultado.

Finalmente compreende-se por Princípio da Proporcionalidade, em sentido estrito, uma relação de ponderação entre a finalidade perseguida e a restrição do direito fundamental. Segundo Canotilho, *meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, como o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim*. É o princípio da justa medida

¹⁸ PETTERLE, Selma Rodrigues. 2007, p. 140-1.

¹⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Editora Livraria do Advogado. 2001. p: 147.

No caso anteriormente mencionado, evidencia-se que o direito à privacidade não deve prevalecer face o direito de um indivíduo em conhecer sua identidade genética. Seja tal intento, oriundo de uma necessidade psicológica ou médica, para fins de preservação da saúde ou da própria vida.

6. Direito à declaração da origem genética e preservação de vínculo sócioafetivo

A busca da verdade real no estado de filiação é direito da pessoa inserido no âmbito dos direitos da personalidade. O argumento formal relacionado com a presunção de paternidade – confissão ficta – parece desconsiderar o significado do conhecimento real da paternidade para o direito de personalidade da requerente.

Considerando inexistir até o presente momento na Jurisprudência Pátria, decisões que tratem da matéria objeto do presente estudo, relacionaremos, por analogia, julgado em questão atinente à adoção; no qual se reconhece o direito de investigar a identidade genética sem que isto afete o vínculo socioafetivo formado. Senão vejamos:

Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, **prevalecendo o disposto no art. 27 do ECA**. Resp 127.541. Rel. Eduardo Ribeiro, DJU 28.08.2000. (Grifo nosso)

Cite-se ainda, por oportuno, o seguinte aresto judicial:

Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no art. 48 da Lei 8069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais Ibidem.

Frise-se que, da mesma maneira que a descoberta da identidade genética não irá alterar o vínculo socioafetivo regularmente estabelecido na adoção, pelo mesmo motivo, não alterará tal vínculo nos casos de reprodução assistida heteróloga.

Ademais, forçoso é reconhecer que não se pode dispor do direito do indivíduo que, neste caso, não participou do processo de sua concepção e que, alicerçado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana tem o direito de conhecer sua origem genética.

Porém, essa investigação, se já existente a paternidade e/ou maternidade socioafetiva, estará restrita aos três efeitos jurídicos, quais sejam: 1. Por necessidade psicológica ao conhecimento da origem genética, 2. Para segregar os impedimentos do casamento; 3. Para preservar a saúde e vida dos pais e do filho biológico, nas graves doenças genéticas²⁰.

Desta feita, mesmo que o casal que se submeteu à técnica de reprodução assistida heteróloga houver firmado o compromisso de não investigar a paternidade com a finalidade de assegurar o anonimato do doador do material genético utilizado, tal compromisso não terá, é evidente, o condão de vincular o filho nascido por meio da técnica. Conforme foi aduzido, o direito ao reconhecimento da origem genética é indisponível e personalíssimo.

O Direito à paternidade pertence ao filho, que não participou do processo de sua concepção, e não pode viver sem o direito de ter seu estado de filho reconhecido²¹,

Sendo o intento do filho propor ação a fim de que seja declarada sua origem genética ao atingir a maioridade; ou se menor, devidamente representado ou assistido, poderá fazê-lo amparado pelo princípio da dignidade, sem qualquer prejuízo à filiação socioafetiva regularmente formada.

7. Conclusão

Através do presente trabalho observa-se questionamento que poderá advir caso venha a ser sancionado o texto do Projeto de Lei

²⁰ WELTER. Belmiro Pedro. 2003, p. 232.

²¹ WEITER. Belmiro Pedro. 2003, *Apud* FACHIN. Edson Luiz. **Elementos Críticos do Direito de Família**, p. 207-8.

1184/2003 que estabelece que o doador de material genético para técnicas de reprodução assistida mantenha-se anônimo, excetuando-se as hipóteses de revelação para fins de prevenção da saúde ou para oposição de impedimentos matrimoniais.

O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo e imprescritível, não podendo sofrer qualquer restrição. Desta feita encontra-se em total consonância com o Princípio da Dignidade, erigido este último como Fundamento da República, a teor do art. 1º, inciso III da CF com emanção para todo o ordenamento jurídico pátrio.

O PL retro mencionado, acaso sancionado, atentará contra o direito daqueles que desejem conhecer sua origem genética sem contudo alegar motivos de prevenção de saúde, existência de grave doença ou para imposição de impedimentos matrimoniais.

O direito da personalidade aqui tratado, não comporta qualquer restrição, seja por parte daqueles que se submeteram a quaisquer das técnicas de reprodução assistida heteróloga, e se comprometeram ao sigilo acerca do doador do material genético, seja por parte do legislador.

Outrossim, com fundamento no Princípio da Dignidade poderão ser ajuizadas ações para a garantia de tal direito. Salientando que, em existindo discussão acerca da colisão de direitos fundamentais, deverá prevalecer o direito ao conhecimento da origem genética, que no esteio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, utilizado como último degrau para o enfrentamento de tais questões; dará suporte à restrição do direito contraposto.

Escoreito o entendimento de que o reconhecimento da origem genética não alterará a filiação socioafetiva consolidada; posto que à luz do direito atual, possui a mesma importância que a filiação biológica. Ademais, negar tal fato seria andar em descompasso com as evoluções sociais que se fazem cada vez mais presentes nas relações familiares, exigindo do operador do direito um olhar atento, buscando a garantia dos direitos não da família com ente, mas de cada um de seus membros.

PAI DE CORAÇÃO: O DESPERTAR DO DIREITO PARA O VALOR AFETO

Adriana Maria de Vasconcelos Feijó

Promotora de Justiça em Maceió/AL, Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UnB), Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Especialista em Direito Processual pela UFAL, Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Maceió (FADIMA).

Francisco Caetano Pereira

Pós-doutor em Lingüística pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Doutor em Direito pela Universidade de Deusto (Espanha), Licenciado em Lingüística pelo Centro de Artes e Letras da UFPE, Licenciado em Filosofia pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Licenciado em Letras pela UFPE, Bacharel em Letras pela UFPE, Bacharel em Direito pela UNICAP, Bacharel em Teologia pelo Instituto de Teologia do Recife, Professor do Mestrado em Direito da UNICAP, Professor de Deontologia Jurídica da UNICAP, Assessor Jurídico do Estado de Pernambuco, Pároco da Igreja de Nossa Senhora da Piedade em Recife e Capelão do Hospital Universitário Oswaldo Cruz em Recife.

SUMÁRIO

- 1.Introdução. 2. Paternidade: uma mudança de paradigmas.
3. A afetividade: valor e princípio constitucional. 4. A prioridade absoluta da criança e do adolescente: um princípio constitucional em construção. 5.Conclusão.

Haviam lhe dito que procurasse bem, pois ali encontraria o meio de chegar até seu pai; após encontrar o artigo, isto é, o endereço, bastaria procurar uma antiga e importantíssima senhora, a Justiça, muito respeitada e também bastante falada, e nela descobriria, finalmente, o nome do pai. Iria, nela, apresentar uma investigação de paternidade, essa expressão que, segundo lhe informou um operador jurídico dessa circulação, equivale a uma espécie de senha para ingresso na casa da Justiça.

Para não se demorar muito, foi diretamente (sempre o guia na mão!) para um segmento da rua que agrupava simulares “ceps” (como se sabe, “ceps” são os códigos de endereçamentos processuais, perdão, postais). Essa parte da rua tinha o nome de Livro Especial do Direito de Família. [...]E lá, coração palpitando, bateu em vários números: 1.596, 1.603, 1.605, 1.616, e finalmente encontrou-se, nesse ziguezaguear, diante do número 1.593, a casa do parentesco consanguíneo, civil, afim ou de outra origem. – Quem é você? – ouviu a pergunta, que, vinda de dentro da casa, atravessou a porta e sua alma.

– Sou sua filha – disse, e quando percebeu já houvera dito aquilo, assim, de pronto, sem muito pensar, aliás, sequer pensou, apenas sentiu: “Sou sua filha”. O homem grisalho surgiu do escuro interior e foi iluminado pela citação, digo, pela oração que a filha acabara de pronunciar. [...].

– Quem você é? – reperguntou o procurado, o indigitado, aquele que era demandado. Nesse momento, a filha das estrelas sentiu um forte aperto na mão; emocionada com as circunstâncias ela houvera esquecido que durante toda a caminhada estivera ao seu lado quem ela chamava de pai, embora soubesse que ele a havia criado, tratado como filha, dela cuidado durante mais de trinta e três anos, e todo esse tempo ali, ao seu lado, às vezes imperceptível, mas sempre presente, e nunca disse, em momento algum, que carregava uma cruz nesses trinta e três anos de uma profissão de fé no amor, na doação e na comunhão da vida. [...]

Luiz Edson Fachin:

A filha das estrelas em busca do artigo perdido.

1. Introdução

Este ensaio é inspirado no exemplo bíblico de um carpinteiro que de acordo com as Sagradas Escrituras teria recebido a incumbência de ser o “pai” de Jesus Cristo. Estamos falando de José (ou São José para os católicos), o carpinteiro que deu um lar, uma família, um nome e foi o provedor de Jesus Cristo em sua existência como homem.

Tomamos seu exemplo como um referencial da paternidade socioafetiva ou cultural, pois na figura de José encontramos aspectos da paternidade socioafetiva¹. No exemplo de José vislumbramos que a paternidade verdadeira nasce no coração e não incondicionalmente no vínculo biológico.

De acordo com relatos bíblicos, num primeiro momento José se negou a aceitar a concepção de Maria sua prometida, com quem não havia praticado conjunção carnal, posteriormente, aceitou em seu íntimo o mistério da natividade recebendo Jesus Cristo como seu filho,

¹ Com isso não estamos afirmando que José é o único exemplo bíblico da paternidade socioafetiva. Mas nele encontramos com maior destaque as características da paternidade cultural sendo o grande símbolo bíblico dessa dimensão da paternidade que hodiernamente ganha relevo no Direito.

desempenhando as funções de verdadeiro pai (Mt 1: 18-25 e Lc 2 1-52)².

O ato de abertura e doação de José para com a criança concebida sem a sua participação biológica revela a prevalência de valores para os quais o Direito começa a lançar seu olhar, a exemplo do afeto, cuja importância por longo período foi preterida em favor da consangüinidade.

A afetividade leva os juristas contemporâneos a rever paradigmas superados acerca da paternidade e dos verdadeiros laços que unem pai e filho. Luiz Edson Fachin é um dos juristas brasileiros que discorrem sobre a essencialidade da afetividade como condição para o estabelecimento da paternidade ao afirmar que “A efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica”³.

A paternidade possui uma tríplice dimensão: biológica, socioafetiva e jurídica. Por isso, não é apenas a dimensão biológica que pode defini-la. A paternidade socioafetiva é compreendida como o elo que une pai e filho, independentemente de vínculo biológico ou jurídico, os quais poderão até estar presentes na relação parental, mas não são determinantes para esta relação que se constrói na convivência familiar.

2. Paternidade: uma mudança de paradigmas

Numa sucinta digressão acerca da construção do conceito de paternidade, podemos encontrar sua ligação na antiga clássica com o culto doméstico, a religião e o culto aos antepassados. O pai ocupava a posição de chefe supremo, sendo-lhe atribuído o direito de reconhecer ou rejeitar o filho por ocasião do seu nascimento. O filho era visto sob o contexto da produtividade, representando uma força de trabalho para a família. Nesse período, paternidade, religião e procriação possuíam um estreito liame⁴.

² BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. 7. ed. Tradução do Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave-Maria, 1996, p. 1285, 1347-1349.

³ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 23.

⁴ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 99-102.

O conceito de paternidade é também um conceito histórico, alterando-se com o tempo. De fato, trata-se de um conceito em construção. As razões pelas quais as pessoas constituem família sofrem modificações por motivos econômicos, políticos, procriativos, sociais, afetivos e até pelo desejo de preservação de tradições culturais⁵, como aconteceu na família antiga clássica.

Com a era da codificação, sob a influência do direito francês, especialmente do Código de Napoleão, surge a idéia da paternidade ligada ao convencimento moral e à presunção legal baseada no princípio *pater is est quem nuptiae demonstrat* (pai é aquele que o prova através do contrato nupcial). Esta presunção esteve presente no texto do Código Civil de 1916 (art. 338) e de certa forma está presente no Código Civil atual (arts. 1.597 e 1.598).

A família brasileira do início do Séc. XX era patriarcal, matrimonializada e hierarquizada, com a concentração do poder em torno do *pater familiae*. O Código Civil de 1916 estabelecia que o homem era o “cabeça do casal”, isto é, o chefe da sociedade conjugal, ao dispor: “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”.

Hodiernamente não somente a Psicologia, Sociologia, Antropologia e outras ciências sociais e humanas discutem o que é a paternidade, passando a ser uma preocupação do Direito que começa a realizar um diálogo interdisciplinar com essas ciências, com a finalidade de importar conceitos que serão utilizados pelo pesquisador e aplicador do Direito. Daí se infere que a paternidade é um conceito em construção, inserido no universo dos conceitos metajurídicos abertos e utilizado pelo Direito com o fim de disciplinar as relações de parentesco entre aquele que exerce as funções, direitos e deveres de pai e aquele que ocupa o lugar de filho.

A relação paterno-filial durante um longo período tem sido regida pelo império da consangüinidade e da presunção legal, estabelecendo uma paternidade biológica e/ou jurídica. Entretanto,

⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 25.

ganha fôlego a proteção jurídica ao que se convencionou chamar de paternidade socioafetiva ou cultural.

O pai socioafetivo ou pai de coração é aquele que mesmo não tendo vínculo genético com o filho, ocupa e cumpre todas as funções paternas. Exemplos desses laços são encontrados na adoção e na posse de estado de filho⁶. Mais recentemente surgiu também a hipótese da paternidade decorrente de inseminação artificial heteróloga⁷, prevista atualmente no art. 1.597, inc. V do Código Civil de 2002.

Com relação à posse de estado de filho, é oportuno abriremos um parêntese para lembrarmos que são apontados como pressupostos caracterizadores da relação de filiação o *nomen*, *tractatus* e *fama*. De forma sucinta, podemos afirmar que o *nomen* (nome) equivale à ostentação por alguém do nome de família de outrem que exerce em relação àquele as funções de pai ou mãe. O *tractatus* (tratamento) corresponde à situação em que alguém é tratado de fato como filho. Já a *fama*, diz respeito àquela situação em que alguém é reputado como filho.

De certa forma, essa é a situação característica dos denominados “filhos de criação”, os quais preferimos denominar de “filhos do coração”. Contudo, para nós o pressuposto do *nomen* não é indispensável para a caracterização da posse de estado de filho, podendo não estar presente em determinados casos a exemplo dos mencionados “filhos de criação”.

Em nossos dias, expressões como paternidade e filiação socioafetiva, pais e filhos do coração, começam a integrar o vocabulário

⁶ Situação em que alguém é reconhecido no meio social como filho de outrem, em virtude da convivência, solidariedade, afeto, cuidado e respeito, ocupando a função de filho diante de alguém que exerce a função de pai, mesmo sem vínculo definido de filiação biológica ou jurídica.

⁷ Trata-se da técnica de procriação medicamente assistida que objetiva a concepção humana, a partir de gametas provenientes de doador diverso do casal, transferindo-se os espermatozóides para as vias genitais feminina após serem previamente recolhidos. A inseminação artificial heteróloga é obtida através da fecundação *in vitro* e transferência de embriões (FIVET). Assim, a concepção humana verifica-se por meio da fusão *in vitro* de gametas previamente retirados de doador diverso de um ou de ambos os pais geneticamente assistidos.

jurídico, a partir de uma mudança de paradigmas acerca do papel socioafetivo da paternidade, alterando a postura formal do Direito, para dar proteção àquelas situações em que o bem da vida é representado pelo afeto, respeito, solidariedade, cuidado e convivência.

Como consequência, surge a necessidade de uma distinção entre a figura do genitor e a do pai, este responsável pelos cuidados com o desenvolvimento do ser cujo vínculo biológico poderá até não estar presente. A este propósito, Paulo Lôbo chega a afirmar que em nosso texto constitucional não há qualquer preceito que autorize a confusão entre os conceitos de pai e genitor, ou a primazia da paternidade biológica em detrimento da paternidade socioafetiva⁸.

Muitos avanços verificados no Direito contemporâneo decorrem de uma nova postura aberta ao diálogo interdisciplinar com outras ciências como a Antropologia, Psicologia, Teologia e Sociologia, tendo por objetivo comum a construção do conceito de afetividade como eixo da família contemporânea.

Cabe registrarmos ainda princípios constitucionais que procuram assegurar uma mudança de postura do pesquisador e intérprete do Direito, como a dignidade da pessoa humana, igualdade entre os filhos biológicos e não-biológicos, paternidade responsável, proteção integral à criança e ao adolescente, dentre outros.

A paternidade começa a ser vista como um dado social e cultural, vale dizer, a verdadeira paternidade é construída e não equivale necessariamente à biológica, já que há uma nítida distinção entre as figuras do genitor e do pai. Entre procriar, criar, educar e prover há um grande percurso a ser enfrentado. Este entendimento é defendido por Luiz Edson Fachin ao afirmar que “[...] a paternidade se constrói; não é apenas um dado: ela se faz”⁹.

O reconhecimento da paternidade como um dado cultural é encontrado nos escritos do Psicanalista francês Jacques Lacan, ao afirmar que a paternidade deve aos postulados espirituais que

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. **Juris Plenum**, Caxias do Sul, Plenum, v.2, n. 89, jul./ago. 2006.2. CD-ROM.

⁹ FACHIN, 1992, p. 23.

delinearam o seu desenvolvimento, baseada na idéia de que as instâncias culturais dominam as naturais¹⁰.

A função primordial da paternidade é acolher, cuidar, orientar o indivíduo, transmitindo-lhe valores, preparando-o para a vida em sociedade. Uma relação paterno-filial surge da concretização diária de valores como afeto, respeito, solidariedade, cuidado e convivência, isso não implica necessariamente consangüinidade.

Nesta linha de argumentação, Paulo Lôbo afirma que a paternidade socioafetiva é aquela que se constrói na convivência familiar, independentemente da origem do filho, alcançando duas realidades observáveis: a integração definitiva da pessoa no grupo familiar e a relação afetiva tecida no tempo entre aquele que assume o papel de pai e aquele que assume o papel de filho¹¹.

Com efeito, a paternidade hoje não se resume aos laços de sangue, mas à construção de um elo entre pai e filho, no cotidiano de cada um, com todas as emoções e percalços próprios da convivência humana. Alguns autores chegam a afirmar, a nosso ver com acerto, que “Não há paternidade sem a supremacia do afeto”¹².

Com propriedade afirma Jacqueline Nogueira que

O vínculo genético não explica completamente o verdadeiro sentido da paternidade, pois as relações de filiação são um construído diário, não são pelos laços de sangue e sim pelo reiterado tratamento afetivo, onde a capacidade de amor e de acolhimento é o verdadeiro ‘cimento’ do vínculo¹³.

A verdadeira paternidade pode não ser encontrada apenas no vínculo biológico, mas em valores como afeto, convivência, respeito, cuidado e solidariedade. Nas palavras de Luiz Edson Fachin: “Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma

¹⁰ LACAN, Jacques. **A família**. Tradução de Brigitte Cardoso e Cunha et. Al. Lisboa: Assírio & Alvim, 1987, p. 16.

¹¹ LÔBO, 2006.

¹² LOSEKANN, Luciano André. Paternidade: elo biológico ou afetivo? **Juris Plenum**, Caxias do Sul, Plenum, v.2, n° 89, jul./ago. 2006.2. CD-ROM.

¹³ NOGUEIRAS, Jacqueline Figueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 90.

sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, [...]”¹⁴.

3. A afetividade: valor e princípio constitucional

Como valor metajurídico a afetividade interessa à construção do conceito de paternidade por sua importância na formação da relação entre pai e filho, na concretização dos vínculos que os unem, ocupando em nossos dias o *locus* de elemento nuclear da relação parental.

Trata-se de um princípio jurídico que peculiariza na família o princípio da solidariedade¹⁵, e no contexto do direito de filiação está umbilicalmente ligado ao fenômeno jurídico denominado de “desbiologização da paternidade”.

O civilista Paulo Lôbo aponta os arts. 226, §§ 3º, 4º e 6º e 227, §§ 6º e 7º da Constituição da República de 1988 como bases do princípio da afetividade que, em verdade, é um princípio constitucional implícito¹⁶.

Na vida familiar, especialmente quando da ruptura da convivência entre seus membros, a afetividade deve ser o elemento primordial para a solução de questões atinentes à guarda de filhos, como também nas hipóteses de adoção, inseminação artificial heteróloga, posse de estado de filho, e mesmo a adoção à brasileira¹⁷ ou perfilhação de complacência¹⁸.

Não se concebe mais uma postura que priorize a paternidade biológica ou a paternidade jurídica em detrimento da paternidade socioafetiva quando essa decisão preterir o melhor interesse da criança ou do adolescente ou violar princípios como a afetividade, solidariedade

¹⁴ FACHIN, 1992, p. 169.

¹⁵ LÔBO, 2006.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 8-9. (Primeira Série).

¹⁷ Situação em que alguém atribui como seu filho de outrem, através de registro civil de nascimento.

¹⁸ Termo utilizado por ROLF MADALENO, in: **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 26.

e convivência familiar, negando todo um histórico de vida social e familiar.

Nesse contexto, são oportunas as argumentações de Rodrigo da Cunha Pereira ao relacionar a liberdade ao afeto, alertando que a verdadeira liberdade é aquela em que o indivíduo não esteja submetido aos ordenamentos jurídicos que sobrepõem a forma à essência e não consideram o afeto como norteador da organização jurídica relativa à família. Para o autor “A verdadeira liberdade e ideal de Justiça estão naqueles ordenamentos jurídicos que asseguram um Direito de Família que compreenda a essência da vida: dar e receber amor”¹⁹.

Sendo a família espaço para desenvolvimento do ser, a filiação decorrente de adoção, posse de estado de filho e inseminação artificial heteróloga, são exemplos concretos da afetividade nas relações familiares, orientando e determinando o direito de filiação e, como reconhece Rodrigo da Cunha Pereira, de certa forma revela a manifestação da liberdade do indivíduo viver seus afetos²⁰.

Atualmente, a verdade afetiva é a maior expressão da filiação e das relações internas entre os integrantes do grupo familiar, rebuscando em nossas almas uma realidade que o Direito sempre amesquinhou: a realidade do amor²¹, um elo que une as pessoas para além do Direito posto e dos vínculos sanguíneos.

Uma importante contribuição para o reconhecimento do valor afeto nas relações de parentesco pode ser encontrada no art. 1.593 do CC/2002 ao dispor que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, acenando para uma abertura do legislador à afetividade como característica marcante dos relacionamentos, abertura essa que deve merecer a preocupação do pesquisador e intérprete do Direito, valorizando o afeto como decorrência da dignidade da pessoa humana, cuja doutrina kantiana afirma ser o “[...] princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 161.

²⁰ PEREIRA, *ibidem*, p. 161.

²¹ LOSEKANN, 2006..

tratado como um fim (*Zweck*) em si, e jamais meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo”²².

Valores anteriormente tidos como essenciais para a compreensão do conceito de paternidade são considerados como menos relevantes dentro do contexto da vida familiar e das relações de parentesco entre pai e filho, como é o caso da consangüinidade, cuja importância no passado era determinante para o estabelecimento da filiação.

De modo aparentemente contraditório, à proporção que a Tecnologia, Genética e Biotecnologia avançam em relação aos métodos e técnicas de reprodução humana assistida e determinação do vínculo biológico através do exame do DNA, o Direito volta seus olhos para o valor afeto como determinante da paternidade, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à convivência familiar, reconhecido a toda criança e adolescente pelo texto constitucional de 1988 (arts. 1º, inc. III e 227, *caput*, respectivamente).

De certa forma, o reconhecimento da paternidade socioafetiva está previsto no Código Civil de 2002 (art. 1.593), permitindo a construção da relação parental socioafetiva, independentemente de vínculo biológico ou jurídico. Além disso, a contradição a que nos referimos acima é meramente aparente e não resiste a uma reflexão mais detida, pois a paternidade nasce inicialmente no coração e a prova pericial no DNA apenas revela a origem biológica da pessoa humana, não determinando o verdadeiro laço paterno-filial, mas apenas a existência do vínculo genético.

4. A prioridade absoluta da criança e do adolescente: um princípio constitucional em construção

Valores outrora preteridos, como o desenvolvimento da pessoa humana, seu bem-estar e sentido de pertencimento no cenário familiar, estão informando o cenário jurídico contemporâneo, que durante um longo período esteve voltado para valores como a consangüinidade, transmissão do nome e do patrimônio.

²² KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 29. (Série Clássicos Edipro).

Na paternidade socioafetiva, a família é concebida como cenário para a realização da pessoa humana, por isso apagar todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos biológicos não externa uma opção pela dignidade da pessoa humana. Em outras palavras: é inadmissível que a filiação estabelecida com base em vínculo socioafetivo, seja desconstituída em razão da primazia do vínculo biológico que não encontra fundamento no ordenamento jurídico com relação à eventual preferência em relação aos vínculos socioafetivo ou jurídico.

O texto constitucional de 1988 provocou uma ruptura no modelo anterior de filiação ao reconhecer o princípio da igualdade entre os filhos biológicos e não-biológicos (art. 227, § 6º). Atenta a essa mudança, Mônica Aguiar ressalta que a paternidade decorre do nascimento mais emocional (afetivo) e menos biológico, encontrada antes no serviço e amor que na procriação²³. É nesse novo aspecto da paternidade que encontramos o “pai de coração”.

Nossa Constituição menciona o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no art. 227, *caput*, ao dispor:

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 (grifos nossos).

Esse princípio é localizado ainda no artigo 3º - 1. da Convenção sobre os Direitos da Criança, com a seguinte redação: “Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os **interesses superiores da criança**” (grifo nosso) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.7.1990), ao dispor em seu art. 7º:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a

²³ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 114.

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 (grifo nosso).

O mero vínculo biológico entre o genitor e o concebido pode não acarretar uma relação de paternidade/filiação em sua plenitude. O que o Direito deve priorizar é a convivência familiar entre pai e filho, independentemente da existência de vínculo biológico ou jurídico, pois o melhor interesse da criança e do adolescente não está, necessariamente, na primazia do vínculo biológico, basta que lembremos das hipóteses de adoção, posse de estado de filho e inseminação artificial heteróloga.

Tanto a Convenção sobre os Direitos da Criança, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, são documentos legislativos que têm como titulares a pessoa humana em desenvolvimento, em formação, a qual necessita da intervenção do Direito visando assegurar condições apropriadas para que possa se desenvolver num ambiente familiar adequado e a opção incondicional pela primazia do vínculo biológico poderá acarretar a violação do direito à convivência familiar, dentro da concepção de família contemporânea em que o afeto, convivência, respeito, cuidado e solidariedade são os valores norteadores da relação parental.

5. Conclusão

Na atualidade o patrimônio afetivo representa um valor que independe da herança genética, quando a relação paterno-filial é construída na convivência diária entre pai e filho, uma vez que a paternidade possui dimensões biológica, socioafetiva e jurídica. Por isso, hodiernamente não deve ocorrer a primazia da paternidade biológica em detrimento da socioafetiva ou jurídica.

Em tempos de reprodução humana assistida com técnicas cada vez mais complexas de inseminação artificial, a biologização da paternidade poderá representar o fomento de situações conflituosas no seio da família contemporânea, devendo ocorrer uma crescente absorção do valor afeto pelo Direito, possibilitando a promoção de medidas eficazes visando garantir a convivência familiar com base na dignidade da pessoa humana, paternidade responsável e o melhor interesse da criança e do adolescente, a partir da distinção entre a figura

do pai como aquele que acolhe, educa, cuida, prover, e a figura do genitor, como aquele que se limita a contribuir biologicamente com a concepção do ser.

A paternidade é um conceito em construção. Se de início ligada ao culto doméstico, à religião e ao culto aos ancestrais, hodiernamente compreendida como um vínculo biológico, jurídico e/ou socioafetivo, representando mais um dado cultural do que um vínculo genético, pois suas funções essenciais são exteriorizadas no cuidar, proteger, acolher, conviver e orientar o ser em desenvolvimento.

Estando a paternidade firmada na convivência, no estabelecimento de referências mútuas, na solidariedade, no respeito e no estabelecimento do elo afetivo, não cabe questionamento acerca da primazia do vínculo biológico para fins de desconstituição do vínculo socioafetivo, firmado na história de vida construída entre pai e filho, a partir da distinção apresentada entre o significado que deve ser atribuído ao pai e aquele que deve ser atribuído ao genitor.

No aspecto teológico, o Catecismo da Igreja Católica reconhece a importância da afetividade na convivência familiar ao ressaltar que “As relações dentro da família acarretam uma afinidade de sentimentos, de afetos e de interesses, afinidade essa que provém, sobretudo, do respeito mútuo entre as pessoas”²⁴.

Os pais e filhos de coração devem encontrar proteção no Direito contemporâneo, sob pena de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, paternidade responsável e prioridade absoluta da criança e do adolescente, cuja concretização é revelada pelo direito à convivência familiar, baseado em valores como o afeto, respeito, cuidado e solidariedade. Além disso, a paternidade socioafetiva é reconhecida pelo Código Civil brasileiro ao estabelecer: “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

A afetividade é a base da paternidade cultural, sendo considerada como um princípio constitucional implícito, de fundamental importância na relação paterno-filial já que, em regra, a concepção de um filho surge inicialmente no coração e não

²⁴ JOÃO PAULO II. *Catecismo da Igreja Católica*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 576.

incondicionalmente nos laços biológicos. Por isso insistimos, o exemplo bíblico de José é uma expressão teológica da paternidade socioafetiva, esta fundada no afeto, respeito, convivência, cuidado e solidariedade.

É nessa dimensão da paternidade que certamente encontramos a segurança da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente, cujo objetivo primordial é contribuir para o desenvolvimento e bem-estar da pessoa humana.

As dimensões biológicas e jurídicas da paternidade poderão está em harmonia com a socioafetiva, mas esta não prescinde necessariamente daquelas, razão pela qual insistimos: a verdadeira paternidade nasce no coração.

O ATUAL PENSAR JURÍDICO NO ÂMBITO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES:

algumas considerações acerca da ruptura e mudança paradigmática da proteção à infância e adolescência no ordenamento jurídico brasileiro

Ana Luiza Nogueira de Araújo

Delegada de Polícia, mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL, professora de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Alagoas – FAL, Ex-Conselheira Estadual da Criança e do Adolescente.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2 Direitos da criança e do adolescente e Estado Democrático de Direito. 2.1 Surgimento do Estado Democrático de Direito e emergência histórica dos direitos humanos. 2.2 Infância e legalidade democrática. 2.3 O Direito e a necessária luta por direitos. 3 A trajetória do regime jurídico da infância e juventude. 3.1 Breve digressão histórica. 3.2 O antigo paradigma – uma evolução legislativa no ordenamento pátrio. 3.3 Ruptura e crise paradigmática – em busca do atual saber jurídico. 4 Conclusão.

PIVETE

Monsieur have money pra mangiare

(...)

No sinal fechado

Ele transa chiclete

E se chama pivete

E pinta na jancela

Capricha na flanela

Descola uma bereta

Batalha na sarjeta

E tem as pernas tortas¹

¹ HOLANDA, Chico Buarque; HIME, Francis. **Pivete**. In: Chico Buarque. *Paratodos*. São Paulo: BMG Ariola, 1993. A canção 'Pivete' retrata a infância na globalização pós-moderna, quando os chamados "menores" ou "pivetes" pedem esmola em diferentes línguas. A mudança de paradigmas, *in casu*, foi responsável pela alteração terminológica; a realidade, porém, continua a mesma.

1. Introdução

O objetivo precípua do trabalho em comento é a demonstração da mudança paradigmática insita na abordagem do direito da criança e do adolescente no ordenamento brasileiro. De fato, a análise jurídica do tema pode ser estudada sob o prisma da crise paradigmática. De um lado, tem-se o que se convencionou chamar de velho paradigma, representando toda a produção legislativa pertinente à doutrina da situação irregular, que se estendeu de forma hegemônica até a promulgação da Constituição de 1988. E, a partir daí, surge um novo sistema, calcado na participação popular e na mobilização social, acarretando uma verdadeira revolução normativa e conceitual no tratamento da infância e juventude.

É cediço que a teoria dos paradigmas se amolda à questão em análise, pois até o advento da Magna Carta havia uma certeza jurídica baseada no binômio compaixão-repressão da infância desvalida. Posteriormente, sob a égide da doutrina da proteção integral, foi estabelecida a tutela jurisdicional diferenciada do Estado, ensejando uma nova realidade jurídica democrática e emancipadora, em consonância com o Estado Democrático de Direito².

A supracitada ruptura desestabilizou o saber instituído, pois foram alterados os referenciais básicos institucionalizados e arraigados no senso comum da sociedade. No âmbito dessa perspectiva de choque de modelos, será demonstrado o processo de mudança jurídica e social, passando pelo chamado paradigma da ambigüidade³, que representa a não aceitação da nova relação democrática, em parte pela diminuição significativa das práticas discricionárias e paternalistas que imperaram no desditoso Código de Menores.

Neste diapasão, observa-se que os diversos problemas da infância e juventude no Brasil somente podem ser analisados eficazmente com a superação do pensar jurídico ainda assentado na

² TERRA, Eugenio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea e a proteção do Estado Democrático de Direito contra o retrocesso social. 196f. Dissertação (Mestrado em Direito). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2001.

³ MÉNDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 2 maio 2007.

visão menorista, presente no imaginário social e na ideologia de alguns juristas, no tratar crianças e adolescentes de forma “coisificada”.

2. Direitos da criança e do adolescente e estado democrático de direito

2.1 Surgimento do Estado Democrático de Direito e emergência histórica dos direitos humanos

À guisa de intróito, cumpre salientar que no Estado Democrático de Direito a lei possui uma função transformadora, pois é da essência a sua instrumentalização para tornar uma sociedade justa e solidária, na qual a promoção da dignidade da pessoa humana seja a razão da própria existência do Estado. Neste aspecto, exsurge como indisceptável a colocação dos princípios e direitos fundamentais, destacando-se, como ponto fulcral no presente estudo, os direitos de crianças e adolescentes, como conformadores do Estado Democrático de Direito, o qual pode ser considerado um meio garantidor.

Destarte, para compreender sua atual visão, sabendo que ele decorre de um processo evolutivo, urge fazer uma célere digressão no tocante ao seu surgimento.

Remontando à origem do Estado Moderno, observa-se a presença de um poder soberano incontestável, apresentando-se com uma base dúplice: o Estado Absolutista, no qual o rei encarnava o próprio Estado, e o Estado Liberal, oriundo das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, favorecendo o desenvolvimento da economia capitalista. Funda-se o Estado Liberal, principalmente, na liberdade individual e na limitação da intervenção estatal, estando clara uma não intervenção nos domínios econômico e social, tidos como estritamente privados⁴. Observado sob o prisma da criação de direitos, corresponde a uma tentativa de contenção do poder dos monarcas, em decorrência do fortalecimento da burguesia ascendente, gerando direitos individuais, destacando-se os direitos fundamentais de primeira dimensão.

Lourival Vilanova⁵ sustentou que no Estado liberal, que podia ser monárquico ou republicano, o povo não era órgão, mas tão somente

⁴ TERRA, Eugenio Couto. 2001.

⁵ VILANOVA, Lourival. A crise de Estado sob o ponto de vista da teoria do Estado. In: ADEODATO, João Maurício (Org). *Jhering e o Direito no*

objeto ou sujeito na relação de súdito, numa relação intersubjetiva. No entanto, a democracia acrescentou a esse Estado liberal a posição de sujeito portador de direitos subjetivos públicos, numa dupla relação.

Posteriormente, no Estado Social de Direito, além das garantias individuais, presentes no ideário liberal, foi incorporada a questão social, passando o Estado a atuar através de uma prestação positiva. Seu desenvolvimento ocorreu sob a égide da Revolução Industrial, uma vez que a transformação social gerada pela mudança dos métodos de produção acabou obrigando a intervenção estatal, trazendo, por conseguinte, os direitos de segunda dimensão.

Para o preclaro constitucionalista Paulo Bonavides⁶, o cerne do Estado Social e dos direitos de sua ordem jurídica corresponde ao princípio da igualdade. Ele representa a terceira revolução, a qual irrompeu silenciosa na segunda metade do século XX, utilizando meios pacíficos e persuasivos de captação de consenso com o escopo de efetivar uma mudança substancial de valores e princípios.

Assim, a chamada revolução do Estado Social é uma revolução pluralística e democrática, inspirada menos na referência indivíduo do que no valor pessoa humana, enquanto princípio cuja inserção não se pode separar do grupo ou da categoria coletiva, sobretudo ligado à isonomia.

Partindo de uma reflexão acerca da importância de tal princípio como critério de organização do Estado-nação, Hannah Arendt extrai a conclusão básica dos direitos humanos, ao afirmar não ser verdade que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos; eles tornam-se iguais como membros de uma coletividade em face de uma decisão conjunta garantidora de direitos iguais⁷. A sobredita reflexão arendtiana sobre a cidadania corresponde, em última análise, ao direito a ter direitos.

Brasil: Seminário nacional em comemoração ao centenário de seu falecimento. Recife: Editora Universitária, 1996, p. 149-150.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 376.

⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 150-165.

No entanto, é manifesta a crise de efetividade existente no tocante aos direitos fundamentais, mormente os de segunda e, após, os de terceira dimensão, como os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Hobsbawn⁸ já vislumbrava boa parte dos problemas, ao observar que nas décadas de 1970 e 1980 a grande questão política do mundo desenvolvido e de alguns países pobres em desenvolvimento não era como multiplicar a riqueza das nações, mas como distribuí-la em benefício de seus habitantes. E a questão da má distribuição indiscutivelmente contribui para a problemática da efetividade.

Em um estado de bem estar social, o objetivo é que ninguém fique abaixo de um padrão decente de vida. No entanto, o sistema pode permitir grandes desigualdades hereditárias de riqueza que são incompatíveis com o valor equitativo das liberdades políticas, sendo, nesse aspecto, insuficiente ou ainda ineficaz⁹.

Impende ressaltar que o caminho ao Estado Democrático de Direito não representa uma revolução na estrutura social nem tampouco uma ruptura com outro modelo de Estado, mas a incorporação de novas perspectivas ao Estado Social de Direito. Desta feita, pode-se dizer que o Estado tem agora por escopo também a promoção da solidariedade, sem afastar-se das garantias liberais e da exigência de prestação positiva do Estado. Busca-se, ademais, através do ordenamento jurídico e democrático, a satisfação das condições mínimas de vida do indivíduo, sobretudo da infância e juventude, devido à sua condição peculiar de seres ainda em fase de desenvolvimento. Mas resulta evidente que tal finalidade não ocorrerá de forma instantânea, precisando da conscientização acerca dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, sob pena de sua utilização como meio de manutenção de estruturas e relações sociais arraigadas. Isso pode ocorrer através da proeminência do discurso jurídico desconforme à realidade.

Não se pode olvidar que a concretização desse Estado é a oportunidade de alcançar a modernidade prometida e ainda incipiente no Brasil, funcionando como agente transformador da integração social

⁸ HOBBSBAWN, Eric J. *Era dos extremos. O breve século XX. 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. Companhia das letras: São Paulo: 1995, p. 555.

⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes: 2000, p. 241-249.

dos excluídos. Mais uma vez, estão nesse rol as crianças e adolescentes, verdadeiros excluídos da história, principalmente de políticas públicas. E são essas minorias que necessitam da proteção de seus direitos, sendo tal princípio contramajoritário um dos pilares da proteção dos direitos humanos¹⁰.

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social, sendo um *plus* normativo em relação a esse¹¹. Registre-se que os direitos coletivos ou transindividuais surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência.

De fato, nesse processo que representa, ademais, a asserção histórica dos direitos humanos, destacam-se os direitos de terceira dimensão. Sua titularidade recai não no indivíduo na sua singularidade, mas em grupos humanos, a exemplo do tema em análise.

Assim, o valor da dignidade da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais¹², destacando-se, como cerne do presente estudo, os direitos de crianças e adolescentes. É por isso que a análise da ruptura e crise paradigmática dessa questão passa por uma compreensão da emergência histórica dos direitos humanos.

2.2 Infância e legalidade democrática

É indiscutível a íntima conexão entre o tema da infância e os problemas da democracia. Na realidade brasileira, no marco do processo popular de construção da atual Carta Política, que indica com clareza o fim de um quarto de século de autoritarismo militar, o embrionário movimento de luta pelos direitos da criança e do adolescente se articulou em torno da preparação de diversas propostas. Como resultado, observa-se o desenvolvimento de um novo tipo de

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. Defesa do regime democrático e a dissolução dos partidos políticos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, SARLET, Ingo e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Org). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157-167.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 18.

¹² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Op. cit., p. 118.

política social para a infância: a política social pública, consoante se infere dos arts. 227 e 204 da Constituição Federal.

A nova relação infância - lei implica uma reavaliação crítica do sentido e natureza do vínculo entre a condição jurídica e material da infância. Mas urge salientar que as transformações da segunda etapa de reformas legislativas (a partir da década de 90) não se referem apenas à mudança profunda e substancial dos conteúdos da lei. Trata-se, ademais, de mudança nos mecanismos de produção do direito, correspondendo a uma nova visão, consubstanciada na doutrina da proteção integral, em oposição à visão reducionista daqueles que se encontram em situação irregular. A partir dessa experiência, as demais reformas legislativas deixaram de ser apenas reuniões de “expertos” que trabalham nos porões dos Ministérios da Justiça, para se converterem em imensos laboratórios político-sociais de produção jurídica democrática. Foram juristas com sensibilidade educativa e educadores com sensibilidade jurídica que instalaram um tipo heterodoxo de luta pelos direitos.

Não obstante, vários nostálgicos defensores da (des)ordem jurídica anterior não aceitaram tal mudança, preferindo a doutrina da situação irregular, muitos em face da diminuição do poder discricionário, pautado na visão antigarantista, que antes era concedido ao Juiz de menores. Aliás, hodiernamente ainda se observam entendimentos dessa forma, como a recente intenção em reduzir a idade penal mínima, verdadeiro exemplo de retrocesso social.

Sabendo-se que as bases da cidadania e da democracia se encontram em profundo processo de reforma, a categoria da infância está longe de ser uma exceção. A Convenção dos direitos da criança e do adolescente, aprovada em 1989, inspiradora de nossa Constituição no tema, não é apenas a Carta Magna dos direitos fundamentais da infância e adolescência, mas a base jurídica concreta para reformular o conceito de cidadania em consonância com o mundo globalizado da pós-modernidade. Apesar de as leis não serem suficientes para uma mudança profunda nas condições materiais da infância, elas têm sido condição *sine qua non* da melhoria da situação de crianças e adolescentes e, sobretudo, da qualidade de nossa vida democrática¹³.

¹³ MÉNDEZ, Emílio García, 2007.

Assim, qualquer redução de seu conceito, em especial o aumento do nível de discricionariedade, resulta numa evidente diminuição dos espaços reais da democracia.

Convém ressaltar que essa democracia pode ser entendida em uma dupla dimensão social e institucional, conforme se considerem os representantes da sociedade civil e as instituições do Estado e da comunidade internacional¹⁴. Mas seja qual for sua análise, a democracia nessa seara não pode prescindir do reconhecimento normativo e da real proteção dos direitos infanto-juvenis, correspondendo ao seu verdadeiro norte. Alessandro Baratta¹⁵ vislumbrou tal importância, ao asseverar que o futuro da democracia está primordialmente vinculado ao reconhecimento das crianças e adolescentes como cidadãos no sentido amplo da palavra, e não apenas como cidadãos futuros.

2.3 O Direito e a necessária luta por direitos

No pós-guerra, a partir da década de 60, em decorrência das alterações políticas e ideológicas, houve uma preocupação e ulterior estudo jurídico no tocante às sociedades que a partir de então foram designadas como subdesenvolvidas¹⁶. Com o Brasil não foi diferente, por constituir um país periférico, o qual, a partir da época salientada, foi alvo de grave processo ditatorial. Destarte, com o advento da chamada Constituição cidadã, foram inseridas em seu bojo normas principiológicas, com o objetivo de equilibrar o subdesenvolvimento com metas desenvolvimentistas ministradas pelo Estado. Porém, ainda questiona-se que tipo de direito é produzido nessas sociedades.¹⁷

¹⁴ BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. In: MENDEZ, Emilio Garcia (Org). **Infancia, Ley y Democracia en América Latina**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. Op. cit. Em tal afirmação, Baratta fez uso do título da conhecida obra de Norberto Bobbio.

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 64-65.

¹⁷ GURGEL, Maria da Graça Marques. **Crise legitimatória da efetividade: alguns debates sobre o pensar jurídico do Judiciário brasileiro**. Revista da ESMAL – Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas n. 3. Maceió: Publicação oficial, 2003, p. 115-138.

É cediço que o direito compõe um fenômeno normativo que integra um campo de lutas. Neste âmbito, a luta pelo direito novo, antes de constituir mera luta política, passa, igualmente, a constituir luta jurídica, travada no interior do espaço normativo estatal. O compromisso com a manutenção e plena efetividade dos direitos de crianças e adolescentes representa, dessa forma, o método mais legítimo e acertado para a progressiva mudança libertária da ordem jurídica brasileira no aspecto em análise.

De fato, tais direitos são frutos de reiteradas lutas advindas de segmentos nacionais e internacionais, pré-Constituição de 1988, com o escopo de modificar o paradigma mantenedor da malfazeja discricionariedade inerente à doutrina da situação irregular.

Indubitavelmente, as mudanças são necessárias, visto não serem as leis imutáveis, como pregou Goethe no seu personagem Cäsarius. As mudanças precisam ser efetuadas consoante uma *rationale* dominante, que não será a manifestação de um *corpus* de idéias falsas encarregadas de legitimar determinado processo, mas a substância material de uma realidade imaginária que irá constituir-lo¹⁸.

Em sendo as leis materializações específicas das relações de poder, o direito, além de representar mediação única, constitui campo de lutas, que não exclui as minorias. As lutas agem moldando e transformando o direito. Os direitos da infância e juventude representam claro exemplo, sabendo-se que tal classe sempre foi historicamente olvidada pelo poder público, tornando vital a luta em prol da necessária mudança.

Assim, o que se busca é articular o direito com as lutas travadas em sociedade, em todos os níveis, reconhecendo sua ligação com o Estado. Isso não significa cair no imobilismo, mas, ao contrário, integrar o saber ao processo histórico, aceitando ser a teoria inócua quando distanciada da práxis. O atual saber jurídico implica na verificação do direito enquanto localizado espaço-temporalmente, significando compreender a sua flutuação histórica e a possibilidade de sofrer mutações¹⁹.

¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**, São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 112.

¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Ibidem.*, p. 172.

Neste aspecto, os direitos humanos já foram entendidos como um instrumento de luta ligado à política de invenção democrática, representando um processo contínuo de aprofundamento da democracia, no sentido de consolidar a defesa dos direitos positivados ao lado da reivindicação incessante de novos direitos. A sociedade democrática é aquela que não apenas garante os direitos individuais e coletivos historicamente conquistados, mas também os promove. Não se pode permitir que a luta cotidiana para os juristas seja uma luta muda, multiforme, insignificante, desjuridicizada e distante da realidade do direito²⁰. E essa luta em conformidade com a atual conjuntura, indispensável ao verdadeiro conceito de direito, deve estar presente nos direitos infanto-juvenis, com o desiderato de dar efetividade, a fim de que eles não se tornem apenas declarações solenes e alvo de constantes violações, como tantas outras existentes em nosso ordenamento pátrio. Eis o verdadeiro direito a ser produzido, principalmente em nossa nação periférica, face os evidentes desacertos históricos na área da infância e adolescência.

3. A trajetória do regime jurídico da infância e juventude

3.1 Breve digressão histórica

Convém ressaltar que o atual entendimento da infância, correspondente a uma fase de formação do ser humano merecedora de um tratamento especial e diferenciado, é algo relativamente novo na história do mundo ocidental.

Seguindo essa linha de análise, cumpre aceitar a tese sustentada por Philippe Ariès²¹, consoante a qual até meados do século XVII inexistia a compreensão do chamado sentimento da infância como hoje é observado. Segundo o renomado historiador francês, não se pensava que a criança já contivesse a personalidade de um homem, sendo tal indiferença também consequência inevitável das condições demográficas da época, na qual as crianças morriam em larga escala, precocemente. Após a superação da fase estritamente inicial, referente à absoluta dependência física, a criança adentrava de imediato no mundo

²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. 2001, p. 173.

²¹ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Rio de Janeiro: LTC, trad. Dora Flaksman, 1981, p. 17-31.

adulto, participando de jogos, conversas, atuações laborais, enfim, de todas as atividades pertinentes àquele.

Impende registrar que na sociedade medieval, tomada como ponto de partida por Ariès, a ausência de sentimento da infância, no entanto, não significava que as crianças fossem negligenciadas ou abandonadas, mas sim que inexistia a consciência da particularidade infantil.

Apenas a partir do século XVII inicia-se verdadeiramente um processo de mudança da situação da criança, ingressando, assim, a escola como substitutivo de aprendizagem. Logo após a atribuição da tarefa de educação dada à instituição de ensino, houve a busca da preservação da vida infantil, e, como sucedâneo, a sua efetiva separação com o mundo adulto.

O estudo das representações ou das práticas infantis é considerado tão importante que a historiografia internacional já acumulou consideráveis informações sobre a criança e seu passado. O pioneiro Philippe Ariès apresentou teses acerca do tema da criança, e, apesar das críticas recebidas, sobretudo quanto à percepção de um certo “evolucionismo” na condição histórica da criança, trouxe grande contribuição para o seu estudo.

No Brasil, a história da infância reflete períodos de instabilidade e mobilidade populacional, mormente nos primeiros séculos de colonização. Além da grave mortalidade infantil, revestida com os argumentos da inevitabilidade, a criança, quando sobrevivia, passava na sua formação social mais pela violência que propriamente pela educação e pelo livro²². Mais dura era a realidade da infância negra, representada pelo moleque companheiro de brinquedo do menino branco e seu leva-pancadas, citado por Gilberto Freire²³. O menino branco e o escravo cresciam juntos, tornando-se esse último um objeto sobre o qual o menino exercia os seus caprichos. A própria aceitação dos pais fomentou o intolerável despotismo dos filhos.

²² PRIORE, Mary Del. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a colônia e o império. In. PRIORE, Mary Del (Org.). *História das crianças no Brasil*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2004, p. 84-106.

²³ FREYRE, Gilberto. *Casa - grande & senzala*. 45. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 391.

Destarte, na infância em geral, com maior ou menor intensidade dependendo da posição social ocupada pelos pais, havia, de fato, uma cadeia de infortúnios, diante da qual ser criança correspondia a não ter credenciais sociais próprias, não havendo outro caminho se sobrevivesse, além de tornar-se um homúnculo²⁴.

No século XIX, o abandono de crianças e o infanticídio foram práticas encontradas entre índios, brancos e negros em determinadas circunstâncias, distantes da questão da concentração devastadora nas cidades, da perversa distribuição de bens e serviços entre camadas sociais. Podem ser registradas, ainda, as chamadas rodas de expostos, existentes em algumas de nossas capitais, inventadas nos países europeus com o objetivo de salvar crianças abandonadas, provocando uma mortalidade infantil agora registrada e verificável²⁵.

Mas foi no século XX que a infância apresentou uma gradativa mudança no seu tratamento e visão pela sociedade. Nos então chamados países de terceiro mundo, como o nosso, houve uma explosão demográfica, causando séria preocupação internacional no fim da Era de Ouro, representando uma mudança significativa no século XX. A queda da taxa de mortalidade a partir da década de 1940 contribuiu para tal fato, e, em meados da década de 1960, a população rural latino-americana, inclusive a brasileira, começou a ver sistematicamente a modernidade mais como uma promessa que como uma ameaça²⁶. Não foi diferente no Brasil.

3.2 O antigo paradigma – uma evolução legislativa no ordenamento pátrio

Sabe-se que num estudo acerca da infância, a própria etimologia da palavra remonta à idéia de ausência de fala. Não se estranha, portanto, que esse silêncio insito na noção de infância

²⁴ FREITAS, Marcos Cezar. História da infância no pensamento social brasileiro. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). **História social da infância no Brasil**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 251-268. Importante ressaltar que a definição de homúnculo foi fundamentada em uma teoria pregadora de que a criança não possuía individualidade e vontade, sendo sua única razão existir e esperar crescer. Posteriormente, vários estudiosos, destacando-se Piaget, refutaram tal teoria.

²⁵ LEITE, Miriam L. Moreira. A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). *Ibidem*, p. 19-52.

²⁶ HOBBSAWN, Eric J. 1995, p. 338.

continue marcando-a quando ela se transforma em matéria de legislação. Neste diapasão, por não falar, ela não representa a primeira pessoa nos discursos que dela se ocupam, passando a ser definida de fora. Destarte, não apenas crianças, mas mulheres, negros, índios e alguns outros segmentos da humanidade foram ou continuam sendo apenas outros no discurso que os define. Somente através de lutas há a possibilidade de mudança de suas posições no discurso, passando, assim, de objetos a sujeitos²⁷, consoante alhures enunciado. Foi exatamente essa experiência que ocorreu no âmbito de nossa infância e adolescência, após a superação do paradigma da situação irregular, consagrado em toda a legislação menorista anterior ao advento da atual Carta Política.

De fato, a visão do Código de Menores, efetivada sob os ideários europeus, reproduzida no Brasil e nos demais países da América Latina, levou a sociedade e as autoridades a verem crianças e adolescentes como incapazes. Essa tradição do passado, representada na antiga legislação, a qual, por motivos óbvios, não se quer mais para o futuro, tratava crianças a partir de uma eterna negação, ou seja, não eram capazes nem tampouco tinham sentido ético de vida²⁸.

No Brasil, a legislação dos anos 20 até antes do advento da Constituição de 1988 foi palco da supracitada negação. Podem ser destacados os dois Códigos de Menores de 1927 e de 1979, além de inúmeras leis esparsas, como a responsável pela criação da Política Nacional do Bem-Estar do menor²⁹, de 1964, tendo sido mola propulsora do advento das FEBEMs, nos anos 70.

No período sob a égide do primeiro código, a ação estatal ocorria através da intervenção judicial de crianças ou adolescentes

²⁷ LAJOLO, Marisa. Infância de papel e tinta. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). 2003, p. 229-250.

²⁸ MORAES, Edson Seda. El nuevo paradigma de la niña el niño en América Latina. In: **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

²⁹ GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. A participação da sociedade na implementação de um novo paradigma de direitos da infância: a experiência brasileira 1985-2005. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêuticas: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre, nº 2, 2006, p. 241-253.

infratores ou mesmo abandonados, sempre em observância ao conceito de situação irregular, mas sob o manto de uma falaciosa proteção, acarretando o internamento em estabelecimentos ditos educacionais. Tais medidas cresceram em meados da década de 60, em face do crescimento dos grandes centros urbanos acarretado pelo êxodo rural. Dessa forma, diante das precárias condições ofertadas pelas instituições estatais, houve sinais claros da falência do sistema, tendo sido feita uma tentativa de reorganização através da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, com o objetivo de proporcionar um catáter mais técnico à intervenção, porém também sem lograr êxito.

Em 1975 foi realizada a CPI do Menor, com o desiderato de analisar a situação do menor, e, posteriormente, em 1979, foi aprovado um novo Código de Menores (Lei nº 6.697 de 10/10/1979). Houve a substituição de termos inadequados, como transviados e vagabundos. Porém, continuou a problemática da situação de abandono e pobreza da infância e juventude, ainda regida pela doutrina da situação irregular, fundamentada no arbítrio e subjetivismo do Juiz. O eufemismo encobria a ausência de contraditório e ampla defesa.

De fato, não raramente crianças abandonadas e infratoras foram confundidas sob o nome de menor, o qual nunca designava os filhos das famílias de boa situação econômica, tendo conotação claramente negativa.

Assim, as décadas nas quais persistiu o paradigma da situação irregular foram permeadas pelo caráter hegemônico. Apesar de o direito de menores não constituir um subproduto das ditaduras militares dos anos 70, ele se adaptou perfeitamente ao seu projeto social, diante da conversão dos cidadãos em súditos. Esse direito, especialmente no seu caráter de eficiente instrumento de controle social, através da criminalização da pobreza, por exemplo, conviveu comodamente com a política de autoritarismo³⁰.

Após a tomada do poder pelas Forças Armadas, em 1964, e as pequenas tentativas de guerrilha, o regime começou a relaxar, devolvendo o país a um governo civil em 1985³¹.

³⁰ MÉNDEZ, Emílio García, 2007.

³¹ HOBBSAWN, Eric J. 1995, p. 429.

Finalmente, após o término do regime ditatorial, o qual acatou completamente esse paradigma, foi criada a Comissão Criança e Constituinte, em 1986, por sugestão do UNICEF. Na ocasião, houve a participação de vários ministérios e entidades não-governamentais, ressaltando-se OAB, CNBB e Federação Nacional dos Jornalistas.

Diante do narrado, observa-se que antes do advento da Constituição de 1988, as crianças e os adolescentes eram vistos apenas como objetos de direito, havendo clara dicotomia entre duas infâncias: a regular, com assecuração de direitos, e a irregular, acarretando o conceito de criança corrompida, e, mais tarde, criança desvalida. Dito de outra forma, quando a sociedade passa a se sentir acuada pela violência advinda de crianças e adolescentes marginalizados, tende a aceitar a sua segregação.

A Constituição traz em seu bojo a doutrina da proteção integral, com espeque no art. 227, rompendo definitivamente com o anteriormente preconizado, inserindo a tutela jurisdicional diferenciada. Crianças e adolescentes foram alçados à condição de protagonistas dos seus próprios direitos, sob o manto de uma estrutura de proteção especial³², tendente a evitar a construção social que separou os “menores” das crianças.

Na década de 90, com o escopo de cumprir com os compromissos assumidos e firmados na Convenção dos Direitos da Criança, alguns países formularam leis prevendo crianças como sujeitos sociais, éticos e jurídicos, a exemplo do Brasil, com a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). No novo paradigma instalado, crianças e adolescentes são vistos como cidadãos. Essa nova mudança acarreta uma alteração na análise acerca da condição de cidadania, pois a democracia deixa de ser mero processo de representação do povo (democracia representativa), tornando-se um duplo processo de representação e participação (democracia participativa). De fato, a dimensão social da cidadania prevê canais de participação, como comitês, associações e organizações não-governamentais. Assim,

³² CUENO, Mônica Rodrigues. Novos olhares, novos rumos: a proteção integral e a prioridade absoluta do Estatuto da Criança e do Adolescente e o papel do Ministério Público diante dos novos paradigmas. Juizado da Infância e da Juventude. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ano II, nº 3 e 4. Porto Alegre, jul./nov. 2004.

quanto mais pessoas existam para corrigir violações dos direitos da cidadania, tanto mais se alcança a sobredita dimensão, criando-se um processo alterativo³³, que corresponde ao processo no qual os cidadãos alteram seus hábitos, usos e tradições, principalmente jurídicas, no seio da comunidade. A regra fundamental é manter a tradição que garante ou alterar a tradição que viola direitos.

A óptica, dentro desse novo modelo implantado pela Constituição e ratificado posteriormente na legislação infraconstitucional, é a de exigir que o Estado cumpra com sua obrigação de garantir um desenvolvimento sadio à infância e adolescência, buscando seu efetivo cumprimento. Não é demais ressaltar que a responsabilidade no âmbito da proteção dos direitos assegurados aos adolescentes é tríplice, do Estado, da família e da sociedade.

3.3. Ruptura e crise paradigmática – em busca do atual saber jurídico

Pelo exposto, sabendo-se que o assunto relacionado à infância e juventude passou por profundas alterações, pode-se dizer que houve uma crise paradigmática, entre de um lado o arcaico paradigma, representando a produção legislativa e doutrinária pertinente à questão do menor, e de outro lado toda a revolução normativa e conceitual dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

De fato, desde a sua vigência, toda a legislação menorista que contrariava os princípios constitucionais fixados para a infância e juventude foi derogada. Em sendo o Estado Democrático de Direito um Estado principialista, não há como subsistir normativa legal que contrarie os princípios que o presidem.

Neste diapasão, pertinente a lição de Hannah Arendt, para a qual uma das notas típicas do pensamento corresponde à percepção e a reflexão sobre o fenômeno da ruptura. Para ela, a ruptura traduz-se num hiato entre o passado e o futuro, gerado pelo esfacelamento dos padrões e das categorias que compõem o repertório da tradição ocidental³⁴. Trazendo ao campo jurídico tal pensamento, que foi utilizado na explicação e repúdio ao totalitarismo, guardadas as proporções, pode-se dizer que no tocante aos direitos de crianças e adolescentes houve uma

³³ MORAES, Edson Seda. 2007.

³⁴ LAFER, Celso. 1999, p. 80.

ruptura. Efetivamente, há contínuas dúvidas e perplexidades no presente na medida em que a tradição do pensamento não fornece regras para a ação futura, estando os conceitos ainda muito arraigados ao pensamento anterior. É cediço que o Estatuto da Criança e do Adolescente não agrada a diversas pessoas, pois representa um choque entre suas normas e a tradição do país, primordialmente nos princípios éticos contidos.

Um bom exemplo da incapacidade de pensar fatos novos está em não reconhecer a emergência de novos sujeitos de direitos. E crianças e adolescentes são, irrefutavelmente, sujeitos de direito a partir do novo paradigma instalado.

Impende ressaltar que entre o paradigma enfrentado na situação irregular e o atual da proteção integral há o paradigma da ambigüidade, o qual é bem representado por aqueles que, rechaçando de plano o anterior, não conseguem acompanhar as transformações reais e potenciais que ocorrem na aplicação do segundo. Um dos motivos é a significativa diminuição das práticas discricionárias e paternalistas no trato com as crianças. Corresponde, em última análise, a uma síntese eclética, apropriada para esta época de fim das ideologias³⁵.

Em poucas áreas da vida social uma hegemonia jurídica se manifestou com mais força do que na área da política social para os mais necessitados, destacando-se, no presente estudo, a área da infância e juventude. De fato, a cultura garantista e democrática ainda encontra um obstáculo político-cultural considerável em algumas manifestações recorrentes do pensamento substancialista próprio do paradigma da ambigüidade.

O jurista Lenio Luiz Streck já proclamava a existência de uma crise no tocante à aceitação do novo projeto constituinte de 1988, primordialmente no âmbito da superação do caráter assistencial e caritativo da prestação de serviços públicos, quando estes passaram a ser vistos como direitos próprios da cidadania³⁶.

Todavia, não pairam dúvidas de que os conceitos restritos ao Código de Menores foram suplantados pela proteção legal dada a crianças e adolescentes como um todo, independentemente de quaisquer condições ou adjetivação qualificadora. Tal posição foi observada na

³⁵ MÉNDEZ, Emílio García. 2007.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. 2004, p. 56 e 57.

legislação ordinária, ratificadora da nova realidade jurídica democrática e emancipadora, consecutória do Estado Democrático de Direito.

Ademais, cabe à hermenêutica cristalizar tal rompimento, através da desconstrução e superação do modelo já ultrapassado, porém por vezes ainda reinante no imaginário simbólico de alguns juristas.

É cediço que o modelo tradicional paternalista não mais convence, devendo o atual paradigma jurídico intervir na consciência de todos os atores, dos cidadãos aos membros do Poder Judiciário, diante do novo conteúdo normativo a ser explorado no tema.

Não se pode olvidar que hodiernamente a doutrina e a prática jurídica tomaram ciência de que existe uma teoria social, e o exercício da justiça necessita de tal modelo. Assim, a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tendo que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. Após tal fato, a própria doutrina não deve mais evadir-se da questão atinente ao paradigma correto³⁷. E no caso em análise, corresponde inegavelmente ao paradigma da proteção integral.

4. Conclusão

Do exposto, resulta cristalina a relevância do estudo em análise. De fato, os dados críticos obtidos pelos estudos acerca da infância e juventude no Brasil, aliados à dificuldade em aceitação da mudança do atual paradigma garantidor de direitos fundamentais, retratam bem tal importância. Pode-se dizer que a história social da infância em nosso país é também a história da sua retirada gradual da questão social do universo de abrangência das questões de Estado³⁸. Neste aspecto, há que se superar, de uma vez por todas, o paradigma paternalista da situação irregular, com o escopo de buscar e aplicar o atual pensar jurídico na área.

Impõem-se a aceitação da nova realidade democrática, em consonância com o Estado Democrático de Direito, reconhecendo serem crianças e adolescentes sujeitos de direito, sob a égide da doutrina da proteção integral e especial. É preciso, ademais, que se

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 129.

³⁸ FREITAS, Marcos Cezar de. 2003, p. 11-18.

reconheça a luta como instrumento legitimador de tal concepção, pois a Carta Política e o Estatuto da Criança e do Adolescente correspondem ao resultado da ampla mobilização nacional pelo reconhecimento dos direitos fundamentais daqueles que são, indubitavelmente, o principal motor da História.

Outrossim, pela necessidade do direito *sub examine*, pode-se reputá-lo como *standard* mínimo necessário ao exercício da democracia. Assim, corresponde a elemento necessário, porém não suficiente à sua prática, pois muito mais do que codificá-lo, é imprescindível a esmerada compreensão de seus consectários legais, traduzidos no novo paradigma legal. E pela sua feição garantista e retratada em diversos documentos internacionais, ratificados em quase todos os países do mundo, corresponde, irrefutavelmente, ao paradigma correto na presente conjuntura, não podendo o saber jurídico evadir-se de tal questão.

Urge, pois, a aceitação e aplicação da estrutura especial há quase duas décadas implantada constitucionalmente, correspondendo, em última análise, ao verdadeiro norte democrático na área da infância.

POR QUE RICO NÃO VAI PARA A CADEIA NO BRASIL?

Antiógenes Marques de Lira

PROCURADOR DE JUSTIÇA

Há um consenso nacional de que no Brasil só vai para a cadeia *o preto, o pobre e a prostituta*. Esse dito já introjetou na nação brasileira de tal forma a tornar um axioma. A outra face desse dito, reconhecida como uma consequência lógica e natural é a de que aqui *o rico não vai para a cadeia*. A síntese disso exsurge como um sentimento dúbio entre a revolta e o alívio, de quem não pertence às elites e daqueles integrantes das classes econômica e politicamente dominantes, os quais acreditam estarem a salvo da lei penal.

Então, tentaremos aqui responder a seguinte pergunta: até que ponto esse silogismo é verdadeiro?

Até a reforma do Código Penal ocorrida em 1984, havia uma regra não escrita e quase nunca revelada pelos juízes de direito para a fixação da pena-base que era a seguinte: a pena-base era fixada para todos de modo quase igual, consistente na média aritmética entre a pena mínima e a máxima cominada. Assim, para o crime de homicídio (CP, 121), a pena-base geralmente era 13 anos (mínima, 6 + máxima, 20, dividido por 2), e havia até um velho juiz de direito alagoano (hoje falecido) com profunda formação religiosa que sempre ao fixar a pena-base nestes termos, afirmava: “a verdade está no meio”. É bem verdade que havia variações, 9 ou 10 anos, 14 ou 15 anos, porém, dificilmente encontrávamos penas fixadas no mínimo (6 anos). Apesar do Código Penal de 1940 “assumir um sentido marcadamente *individualizador*” da pena, determinando ao magistrado para sua fixação um exame acurado dos fatores endógenos e exógenos da individualidade moral do delinqüente e todos os elementos que contribuíram para impeli-lo na sua ação delituosa. Após 1984, tal regra foi paulatinamente sendo modificada até chegar ao consenso de hoje: a pena-base será sempre a pena mínima cominada, só sendo alterada na medida em que alguma

das circunstâncias estabelecidas no artigo 59 do Código Penal (antigo 42) seja desfavorável ao réu.

A reforma de 1984 do Código Penal também estabeleceu para as penas privativas de liberdade um sistema progressivo, segundo o mérito do condenado, observando os seguintes critérios: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em *regime fechado*; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em *regime semi-aberto*; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em *regime aberto*. Destes três, o único a determinar a manutenção do condenado atrás dos muros da prisão é o *regime fechado*, admitindo ainda alguns temperamentos, mas, a rigor, o condenado só fica realmente preso se condenado a pena superior a oito anos ou, sendo inferior, for reincidente.

Dentro deste sistema de penas, acrescentamos ainda que para as penas não superiores a 4 (quatro) anos há uma série de benefícios destinados a impedir o ingresso do condenado na prisão, e até mesmo sua condenação formal. Tais benefícios são os seguintes: (a) suspensão condicional da pena (*sursis*), (b) substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, (c) suspensão do processo criminal, (d) composição dos danos entre acusado e vítima e até o simples e puro “perdão” travestido de “absolvição com base no princípio da insignificância do delito”.

Toda essa construção no sentido de evitar a prisão do indivíduo foi elaborada tomando por base as idéias de que “cadeia não recupera alguém”, as cadeias devem ficar reservadas aos incorrigíveis e àqueles que praticam crimes com violência à pessoa ou para os casos realmente “sérios” (tráfico internacional de entorpecente, por exemplo). A seu turno, a Constituição Federal sintetiza o pensamento dominante de se evitar a todo o custo a pena de prisão nas três primeiras palavras do inciso LXI do art. 5º: “ninguém será preso...”. Portanto, a prisão é a exceção, a regra é a liberdade, mesmo praticando um crime (desde que não seja um crime gravíssimo, como por exemplo aqueles onde há derramamento de sangue).

Considerando então que ninguém será preso, que a pena mínima é a regra básica na fixação da pena privativa de liberdade e

ainda que só será submetido ao regime fechado aquelas pessoas condenadas a pena superior a oito anos, pergunta-se: quais crimes contemplam uma pena mínima cominada superior a oito anos no Código Penal, permitindo em qualquer circunstância a privação da liberdade de seu autor?

No Código Penal, os crimes cuja pena mínima são superiores a oito anos são os seguintes: (1) "extorsão mediante seqüestro", (2) "crimes sexuais com violência física", (3) "epidemia", (4) "envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal", (5) "falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais", (6) "homicídio qualificado" e (7) "latrocínio". Os demais crimes inseridos no Código Penal brasileiro estabelecem a pena mínima inferior a oito anos e como a regra estabelecida pelos doutos manda aplicar a pena mínima quando estivermos diante de pessoas tecnicamente primárias e de bons antecedentes, qualquer um que for pego pela primeira vez cometendo qualquer outro delito diferente destes sete, certamente não irá cumprir sua pena em *regime fechado*, teoricamente falando, acaso seja condenado.

A propósito, alguém já viu um estelionatário preso? Não, porque a pena para estelionato é de 1 a 5 anos, a pena sendo então inferior a 8 anos, não dá cadeia em *regime fechado*. Do mesmo modo, o rapaz que furtou um celular ou um *cd-player*, a pena de furto (simples) é de 1 a 4 anos, a de furto qualificado é de 2 a 8 anos, se é a primeira condenação, ele jamais poderia ir para a cadeia, pois a condenação será inferior a 8 anos, em qualquer dos crimes. Registro ainda haver casos em que o magistrado aplica condenação inferior a 8 anos, mas determina o regime fechado alegado os altos índices de violência e criminalidade na cidade, nesses casos, quase que invariavelmente os Tribunais costumam alterar o regime de cumprimento de pena para os termos da lei penal (semi-aberto ou aberto), porque simplesmente a lei diz que é assim e não cabe ao Poder Judiciário modificá-la ao seu talante, e pronto.

Vamos adiante. Na classificação dos crimes existem os *próprios* e os *de mão própria*. Os *crimes de mão própria* são aqueles que só podem ser praticados pelo sujeito em pessoa, ninguém os comete por intermédio de outrem, são exemplos: falso testemunho (ninguém pode testemunhar no lugar de outro), incesto e prevaricação. Nos *crimes*

próprios pressupõe ter o agente uma condição particular ou qualidade pessoal, como por exemplo, ser *funcionário público* para a prática do crime de peculato ou está gestante para praticar o crime de *auto-aborto*. Uma diferença entre um e outro é que no *crime próprio* o sujeito ativo pode determinar a outro que o execute, enquanto no *crime de mão própria* não.

A partir dessa idéia de crime *próprio* e de *mão própria*, vejamos uma outra classificação: os delitos dos *ricos* e os delitos dos *pobres*. São exemplos destes últimos: “posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto”; “vadiagem”, “mendicância”, “loteria não autorizada” (rifa), “furto” (bater carteira), “paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem”, “aliciamento de trabalhador”, “rufianismo”, “arremesso de projétil”, etc. São exemplos de delitos práticos por pessoas pertencentes a classes economicamente mais favorecidas: “improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito” (Lei nº 8.429/92), “fraude as licitações” (Lei nº 8.666/93), “lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores” (Lei nº 9.613/98), “crime contra a ordem tributária” (Lei nº 8.137/90), “crime contra o sistema financeiro nacional” (Lei nº 7.492/86), etc.

Um traço comum é que são delitos *próprios*, isto é, pobre não pratica crime de rico, salvo se agir sob as ordens do “patrão”, assim, uma empregada doméstica jamais responderia por lavagem de dinheiro, a menos, que tenha colocado a calça do “patrão” no sabão sem verificar os bolsos. Do mesmo modo, um potentado jamais seria acusado de “vadiagem” ou de ter “batido a carteira” do vizinho de mesa no clube (— se isso ocorrer deve ter sido em razão dos remédios que está tomando!!!). Outro traço comum entre tais delitos é de que nenhum deles dá “cadeia”, isto é, quem quer que pratique qualquer um destes delitos jamais irá parar na prisão cumprindo pena em regime fechado, porque em nenhum deles a pena mínima cominada é superior a oito anos.

Deixemos de lado os delitos dos pobres, ou poderíamos supor, mesmo por um átimo, ser possível processar criminalmente os “vadios”, os “mendigos” e “rufiões” deste país. Concentremo-nos, então nos delitos *próprios* dos ricos e vejamos quais as penas mínimas previstas para cada um destes delitos.

- “Improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito” (Lei nº 8.429/92): esta lei prevê basicamente penas de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente (os adquiridos licitamente ficam), perda ou suspensão de direitos políticos de oito a dez anos e ressarcimento do dano causado ao erário, ou seja, não há pena privativa de liberdade.
- “Fraude as licitações” (Lei nº 8.666/93): nesta lei as penas mínimas previstas de privação da liberdade (detenção) vão de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, enquanto a pena máxima cominada é de 6 (seis) anos.
- “Lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores” (Lei nº 9.613/98): há apenas uma pena privativa de liberdade cominada de 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão.
- “Crime contra a ordem tributária” (Lei nº 8.137/90): aqui, as penas previstas variam de 6 (seis) meses a 8 (oito) anos, porém, extingui-se a punibilidade se houver o pagamento do tributo, isto é, sonegue, se descobrirem, pague, se não, fique com o dinheiro.
- “Crime contra o sistema financeiro nacional” (Lei nº 7.492/86): as penas mais severas estão aqui, as mínimas variam de 1 (um) a 3 (três) anos de prisão, enquanto a máxima chega a 12 (doze) anos em um único caso (art. 4º) e nos demais não passa de oito anos.

É importante ressaltar o fato dos autores destes crimes serem sempre pessoas de bons antecedentes, primários, respeitados na comunidade onde vivem e que normalmente não comete tais delitos com as *próprias mãos*; sempre o fazem através de habilitados profissionais, utilizando-se de “empresas fantasmas”, em suma, cercam-se de diversas cautelas para evitar que sejam pegos e quase sempre não o são, mas isso pouco importa, porque numa eventual condenação, suas penas jamais, de modo algum, ultrapassarão quatro ou seis anos, permitindo assim passarem muito longe, longe mesmo, da porta de uma prisão.

Respondendo então a pergunta formulada no subtítulo desde texto, “poderoso” no Brasil não vai para a cadeia porque o sistema penal está estruturado de modo a não permitir o seu encarceramento, mesmo numa eventual condenação.

Por que é assim? Isso fica para outra hora. Por enquanto, pense um pouco.

REGIME REMUNERATÓRIO DAS CARREIRAS JURÍDICAS ESSENCIAIS À JUSTIÇA

O caso dos Procuradores do Estado e Defensores Públicos em Alagoas

George Sarmiento

Promotor de Justiça. Promotoria da Fazenda Pública Estadual. Doutor em
Direito Público

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. O Sistema de subsídio adotado pela Constituição Federal.
3. Isonomia entre Procuradores do Estado e membros do Ministério Público.
4. Incapacidade financeira da Fazenda Pública para o pagamento do subsídio aos Procuradores do Estado.
5. Impossibilidade judicial de determinar aumento da remuneração de servidores públicos.
6. Conclusões.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, de forma inédita no sistema jurídico brasileiro, as funções essenciais à Justiça. Foi uma clara demonstração de que a vida judiciária não poderia prescindir do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública. Paradoxalmente não previu a sistemática remuneratória das instituições indispensáveis ao funcionamento da Justiça no Estado Democrático de Direito.

Tal omissão só veio ser corrigida parcialmente em 1998, com a edição da Emenda Constitucional 19, que deu nova redação ao art. 37, XI, para fixar o teto remuneratório das referidas instituições. Passados 10 anos, a situação continua incerta para Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Procuradores do Estado. Esse é um tema que tem causado grandes controvérsias. No Estado de Alagoas a situação não é diferente. Há décadas que essa questão tem sido causa de acalorados debates, movimentos grevistas, ações judiciais e outras manifestações investigatórias.

Como integrante da Promotoria Coletiva da Fazenda Pública Estadual, tive a oportunidade de me pronunciar sobre essa questão em

uma ação ordinária proposta pela Associação dos Procuradores do Estado de Alagoas, que buscava a implantação do regime de subsídio e a isonomia remuneratória dos Procuradores do Estado com os membros do Ministério Público.

Eis um breve relato do litígio. A associação de classe atuou na condição de substituta processual de seus associados, todos integrantes da carreira de Procurador do Estado (ativos e inativos). A propositura da ação foi decidida por unanimidade dos associados presentes à Assembléia Geral Extraordinária convocada para esse fim e realizada em 21 de agosto de 2006.

A APE/AL demonstrou que o Estado de Alagoas tem desrespeitado sistematicamente os arts. 37, XI, art. 39, § 4º e 135 da Constituição Federal que asseguram aos Procuradores do Estado a remuneração pela modalidade subsídio. Também manifestou a pretensão de ver aplicado o art. 156, I, da Constituição do Estado de Alagoas, que assegura aos Procuradores do Estado isonomia de vencimentos em relação aos membros do Ministério Público.

Diante do descumprimento dos preceitos constitucionais, requereu a expedição de provimento mandamental no sentido de impor ao Estado de Alagoas a implantação dos subsídios aos Procuradores de Estado, nos valores estabelecidos na Constituição Estadual.

Ao contestar a ação, o Estado de Alagoas reconheceu que o art. 135 da Constituição Federal prevê que os Procuradores do Estado sejam remunerados por subsídio. Mas defendeu a tese de que a norma constitucional tinha eficácia limitada. Ou seja, que sua incidência estaria condicionada à mediação legislativa estadual. A implantação do subsídio para a categoria dependeria de lei estadual específica. Enquanto a lei não fosse editada, os Procuradores do Estado continuariam a receber seus estímulos em forma de vencimentos.

Com relação ao segundo pedido, o Estado argumentou que não tinha condições financeiras para arcar com as despesas decorrentes da paridade vencimental. Construiu o seu discurso com fundamento no *princípio da reserva do possível* para afirmar que a decisão judicial corria o risco de tornar-se inócua, pois o Estado de Alagoas não teria capacidade econômica para assumir os custos decorrentes da implantação da isonomia. Contudo não apresentou qualquer prova documental que demonstrasse a veracidade dessa assertiva.

Como se pode ver, a questão remuneratória dos Procuradores de Estado é extremamente complexa. Para solucioná-la, é preciso desmembrá-la em sub-questões pontuais, a serem analisadas dentro do contexto jurídico-financeiro do Estado de Alagoas. Dessa forma, podemos indagar:

- No que concerne à implantação de subsídio para os Procuradores do Estado, o art. 135 da Constituição Federal é auto-aplicável ou depende da edição de lei ordinária local?
- Existe isonomia vencimental entre os Procuradores do Estado e os membros do Ministério Público?
- O provimento judicial declaratório de isonomia entre carreiras jurídicas está condicionado à existência de capacidade financeira da Fazenda Pública?
- O magistrado pode estabelecer o valor dos subsídios dos Procuradores do Estado?

2. O sistema de subsídio adotado pela Constituição Federal

Em 1998, a Reforma Administrativa assegurou a algumas categorias de agentes públicos a figura remuneratória do subsídio. Entre elas encontram-se os Procuradores de Estado, nos termos do art. 135 da Constituição Federal. O dispositivo constitucional determina expressamente que os integrantes da carreira devem ser remunerados na forma do art. 39, § 4º. Vejamos:

Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º.

Por sua vez, o § 4º do artigo 39 da Constituição Federal estabelece expressamente que os agentes públicos ali relacionados fossem remunerados pela modalidade subsídio.

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 4º O membro de Poder, detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por

subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI (grifou-se).

Na adoção da nova sistemática remuneratória, o § 4º do artigo 39 da CF usou o vocábulo exclusividade. Para AURELIO BUARQUE DE HOLANDA, exclusividade é qualidade ou caráter de exclusivo, palavra que significa privativo restrito.

Após a promulgação da Emenda 19/98, os Estados foram obrigados a substituir a modalidade vencimentos por subsídio como forma de pagamento aos integrantes da advocacia pública. Ao mencionar **exclusividade**, a Constituição determina que a única forma de retribuição aos serviços prestados pelos Procuradores do Estado seja subsídio. Nenhuma outra forma de remuneração é permitida. Na prática, isto significa dizer que os integrantes da categoria são titulares do direito líquido e certo a receber subsídio, modalidade remuneratória que lhe é privativa.

O fato concreto é que, passados nove anos da promulgação da Emenda 19, o Estado de Alagoas não tomou nenhuma providência no sentido de dar-lhe cumprimento. O Governador do Estado está obrigado a enviar à Assembléia Legislativa projeto de lei criando o regime de subsídios e fixando-lhes o valor, fato que já aconteceu com outras categorias de servidores públicos.

O art. 61, II, “a”, da Constituição Federal estabelece que a iniciativa de leis que disponham sobre aumento de remuneração é privativa do Chefe do Executivo.

Dessa forma, o Governador do Estado de Alagoas está obrigado a remeter projeto de lei fixando os subsídios dos Procuradores do Estado. A omissão no cumprimento deste dever caracteriza ato ilícito, sujeito às sanções da Lei 8.429/92, especificamente o art. 11, II, que considera **improbidade administrativa** o ato de “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”. A recusa em exercer o dever de iniciativa de lei constitui atentado contra os princípios reitores da Administração Pública, que pode acarretar ao agente político o ressarcimento dos danos, perda função pública, suspensão dos direitos políticos e multa civil.

A procrastinação ou a resistência de diversos governadores em cumprir o estatuído nas referidas normas constitucionais tem causado vultosos prejuízos pecuniários aos integrantes da Advocacia Pública e da Defensoria Pública – Em Alagoas, os Procuradores do Estado encontram-se submetidos a uma perversa política de arrocho salarial, cuja principal consequência é o aviltamento dos seus vencimentos.

O argumento utilizado na contestação de que o art. 135 da CF tem eficácia limitada não passa de um sofisma. Para Pontes de Miranda, as *normas não bastantes em si* são aquelas que não estão aptas a incidir, até que sejam regulamentadas por lei. Não é o caso deste dispositivo constitucional. Na verdade, trata-se de norma bastante em si (auto-aplicável), que incide para obrigar o Chefe do Executivo a implantar o regime de subsídio para os Procuradores do Estado, tomando a iniciativa de remeter à Assembléia Legislativa projeto de lei nesse sentido. Ela impõe ao governante o dever de dar início ao processo legislativo mediante o envio de projeto de lei, implantando o subsídio e estabelecendo os valores a serem pagos aos integrantes das carreiras de Procurador do Estado (e também dos Defensores Públicos). O descumprimento desse dever gera a pretensão da categoria – representada pela APE/AL – de buscar provimento judicial no sentido de compelir o Governador de Estado a cumprir os preceitos constitucionais, especificamente a remessa de projeto de lei ao parlamento alagoano.

3. Isonomia entre Procuradores de Estado e membros do Ministério Público

O art. 156, I, da Constituição do Estado de Alagoas assegura aos Procuradores do Estado isonomia vencimental com os integrantes do Ministério Público. Vejamos:

“Art. 156 – São assegurados aos Procuradores do Estado:

I – isonomia de vencimentos em relação aos cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário e para cujos exercícios seja exigida idêntica e específica qualificação profissional, ressalvadas as vantagens de natureza ou ao local de trabalho, na conformidade dos artigos 39, § 1º, e 135, da Constituição da República”.

Verifica-se que tal dispositivo tinha sido suspenso pelo STF por força da Ação Cautelar em ADIN n. 564-2-MC. Entretanto, a ação principal foi julgada extinta, ficando sem efeito a liminar que operou a dita suspensão.

Na Ação Ordinária, o Estado de Alagoas não suscitou o incidente de inconstitucionalidade da norma constitucional estadual que assegura a isonomia pretendida. A ilação que se pode extrair é a de que ele reconhece que se trata de norma constitucional válida e auto-aplicável no sentido de vincular o Governador do Estado a tomar a iniciativa de projeto de lei que vise a implantar os valores dos subsídios em paridade com os membros do Ministério Público.

Aliás, a paridade remuneratória é possível por força do art. 37, XI, da Constituição Federal, que estabelece limites para a fixação dos valores dos subsídios dos membros do Judiciário, Ministério Público, Procuradores do Estado e Defensores Públicos, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência e, também, ao seguinte:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”;

O dispositivo constitucional acima mencionado nem assegurou nem proibiu a paridade remuneratória. Deixou a decisão para cada unidade da Federação. Remeteu a decisão para o legislador estadual, impondo-lhe o respeito ao percentual previsto na última parte do inciso XI, art. 37 da CF. Em outras palavras, cabe a cada Estado de Federação decidir se assegura a isonomia entre Procuradores do Estado e membros do Ministério Público. E isso aconteceu com a edição do art. 156, I, da Constituição de Alagoas, norma que continua válida por força de decisão do Supremo Tribunal Federal. Enquanto tal norma não for revogada pela Assembléia Legislativa ou declarada inconstitucional em ADIN, é dever do Governador do Estado de Alagoas lhe dar cumprimento, implementando o subsídio dos Procuradores do Estado nos patamares nela contidos.

Por outro lado, a Constituição Estadual silencia em relação ao sistema remuneratório da Defensoria Pública. Nesse caso, cabe ao Governador do Estado decidir, com base em critérios administrativos, orçamentários e financeiros, se concede a isonomia dos Defensores Públicos com o Ministério Público. Não há obrigação constitucional, tão-somente permissão constitucional para que o faça, respeitando o teto previsto no art. 37, XI, da CF. Se assim o entender o Chefe do Executivo deve encaminhar projeto de lei implantando a paridade vencimental.

Isso vai exigir mobilização da associação de classe no sentido de convencer o Governo e o Parlamento de que as importantes funções exercidas pelos defensores públicos junto às camadas sociais mais desfavorecidas – inclusive a vedação de exercer advocacia privada – justificam a implantação de política remuneratória digna, que guarde paridade com outras carreiras jurídicas, sobretudo o Ministério Público.

Além disso, a Defensoria Pública é uma instituição independente, que possui seus próprios quadros e ampla capacidade postulatória. Em defesa de interesses das camadas mais pobres da população, está legitimada para a propositura das mais diversas ações judiciais, inclusive contra o próprio Estado. Sua atuação institucional concretiza o direito fundamental de acesso à justiça às pessoas desprovidas de recursos financeiros para promover sua defesa em processos penais, cíveis e administrativos. Tal missão é tão relevante para os objetivos do Estado Democrático de Direito, que a Constituição

Federal determinou de forma incisiva que a Defensoria Pública é essencial à função jurisdicional do Estado (CF, 134, §1º). Para assegurar a dignidade remuneratória de seus integrantes, a Emenda Constitucional n. 41/2003 introduziu o art. 31, XI, que fixou o teto da categoria, colocando-a ao lado do Ministério Público e dos Procuradores do Estado.

Dai por que é dever do Chefe do Executivo encaminhar projeto de lei à Assembléia Legislativa fixando o regime de subsídios e implantando a paridade remuneratória com os demais integrantes das carreiras jurídicas. O descumprimento do dever imposto pela norma constitucional pode acarretar sanções aos governantes e ao Estado.

4. Incapacidade financeira do estado para o pagamento do subsídio aos Procuradores do Estado

Para rechaçar a pretensão da APE/AL, o Estado de Alagoas tem recorrido ao argumento de que o Erário não tem condições de suportar as despesas decorrentes da implantação da paridade vencimental pleiteada pelas carreiras jurídicas. A assertiva é sempre feita aleatoriamente, sem a apresentação de provas concretas que levem à certeza de sua incapacidade financeira.

Esse discurso é construído com base no princípio da reserva do possível, segundo o qual a concretização de determinados direitos sociais – a exemplo da justa remuneração dos integrantes de carreiras jurídicas – depende da capacidade financeira do Estado. Embora seja justa, a aplicação da norma constitucional que atribui a paridade só deve ser aplicada em consonância com as condições fáticas e jurídicas existentes. E insiste na falta de recursos orçamentários para arcar com o impacto financeiro que adviria dessa medida.

Mas essa é uma discussão equivocada. O objeto da Ação Ordinária restringiu-se à declaração da existência de direito líquido e certo dos Procuradores do Estado à implantação do regime de subsídio e a paridade com o Ministério Público. Não está em discussão aqui a capacidade financeira do Estado de Alagoas para efetuar o pagamento. Tal matéria deve ser discutida no âmbito político e administrativo, quando da elaboração do orçamento. O cerne da questão, portanto, consiste na pretensão dos associados da APE/AL de ver aplicados os dispositivos constitucionais que lhes conferem direitos subjetivos de natureza alimentar.

Apenas para exemplificar, os membros do Ministério Público são detentores da isonomia de subsídios com a Magistratura. Trata-se de direito líquido e certo, com forte base constitucional. Até julho de 2007, em razão de questões orçamentárias, o subsídio de Promotores e Procuradores de Justiça não foram pagos nos valores que lhes são devidos. Isso não significa que os integrantes da carreira não tivessem direito à isonomia com a magistratura, mas que a norma jurídica que lhes assegura a paridade está sendo descumprida. Era uma questão de efetividade, não de incidência. A situação começa a mudar com o advento da Lei Estadual n. 6.818, de 12 de julho de 2007, que dispôs sobre o subsídio mensal dos membros do Ministério Público¹. Ela assegurou mais uma vez a paridade com a magistratura, embora tenha vinculado à dotação orçamentária atribuída à instituição e aos imperativos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

É evidente que, reconhecido o direito à paridade, a categoria deve se mobilizar para buscar os recursos orçamentários necessários para o cumprimento da obrigação estatal, levando-se em conta as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal. Mas isso não impede que seja concedido provimento jurisdicional declaratório da existência do direito subjetivo decorrente do artigo 156, I, da Constituição Estadual.

Dai porque o cerne do debate consiste na existência ou inexistência de direito à paridade remuneratória; e não na incapacidade financeira dos cofres públicos para suportar as despesas dela decorrentes.

Não é demais repetir que é absolutamente descabido o argumento, tantas vezes invocado pela Fazenda Pública, de que o princípio da reserva do possível impede que se reconheça aos Procuradores do Estado a isonomia com o Ministério Público. Tal direito deve ser declarado na ação civil pública, mediante a aplicação judicial dos mencionados dispositivos da Constituição Federal e da Constituição Estadual.

¹ Art. 3º O subsídio de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas, atendido o disposto no artigo anterior, passa a corresponder a 90,25% (noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

No Brasil é comum o deliberado descumprimento de normas constitucionais sem que haja qualquer punição para os agentes públicos responsáveis. Historicamente, os governantes alagoanos recusaram-se a implantar o sistema de subsídios nos patamares estabelecidos pela Constituição Federal e Estadual respectivamente. Tal atitude manifesta-se como ato ilícito sujeito às punições legais, como foi dito anteriormente. Para que isso ocorra, faz-se necessário provimento judicial que declare a existência do direito à paridade e a determinação para que sejam tomadas as providências necessárias ao cumprimento da imposição constitucional.

5. Impossibilidade judicial de determinar aumento da remuneração de servidores públicos

O Estado de Alagoas argumentou que a aplicação dos dispositivos constitucionais invocados acarretaria, por via transversa, aumento da remuneração dos Procuradores do Estado, o que infringiria o disposto na Súmula 339 do STF². Haveria uma indesejável ingerência do Judiciário no Executivo e Legislativo, respectivamente, podendo afetar o princípio da harmonia e independência entre os poderes estatais.

Entendo que o provimento judicial deve reconhecer que o ato omissivo do Chefe do Executivo viola o art. 156, I, da Constituição Estadual. Entretanto, a sentença não deve estabelecer textualmente qual será o valor do subsídio, sob pena de violar a Súmula 339 do STF. O contrário caracterizaria intervenção indevida nas atribuições do Legislativo, a quem cabe votar o projeto de lei estabelecendo os valores do subsídio de cada classe da carreira de Procurador do Estado. Tal entendimento é pacífico na jurisprudência pátria. Os acórdãos abaixo ilustram bem a posição dos tribunais brasileiros em relação a esse ponto.

(TJSC-069682) ADMINISTRATIVO - SERVIDOR
PÚBLICO - ISONOMIA VENCIMENTAL - PEDIDO
JULGADO IMPROCEDENTE - SENTENÇA
CONFIRMADA.

² Súmula 339 – STF - *Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.*

"Não cabe ao poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia" (STF, Súmula 339).
(Apelação Cível nº 2004.004176-4, 2ª Câmara de Direito Público do TJSC, Caçador, Rel. Des. Newton Trisotto. j. 08.06.2004, unânime, DJ 21.06.2004) – **Grifou-se.**

TRF1-119400) CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ASSISTENTES JURÍDICOS. DIREITO DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA UNIÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ISONOMIA COM PROCURADORES DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 339/STF.

1. A firme linha precedentada nesta colenda Corte Regional Federal é no sentido de que inexistente direito por parte dos assistentes jurídicos da União de representá-la judicialmente, à míngua de expressa previsão legal, bem como não há identidade de atribuições exercidas entre eles e os membros da carreira do Ministério Público Federal, pelo que não se pode conceder a transposição de um para outro quadro funcional, nem tampouco garantir-lhes isonomia vencimental, sendo certo, outrossim, falecer ao Poder Judiciário a competência para majorar vencimentos, proventos ou pensões de servidores públicos, privativa que é do Legislativo, entendimento jurídico este, inclusive, objeto de direito sumular do excelso pretório - Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal.

2. Apelação não provida.

(Apelação Cível nº 96.01.38644-0/DF, 2ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Carlos Moreira Alves, Rel. Convocado Antônio Cláudio Macedo da Silva. j. 03.04.2006, unânime, Publ. 05.05.2006) – **Grifou-se.**

Mas isso não impede que o provimento judicial determine ao Estado de Alagoas que cumpra dispositivo constitucional que assegura à classe de Procuradores do Estado direitos subjetivos indiscutíveis, mesmo que isso implique aumento de despesa. Ademais, o que se busca não é aumento de vencimentos de servidores públicos. Mas a transformação dos vencimentos em subsídio, alinhando a carreira às demais instituições consideradas essenciais ao funcionamento da Justiça.

Quando se trata de isonomia entre os integrantes de carreira jurídica essenciais à Justiça, a jurisprudência é extremamente escassa e vacilante. Isso faz com que essa questão ainda suscite dúvidas e debates. A ação proposta em Alagoas é inédita. Servirá de paradigma para procuradores do estado e defensores públicos de todo o Brasil. Ao manifestar-me sobre o *meritum causae*, requeri ao magistrado as seguintes providências:

- a) a declaração do direito líquido e certo dos Procuradores de Estado a ser pagos pelo sistema de subsídio, devendo o Governador do Estado remeter o projeto de lei à Assembléia Legislativa de Alagoas no prazo de 60 dias, sob pena de multa diária a ser arbitrada judicialmente.
- b) Determinar que o Estado de Alagoas tome as medidas administrativas necessárias à implantação do sistema de subsídio à carreira de Procuradores do Estado nos patamares e valores expressamente estabelecidos no art. 156, I, da Constituição Estadual.
- c) Na hipótese de descumprimento injustificado dos itens “a” e “b”, que o Estado seja compelido a pagar os estípedios dos integrantes da Advocacia Pública, nos termos do art. 156, I, da Constituição Estadual, cujos valores serão apurados em liquidação de sentença.

Com relação à isonomia, o juiz Klever Rego Loureiro acatou os argumentos expostos e decidiu que

Confrontando os artigos retro registrados não se pode chegar a outra conclusão, senão a de que os representados da autora (art. 151, da CE), são essenciais à Justiça (art. 135, da CF/88), e nesta condição, devem ser remunerados na forma de subsídio (art. 39, § 4º, da CF/88), respeitando ainda isonomia de vencimentos em relação aos cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário (art. 156, da CE).

Também acolheu a tese de que o Estado está obrigado a implantar o regime de subsídio para os integrantes da Advocacia Pública do Estado de Alagoas. E o fez nos seguintes termos:

A Emenda Constitucional n. 19/98, obrigou os Estados a modificar a forma de percepção de vencimentos por subsídios, para os associados da autora, conforme acima demonstrado. Ora, se traz em seu art. 39, § 4º, que os mesmos serão remunerados **exclusivamente** por subsídio, outra conclusão não se pode chegar, senão a de que os Estados tornaram-se obrigados a fazer dita alteração. No entanto, o que se observa em relação ao Estado de Alagoas é sua inércia no tocante a obrigação imposta pelo comando constitucional.

Por fim, afirmou que a inércia de 9 anos do Estado de Alagoas em aplicar os dispositivos constitucionais que fixam a sistemática remuneratória dos Procuradores do Estado exigia um pronunciamento firme do Judiciário no sentido de compelir o Chefe do Executivo a implantar não só o regime de subsídio, mas também a paridade com os membros do Ministério Público³.

³ Segue a síntese do julgamento da Ação Ordinária 19043.05.06, que tramitou na Comarca de Maceió: **JULGO PROCEDENTE** a presente ação em todos os seus termos, para, com arrimo nos art. 39, § 4º, e 135, ambos da nossa Constituição Federal de 1988, reconhecer o direito dos representados da autora a perceber seus vencimentos na forma de subsídio e em consonância com o art. 156, I da Constituição do Estado de Alagoas. Por conseguinte, fixo o prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, para que o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Alagoas adote as medidas cabíveis (art. 61, § 1º, II, "a"), para implantação do sistema de subsídio à carreira de Procuradores do Estado, nos patamares suso estabelecidos, sob pena de incorrer no crimes de improbidade administrativa, previsto na Lei n.º 8.429/92, mais precisamente em seu art. 11, II, além de multa pecuniária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento. Atento ao art. 20, do CPC, condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) do valor da causa. Decorrido o prazo para recurso voluntário, com ou sem ele, subam-se os presentes autos para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, com as cautelas de praxe. P.R.I. Maceió, 09 de maio de 2007. Houve apelação da sentença. Segundo representantes da APE/AL, o Governador de Alagoas reconheceu o direito e decidiu enviar projeto à Assembléia Legislativa, regularizando a situação da categoria.

6. Conclusões

Diante de tudo que foi dito, é certo dizer que a questão da isonomia remuneratória dos integrantes de carreiras de Estado consideradas essenciais à Justiça ainda suscita muitas dúvidas e inquietações em razão de a Constituição Federal não ter disciplinado exaustivamente a matéria.

Não restam dúvidas que tais carreiras devem ser remuneradas mediante a modalidade subsídio, sendo dever dos Governadores brasileiros encaminhareм às Assembléias Legislativas os respectivos projetos de lei que implantem definitivamente esse direito.

A Constituição Federal apenas estabelece o teto remuneratório das carreiras jurídicas, confiando aos Estados à implantação da isonomia através de norma constitucional ou de lei ordinária. Enquanto isso não acontecer, os integrantes da Advocacia Pública e da Defensoria Pública continuarão a perceber os valores previstos nas leis em vigor.

Acreditamos que o texto constitucional deveria ter sido mais contundente no sentido de assegurar a isonomia para obrigar os Estados a implantá-la a partir da promulgação da EC 41/2003. Ao optar pela fixação do teto, deu injustificável poder discricionário aos governantes de decidir sobre a conveniência de estabelecer a paridade. Isso gera grande insegurança jurídica aos integrantes da carreira, na medida em que são obrigados lutar na esfera política e judicial pela sua dignidade remuneratória.

Cabe aos juízes corrigir este desnivelamento remuneratório entre as carreiras jurídicas previstas nos arts. 131 e 134 da Constituição Federal, produzindo uma consistente jurisprudência no sentido de reconhecer na praxis o importante papel que desempenham no Estado Democrático de Direito tanto no campo institucional da defesa dos necessitados, do patrimônio público e do funcionamento da atividade jurisdicional, como também na dimensão da dignidade vencimental.

PROGRESSÃO DE REGIME E CRIMES HEDIONDOS

José Alves de Oliveira Neto

Promotor de Justiça do Estado de Alagoas. Pós-graduando em ciências criminais “*latu sensu*” pela Universidade Virtual Brasileira, Universidade da Amazônia e Instituto Luiz Flávio Gomes.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O princípio da individualização da pena. 2.1 Fase de cominação. 2.2 Fase de aplicação da pena. 2.3 Fase da execução da pena. 3. Breves considerações acerca da pena privativa de liberdade, no que aduz às funções que desempenha. 3.1 A função retributiva. 3.2 A função preventiva. 3.3 Teoria eclética. 3.4 Conclusão. 4. O art. 112, da LEP, antes e depois da edição da Lei 10.792/03. 5. O sistema progressivo, o exame criminológico e o parecer da Comissão Técnica de Classificação, no atual contexto normativo, ante a decisão do STF que, em controle difuso, julgou inconstitucional o § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90. 5.1 O exame criminológico. 5.2 O sistema progressivo. 5.3 Parecer da CTC. 6. Situações contraditórias resultantes da decisão do STF, entre os institutos da progressão de regime e do livramento condicional. 7. O projeto de modificação do regime progressivo, de modo a se ajustar à recente decisão do STF, em tramitação no Congresso Nacional. 8. Críticas e sugestões, como contribuição para o aperfeiçoamento dos institutos da progressão de regime e do livramento condicional. 9. A edição da Lei 11.464, de 29 de março de 2007. 10. Conclusão.

1. Introdução

A finalidade do presente artigo é empreender uma abordagem sobre a progressão do regime de cumprimento da pena, especialmente no que aduz aos chamados crimes hediondos, na inspiração da recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) – HC 82.959, em controle difuso da constitucionalidade, que julgou inconstitucional o § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072, que veda o direito à progressão nos chamados crimes hediondos e assemelhados.

A lei 10.792/03, de par com os avanços que trouxe ao abordar outros temas, ao nosso ver, ao dar nova redação ao art. 112, da Lei de Execução Penal (LEP), impôs uma nova sistemática quanto à

abordagem do critério subjetivo, com discricionariedade regrada, não comportando, mesmo que em interpretação sistemática, a repristinação do texto revogado, em sede de construção interpretativa.

De par com o afrouxamento dos requisitos atinentes à progressão, com a edição da Lei 10.792/03, de inspiração minimalista, o egrégio STF decidiu, muito embora em controle difuso, com efeito, tão só, *inter partes*, que o § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, é inconstitucional, por vedar a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes definidos como hediondos ou assemelhados, ao argumento de que a norma guerreada afronta o princípio constitucional da individualização da pena.

Assim, ante as situações postas e hoje já vivenciadas, criou-se um paradoxo entre os institutos da progressão de regime e do livramento condicional, em razão de que, ambos, visam a propiciar meios para a chamada reinclusão social do apenado.

De pronto, no afã de remediar a situação vexatória criada, foi apresentado, às pressas, como sói acontecer sempre, um projeto de lei tendente a regular a matéria e que, ao nosso sentir, precisa de urgente aperfeiçoamento, por continuar a permitir a existência de situações contraditórias entre os institutos citados.

De par com tudo isto, órgãos jurisdicionais e até mesmo doutrinadores têm, a pretexto de exercitar a chamada interpretação sistemática, negado vigência às normas editas na citada Lei 10.792/03, fazendo uma espécie de interpretação que se pode afirmar, sem meias verdades, como *contra legem*.

Como a perpetuar a discussão sobre o tema, eis que é edita a Lei 11.464/07, que derroga a norma proibitiva do sistema progressivo de cumprimento da pena aos autores de crimes hediondos ou assemelhados, mas, de outro modo, também estabelecendo, em casos tais, novo critério objetivo pautado no aspecto prazal, o que ensejará discussões acerca da retroatividade ou não da norma.

Urge, portanto, que se aborde o tema sob este novo enfoque, como forma até mesmo de aperfeiçoamento do sistema e contribuir para o perfeito ajustamento do ordenamento jurídico que disciplina a matéria, com o que, com este modesto trabalho, pretendemos contribuir.

2. O princípio da individualização da pena – rápida digressão sobre suas fases

O desenvolver deste trabalho irá focar, em maior profundidade, a abordagem do princípio constitucional da individualização da pena, que faz parte do princípio da proporcionalidade, sendo expressão dele na lição de Luiz Flávio Gomes, em sua terceira e última fase, qual seja a da execução da pena.¹

De seu turno, entende-se pertinente tecer-se, ainda que breves, considerações sobre o princípio citado, em suas fases anteriores à execução penal, de molde a possibilitar uma melhor compreensão dos argumentos a serem dispendidos na discussão do tema proposto que é a progressão de regime e os crimes hediondos ou assemelhados.

“O princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, inc. XLVI) (nos seus três níveis: no momento da cominação, da aplicação ou da execução) faz parte do princípio da proporcionalidade (aliás, é expressão dele)” (GOMES, 2004, p 119).

2.1. Fase da cominação

“O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exige a primeira de ser *adequada* ao segundo em alguma medida”².

Muito embora a criminologia crítica arremate severas críticas a esta fase, ao questionar os humores das classes dominantes ao eleger quais condutas são nocivas ao grupo social e mensurar a pena correspondente, dentro de critérios também duvidosos e, em muitos casos, desproporcionais ao gravame produzido é de se ter a dita fase como uma garantia do cidadão contra os excessos do Estado, ao exercer o *jus puniendi*.

De par com a constatação irrefutável de que o legislador ao se deparar com a necessidade de incriminar determinadas condutas, ante a ausência de critérios naturais haverá, por certo, de se escudar em valorações ético-políticas (FERRAJOLI, 2002, p.320).

¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. Parte Geral, introdução. 2. ed. São Paulo: RT 2004, p. 119.

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002, p. 320.

Assim, prossegue Ferrajoli, o enfrentamento da questão deverá abordar primeiramente o subproblema da predeterminação pelo legislador do tipo de medida máxima e mínima de pena para cada tipo de delito.

Para não divagar em considerações outras a respeito do tema, convém concluir com a lição de Luiz Flávio Gomes, pela clareza e concisão que expressa, *verbis*:

toda intervenção penal (na medida que é uma restrição à liberdade) só se justifica se: (a) adequada ao fim a que se propõe (o meio tem aptidão para alcançar o fim almejado); (b) necessária, isto é, toda medida restritiva de direitos deve ser a menos onerosa possível (a intervenção penal é última das medidas possíveis; logo, deve ter a “menor ingerência possível”; a pena de prisão, do mesmo modo, só pode ter incidência se absolutamente necessária; sempre que possível, deve ser substituída por outra sanção); e (c) desde que haja proporcionalidade e equilíbrio na medida (ou na pena). Impõe-se sempre um juízo de ponderação entre a restrição à liberdade que vai ser imposta (os custos disso decorrente) e o fim perseguido pela punição (os benefícios que se pode obter). Os bens em conflito devem ser sopesados... (GOMES, 2004, p.119).

2.2. Fase da aplicação da pena

Na fase da aplicação da pena também se vê a necessidade de observância do princípio da individualização, como expressão que é do princípio da proporcionalidade.

Assim, sem maiores aprofundamentos, o ordenamento jurídico consagra a necessidade de observância estrita de princípios constitucionais e o legislador ordinário caminhou bem nesta seara, porquanto insculpiu no Código Penal, com acerto, que a pena ao ser aplicada, deverá partir da convicção do julgador acerca da necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, tendo por base a análise de circunstâncias outras, vinculadas à personalidade do agente, ao tipo de crime praticado, à sua conduta social, à possibilidade de aplicação, ou não, de outra pena que não a privativa de liberdade, estabelecendo, ainda, o regime inicial de cumprimento da pena, se privativa de liberdade, de molde a viabilizar uma execução penal direcionada à reinclusão social do preso.

2.3. Fase da execução da pena

Como este trabalho será ponteadado, em seus inúmeros alinhavos, do confronto de aspectos atinentes à fase da execução da pena, deixa-se, aqui, de tecer considerações acerca da mesma, porquanto desnecessária, para não ser repetitivo *ad extremum*.

3. Breves considerações acerca da pena privativa de liberdade, no que aduz as funções que desempenha

3.1. A função retributiva

A função retributiva é objeto de estudo dos defensores das teorias absolutas, também conhecidas como repressivas e está alicerçada na afirmação de que a pena é um fim em si mesma. A pena, para os defensores desta função, é consequência jurídica da existência do crime, não se destinando a outro fim que não o de retribuir o mal causado.

Os principais defensores desta função repressiva a que se destinam as penas foram Kant e Hegel, malgrado sob enfoque diferenciado. Para Kant, a pena se desveste de considerações utilitárias visando, tão somente, punir o delinqüente. Hegel, de outro modo, entendia que a pena visava restabelecer a norma infringida, que representava, em última análise, a vontade da maioria contra a vontade particular do transgressor.

A função retributiva, de par com severas críticas por ser, em verdade, uma espécie de vingança do Estado contra o particular, trouxe um aspecto positivo materializado na mensuração da resposta punitiva proporcional à gravidade do fato praticado. Assim:

no se podía castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, porque la dignidad humana se oponía a que el individuo fuese utilizado como instrumento de consecución defines sociales de prevención a él trascendentes³.

³ FACCINI NETO, Orlando. *Corolários da lei 10.792/03 no panorama da execução penal*. Júris Plenum, novembro 2006, p. 51.

3.2. A função preventiva

A visão repressiva da pena, além de outras críticas a que está sujeita, pecou por se ater, tão somente, ao fato praticado sem nenhuma preocupação com a adoção de medidas para evitar novas violações à norma penal. Surgiram, assim, os defensores da chamada função preventiva a que se destina a pena, no afã de evitar novas violações da vontade geral materializada na norma penal incriminadora. Os defensores de tal corrente doutrinária advogam as teorias chamadas relativas ou preventivas ou utilitárias. Os integrantes deste modo de pensar entendem a pena com uma finalidade de natureza política e de utilidade, tanto para a sociedade, quanto para o homem isoladamente ⁴.

Duas são as correntes que aglutinam estas teorias: a prevenção geral e a prevenção especial. Para os que integram a primeira corrente há uma divisão de ponto de vista, para uns a pena com a função de prevenção geral é de caráter positivo, com Jakobs como expoente, advogando que a pena tem a finalidade de defender a norma e a autoridade do Direito e para outros, a função geral é de negatividade, visando a intimidação de potenciais delinquentes. Os que sustentam que a pena tem a função de prevenção especial, também polarizam seus pontos de vista entre aspectos positivos e negativos. Os positivistas entendem que a pena visa à reinserção do apenado ao grupo social, ao passo que os que entendem a pena com função preventiva especial negativa, aduzem que o fim perseguido é o de retirar o condenado do convívio social.

Não é demais asseverar que a pena destina-se a alcançar vários fins: a ameaça da pena exerce a função de intimidação geral sobre todos os membros da comunidade, impede que o ofendido exerça a vingança, e melhora e equilibra o agente do crime (TELES, 2004, p.323 apud VON LISZT, 1927).

3.3. Teoria eclética

Também conhecida como teoria mista, configura uma reunião das teorias preventivas e repressivas, entendendo a pena com caráter preventivo e repressivo a um só tempo. É a posição adota pelo Código Penal em vigor.

⁴ TELES, Ney Moura. **Direito Penal I**. Parte Geral. Vol. I. ed. São Paulo: Atlas 2004, p. 322.

Tem na pessoa de Clauss Roxin, seu maior expoente e para quem, resumidamente, a prevenção geral configura-se, tanto no momento da cominação em abstrato, como na aplicação das penas privativas de liberdade, ao passo que na fase da execução da pena exsurge a função de prevenção especial, pretendendo a ressocialização do apenado, isto sem descurar do caráter repressivo de que se reveste a pena (FACCINI NETO, 2006).

3.4. Conclusão

Sem maiores pretensões de aprofundamento do estudo do tema, até mesmo porque o assunto principal merece maior destaque, tem-se que:

a pena privativa de liberdade possui função diversa, a depender de cada um dos agentes que compõem o problema criminal.

Assim, para o delinqüente, exsurge inequivocamente como uma retribuição a seu ato, e, por ser retributiva, haverá de ser proporcional à infração. Para a sociedade, a pena ressaí como restauradora do ordenamento violado, validando-o e preservando-o, na linha do preconizado por Jakobs. Por fim, a pena privativa de liberdade tem importante função para o ofendido, para a vítima do delito, visto que o crime produz inequívocos sentimentos de vingança, que apenas são aplacados caso o Estado chame a si a solução do conflito e o faça de maneira adequada (FACCINI NETO, 2006).

4. O art. 112, da Lei de Execução Penal, antes e depois da edição da lei 10.792/03.

Vê-se a questão atinente à análise da possibilidade do julgador examinar ou não o exame criminológico e o parecer da Comissão Técnica de Classificação, no contexto da análise do critério subjetivo para fins de progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta, merece uma abordagem mais atenta e desconsiderando, para tal, o recente posicionamento do STF acerca da possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo ou a ele assemelhado.

De pronto, não pairam dúvidas acerca da revogação do parágrafo único, do art. 112, da LEP, pela Lei nº 10.792/03, que retirou o dito dispositivo do contexto normativo e inseriu, em seu lugar, dois parágrafos que, de par com a incorporação de novo entendimento inserto no texto do caput do artigo, disciplina acerca de requisitos outros

que materializam, na prática, o sistema acusatório na execução penal, tão vilipendiado que é, ao exigir, além da motivação da decisão, prévia manifestação do ministério público e da defesa.

Atendo-se às modificações produzidas é de se ver que antes da edição da Lei 10.792/03, o critério subjetivo era balizado pelo chamado “mérito” do apenado e que tal mérito, com expressa disposição do parágrafo único, seria averiguado, em discricionariedade regrada, ante a análise do exame criminológico e do parecer da Comissão Técnica de Classificação.

Com a edição da Lei 10.792/03, malgrado acanhadas vozes a criticar a inovação legislativa, até mesmo porque inspirada que foi no movimento minimalista, o novo dispositivo, de par com a vigência, passou a ter eficácia plena e foi, sem maiores oposições, aplicado aos casos concretos e submetidos ao crivo dos órgãos jurisdicionais.

Assim agiam os julgadores e, de resto, todos os operadores do direito, cômicos do princípio comezinho de direito de que a lei nova revoga a anterior quando disciplina, de outro modo, a matéria enfocada e, também, sabedores que é inadmissível, em sede de construção interpretativa, chegar-se, por tal via, à chamada repristinação.

Afirma-se isto porque é a *práxis* na área da execução penal e até a recente decisão do STF que entendeu ser cabível nos crimes hediondos ou assemelhados a possibilidade de progressão de regime do cumprimento da pena nunca, ou muito pouco, se levantaram questionamentos acerca da necessidade da análise do exame criminológico e do parecer da Comissão Técnica de Classificação, malgrado não terem sido excluídos do processo executivo.

Hoje, no contexto normativo posto, surgiu, como já era esperado, o posicionamento do STF, muito embora em controle difuso de constitucionalidade, que decidiu, ao julgar o HC 82.959, acerca da inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, que veda o regime progressivo de cumprimento da pena aos condenados ante a prática de crimes tidos por hediondos ou assemelhados.

De par com tal decisão, surgiram, aos montes, posicionamentos acerca da interpretação do art. 112, da LEP, como forma de aplacar o *status quo* ora vivenciado, qual seja: a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.

Difundiu-se, às escancaras, um novo entendimento, pautado em processo interpretativo que se diz sistemático, onde se aduz, em síntese, que permanecem no ordenamento jurídico dispositivos outros, tanto no Código Penal, quanto na Lei de Execução Penal, que impõem a análise do requisito subjetivo pautado no chamado "mérito".

Da análise dos dispositivos que tratam da matéria é lícito, sim, afirmar que constituem dispositivos que configuram um contexto legal a disciplinar a matéria. Disso não se deve discordar, o que resta saber é se a interpretação de tais dispositivos autorizam a que o magistrado exija e paute sua decisão, no que pertine ao aspecto subjetivo, tendo por base o exame criminológico e o parecer da Comissão Técnica de Classificação, chegando em sua interpretação sistemática a uma conclusão que importe, repita-se mais uma vez, em repristinação da norma inserta no revogado parágrafo único, do art. 112, da LEP, isto pela via absurda da construção interpretativa? É evidente que não, pois falece ao julgador tal discricionariedade.

Assim é de se pensar porque não há como se vislumbrar em nenhum dos dispositivos acima transcritos o mais mínimo indício a justificar tal entendimento. O fato de continuar existindo a Comissão Técnica de Classificação não autoriza tal conclusão, seja porque a Comissão Técnica também desempenha tarefas outras, igualmente relevantes, seja porque a dita Comissão Técnica, com a edição da Lei 10.792/03, perdeu a atribuição de propor ao Juízo da execução a progressão de regime de cumprimento da pena. É o que se extrai do confronto do texto do art. 6º da LEP, na redação dada pela citada lei 10.792/03, com o texto anterior.

É de se ver, de outra banda, que o exame criminológico não se presta à aferição de mérito para a progressão de regime. O Código Penal, ao disciplinar que o condenado será submetido, no início do cumprimento de pena em que fixado regime inicial fechado ou, facultativo no caso de semi-aberto, a exame criminológico de classificação para individualização da pena, não autoriza a que o magistrado, com base, só e tão só, no exame criminológico, que se reporta a etapas anteriores ao processo executivo, tenha o poder de negar o benefício legal. Afirma-se isto porque o mesmo fundamento a fulminar de inconstitucionalidade a vedação à progressão, inculcado no § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, serve também para fulminar de inconstitucionalidade a aferição de mérito tendo por escopo o exame

criminológico que, à toda evidência, se volta ao passado, de forma a direcionar, só e tão só, o início do processo de individualização da pena, na fase executiva, vez que não passa de um estudo sobre o apenado, do ponto de vista médico, psicológico e social visando, após classificação, escolher-se o estabelecimento prisional e o tratamento adequado.

Na esteira do raciocínio aqui desenvolvido é lícito arrematar com a seguinte indagação: é permitido ao juiz da execução penal, em tendo em mãos um relatório elaborado pela CTC ou pela direção do presídio, em que se afirma peremptoriamente que o apenado tem demonstrado ótimo comportamento carcerário, tem tempo a remir pelo trabalho, estuda e se qualificou em marcenaria ou jardinagem, por exemplo, e durante todo o período de cumprimento da pena não cometera nenhuma infração disciplinar, e mesmo assim negar direito ao apenado à progressão, ao argumento de que o exame criminológico elaborado no momento do ingresso deste no sistema prisional não recomenda o retorno ao convívio social? A resposta coerente deve ser que não, porque se, de outra forma, se admitir tal absurdo, é forçoso concluir que a decisão também fere o princípio da individualização da pena, na etapa da execução, porque relegada à inutilidade a análise do mérito do apenado, no transcorrer da execução da pena. Raciocinar que o magistrado estará decidindo atento aos interesses maiores da sociedade é um absurdo, ter-se-ia a aplicação, em tal situação, do chamado direito alternativo, que consagraria a ditadura do Judiciário.

Tão somente para argumentar, acaso pudesse prevalecer o entendimento de que o exame criminológico devesse, aos humores de cada juiz, ser levado à apreciação ao averiguar-se o critério subjetivo, escudado na assertiva de que o ordenamento jurídico que disciplina a matéria não revogou dispositivos outros, inculpidos, tanto no CP, como na LEP, e que autorizam a exigência aqui suscitada, convém fazer-se uma digressão a respeito de possível antinomia entre as normas que integram o sistema jurídico apreciado.

Socorrendo-se da lição de Cláudio Ribeiro Lopes, no que se ajusta ao presente caso, seria de se verificar possível antinomia entre as normas que integram o sistema, no que pertine à extensão da

contradição, que o citado autor divide, para fins didáticos, em antinomia total-total, total-parcial e parcial-parcial.⁵

Malgrado não seja produtor de desviar-se o foco do problema em exame, é de se tecer, ainda que mínimos, alguns comentários sobre o tema, para melhor compreensão, por pertinente.

O citado autor, nas entrelinhas do que doutrina, assevera:

Entretanto, no que pertine à extensão da contradição, parece razoável tecer algumas considerações: Tem-se antinomia total-total, quando uma das normas não for possível de ser aplicada, em nenhuma circunstância, sem que, com isso, conflite com a outra. Por outro lado, haverá antinomia total-parcial, se uma das normas, para ser aplicada, conflitar integralmente com outra, e esta tenha um campo conflituoso apenas em parte com aquela. Ao final, resta mencionar que ocorrerá antinomia parcial-parcial, quando ambas as normas apresentem um campo que em parte conflita com a outra e outro campo em que tal não ocorra (LOPES, 2006).

Dúvidas não existem acerca do fato de que a Lei 10.792/03 deu nova redação aos artigos 6º e 112, da LEP. Resta saber, entretanto, em existindo dispositivos outros que também disciplinam a progressão, se os mesmos deveriam prevalecer em face do novel texto acima mencionado.

Prossegue, em sua lição, Cláudio Ribeiro Lopes, ao abordar possível antinomia entre os dispositivos da Lei 9.455/97 e a Lei 8.072/90, e que bem se ajustam ao presente caso, *verbis*:

De conseguinte, a Lei nº 9.455, de 1997, poderia, sim, haver revogado, implicitamente, o dispositivo que vedava a progressão de regime aos delitos hediondos e equiparados. Contudo, ao que parece, esta somente veio alterar (derrogar) em relação ao delito de tortura, já que se trata de uma lei especialíssima, em relação à anterior [...] Segundo Bobbio, a doutrina apresenta três critérios para a solução das antinomias, a saber, hierárquico, cronológico e de especialidade. Para a maior parte dos doutrinadores, o critério cronológico seria um critério com menor força diante dos demais, em caso de conflito entre critérios. Trata-se da

⁵ LOPES, Cláudio Ribeiro. **A microssistematização do ordenamento penal brasileiro e a ruptura do conceito de sistema: análise das leis 8.072/90 e 9.455/97.** Júris Plenum, novembro 2006.

formulação de metacritérios, no dizer de Ferraz Junior, que seriam aplicáveis nos casos de conflitos entre os critérios hierárquico-cronológico e de especialidade-cronológico. Em caso de conflito entre os critérios hierárquico e especial, não haveria um metacritério previamente estabelecido, podendo ocorrer soluções diversas, em casos distintos... os dispositivos em conflito estão situados no mesmo âmbito normativo, ou seja, num mesmo nível hierárquico (leis ordinárias), o que elimina este critério. Por outro lado, ambos encontram-se em leis especiais, tratando-se a Lei de Tortura de lei especialíssima. Assim, seria possível entender-se que a solução seria através da aplicação do critério cronológico... Daí, não ser possível, salvo se, com algum esforço, falar-se de antinomia jurídica propriamente dita entre os dispositivos em comento. Um, tratando à época, genericamente, de crimes hediondos e equiparados, vedou-lhes a possibilidade de progressão de regimes prisionais. Outro, posteriormente, de forma implícita, revogou o anterior, no que ditava para com o delito de tortura, exclusivamente. Não se concebe, inclusive, falar-se em conflito de critérios, pois o critério cronológico, no caso, solucionará o problema. Apenas admite-se a eventual antinomia jurídica para fins de discussão, sendo esta eliminada, no objeto de estudo, através da utilização do critério cronológico, pelos fundamentos expostos. De conseguinte, o conflito normativo entre os dispositivos comentados resolve-se pelo critério cronológico, já que ambos encontram-se no mesmo nível hierárquico e, também, em leis especiais (LOPES, 2006).

A lição doutrinária se ajusta, *in totum*, ao presente estudo: a primeiro, porque modificou, totalmente, os artigos 6º e 112, da LEP; a segundo, porque se persistir o equivocado posicionamento de que os outros dispositivos, tanto do CP, como da LEP, que integram o ordenamento jurídico sobre o tema progressão, conflitam com a norma insculpida na Lei 10.792/03, necessariamente, será preciso resolver-se o problema da antinomia dos textos, sob o enfoque de que, uma vez afastados os critérios da hierarquia e da especialidade, que não se ajustam ao caso posto, sob o aspecto cronológico, fatalmente, haverá de prevalecer o texto da Lei 10.792/03, que deu nova redação, dentre outros dispositivos, aos artigos 6º e 112, da LEP.

5. O sistema progressivo, o exame criminológico e o parecer da CTC, no atual contexto normativo, ante a decisão do STF que, em controle difuso, julgou inconstitucional o § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90.

5.1 O exame criminológico

Como dito no tópico anterior, partindo do pressuposto realístico vivenciado, não é sobejo afirmar que o exame criminológico, quando realizado, e é muito pouco realizado, serve, tão somente, para elaboração de estudo sobre o apenado, do ponto de vista médico, psicológico e social, com a finalidade de, após subsidiar uma tal classificação, escolher-se o estabelecimento prisional e o tratamento adequado (TELES, 2004, p.340).

Disto se deduz, resumidamente, que o exame criminológico tem servido como subsídio para conhecer-se melhor o apenado e adequar o tempo de vida carcerária às atividades de reinclusão social.

Dizer-se que o tal exame criminológico é um conjunto de observações acerca da vida carcerária, com anotações diárias, possibilitando uma tomada de decisão sobre o mérito do apenado em beneficiar-se da progressão é, sem exageros, desconhecer por completo o sistema prisional brasileiro, em sua vivenciada realidade.

Malgrado o exame criminológico tenha finalidades várias, como aqui já citado, é de se reconhecer que, nem tem sido utilizado como ferramenta para escolher-se o estabelecimento adequado à execução da pena, nem tem servido, salvo honrosas exceções, para nortear um tratamento de reinclusão adequado porque, em verdade, tais finalidades não são postas em prática, até mesmo em razão da desestruturação dos nossos presídios.

O que se depura, em verdade, é que o exame criminológico é, precipuamente, um estudo médico, psicológico e social que, *ad futurum*, se for utilizado para negar o direito à progressão, relegando a segundo plano a vida carcerária durante a execução, estaremos diante de uma afronta ao próprio princípio constitucional da individualização da pena.

Só com o objetivo de exemplificar a realidade vivenciada, tome-se como base o caso do famoso, “Fernandinho Beira Mar”. É sabido que inúmeros são os crimes hediondos atribuídos ao mesmo. É

sabido, ainda, que o exame criminológico a que o mesmo foi submetido por certo está recheado de recomendações acautelatórias no que pertine ao seu retorno ao meio social. É sabido, também, que o dito apenado, com frequência, sob o argumento de influência extramuros, tem sido colocado em regime disciplinar diferenciado que, à toda evidência, não pode perpetuar-se no tempo de cumprimento da pena. É sabido, ainda, por todos, pelo menos se tem o direito de presumir assim, que o comportamento do apenado “Fernandinho Beira Mar”, no sistema prisional, está entre ótimo e bom porque, em verdade, nenhuma infração grave se tem notícia que tenha praticado. Agora, dentro de uma realidade indiscutível, é de se afirmar que o direito à progressão do regime de cumprimento de pena lhe será negado sob o argumento de que o exame criminológico não lhe é favorável. Assim é de se arrematar: o exame criminológico, fatalmente, será utilizado como ferramenta para, com base em dados da personalidade do apenado e de seu comportamento social, anteriores ao ingresso no sistema prisional, afrontar-se, por via transversa, o princípio constitucional da individualização, materializando a assertiva de que, mesmo comportando fases distintas, quais sejam: as da cominação, da aplicação da pena e da execução, o exame criminológico, com frequência, tem servido para desnaturar, isto sim, os fins a que se presta a execução penal, como fase que é do princípio constitucional citado.

Daí porque, na esteira do que, bem ou mal, decidiu o legislador ordinário ao excluir do texto normativo a exigência da observância do exame criminológico para fins de aferição do mérito do apenado, entende-se que o dito exame não deve ser exigido, seja porque se reporta, via de regra, a períodos anteriores à execução penal, seja porque foi expurgado pelo sistema normativo como critério de aferição de mérito para progressão, não comportando exegese contra *legem*. Não se afasta aqui a importância do exame criminológico. O que se repudia é o fato de o referido instrumento, que se inspira na necessidade de auxiliar o apenado na busca da sua recuperação, ter sua finalidade maior desvirtuada e servir como óbice à função reintegradora.

5.2. O sistema progressivo, no atual contexto normativo

Nò que aduz ao sistema progressivo, de par com a certeza de que é um ótimo instrumento de reinclusão, que possibilita ao apenado o retorno gradativo ao convívio social, é forçoso admitir que o lapso

temporal único hoje previsto de um sexto da pena, sem mensuração de aspectos relevantes como a reincidência, a qualidade, a quantidade da pena e a espécie do crime têm servido, em inúmeros casos, tão somente para desvirtuar um dos objetivos a que se presta a pena, quanto à prevenção, passando uma mensagem de impunidade.

Incute no grupo social que o apenado deve cumprir, tão somente, em regra, no regime fechado, apenas um sexto da pena e que, uma vez nos regimes semi-aberto e aberto, em razão do Estado não disponibilizar estabelecimentos adequados – Colônias Agrícolas e/ou Casa do Albergado, deve-se liberá-los em sistema de recolhimento domiciliar, providência que tem proliferado na jurisprudência pátria, tem sido uma tarefa fadada ao insucesso porque, sem meias verdades, passa-se uma mensagem de impunidade e tem servido, até mesmo, no que pertine ao apenado, como estímulo à reiteração criminosa, o que é comum acontecer.

Se de um lado, o § 1º do art. 2º, da Lei 8.072/90, é realmente inconstitucional por vedar o direito à progressão ante a prática de determinados tipos de crime, por afronta ao princípio da individualização da pena, também é verdade que o contexto normativo, no atual *status quo*, nos conduz a situações contraditórias e que, de outro modo, ferem também princípios constitucionais, dentre os quais o da isonomia e da proporcionalidade.

Malgrado a decisão do STF não ter sido em controle concentrado de inconstitucionalidade, os operadores do direito devem se render às evidências e marchar nos termos da decisão do Supremo. Importante pelas lições que transmite, trazer-se à colação, por ajustado ao tema abordado, pontos de vista de Luiz Flávio Gomes, ao discorrer sobre a decisão do STF, proferida nos autos do HC 82.959, *verbis*:

Observe-se que o STF não concedeu a pretendida progressão de regime no caso concreto. Apenas removeu o obstáculo legal que impedia a análise da progressão em crimes hediondos. Ou seja, dentro de um HC, proferiu-se um julgamento da lei em tese, proclamando sua inconstitucionalidade "urbi et orbi".

Aliás, antes mesmo do julgamento final do HC 82.959 (cujos efeitos práticos serão examinados em outro artigo), o STF já vinha concedendo inúmeras liminares para afastar o óbice legal proibitivo da progressão de regime nos crimes hediondos. Dentre outros, podem ser mencionados os

seguintes HC's: 85.270, 85.374, 86.131, 84.122. A decisão de 23.02.2006, como se vê, foi o coroamento dessa tendência do Tribunal, cuja Primeira Turma, no HC 86.224, em 07.03.2006, resolveu questão de ordem no sentido de que pode cada Ministro decidir individualmente (monocraticamente) os habeas corpus com pedido de progressão de regime.⁶

O professor Luiz Flávio Gomes, ainda ao comentar os reflexos da decisão do Supremo, arremata com lapidar propriedade, pondo uma pá de cal na pretensão dos que, reticentes, teimam em não adotar o posicionamento firmado, na aplicação do instituto da progressão nos casos concretamente postos, ao discorrer acerca da chamada “abstrativização do controle difuso de constitucionalidade”, senão vejamos:

Da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: o STF reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990 (lei dos crimes hediondos) num caso concreto. Logo, de acordo com a clássica doutrina, essa decisão não tem (ou não teria) efeito erga omnes (frente a todos), sim, somente inter partes. Mas convém sublinhar que esse assunto está ganhando uma nova dimensão dentro do STF e é bem provável que chegaremos em breve à conclusão de que, em alguns casos, do controle difuso de constitucionalidade deve também emanar eficácia erga omnes e vinculante (o fenômeno já está recebendo o nome de controle difuso abstrativizado, consoante expressão de Fredie Didier Júnior - Transformações do recurso extraordinário. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson (Coord.). São Paulo: RT, 2006. p. 104-121). (GOMES, 2006).

Entretanto, mesmo assim, depara-se com situações contraditórias que não de ser resolvidas à luz de uma exegese pautada nos humores dos princípios constitucionais.

O princípio da individualização da pena aborda aspectos relevantes visando à cominação em abstrato e, ao depois, também ao chegar-se à fase da aplicação da pena, inspira o julgador nos princípios da necessidade e da suficiência, e tendo em conta aspectos relevantes como a reincidência, a qualidade, a quantidade da pena e a espécie do

⁶ GOMES, Luiz Flávio. STF ADMITE PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS - (I). Júris Plenum, novembro 2006.

crime. Até se tem, em tese, um conjunto normativo harmônico pautado, inclusive, sob a inspiração do princípio isonômico que é de tratar desigualmente os desiguais.

No que aduz à fase da execução da pena, infelizmente, o legislador se afastou dos ideários de tais princípios e, como sói acontecer sempre em casos que tais, produziu um mostrengo normativo incapaz de se ajustar, *in totum*, ao norteamento do constituinte.

Ferindo o princípio constitucional da individualização da pena, vedou o direito à progressão ante o cometimento de determinados crimes – os hediondos e assemelhados – indo além do constituinte que não contempla, no texto normativo maior, a vedação à progressão de regime. Afastado o óbice à progressão, denota-se um ordenamento normativo contraditório, que exige um urgente ajustamento.

É de se ver que ainda persiste a ofensa a princípios constitucionais, agora porque o direito à progressão relega à inutilidade aspectos relevantes no aduz à espécie do crime e, tratando igualmente os desiguais, estabelece critério objetivo único, pautado no aspecto temporal, na fase da execução, ao contrário do que observado nas fases da cominação e da aplicação da pena.

A questão é séria e exige dos operadores do direito a tomada de posicionamento, no caso que lhe seja submetido à apreciação, sem que se aviltem princípios constitucionais que representam, sim, garantias individuais.

Vê-se, entretanto, com ceticismo, a tomada de posicionamento, com pendor ao conservadorismo, unicamente por receio de enfrentamento da opinião da sociedade, que em última análise, nada mais é que a opinião de parte da imprensa.

Começaram, então, a emergir posicionamentos monstruosos. Tão somente a título de argumentação, determinado magistrado, em sede de apreciação de pedido de progressão de regime em face da prática de crime hediondo, após exaustiva tentativa de justificar o injustificável, decidiu pela inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, na esteira do fundamento da decisão do STF e decidiu, ainda, pela inconstitucionalidade do art. 112, da LEP e, em interpretação que se pode dizer legiferante, pautada na inspiração da interpretação analógica, inovou ao concluir que os condenados pela

prática de crime hediondo só teriam direito à progressão de regime, fundada numa tal proporcionalidade com o instituto do livramento condicional, após cumprir, ao menos, um terço da pena imposta.

De par com o absurdo praticado, que dispensa considerações aprofundadas sobre a decisão proferida, não é falácia dizer que provavelmente posicionamentos como o narrado estão a proliferar, o que é de se lamentar.

É apropriada a lição de Luiz Flávio Gomes, ao discorrer sobre os princípios reitores da interpretação, ao afirmar que entre duas interpretações possíveis, é preferível a que dá sentido para as palavras da lei em lugar da que as nega (GOMES, 2004, p.164).

Aventar a inconstitucionalidade do art. 112, da LEP, por tratar igualmente os desiguais até que se admite, é um fato. Agora, partindo deste pressuposto querer-se remediar a situação vivenciada, com a adoção de interpretação analógica desfavorável ao apenado é uma afronta ao Estado Democrático e de Direitos, sendo apropriado que tais aplicadores do direito reflitam sobre o que disse, ainda sobre o tema, o professor Luiz Flávio Gomes, que convém repetir, *verbis*:

O descumprimento intencional e "irracionalmente ideológico" da decisão do STF, já anunciado por alguns juízes, pode indiscutivelmente implicar em responsabilidade civil do Estado (porque ninguém está obrigado a se sujeitar a uma determinada forma de execução reconhecidamente inconstitucional) (GOMES, 2006).

5.3. Parecer da Comissão Técnica de Classificação

No que aduz ao parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC), sem ser contraditório ou querer burlar o texto normativo com a chamada interpretação repristinadora, partindo do pressuposto do que contido no art. 112, da LEP, que fala em bom comportamento carcerário, a ser atestado pelo diretor do Presídio, é incontestável que o mesmo, de per si, por não ter o poder da onipresença, não tem como conhecer e acompanhar a vida carcerária de cada apenado, daí porque é perfeitamente admissível, em sendo, como o é, o diretor do presídio, o presidente da Comissão Técnica de Classificação, exigir-se dele um conjunto probatório mínimo a nortear a certidão acerca do bom comportamento ou não, que expedirá, escudado em parecer a ser emitido pela CTC a que preside.

6. Situações contraditórias resultantes da decisão do STF, entre os institutos da progressão de regime e do livramento condicional

Com o *status quo* hoje vivenciado, qual seja o de se reconhecer o direito à progressão inclusive aos que condenados pela prática de crime hediondo ou assemelhado, criou-se um paradoxo entre os institutos da progressão e do livramento condicional.

Ao se ater à análise do critério objetivo para a concessão de tais benefícios, de um lado o instituto da progressão estabelece lapso temporal único, seja qual for a espécie do crime praticado, o que gera discussões acerca da ofensa ao princípio da isonomia e, de outro lado, o instituto do livramento condicional estabelece parâmetros diferentes, em razão da espécie de crime e de ser, ou não, o autor do crime, reincidente, lição que se extrai da análise dos dispositivos insertos no CP e na LEP acerca do tema.

O descompasso entre os institutos, irmãos que são, é notório: de um lado, o instituto do livramento condicional, no que pertine ao seu aspecto objetivo, estabelece o cumprimento de lapsos temporais diferenciados pautados nos humores da quantidade da pena e espécie do crime e, também, observando se o apenado é ou não reincidente. É de se enxergar um conjunto harmônico e coerente, integrante que é da fase da execução, em relação ao princípio da individualização e; de outro lado, o instituto da progressão que, ao estabelecer o requisito objetivo pautado em lapso temporal único, ignorando aspectos atinentes à reincidência e à espécie do crime, colocando-os na mesma vala comum, como se extrai do texto do art. 112, da LEP, feriu com isto os princípios constitucionais da individualização da pena, como expressão da suficiência e necessidade em cada situação posta, além do princípio da isonomia, por tratar igualmente aos desiguais.

De par com este paradoxo, é de se concluir pela desarmonia do sistema normativo. Afirma-se isto porquanto, se de um lado o apenado que cometeu crime tido por hediondo só poderá ser beneficiado pelo livramento condicional após cumprir mais de dois terços da pena, em regra, que implica, em última análise, em voltar ao convívio social antes do total cumprimento da pena; por outro lado, este mesmo apenado, invocando o instituto da progressão do regime de cumprimento da pena, que é, também, na prática, voltar ao convívio social, poderá atingir tal

desiderato ao cumprir módicos um sexto da pena. É, reconheçamos, um contra-senso.

Como a concessão de tais benefícios – progressão e/ou livramento – além de viabilizar meios à completa recuperação do aceitável *modus vivendi* em sociedade, também é inspirada em sistema meritório, como estímulo aos que aderem às normas de conduta, impõe-se condições que, acaso não observadas, penalizarão o apenado com o retorno ao cárcere.

Ocorre aí mais um descompasso entre os institutos. Ao apenado que estiver em livramento condicional e vier a cometer infração penal durante o gozo do benefício, se imporá a perda do tempo em que em livramento, conforme inteligência dos artigos 86 e 88, do CP e arts. 140, 141 e 142, da LEP. De outro modo, aos que estiverem sob o regime progressivo aberto, e nas mesmas condições vier a cometer infração penal, ou seja, durante o cumprimento da pena, terá apenas como gravame a regressão para regime mais gravoso, sem a perda do período em que no gozo do benefício.

Não se ignora que surgirão posicionamentos a sustentar que o regime aberto é mais restritivo que o livramento condicional. Aos que assim pensam, é de se afirmar que tal diferenciação não ocorre na prática, vez que a existência de casa de albergado é de uma raridade tal, que as exceções que comportam são quase nulas, situação que, como é sabido, resulta na colocação do apenado em regime de recolhimento domiciliar.

Tanto é assim que aos operadores do direito que entendem tal situação, via de regra, preferem postular para os seus constituintes tão só a progressão para o regime aberto, sabedores que são das consequências advindas do cometimento de infração penal, em estando o apenado sob livramento condicional.

7. O projeto de modificação do regime progressivo, de modo a se ajustar à recente decisão do STF, em tramitação no Congresso Nacional.

PLS 48/06

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº, DE 2006

Altera o § 1º, do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 para estabelecer regime inicial de cumprimento e

condições de progressão de regime para o cumprimento de pena.

CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1 — § 1º, do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigor com a seguinte redação:

2º —

§1 — A pena por crime previsto neste artigo será cumprida em regime inicialmente fechado, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido pelo menos metade dela, se primário, e dois terços, se reincidente, e seu mérito indicar a progressão. (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões,

Senador DEMÓSTENES TORRES.

Revista Consultor Jurídico, 4 de maio de 2006.

8. Críticas e sugestões, como contribuição para o aperfeiçoamento dos institutos da progressão de regime e do livramento condicional.

O projeto de lei acima colacionado, de autoria do eminente senador Demóstenes Torres, merece algumas considerações que aqui se faz, em crítica construtiva para o aperfeiçoamento dos institutos, pautado na necessidade de harmonização entre os mesmos.

Prima facie, entende-se não ser o caso de se dar nova redação ao § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90. O que se impõe é dar nova redação ao art. 112, da LEP, em razão de ser o texto normativo a disciplinar o instituto da progressão com mais profundidade e, também, visando sanar as inconstitucionalidades que contempla, como já dito neste trabalho.

De par com a necessidade de dar-se nova redação ao artigo 112, da LEP, ao estabelecerem-se os critérios de natureza objetiva e subjetiva, há que se ajustar o texto de forma a não manter situações conflitantes com o instituto do livramento condicional, e que a inspiração para a construção normativa parta de critérios coerentes e que, em última análise, representem a materialização do princípio constitucional da individualização da pena, sem deslembrar aspectos atinentes à suficiência e necessidade da medida, tendo por escopo a espécie do crime, a qualidade e quantidade da pena e o fato de ser, ou não, reincidente o apenado.

Segue, adiante, tão somente como sugestão para a necessária discussão do tema, proposta de anteprojeto de lei, a modificar a LEP, nos artigos que especifica, com o fim de ajustar o ordenamento jurídico que trata do tema progressão, sem que se crie situação conflitante com o instituto do livramento condicional e de molde a expressar os princípios da individualização da pena, da isonomia e da suficiência e necessidade da adoção da medida.

Anteprojeto de Lei, dando nova redação a dispositivos da LEP:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, em decisão motivada, quando o preso ostentar bom comportamento carcerário, atestado pela Comissão Técnica de Classificação, desde que:

I - cumprida mais de um sexto da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso;

II - cumprido mais de um quarto da pena se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - cumprido mais de um terço da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º A norma do parágrafo anterior será adotada na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo em prazo razoável a ser assinalado pelo juiz, atento às condições sócio-econômicas do local;

II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I -

II -

III -

IV -

V - quando não houver casa do albergado, no local do cumprimento da pena.

Eis aí a contribuição ao aperfeiçoamento dos institutos.

9. A edição da Lei 11.464, de 29 de março de 2007

▪ Rápida digressão acerca do julgamento do HC 82.959, em 23 de fevereiro de 2006. Pelo sistema constitucional vigente é indiscutível que o controle da constitucionalidade por via de exceção, como foi o caso do HC acima, por óbvio, só produziu efeitos *inter partes*. À toda evidência, o STF, tecnicamente, na via estreita em que chamado à prestação jurisdicional, não teria como expurgar a norma eivada de inconstitucionalidade do sistema normativo vigente e, assim, seu julgado se limitou a tão somente afastar a aplicação da norma proibitiva inserta no § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90. A prerrogativa constitucional para suspender a execução, em casos que tais, é privativa do Senado Federal, como dispõe a Carta Magna em seu art. 52, X. Advogar-se que o STF, em sede de controle por via de exceção, o difusó, possa atribuir efeito *erga omnes* ao julgado é, de igual modo, uma afronta ao pergaminho Superior, caracterizando manifesta usurpação de função atribuída ao Senado Federal.

▪ O Senado Federal não exercitou a prerrogativa constitucional de suspender a execução da norma tida, em controle difuso, pelo STF, como inconstitucional que, na prática consistiria em estender os efeitos da decisão para todos. De outro modo, editou a Lei 11.464/07, dando nova redação ao dispositivo tido como afrontoso ao texto Maior, ajustando-o ao julgado do STF. De mais a mais, o próprio STF não chegou a editar Súmula vinculante, o que era tecnicamente possível e que acarretaria, por via transversa e sem afrontar ao texto constitucional, a extensão para todos, adquirindo ares de efeito *erga*

omnes. Conclusão, o texto do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, que vedava o regime progressivo ao autores de crime hediondo ou assemelhado, exclusive o de tortura, em razão da Lei 9.455/97, era vigente e eficaz até a edição da Lei 11.464/07.

▪ A Lei 11.464/07, em dispendo que, ao invés de ‘integralmente fechado’, o regime de cumprimento de pena em casos de crimes tidos por hediondos ou assemelhados, aí incluindo os de tortura, passaria a ser ‘inicialmente fechado’ pôs fim à discussão acerca da inconstitucionalidade e, atento ao que dito no item anterior, à toda evidência, constituiu-se, neste ponto, em norma penal benéfica e, por conseguinte, aplicando-se aos fatos anteriormente praticados.

▪ De par com a admissão do regime progressivo de cumprimento de pena aos autores de crimes hediondos ou assemelhados, estabeleceu, ao dar nova redação ao § 2º, do art. 2º, da lei dos crimes hediondos, novo critério objetivo a ser observado, atento à espécie de crime praticado, ao impor o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, sem se ater à reincidência específica, como o faz ao disciplinar o instituto do livramento condicional.

▪ Considerações acerca do crime de tortura, em face da Lei 11.464/07. A lei 9.455/97, em disciplinando de forma isolada acerca do crime de tortura, dispôs que os autores de tais crimes seriam destinatários do regime progressivo. Assim, até a edição da Lei 11.464, de 29 de março de 2007, os condenados pela prática de crime de tortura, além de serem beneficiados pelo regime progressivo, estavam sujeitos, à mingua de norma disciplinadora atenta à espécie de crime, à norma do art. 112, da LEP. Neste enfoque, a Lei 11.464/07 é mais gravosa e, portanto, só se aplica a quem praticar a conduta típica aqui narrada, a partir de 29 de março último. Demais disso, houve evidente perda de objeto da Súmula 698, do STF que vedava a extensão do benefício da progressão de regime aos demais crimes insertos no caput do art. 2º, da Lei 8.072/90.

▪ O sistema normativo tendo por enfoque os demais crimes relacionados no art. 2º, da Lei 8.072/90.

▪ Antes da edição da Lei 11.464/07 e da decisão proferida pelo STF no julgamento do HC 82.959. Vigia, e com eficácia plena, as disposições normativas insertas no § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, que

impunha o regime integralmente fechado em casos de crimes hediondos ou assemelhados, inclusive com decisões proferidas pelo próprio STF dando pela constitucionalidade do dispositivo. Ocorre que, uma vez modificada a composição dos ministros do STF e, ainda, considerando que as decisões anteriores foram proferidas em controle difuso, e afastada a tese da abstrativização dos efeitos no controle por via de exceção, a Corte Suprema modificou o entendimento anterior e, por margem apertada (6X5), declarou inconstitucional o § 1º, do art. 2º, da Lei 8072/90, ao argumento de que havia afronta ao princípio constitucional da individualização da pena. Note-se, por relevante, que acaso aplicada a tese da chamada abstrativização do controle difuso, o STF não poderia julgar o HC 82.959.

- A edição da Lei 11.464/07, trazida ao contexto normativo após a decisão proferida pelo STF no julgamento do HC 82.959. Reflexos.

- A norma derogada era, à toda evidência, mais gravosa, impondo a retroatividade da lei posterior, *in casu* a Lei 11.464/07;

- Estava em vigor, até a edição da Lei 11.464/07, a norma proibitiva do regime progressivo aos crimes hediondos e assemelhados, exclusive o de tortura, porquanto não atacada em controle concentrado, a chamada via de ação, que, inclusive hoje, não é mais possível, por perda de objeto, ou seja: a norma tida por inconstitucional não mais existe no sistema legal posto;

- A decisão proferida pelo STF no julgamento do HC 82.959, não tinha, à toda evidência, efeito *erga omnes* e a extensão da decisão a todos (*erga omnes*) precisaria da intervenção do Senado Federal (art. 52, X, da CF), para suspender a execução da norma, o que não ocorreu. De outro modo, a decisão proferida não chegou a ensejar a edição de Súmula vinculante;

- Assim, no contexto posto no item acima é de se ter a norma da Lei 11.464/07 como retroativa? Entendo que sim, exceto para aqueles que, incidentalmente, foram beneficiados por decisão do STF afastando a aplicação da norma, porquanto, uma vez afastado o óbice à progressão, a norma que disciplinava o período aquisitivo era a do art. 112, da LEP, indiscutivelmente de caráter mais benéfico;

- A norma derogada e que impedia o regime progressivo era mais gravosa? Sim. Se a norma derogada e tida por mais gravosa

arrematou a todos os autores de crimes hediondos ou assemelhados para a norma inserta na Lei 11.464/07, em tese mais benéfica, é de se concluir que, malgrado derogada, continua a ser ultrativa em seus efeitos maléficos, por afastar a aplicação, nestes casos, da norma contida no art. 112, da LEP, exceto quanto aos autores de crime de tortura e aos beneficiados pela via de exceção, no controle difuso da constitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8072/90, por terem em seu favor o afastamento da aplicação de tal dispositivo, tido por afrontoso ao princípio constitucional da individualização da pena. Constatado que, malgrado derogado o texto fulminado de inconstitucionalidade sua eficácia ultrativa é maléfica, é de se admitir em casos que tais, a via de exceção para afastar a aplicação dos efeitos norma eivada de inconstitucionalidade e, assim, arrematar os autores de crimes hediondos ou assemelhados à norma inserta no art. 112, da LEP, ao invés da contida no § 2º, do art. 2º, da Lei 8072/90, na redação trazida com a edição da Lei 11.464/07;

▪ Além de cabível a via de exceção em norma derogada, desde que ultrativa em seus efeitos maléficos, ainda é possível, em não sendo mais o caso de aplicar-se a norma do art. 52, X, da CF, a edição de Súmula vinculante pelo STF. Em assim agindo o STF, desde que provocado, é evidente, estar-se-ia diante de uma decisão judicial tecnicamente irretocável e plenamente ajustada ao texto da Lei Maior, sem que se precise divagar acerca da abstrativização do controle difuso.

10. Conclusão

O presente artigo, sem querer esgotar o tema proposto que foi o da progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade aos apenados ante a prática de crimes tidos por hediondos ou assemelhados, formulou questionamentos acerca das vicissitudes do ordenamento jurídico acerca do tema progressão de regime em crimes hediondos e, ao final, formulou propostas de aperfeiçoamento dos institutos da progressão de regime e do livramento condicional.

No transcorrer do nosso curso de especialização, de par com um tema já tão apaixonante e que demandava acirradas discussões acerca de sua constitucionalidade, surgiu mais combustível ainda a demandar novos enfoques do tema, ante a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sede de controle difuso de constitucionalidade, ao julgar o HC 82.959, em verdade, ao invés de se ater aos fatos levados a

juízo, por conduto do Pleno do Tribunal, enveredou-se à discussão, em verdade, da constitucionalidade da lei 8.072/90.

O cenário vivenciado antes desta decisão histórica da nossa Corte Maior pendia, principalmente e tão só, entre os que, *incidenter tantum*, afastavam ou não a aplicação do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, ao pretexto dos humores do que entendiam constitucional, ou não, da norma impregnada no dispositivo citado.

A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do HC 82.959, datada de 23 de fevereiro de 2006, passou a firmar-se como um marco divisor da discussão do tema. Mais, a decisão, ante a importância do assunto e a paixão que provoca, malgrado proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, adquiriu, sim, ares de controle concentrado, com efeito, evidentemente, *erga omnes*, sem deslembrar, até mesmo, que os ministros chegaram a discutir o alcance dos efeitos da decisão, sendo vencedora a tese da adoção de efeitos *extunc*, com ressalva tão somente à inaplicabilidade no concernente às penas já extintas.

A partir desta decisão, como num passo de mágica, os que antes se escudavam na necessidade de respeitar a tendência do Supremo, ao argumento de que guardião da Constituição, e o posicionamento anterior atendia aos seus interesses conservadores e pautados nos movimentos de lei e ordem, agora já discutem e tergiversam sobre o tema, ao aduzirem que a decisão do Supremo fora proferida em sede de controle difuso e enquanto o Senado Federal não suspendesse a execução da norma não estariam, como é verdade, obrigados a marchar na esteira da tendência da Corte Maior. De par com isto, também passaram a discutir a constitucionalidade do art. 112, da LEP, o que antes não faziam, salvo raríssimas exceções, e, baseados não se sabe em que postulados interpretativos das matérias que restringem a liberdade do cidadão, passaram a analisar o tema dentro dos postulados de uma nova forma de interpretação sistemática do ordenamento jurídico vigente, com a criação de uma forma de interpretação que denominei “construção interpretativa repristinadora”, numa afronta aos recursos legais para resolver possíveis antinomias jurídicas, tentando ressuscitar o revogado parágrafo único do art. 112, da LEP, vigente antes da edição da Lei 10.792/03.

De outro lado, os que entendem que, tanto o § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, é inconstitucional, por ferir o princípio constitucional da individualização da pena, como o art. 112, da LEP, na redação em vigor, por ferir o princípio constitucional da isonomia, ao tratar igualmente os desiguais. Ocorre, entretanto, malgrado as injustiças que provoca na prática da execução penal, pela forma simplista como aborda o tema da progressão, é relevante focar-se o processo interpretativo nos postulados de que, em sede de restrições de direitos, não se admite interpretação desfavorável ao apenado.

Rápido, como sói acontecer em casos que tais, surgiu um projeto de lei do senado, de autoria do senador Demóstenes Torres, dando nova redação ao § 1º, do art. 2º, da citada Lei 8.072/90, sob o argumento de corrigir-lhe a inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em nossa modesta opinião, apesar de reconhecer o esforço do senador em contribuir para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, o projeto apresentado, nos moldes em que aborda o assunto, não afastará a afronta a princípios constitucionais e norteadores do tema enfocado.

Assim, de par com as considerações que se fez a respeito do tema progressão de regime e crimes hediondos, de trazer o texto do projeto de lei que tramita no senado, e dos vários posicionamentos, quer doutrinários, quer jurisprudenciais, elaborei um anteprojeto de lei, para contribuir ao aperfeiçoamento do ordenamento jurídico.

Ocorre que, como sói acontecer sempre neste país pródigo em legislação, uma vez concluído o presente trabalho, eis que é editada a Lei 11.464/07, de 29 de março último que, como abordado no item 9, do presente trabalho, ainda será objeto de apaixonados posicionamentos, como o que, aqui, me atrevi a fazer, tudo no afã de contribuir como operador do direito que sou e, também, formador de opinião.

LEI 11.464/2007: LIBERDADE PROVISÓRIA E PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador e Presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.

SUMÁRIO

1. Liberdade provisória. 2. Progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados. 3. Tempo diferenciado de cumprimento da pena. 4. Crimes ocorridos a partir do dia 29.03.07. 5. Crimes ocorridos antes de 29.03.07. 6. Retroatividade da parte benéfica da nova lei. 7. Combinação de duas leis penais

1. Liberdade provisória

A Lei 8.072/1990, em sua redação original, proibia (em relação aos crimes hediondos e equiparados) tanto a fiança quanto a liberdade provisória. Por força da nova lei (Lei 11.464/2007) foi eliminada esta última proibição. Em outras palavras: cabe, doravante, liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados. Cuidando-se de norma processual com reflexos penais e benéfica, não há dúvida que retroage (para alcançar fatos ocorridos antes dela).

Os constitucionalistas (intérpretes e juízes adeptos do Estado constitucional e humanitário de Direito) já não viam nenhum sentido na proibição retro citada. Os legalistas (corrente que adota a interpretação seca da lei) já não podem sustentar a impossibilidade de liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados. Na prática isso significa o seguinte: quando o sujeito é preso em flagrante por um desses delitos, antes, não podia ser posto em liberdade durante o andamento do processo; agora pode (quando o juiz entender que for o caso). Quem manda em matéria de prisão ou liberdade, em síntese, é o juiz, que analisa o caso concreto com todas as suas peculiaridades (não o legislador com seus critérios abstratos).

2. Progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados

O § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 dizia que a pena (nesses casos) seria cumprida *integralmente* em regime fechado. Por força da nova redação dada ao mesmo § 1º a pena será cumprida *inicialmente* em regime fechado. Ou seja: o novo diploma legal veio permitir progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados. Aliás, no que diz respeito à tortura, isso já estava assegurado pela Lei 9.455/1997. A Súmula 698 do STF, entretanto, proibia a progressão em relação aos demais crimes hediondos. Ela acaba de perder sua eficácia (diante da Lei 11.464/2007).

3. Tempo diferenciado de cumprimento da pena

O § 2º do art. 2º da Lei 8.072/1990, introduzido pela Lei 11.464/2007, para a progressão de regime exige, nos crimes hediondos e equiparados, o cumprimento (diferenciado) de 2/5 da pena (40%), se o apenado for primário, e de 3/5 (60%), se reincidente. Antes, a única regra geral sobre o assunto era o art. 112 da Lei de Execução Penal (que fala em 1/6 da pena). Essa regra geral continua vigente e válida para todas as situações de progressão, ressalvados os crimes hediondos e equiparados, que se acham (agora) regidos por regra especial (princípio da especialidade). Lei especial, como se sabe, afasta a regra geral.

4. Crimes ocorridos a partir do dia 29.03.07

A Lei 11.464/2007 foi publicada dia 29.03.07. Entrou em vigor nessa mesma data. Cuidando-se de norma processual penal com reflexos penais, em sua parte prejudicial (*novatio legis in peius*) só vale para delitos ocorridos de 29.03.07 em diante. Em outras palavras: o tempo diferenciado de cumprimento da pena para o efeito da progressão (2/5 ou 3/5) só tem incidência nos crimes praticados a partir do primeiro segundo do dia 29.03.07.

5. Crimes ocorridos antes de 29.03.07

Quanto aos crimes ocorridos até o dia 28.03.07 reina a regra geral do art. 112 da LEP (exigência de apenas um sexto da pena, para o efeito da progressão de regime). Aliás é dessa maneira que uma grande parcela da Justiça brasileira (juízes constitucionalistas) já estava atuando, por força da declaração de inconstitucionalidade do antigo § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, levada a cabo pelo Pleno do STF, no HC

82.959. Na prática isso significava o seguinte: o § 1º citado continuava vigente, mas já não era válido. Os juízes e tribunais constitucionalistas já admitiam a progressão de regime nos crimes hediondos, mesmo antes do advento da Lei 11.464/2007.

6. Retroatividade da parte benéfica da nova lei

A lei que acaba de ser mencionada passou a (expressamente) admitir a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados. Nessa parte, como se vê, é uma lei retroativa (porque benéfica). Desse modo, todos os crimes citados passam a admitir progressão de regime (os posteriores e os anteriores à lei nova). Até mesmo os legalistas veriam absurdo incomensurável na impossibilidade de progressão de regime nos crimes anteriores. Quando uma lei nova traz algum benefício para o réu, ela é retroativa.

Mas qual é o tempo de cumprimento de pena em relação a esses crimes ocorridos antes da lei nova? Só pode ser o geral (LEP, art. 112, um sexto). Não se pode fazer retroagir a parte maléfica da lei nova (que exige maior tempo de cumprimento da pena para o efeito da progressão).

7. Combinação de duas leis penais

O que acaba de ser dito nos conduz a admitir a *combinação* de duas leis: a nova retroage na parte benéfica (que admite progressão de regime) enquanto a antiga segue regendo o tempo de cumprimento da pena (um sexto). A combinação de duas leis penais não significa que o juiz esteja criando uma terceira. O juiz, no caso, não inventa nada (não cria nada): aplica somente o que o legislador aprovou (uma parte da lei nova e outra da antiga).

8. Pertinência da Recl. 4335 assim como de eventual súmula vinculante

Alguns juízes legalistas não estavam reconhecendo força vinculante para a decisão do STF proferida no HC 82.959. Na reclamação 4335 o Min. Gilmar Mendes propôs então ao Pleno o enfrentamento da questão. Houve pedido de vista do Min. Eros Grau. Em razão de todas as polêmicas que a decisão do STF gerou (HC 82.959), continua válida a preocupação do Min. Gilmar Mendes (em relação aos crimes anteriores a 29.03.07). Aliás, também seria

aconselhável a edição de uma eventual súmula vinculante sobre a matéria.

O STF, de alguma maneira, tem que deixar claro que seu posicionamento (adotado no HC 82.959) tinha (e tem) eficácia *erga omnes*. Isso significa respeitar o princípio da igualdade (tratar todos os iguais igualmente) assim como banir (do mundo jurídico) todas as polêmicas sobre o cabimento de progressão em relação aos crimes ocorridos antes de 29.03.07. Para nós, como já afirmado, não só é cabível a progressão de regime nesses crimes (nos termos do HC 82.959, que possui efeito *erga omnes*), como eles são regidos pelo art. 112 da LEP (um sexto da pena). A tempo (diferenciado) exigido pela nova lei só vale para crimes ocorridos de 29.03.07 para frente. Outras questões (exame criminológico, limite temporal de trinta anos, segunda progressão etc.) serão cuidadas no artigo seguinte a esse.

PROGRESSÃO DE REGIME E MÁXIMA EFETIVIDADE DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Luiza Maria de Albuquerque Acioly
Advogada e Professora do CESAMA

Valter José de Omena Acioly
Promotor de Justiça do Estado de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990. 3. Conclusão.

1. Introdução

A dificuldade para se aplicar a máxima efetivação do direito penal quanto ao dispositivo que regula o regime progressivo (possibilita ao preso mudar a forma de cumprimento da pena, saindo de regime de exigência rigorosa como o do regime fechado para ir cumprir pena em outro regime prisional mais brando) de cumprimento de pena nos crimes hediondos¹, decorre da anterior declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do art. 2º da Lei Nº. 8.072/1990, quando se for decidir sobre caso concreto de preso condenado por prática de crime hediondo, cometido quando estava em vigor este dispositivo legal que vedava a progressão de regime porque caso lhe atribua a revogação efeito *ex tunc*, o preso será prejudicado.

O referido dispositivo produz efeitos sobre matérias de direito penal, direito processual e sobre execuções penais e o presente estudo restringe-se ao seu confronto com os princípios constitucionais² que são incompatíveis com a sua máxima efetivação.

O estudo segue com análises sobre a política criminal motivada pelo pensamento de lei e ordem³ enaltecida pelos Estados Unidos da

¹ Lei Nº. 11.464 de 28.03.2007.

² Princípios: Proporcionalidade, Individualização da Pena e Isonomia.

³ “Os crimes classificados como hediondos são apresentados pelos *mass media* e por alguns políticos como um fenômeno terrível, gerador de insegurança e causado pela suposta *dulcificação* da lei penal. O remédio contra esse mal não seria outro senão o implemento de reformas ditas

América e o sistema penal de intervenção mínima que vem sendo preferido pelos criminalistas que dão prioridade aos direitos individuais do ser humano ainda quando em confronto com as garantias de ordem social, permitindo que sobre ambos (direito penal máximo e sistema de intervenção mínima) predomine o regime democrático adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil, como esclarece Luigi Ferrajoli⁴:

Deste modo será possível reconduzir as diversas doutrinas filosóficas em tema de justificação do direito penal a dois filões antitéticos do pensamento penal, quais sejam: aquele convencional e empirista, próprio da tradição garantista e da tendência aqui denominada ao 'direito penal mínimo', que vê suas ascendências em PUFENDORF, em THOMASIUS e, sob alguns aspectos, até mesmo em HOBBS, e suas máximas expressões nos iluministas do século XVIII e na Escola Clássica italiana do século passado; e aquele substancialista ou ontológico, que, sendo, sem sombra de dúvida, historicamente prevalente, inspira, ao contrário, a tradição autoritária e a tendência ao 'direito penal máximo', e deita raízes no obscurantismo penal pré-moderno, refluorescendo com a reação antiluminista desenvolvida na segunda metade do século passado, em sintonia com projetos sociais disciplinares, correccionais, policialescos, ou, de qualquer outra forma, não liberais.

É nesse confronto do direito penal mínimo com o direito penal máximo⁵ que a impossibilidade de progressão durante o cumprimento

pela ideologia da repressão, fulcrada em severos regimes punitivos e que aparecem sob a capa de *movimento de lei e de ordem*. Os defensores desse pensamento partem do pressuposto maniqueísta de que a sociedade está dividida entre bons e maus. A violência destes somente poderia ser controlada através de leis, mas, impondo longas penas de prisão, quando não a morte. Estas duas seriam as únicas reações adequadas para enfrentar a criminalidade crescente e intimidar as tendências criminosas". Revista dos Tribunais, Ano 95, setembro 2006, Vol. 851, p. 409.

⁴ Ferrajoli, Luigi. **Direito e Razão: Teoria de Garantismo Penal**. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁵ Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a

da pena conseqüente de crime hediondo será enfrentada levando-se em consideração a escalada da violência que amplamente explorada pela mídia leva a sociedade a exigir das autoridades constituídas à implantação de uma política criminal cada vez mais severa⁶, com prejuízos alertados pela comunidade científica que demonstra com pesquisas e outras formas de conhecimento ser esse modelo ilusório, pela sua impossibilidade de execução e devido aos resultados contrários a paz almejada.

Nesse âmbito será observada a evolução tendenciosa da consagração do direito a progressão de regime em crime hediondo pelo ordenamento jurídico e a consciente interpretação do Supremo Tribunal Federal apesar da insistência da mídia em pressionar os poderes constituídos a romperem com o regime democrático em que na hierarquia das normas prevalece a ordem constitucional sobre todas as outras.

2. A inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da lei nº. 8.072/1990

Motivada pelo clamor social com o estardalhaço da mídia, surge em 1990, a Lei dos Crimes Hediondos para satisfazer as exigências sociais de combate ao crime de extorsão mediante seqüestro que teve como vítimas especiais, os empresários Roberto Medina e Abílio Diniz. Pelos mesmos motivos de ordem genérica, com pressão firme e poderosa liderada pela Rede Globo de Televisão, o legislador brasileiro aumentou o elenco de crimes hediondos incluindo o homicídio qualificado, em 1992, para adaptar a agravação de pena a criminosos que executem crimes semelhantes ao que foi vítima a atriz global Daniela Perez. Com a escalada da violência, ingressou no elenco

responsabilidade penal todas as vezes que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos". (102)

⁶ "Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade". (102)

deste instituto o crime de tortura com a esperança de acalmar os ânimos desesperados pelo que viram na mídia sendo cometido pelo policial Rambo no ano de 1997, na favela Naval, na cidade de São Paulo, Estado de igual nome. Atualmente, apesar do aumento incontrollável da violência cometida por presos e seus comandados fazendo vítimas coletivas sem distinções entre policiais e civis, o Legislador⁷ aumentou o prazo para que o condenado por crime hediondo evolua no regime prisional, de modo que, apesar do gravame, reconheceu o direito subjetivo ao regime progressivo. Ressalte-se que, para o crime de tortura, a lei⁸ que o tornou hediondo, já permitia o regime progressivo.

Durante esses longos anos, advogados incansáveis desafiaram a resistência do poder judiciário e enfrentaram a fúria da maioria clamando pela inconstitucionalidade desse dispositivo que exclui a progressão da pena com os fortes argumentos jurídicos de desrespeito aos princípios da dignidade humana, da individualização da pena e da isonomia.

Como podemos ver diariamente pela imprensa e é possível perceber com o simples convívio social, o rigor da execução da pena do crime hediondo não serviu para atenuar a criminalidade dessa espécie que continua aumentando como também tem crescido o sentimento de insegurança na população brasileira.

Com o fracasso do rigor da execução da pena para os crimes hediondos vai sendo acentuado o consenso no âmbito jurídico de que a máxima efetividade teórica do dispositivo em questão tem na prática se transformado em instrumento do crescimento da criminalidade porque para estranheza dos menos conhecedores dos males sociais oriundos dos presídios, a reinserção na sociedade desses presidiários que cumpriram a pena por inteiro no regime fechado asseguraram em maiores proporções seus nomes no cadastro dos reincidentes em crimes específicos do que os outros companheiros de desventura beneficiados com a progressão da pena.

⁷ Veja nota 1.

⁸ Crime de Tortura - § 7º, art. 1º da Lei Nº 9.455/1997.

Talvez encorajados pelo fracasso dessa política criminal⁹ o Supremo Tribunal Federal adaptou a hermenêutica a realidade social e através de decisão proferida no HC nº. 82.959-7/SP em fevereiro de 2006, saiu vitorioso o voto do relator ministro Marco Aurélio declarando a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072 de 25/07/1990, em controle difuso. É nesse sentido que os pretórios brasileiros têm julgado ser direito do apenado por crimes hediondos, nos mesmos parâmetros dos apenados pelos crimes em geral, a ter progressão do regime prisional. Nesse particular é importante frisar que a inconstitucionalidade já era matéria pacífica no Superior Tribunal de Justiça desde quando o ministro Hélio Quaglia Barbosa foi o relator do HC 37.904/SP, como pode ser constatado no DJ 17/12/2004, p. 599.

Não obstante ter o Supremo Tribunal Federal julgado a inconstitucionalidade em caso concreto é consenso na própria Corte que o julgado produz eficácia vinculante de modo que deve ser aplicada a generalidade dos apenados por crimes hediondos conforme ficou expresso no voto¹⁰ do ministro Eduardo Pereira quando advertiu ser o dever de todo julgador manter esse posicionamento em seus julgados.

⁹ Não é necessário maior esforço para ver que exemplo claro do fracasso nos dá o próprio modelo brasileiro. Basta questionar: com o advento da lei dos crimes hediondos (e posteriores), houve a diminuição da prática dos delitos ali enumerados (latrocínio, extorsão mediante seqüestro, estupro, tráfico de entorpecentes, etc.)? A política de aumentar penas e endurecer o regime de cumprimento diminui as taxas de criminalidade urbana? Obviamente que não. A função de prevenção geral desempenhada pela norma penal é mínima ou inexistente. Tanto é assim, que a cada dia ocorrem mais delitos de latrocínio, extorsão mediante seqüestro (agora na sua versão 'relâmpago') e o tráfico de entorpecentes cresce de forma alarmante, apenas para dar alguns poucos exemplos. Cf. Jr., Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. ed. RJ, Editora Lúmen Júris, 2006, p.16.

¹⁰ Nem se argumente, para desbancar a conclusão sugerida, como se tem ouvido aqui e acolá, que a eficácia geral da propalada decisão do Supremo Tribunal Federal estará jungida a eventual edição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a executividade da norma tida por inconstitucional (cf. art. 52,X, da CF, ou, ainda, art. 1º, § 2º, do aludido decreto). Essa casa legislativa nem mesmo está obrigada a editar a resolução suspensiva. (Revista dos Tribunais. Ano 95. Set./2006 – Vol. 851, pág. 552).

A consagração desse método de controle concentrado produzindo eficácia *erga omnes* a declaração de inconstitucionalidade pode ser objetivamente compreendida na ampla e profícua fundamentação do voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido na Reclamação 4.335 – 5 Acre, cujo parágrafo abaixo transcrito ratifica o reconhecimento da nova interpretação da forma seguinte:

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter à declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998).¹¹

Com o predomínio da tese da eficácia geral que reforça o controle concentrado de norma, dando a exigência de publicação pelo Senado Federal a simples atribuição de publicidade, em reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade da proibição ao regime de progressão deve vigorar desde fevereiro de 2006 para a aplicação, de forma ampla e irrestrita, os arts. 110 a 112 da Lei 7.210/1984, por ser mais branda do que a Lei Nº. 11.464 que passou a vigorar em 29 de março de 2007 para os crimes classificados como hediondos.

Ressalte-se que, o impedimento da aplicação do dispositivo que proíbe a progressão do regime devido ao seu reconhecimento de inconstitucionalidade não foi motivo suficiente para alguns magistrados se renderem ao cumprimento dos princípios constitucionais, mediante o argumento de que era preciso a publicação da declaração de inconstitucionalidade pelo Senado Federal e, futuramente, pela trajetória dos juízes filiados ao movimento de lei e ordem, é bem possível continue subtraindo do preso o seu direito de evoluir sobre

¹¹ http://WWW.STF.GOV.BR/IMPrensa/POF/RCL4335_GM.POF

quaisquer outros argumentos destituídos de valor científico, uma vez que o julgamento sobre o direito de progressão permanece no campo subjetivo dando ao julgador amplo poder discricionário.

Quando se afirma que todos os presos que cumprem pena devido à autoria de crime hediondo têm o direito subjetivo de conquistar a transferência do regime que se encontra para outro mais brando é importante frisar que para essa mudança ocorrer é preciso somar ao conhecimento desse direito a disponibilidade do julgador, as possibilidades do preso reivindicar e as estruturas de execuções das penas com observância das regras estabelecidas para as diversas modalidades.

Encontra-se nesse patamar a importância da continuação dos debates sobre esse tema tão polêmico e de extremo interesse a garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

3. Conclusão

Certos de que o regime de progressão no cumprimento da pena é direito do preso que não pode ser vedado pelo legislador em face dos princípios democráticos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Legislador Brasileiro colocaram ponto final nessa discussão.

Quando o autor de crime classificado como hediondo conquistou o direito subjetivo de em condições iguais aos outros criminosos conquistar a progressão prisional com a coragem do julgador interpretar a norma sob a égide dos princípios constitucionais que oxigenizam a preservação dos direitos¹² humanos, o Legislador

¹² Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário, o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciada por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e, por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um 'meio' ou 'coisa', senão sempre como 'fim' ou 'pessoa'. [...] E este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte... e das penas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão

Brasileiro despreza o conhecimento científico e aumenta o tempo de pena¹³ que o preso deve cumprir, antes de lhe ser permitido a progressão prisional.

A polêmica quanto ao efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da lei n. 8.072/1990 deve terminar para que a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959 obrigue o Juiz de Direito a conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes classificados como hediondos, aplicando as regras gerais da Lei Penal e a Lei de Execução Penal desde que o crime tenha existido antes de entrar em vigor a Lei n. 11.464 de 28.03.2007.

Nunca é demais reafirmar que essa Lei Nova somente terá eficácia plena depois que todo condenado sujeito ao cumprimento de pena por prática de crime classificado como hediondo o tenha executado após o início do seu vigor.

de ser, colocando-se ao nível dos mesmos delinquentes.” (Ferrajoli, Luigi. 2006, p.364).

¹³ Com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007 o § 2º da Lei nº. 8.072/1990 passou a ter a redação seguinte; “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos) se reincidente.”

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Marcus Mousinho

Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Ampal/Fejal. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia/Ief. Membro do Ministério Público do Estado de Alagoas.

SUMÁRIO

1. Histórico. 2. Evolução da culpabilidade. 3. O uso da política criminal frente à dogmática. 3.1. Princípio de exclusiva proteção dos bens jurídicos. 3.2 Princípio da subsidiariedade. 4. O Posicionamento da Doutrina Brasileira Frente à Constituição Federal. 5. A dupla imputação. 6. A utilização de outros ramos do direito voltados à punição da Pessoa Jurídica. 7. Conclusão.

1. Histórico

A questão da responsabilidade dos entes coletivos resulta, mormente nos últimos anos, dispensável atenção do corpo jurídico, não só nacional, mas internacional, projetando-se além das bases acadêmico - científicas, inserindo-se na seara da política criminal.

É de igual afirmação, a resposta que se tem obtido dos estudos dogmáticos e de política criminal, no campo legislativo, que mais e mais vezes inserem no ordenamento jurídico a capacidade de delinquir das pessoas coletivas.

De fato, com a revolução industrial, onde o homem agrupava-se, buscando melhor se integrar a fluidez industrial, faz surgir, na sociedade moderna, a reunião de indivíduos com objetivos comuns, quase sempre econômicos, surgindo daí, em decorrência legal, a pessoa moral. Com sua evolução natural e complexidade de decisões e comandos como parte inerente de suas atividades, levou a doutrina a estabelecer a natureza jurídica desses entes, que dispunham de capacidade patrimonial, e no âmbito penal, figurando como sujeito passivo do delito.

A sociedade moderna, com o decorrer das relações internacionais, mormente as econômicas, se deparou com o desempenho

cada vez mais importante representado pelo papel exercido pelos entes coletivos nesses setores, consagrando-se definitivamente como uma realidade social, irradiando seus efeitos além do campo econômico infiltrando-se no campo ambiental do trabalho, etc. Essa extensão determinou como consequência direta a produção de efeitos geradores de criminalidade decorrente da produção de um risco inerente às atividades que esses entes coletivos desempenhavam, pondo seus pés no campo da criminalidade, mormente a econômica, o que suscitou a corrente de estudos criminológicos, mas também dogmáticos, em sua razão.

Nessa ótica poderá dizer-se que a empresa foi ‘descoberta’ pelo direito penal e pela criminologia como um centro susceptível de gerar ou de favorecer a prática de factos penalmente ilícitos, porque de repercussão desvaliosa no tecido econômico-social¹.

O tema suscita acalorada discussão, tanto no pertinente à necessidade do uso do direito penal nessa esfera de criminalidade - quando se dispõe no ordenamento pátrio de outros ramos do direito que se quer mais eficiente nesse aspecto, quanto na possibilidade jurídica de responsabilizar o ente coletivo, diante da dogmática penal construída visando o ser humano na sua individualidade, passando pela aplicação da pena sob a égide do princípio da individualidade; bem como os demais aspectos que envolvem essa problemática.

As várias legislações pelo mundo se dividiram quanto à capacidade penal da pessoa jurídica. Na verdade, essa divisão sempre se deu em razão do sistema a que se ligava cada país. Os ligados ao sistema direito romano-germânico negavam, categoricamente a capacidade delinqüencial da pessoa coletiva. Aos filiados ao sistema anglo-saxão, onde vige o princípio da *common law*, admitia-se essa possibilidade.

Hoje, a escolha legislativa de cada ordenamento jurídico, segue outras orientações que não essa. Mais fundadas na necessidade de se reprimir a criminalidade gerada pelo centro organizatório dos entes coletivos.

¹ Costa, Faria José. **A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos ou uma Reflexão sobre a Alteridade nas Pessoas Colectivas, à luz do Direito Penal**. Organizador Roberto Podval. Revista dos Tribunais, 2001, p. 164.

Das várias teorias criadas para justificar ou negar a capacidade penal da pessoa jurídica, duas se destacaram precisando qual a sua natureza jurídica, o que determinou os vários entendimentos na possibilidade da sua possível delinquência.

A primeira, tendo seu maior defensor Savigny, parte da idéia de que só o homem pode ser sujeito de direitos. A pessoa jurídica seria uma ficção, uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais, portanto não passava de uma ficção jurídica, uma abstração, sendo assim, incapaz de delinquir. Em linha oposta, surge a que vê na pessoa jurídica uma realidade, tendo em Otto Gierke seu maior precursor, sustentando a real existência das pessoas coletivas, com capacidade de querer e agir, sempre por via de seus órgãos.

A despeito dos vários entendimentos sobre a natureza na pessoa jurídica, a imputação a ela se dá pela incapacidade do direito penal clássico em lidar com a nova onda de criminalidade gerada pelas empresas, importando em graves prejuízos econômicos financeiros e ambientais, o que equivale estrita necessidade.

De fato, a dogmática jurídico penal criada exclusivamente para focar o homem como ser individual, repleto de vontade, de escolha, não edificada para ser utilizada na busca da punição de entes tais, constituiu-se no principal obstáculo alçado a se punir a pessoa jurídica. Daí, a grande discussão que se prende os posicionamentos divergentes, reside hoje no campo dogmático, pertinente, tanto à culpabilidade, quanto à capacidade de agir da pessoa jurídica.

Como já, referido um dos principais óbices, àqueles contrários a responsabilidade penal da pessoa jurídica, reside no campo da culpabilidade. Como imputar a potencial consciência da ilicitude e agir de modo diverso a essa consciência, a pessoa jurídica? Como reconhecer capacidade de agir, conhecer e, em razão, agir com vontade à pessoa jurídica, sem que se viole os dogmas penais estabelecidos?

2. Evolução da culpabilidade

A culpabilidade, no final do século XIX, entendida como forma de dolo é culpa, ligava psicologicamente o autor ao resultado. Apresentava-se dolo e culpa, não só como formas de culpabilidade, mas, como o núcleo desta, representando a dimensão subjetiva do delito. Era denominada teoria psicológica da culpabilidade.

Sobressaía-se assim, o liame subjetivo unindo o agente ao fato típico e antijurídico através do dolo ou da culpa, sendo, destarte, a culpabilidade, o momento subjetivo do delito. Como afirma César Bitencourt² “a culpabilidade era o vínculo psicológico que unia o autor ao resultado produzido”

Contudo, a teoria preconizada por Von Liszt e difundida por Beling, mostrou-se, após algum tempo de domínio e influência, não ser apta a resolver alguns problemas penais, tais como a culpa consciente e os delitos tentados. Naquela o agente não quer a realização do fato, ou seja, não há ligação psicológica entre autor e fato, suporte de arrimo dessa teoria, não havendo, portanto, culpabilidade e, por conseguinte crime. Mesmo assim, defendia-se sua existência. Nos delitos tentados não se podia, no primeiro momento, creditar ao agente o resultado por ele causado, sem poder precisar sua vontade.

Exposta a fenda da teoria, Reinhard Frank, embora mantendo seus mesmos elementos, mas, não nos mesmos predicados, reagiu a concepção psicológica. O dolo era, não a própria culpabilidade, mas um seu capítulo nela inserido como elemento normativo: a reprovabilidade. Nasce a teoria psicológica-normativa.

De fato, de encontro ao esquema subjetivista traçado por Von Liszt e difundido por Beling, que ligava o autor, via psicológica, ao fato por ele praticado, inseriu-se um novo elemento, denominado reprovabilidade. Onde se valorava o agente pelo ato praticado, mantendo-se, entretanto, o dolo e a culpa, antes tidos como tipos de culpabilidade, agora, como seus elementos.

De pronto, Mezger detectou um problema não visto aos olhos de seus precursores, apresentado pela nova teoria. Com a manutenção do dolo, não obstante, como elemento da culpabilidade, portanto, no mesmo local, exigia-se que o agente, não só quisesse praticar o fato típico e ilícito, mas, praticá-lo com consciência da antijuridicidade. Tornando o dolo psicológico-normativo.

O dolo como elemento normativo da culpabilidade, em face de seu posicionamento, o agente ao praticar o fato delituoso, dirigia sua consciência à antijuridicidade. No que o Prof. de Munique ponderou a

² Bitencourt César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral, v. I, 9. ed. Editora Saraiva, p. 341.

respeito da punibilidade do delinqüente habitual ou por tendência. Para ele, o delinqüente habitual não possuía essa consciência da ilicitude necessária à configuração do dolo, em razão do meio social por ele vivido. Em seu meio certas condutas ilícitas eram tidas como normais, corretas, pois, esperadas. Ora, sendo assim, não havendo por parte do agente a consciência da antijuridicidade, o dolo desapareceria, e não tendo agido o agente com dolo, não haveria que se falar em culpabilidade, sendo, portanto, o agente inculpável, onde exatamente apresentava conduta mais censurável.

Visando corrigir esse problema, Mezger considerou, não o fato praticado pelo autor, mas ele próprio. Importando uma censura a sua personalidade.

Contudo, esse entendimento levava a uma abertura demasiadamente grande, mormente nos estados totalitários possibilitando-se interferir no modo de ser do indivíduo, em discrepância com o amparo dos direitos e garantias individuais.

Com o finalismo, Welzel supera a teoria psicológico-normativa.

Não excluiu, a nova teoria, os elementos já existentes, dolo e culpa, manteve-os reposicionando-os e inserindo-os na ação. Com isso reformulou toda a culpabilidade, tornando-a puramente normativa.

Welzel cria assim, o sistema finalista da ação, revolucionando a teoria do crime, sem modificar, contudo, seu conceito analítico, como visto nos sistemas causais, como uma ação típica, ilícita e culpável. Havendo, entretanto, total reformulação da culpabilidade, compreendida como a parte subjetiva do crime, onde seus elementos, dolo e culpa, ligando psicologicamente o agente ao fato, sem qualquer tipo de censurabilidade, tinha na causalidade capital, importância à norma.

Com seus estudos, Welzel mostrou que no âmbito da culpabilidade não poderia coexistir o dolo e a culpa, posto a conduta humana, por ter caráter finalístico, sempre estaria revestida de vontade, e essa vontade, dolosa ou culposa, sempre conforme a finalidade pretendida e o resultado obtido.

Percebeu-se assim que, se o atuar humano pressupõe finalidade, e esta com estreita relação com a vontade pertence a ação, o dolo e culpa localizava-se na tipicidade, esvaziando a culpabilidade de

qualquer elemento subjetivo, mantendo seu caráter puramente normativo.

De feito, com a censurabilidade compreendida como puro juízo de reprovação sobre o agente, despiu-se de interior da culpabilidade qualquer elemento subjetivo, dando procedência a uma visão normativa-pura, no dizer de Maurach³

Com o dolo e a culpa fazendo parte do tipo, levando a finalidade ao centro do injusto, a culpabilidade reveste-se somente de elementos que condicionem a reprovabilidade da conduta desfavorável à ordem jurídica: só reprovando-se o sujeito como culpável, quando tinha ele a faculdade de desempenhar algo voluntariamente.

Nessa esteira evolutiva da culpabilidade, com conseqüente efeito na teoria do crime, pois na afirmação de Von Liszt⁴ “pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade se mede o progresso do direito penal”, surge o funcionalismo, preconizado por Roxin.

Defende o professor alemão que a dogmática penal deve orientar-se pelos critérios de política criminal, funcionando a culpabilidade, na linha desse ensinamento, como um dos elementos do crime e de caráter preventivo.

Para o professor, a culpabilidade estaria inserida na responsabilidade, e não mais como integrante do conceito analítico do crime. A culpabilidade atua como um componente a limitar o poder punitivo do Estado estritamente preso à necessidade de prevenção.

Teríamos ainda a culpabilidade sob o enfoque de Günther Jakobs, onde adverte o professor alemão, que o delito deve ser analisado não sob o prisma de uma conduta, mas sim da necessidade de imposição de pena. Trabalha com a estrutura que cada cidadão tem seu papel inserido na sociedade a desempenhar, e que na busca do agente do fato ilícito atua o direito penal como forma a estabilizar a norma desrespeitada estabelecendo sua validade e respeito.

³ Maurach, apud Bitencourt, César Roberto. Op. cit., p. 348.

⁴ Liszt Von. **Tratado de Direito Penal**. Tradução José Higinio Duarte Pereira.

Já com um conceito dialético de culpabilidade, Francisco Muñoz Conde⁵, assevera ser insustentável cientificamente a concepção tradicional que a sustenta, em razão de se fundar em argumentos indemonstráveis, como a capacidade de poder atuar o agente de modo diverso de como efetivamente se conduziu.

Muñoz Conde dá importância à prevenção geral positiva e especial, como influência das relações sociais e do homem inserido na sociedade.

O professor da Universidade de Pablo de Olavide⁶, rejeita o tradicional conceito de culpabilidade, fincado no livre arbítrio do homem.

Atua culpavelmente quem pratica um ato antijurídico, podendo atuar de modo diverso, quer dizer, conforme o direito. Este conceito de culpabilidade descansa, contudo, em umas premissas indemonstráveis, que o questionam, e é entendido como reprovação que se faz a uma pessoa por ter podido atuar de modo distinto daquele como realmente atuou, e coloca o penalista ante a difícil situação de ter que se decidir entre dois extremos igualmente questionáveis: ou aceitar a capacidade humana para atuar livremente e aceitar, como isso, o conceito de culpabilidade, ou negar essa capacidade, negando, consequentemente, a culpabilidade como elemento ou categoria da teoria geral do delito.

É a capacidade de livre decisão a base interna de poder o autor agir de forma diversa da qual agiu, assumindo como verdade a hipótese indemonstrável da liberdade de vontade: No aspecto concreto o poder de agir diferente da forma que agiu o agente, é inteiramente indemonstrável. No abstrato, onde o poder de agir é atribuído ao homem mediano, ao invés do autor, é a reprovação dirigida a pessoa diversa dele⁷.

Muñoz Conde⁸ ainda nos mostra as insuficiências contidas nos conceitos de culpabilidade:

⁵ Conde Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.125-126.

⁶ Conde Muñoz. *Ibidem*, p. 125-126.

⁷ Santos, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 2. ed. Freitas Bastos Editora, p. 210.

⁸ Conde Muñoz. *Op.cit.*, p. 126-127.

Afirma Rodriguez Devesa: 'Atua culpavelmente quem em relação ao ordenamento jurídico podia proceder de maneira diferente daquela como agiu'.

Esta definição reflete claramente o conceito tradicional de culpabilidade que se encontra em qualquer manual ou tratado de direito penal. [...] É cientificamente insustentável, já que se baseia em argumentos racionalmente indemonstráveis: a capacidade de se poder atuar de modo diverso daquele como realmente atuou, fato em que se pode acreditar, mas que não se pode demonstrar. Como acertadamente disse Roxin, o conceito tradicional eleva ao plano da fé o que não pode ser mais que um problema de conhecimento.

E prossegue o autor⁹ :

Realmente, não há culpabilidade em si, mas sim uma culpabilidade com referência aos demais. A culpabilidade não é um fenômeno individual, mas social. Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui para poder imputá-la a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. É, pois, a sociedade, ou melhor, seu Estado representante, produto da correlação de forças existentes em um determinado momento histórico, quem define os limites do culpável e do inculpável, da liberdade e da não-liberdade.

Daí decorre que o conceito de culpabilidade tem um fundamento social, antes que psicológico: ela não é uma categoria abstrata ou a-histórica à margem, ou, inclusive, como uns acreditam, contrária às finalidades preventivas do direito penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual destinado a explicar por que e para que, em determinado momento histórico, se recorre a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio.

Percebe-se que, ao sustentar tal posicionamento, o autor demonstra que a coletividade, como produto da conexão de forças sociais constantes em um determinado momento histórico é que determina o contorno do culpável ou não culpável.

Desses postulados, percebe-se que a culpabilidade da pessoa moral despeja seu alicerce na responsabilidade coletiva e social, restando de lado as características subjetivas, que serão dirigidas as pessoas físicas componentes das pessoas jurídicas.

⁹ Muñoz Conde. 1988, p. 128-129.

O aspecto desenvolvido pelo professor sevilhano sobre a culpabilidade, nos dá a impressão, de que se desvanece o obstáculo enxergado por aqueles contrários a responsabilidade penal da pessoa jurídica nesse aspecto.

De fato, tomando emprestado as palavras do eminente professor, “[...] É, pois, a sociedade, ou melhor, seu Estado representante, produto da correlação de forças existentes em um determinado momento histórico, quem define os limites do culpável e do inculpável, da liberdade e da não-liberdade.”

Ainda trago o entendimento de Enrique Aftalion¹⁰, que tem no conceito de culpabilidade demonstração de impotência. Vejamos:

Faz algum tempo que me permiti assinalar a impotência em que se encontram as mais correntes concepções acerca da culpabilidade, para dar conta das numerosas situações que se delineiam na experiência jurídica (...). Referimo-nos, então, em especial, aos casos em que se faz passível a pessoa jurídica de sanções de natureza penal, não obstante as dificuldades que esta classe de pessoas oferece para (...) as concepções mais difundidas de culpabilidade.

3. O uso da política criminal frente à dogmática

O entendimento reinante do final do século XIX, Segundo Claus Roxin¹¹, teve em Von Liszt, o preconizador da sistemática jurídico-penal, o principal defensor de um direito penal, como ‘a barreira intransponível da política criminal’, enclausurando o método jurídico em suas construções dogmáticas, ao largo das questões empíricas resultantes de métodos sociais de combate a criminalidade, levado a efeito pela política criminal.

O professor de Munique tinha na política criminal os processos lógicos voltado ao social visando o combate à criminalidade, porém, como termo designatório de ocupação social do direito penal, enquanto ao direito penal propriamente dito, incubiria o papel garantista de afiançar a identidade do emprego do direito e da liberdade individual, em face da avidez do Estado. Ou seja, nas suas próprias palavras, “a

¹⁰ Aftalion, Enrique; Brandão Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Forense, 2003, p. 133-134

¹¹ Roxin Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Tradução Luiz Greco. Renovar, 2002, p. 1.

idéia de fim no direito penal, é a estrela guia da política criminal, enquanto o código penal, como magna carta do delinquente, protege não a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se levantou, concedendo a este o direito de só ser punido sob os pressupostos e dentro dos limites legais”.

Sobre esse ensinamento, conclui-se que, segundo Vons Liszt, o estudo dogmático-jurídico não leva em consideração a política criminal, sendo até a ela contrário, construindo um sistema de conceito de crime, que proporcionaria tão somente decisões seguras para a garantia da segurança jurídica.

Hodiernamente a doutrina não ampara mais nessa linha de raciocínio.

3.1 Princípio de exclusiva proteção dos bens jurídicos

Para buscarmos melhor posicionamento frente à matéria que tratamos, devemos sempre ter em mira a função do direito penal em relação com a teoria da pena. Segundo cita Bacigalupo¹², é de “função social, caracterizada pela prevenção do delito com vistas a proteger certos interesses sociais reconhecidos pelo direito positivo (bens jurídicos).”

Essa função, embora tenha sido sede de críticas de muitos, figura hoje como a dominante na doutrina majoritária.

A proteção dispensada a bens jurídicos relevantes à existência social, como característica primeira do direito penal, revela buscar em seu âmbito a solução das várias questões que surjam em obstáculos a este propósito.

Toda norma existe para proteger o que o direito considera ser um bem jurídico. Não obstante a diversidade quanto a terminologia utilizada para denominar tal princípio, a doutrina espanhola utiliza-se da exclusiva proteção de bens jurídicos tal qual desenha-se entre nós.

Foi Birnbaum, quem formulou, em oposição a teoria defendida por Feuerbach, de que o crime seria lesão a direito, a idéia do direito penal como protetor de bens jurídicos. Binding, após, nos traz o

¹² Bacigalupo Henrique. **Direito Penal-Parte Geral**. Tradução André Estefan. Malheiros, 2005, p. 21.

conceito de bem jurídico conhecido entre nós. Na década de 70, passa-se a exigir que o direito penal estenda seus braços a proteger outros bens jurídicos, dos quais, o meio ambiente, o econômico, etc.

Sobre duas visões interpretativas pode-se argumentar a cerca do princípio de proteção dos bens jurídicos como função do direito penal, dependendo do aspecto enquadrado, se dogmático ou político-criminal. Sobre o primeiro teríamos o bem jurídico como uma criação do legislador, ou seja, aquilo que a norma protege, sem busca de outras considerações. No aspecto político-criminal, teríamos o bem jurídico, não apenas o explicitado no tipo penal através da norma, que se o fizesse teríamos como ilegítima, mas, aquilo que efetivamente se possa reconhecer como tal, independente de se encontrar no âmbito do direito penal positivo.

O princípio da proteção exclusiva dos bens jurídicos teria no prisma político-criminal a função de limitar a punição gerada pelo Estado frente ao cidadão, com a proibição de tipos penais incriminadores que não trouxessem em seu bojo um bem jurídico nesse molde, além de guiar o julgador, quando da apreciação na adequação das condutas concretamente violadoras da norma estabelecida, ao modelo do princípio.

É na Constituição que se procura fundar o conceito político criminal de proteção do bem jurídico. Daí surge um problema: quais os bens jurídicos insertos na constituição devem ser efetivamente tidos como bens jurídicos destinados a receber a tutela penal como retrato de uma norma que se quer legítima? Já se percebe, de logo, que tal conceito não é buscado na lei penal. E nos alerta, de outro lado, que se deve lançar mão dos bens de maior relevância à existência de uma sociedade que se quer harmoniosa e que esteja numa relação estreita com os princípios fundantes de determinada ordem jurídica. Embora de precisão vaga, bens jurídicos de capital importância à vida do cidadão, é com esse conceito que se tem a mão para trabalhar.

Sob o aspecto dessa constatação, nos vem a pergunta que nos deixa apreensivo em defender a existência de um bem jurídico protegido como marco fundante a legitimar qualquer proibição penal: E quando a norma se destina a finalidades diversas de proteção a bens jurídicos e são tidas como legítimas?

Os partidários do conceito político-criminal de proteção de bem jurídico, repudiam a existência de normas sem essa finalidade tendo-as como ilegítimas. Porém há aqueles que sustentam a existência dessas normas com finalidades protetivas diversas, surgindo nessa esteira os crimes ambientais, econômicos e outros, como exceção do conceito exclusivo de proteção de bens jurídicos a possibilitar sua manutenção e legitimar a proibição.

E seria dessa forma que trabalharíamos a função do direito penal como a exclusiva proteção de bens jurídicos, elevando-se como exceção, quando a norma não traga essa finalidade, mas aponte sua carga protetiva a outras finalidades em limites estabelecidos.

É de se observar ainda, aqueles que defendem o meio ambiente como um bem jurídico de fundamental importância ao cidadão, com previsão constitucional.

3.2. Princípio da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade atribuindo ao Direito Penal a característica de *ultima ratio*, tem aceitação da doutrina, mormente a nacional, decorrente de ser o direito penal o braço mais forte do Estado a interferir nas soluções de conflitos, cujo efeito por ser de magnitude devastadora, só deve se lançar mão após a conferência da inutilidade dos demais ramos jurídicos, a intervir na solução.

Contudo, Tiedmann, buscando fundamento contrário, a sustentar a tutela penal dos bens jurídicos relacionados à economia e ao meio ambiente, sustenta a utilização do Direito Penal, não em razão de sua suposta característica de braço mais forte de Estado, mas, por ser o meio menos gravoso, além da extensão de sua maior proteção processual às garantias dos direitos fundamentais das partes, em cotejo com outros ramos do direito: civil, administrativo que impõe medidas muito mais graves.

Não se deve negar que a Criminologia e a Política Criminal, como ciências, não diria auxiliares do direito penal, mas, complementares, formam um todo com objetivos comuns de combate a criminalidade, tendo em vista a proteção de bens jurídicos mais relevantes à harmonia social.

Roque de Brito Alves¹³ nos ensina que:

A política criminal somente deve existir e, sobretudo, ser aplicada em função de uma ampla política social planejada, programada, não podendo existir independentemente desta, é um seu capítulo importante, não sendo algo isolado de uma política geral do Estado, sob pena de não atingir, de falhar em sua finalidade. Situa-se, assim, em tal política, como uma prevenção social da criminalidade antes que sua formulação em termos científicos ou jurídicos, em termos de prevenção geral e especial da delinquência ou, ainda, nos seus aspectos práticos de legislação positiva e de ciência penitenciária, de execução de pena.

Nelson Hungria¹⁴, já alertava em seu tempo:

Desde os primórdios deste século, a doutrina do direito penal vem-se esterelizando no afincado propósito de miúda dissecação de conceitos, na exasperação do logismo abstrato, na tarefa inglória de uma dialética tão profusa quanto infecunda"

É a política criminal a ciência necessária de que se deve valer o direito penal para se compor junto a elaboração científico-jurídico, no sentido de definir o que seja crime, dependente dos axiomas por ela colhidos em determinado contexto social.

Alessandro Baratta¹⁵ nos mostra que a política criminal deve instituir a tutela penal onde se afetem interesses fundamentais à vida, saúde e o bem estar da comunidade, este se revelando no combate aos delitos econômicos, financeiro, que afetem a saúde pública, o meio ambiente e outros.

Seria na política criminal, segundo àqueles que defendem a capacidade penal da pessoa coletiva, que se encontra os critérios estabelecedores dessa condição, posto a criminalidade gerada pelos entes morais, não corresponde a criminalidade clássica, tornando a

¹³ Alves, Roque de Brito. *Ciência Criminal*. Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 301-302.

¹⁴ Hungria Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v I, t. I. Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 11.

¹⁵ Barata Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, 3. ed. Renavan, 200/208.

dogmática penal, que tem na pessoa física o centro de radiação de delitos, obsoleta na busca de critérios solucionadores do problema.

Conforme esse entendimento, estaria nos critérios de política criminal, como necessidade de refrear esse tipo de criminalidade organizada e complexa, o fundamento de se estabelecer a punição das pessoas jurídicas no âmbito do direito penal, obrigando a dogmática penal a encontrar um caminho firme e necessário a fazer valer essa escolha.

Não seria como afirma o Prof. René Ariel Doti, um problema Processual, antes, dogmático.

A complexidade está instalada, não no âmbito da prova, mas, da complexidade própria advinda dos entes coletivos, em suas estruturas altamente desenvolvidas, com conglomerados de empresas embutidas em outras, dificultando de forma bastante significativa a elaboração do organograma nos quadros hierárquico e a posição de cada um de seus membros. É nesse aspecto bastante significativo, que reside um dos argumentos a propiciar a elaboração doutrinária, consoante estudos de política criminal, concenrente a possibilitar de forma menos complexa a imputação do ente coletivo.

Porém, só o critério fundado unicamente na política criminal a embasar a radiação criminosa decorrente do ente jurídico, não é de todo fundamental a erigir a responsabilidade penal à pessoa moral.

De fato, somente a utilização desse critério restaria um tanto enfraquecido o novo posicionamento doutrinário e até vulnerável às críticas de toda monta, mormente daqueles que erigem a dogmática penal à punibilidade individual como óbice maior a vetar a aceitação de se estender a irradiação punitiva às pessoas morais. O principal argumento reside exatamente na manifesta incapacidade da pessoa jurídica ser sujeito de um juízo de censura e sua absoluta incapacidade de agir. De sorte que, o caráter único de política criminal e sua necessidade como alicerce na responsabilidade penal da pessoa jurídica carece de se fortalecer. E isso se dá no âmbito da própria dogmática penal.

A busca de outros elementos fundados em esteios fixos, a legitimar de forma dogmático-penal a capacidade de imputação da

pessoa coletiva, é de essencial, diria até, fundamental, a se afastar a resistência encontrada na doutrina, sobretudo a nacional.

Refutando o conceito só ontológico em que se funda a ação, o professor Figueiredo Dias¹⁶, alerta que pelo tipo de ilícito, podem ser feitas exigências normativas, dentro de um conceito ontológico de ação, a ajustá-la no contexto social:

A tese contrária (de incapacidade penal das pessoas jurídicas – inserido por nós), só pode louvar-se numa ontologização e autonomização inadmissíveis do conceito de ação, a esquecer que a este conceito podem ser feitas pelo tipos-de-ilícito exigências normativas que o conformem como uma certa unidade de sentido social. E tão-pouco me parece impensável ver nas pessoas colectivas destinatárias possíveis do juízo de censura em que a culpa se traduz. Certo que, na acção como na culpa, tem-se em vista um “ser livre” como centro ético-social de imputação jurídico-penal e aquele é do homem individual. Mas não deve esquecer-se que as organizações humanas-sociais são, tanto como o próprio homem individual, “obras da liberdade” ou “realizações do ser-livre”; pelo que pareçe aceitável que em certos domínios especiais e bem delimitados- de acordo com o que poderá chamar-se, segundo Max Muller, o princípio da identidade da liberdade – ao homem individual possam substituir-se, como centros éticos-sociais de imputação jurídico-penal, as suas obras ou realizações colectivas e, assim, as pessoas colectivas, associações, agrupamentos o corporações em que o ser-livre se exprime.

A ação, dogmaticamente considerada, fundamenta-se no carácter onto- antropológico do agir humano. Contudo, a ninguém se permite duvidar que o menor age sob as mesmas matizes do adulto, mas que, por considerações político-criminal, a dogmática-penal nega-lhe esta capacidade, no que, no plano dogmático, diferenciam-lhe do agir humano adulto.

Diria mais, na própria responsabilidade, ou seja, capacidade de imputação do agir humano em completa condição de embriagues, ai, mais uma vez a dogmática-penal, por questões buscadas na política criminal, normativamente, ou seja, de forma não ontológica, imputa

¹⁶ Dias, Jorge de Figueiredo. *Temas de Direito Penal Econômico*. Organizador Roberto Podval. RT, p. 55-56.

capacidade penal ao agente, quando quase ninguém se refuta a impossibilidade de, nessa condição, ter lhe faltado consciência no agir.

Este argumento nos vem da própria doutrina nacional, que a despeito de parte dela rejeitar a capacidade penal dos entes morais, não impõe rejeição alguma a esse modo de retirar a capacidade penal do menor ou pô-la no adulto embriagado.

Como nos mostra o professor José de Faria Costa¹⁷:

Por isso, em nossa opinião, é insuficiente fundamentar a punibilidade das pessoas colectivas em um modo de argumentação cegado à idéia de necessidade. No entanto, uma tal afirmação – se bem que correcta – não constitui mais, mas também não constitui menos, do que uma mera verificação, baseada em um juízo de natureza descritiva. Irrespondida fica, assim, a pergunta que se prende não só com o fundamento para uma tal punição, como também intratada sobre a questão de saber até que ponto uma tal punição se articula legitimamente com os princípios fundamentais do direito penal, pois, como se sabe, o grande ataque dogmático-principal que se faz a punibilidade das pessoas colectivas residiria na manifesta incapacidade destas em suportarem em juízo de censura ética (um juízo d culpa) ou até, de forma mais radical, de serem insuscetíveis de uma verdadeira capacidade de agir[...].

E prossegue o professor Português:

No sentido de fazermos uma aproximação segura ao núcleo da questão anteriormente referido, não deixará de ser útil perceber que os ordenamentos jurídicos, ao regularem determinadas matérias, criam espaços de normatividade que desencadeiam ou abrem por si mesmos linhas de força agregadoras que outra coisa não são senão *topoi*. Lugares onde se cruzam finalidades político-criminais; lugares onde se exerce o domínio da configuração jurídico-penal através dos axiomas desenvolvidos pela dogmática; e ainda lugares cujo sentido vivificador provem de um constante apelo crítico aos valores essenciais da comunidade historicamente situada’.

Cria-se aqui um espaço de normatividade cujo traço essencial é representado pela ausência de uma determinada característica. Ao menor não se pode fazer um juízo de imputação (subjectiva).

¹⁷ Costa, José de Faria, 2001, p. 168.

Na mesma linha de raciocínio, busco o problema trazido pelo professor Luiz Flávio Gomes¹⁸, quando retrata a questão da presunção de violência nos crimes sexuais contra menores.

Retrata o professor, discorrendo sobre a dogmática-jurídico penal utilizada no direito positivo, quando presume situação não real (emprego de violência), destinada à proteção da vítima menor nos crimes sexuais, por não entender as consequências resultantes da prática do sexo em razão da sua idade cronológica, a incoerência do sistema, quando esse mesmo menor, da mesma idade cronológica daquele, é tratado de forma diversa quanto a capacidade de discernimento, dirigindo-lhe capacidade penal relativa no âmbito do direito menorista, estabelecendo, no interior da dogmática penal, critérios normativos de vinculação da capacidade penal.

Transportando isso ao campo ora discutido, percebe-se que, guardando obviamente as devidas singularidades, da mesma forma se deu a evolução dos entes coletivos, tornando-se, assim, efetivamente um centro de geração de crimes, exigindo-se uma posição diversa da atual, para que se possa enfrentar a criminalidade gritante e corrente, nos vários seguimentos, econômicos, ambiental, etc.

4.O posicionamento da doutrina brasileira frente à Constituição Federal

O Brasil, não ficou alheio a esta discussão, sempre se posicionando no sentido de negar a possibilidade de responsabilizar-se penalmente à pessoa jurídica pelas ações cometidas por seus dirigentes. Esse foi o entendimento durante toda a história legislativa brasileira, que só encontrou novos ventos, com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

As Constituições Federais anteriores, não obstante, o Código Criminal do Império e da República se referirem a responsabilidade das corporações, nada trouxeram quanto a capacidade penal da pessoa jurídica.

O legislador Constituinte de 1988, preocupado com o meio ambiente e a ordem econômica, rompendo com a tradição do princípio

¹⁸ Gomes Flávio Luiz. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais**. Revista dos Tribunais, 2001, p. 38-42.

societas delinquere non potest, lançou na Constituição Federal a responsabilidade penal da pessoa jurídica, autorizando o legislador infra-constitucional legislar sobre a capacidade penal da pessoa moral.

No artigo 173, § 5º, da Constituição Federal, o legislador trouxe a responsabilidade penal da pessoa jurídica no concernente a ordem econômica e financeira e contra a economia popular; para já no artigo 225, caput declarar ser direito de todos ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações; revelando, no § 3º, a autorização de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica em atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, que restou assim redigido: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Nesse aspecto surgem críticas na forma de elaboração da norma constitucional. Embora, não as veja alguns como óbice a aceitação da responsabilidade penal da pessoa coletiva, outros há que não só as dirige a elaboração da norma, que seria defeituosa, como, nega que tenha o legislador dado autorização à interpretação que vise responsabilizar a pessoa coletiva no âmbito do direito penal.

Afirmam esses que o legislador disciplinou a matéria de forma tal a possibilitar a sanção penal ou administrativa conforme sejam pessoas físicas ou jurídicas, respectivamente, não trazendo, portanto, novidade alguma, que não já conhecida no âmbito da legislação nacional.

Na verdade, o legislador dirige ambas as sanções, tanto a um quanto ao outro. Quando pôs entre vírgulas, pessoa física e jurídica como infratores, o fez a ressaltá-los, a afastar qualquer dúvida que pudesse surgir quanto a seus autores. Pensar diferente seria aceitar que a punição administrativa seria dirigida exclusivamente à pessoa jurídica, não podendo ser aplicada à física. O que não corresponde à realidade.

Na verdade, majoritariamente, a doutrina não refuta a opção do legislador quando pôs na Constituição a pessoa jurídica com capacidade de delinquência, muito embora, restringindo-a aos crimes contra a ordem financeira, econômica e ambiental.

Com isso o legislador ordinário, seguindo o sinal verde estabelecido pela Constituição, através da lei 9.695/98, lei dos crimes de meio ambiente, estabeleceu sem qualquer dúvida a responsabilidade penal da pessoa jurídica, prevendo sanções penais adequadas aos destinatários da norma.

5. A dupla imputação

O problema como fora demonstrado nos revelou as argumentações que nos leva a refletir o verdadeiro ganho social, se adotarmos, e, sobretudo, aplicarmos o direito penal em combate aos delitos levados a efeito pelas pessoas jurídicas, impondo sanções não só aos seus membros responsáveis pelos comandos, quanto da própria pessoa jurídica a qual se destinou o interesse de agir em prol de quem foi praticada a conduta. Funda, assim, a Lei 9.605/98, em seu parágrafo único do artigo 3º, a dupla imputação, denotando-se que o cometimento de um delito pela empresa, nasce a necessidade de punição dela própria, sem exclusão das pessoas físicas que por ela agiu, sem se poder falar em *bis in idem*.

O argumento decisivo à utilização da dupla imputação está exatamente no fato da pessoa jurídica ser um ser distante do da pessoa física pela qual se deu sua ação.

Permite-se assim, utilizando-se a teoria da vontade real, que se possa sancionar o membro da empresa, desde que tenha estreita ligação com ela, utilizando-se do poderio que possui à prática do delito ambiental, como, concomitantemente, sancionar a própria pessoa jurídica pelo mesmo fato¹⁹.

Criado no sistema Francês, a dupla imputação visa impedir que a sanção pela prática do crime recaia somente na pessoa jurídica, deixando, deste modo, impune o agente físico.

6. A utilização de outros ramos do direito voltados à punição da pessoa jurídica

No pertinente a utilização da pena criminal à pessoa jurídica, Shecaira²⁰ defende a utilização do direito penal clássico em contradição ao demais ramos do direito, em razão do cunho aflictivo da sanção penal:

¹⁹ Shecaira, Sérgio Salomão. Cf. p. 174.

²⁰ Shecaira, Sérgio Salomão. Cf. p. 124.

Um outro aspecto a se abordar é aquele que diz respeito à necessidade de uma pena de cunho processual criminal e não de uma medida semelhante no plano administrativo ou civil (através de multas). Para um ato ilícito cometido pela empresa a melhor resposta estatal é, sem dúvida alguma, a imposição de uma pena. A inflição de uma pena que tenha um caráter público, de prevenção geral positiva combinada com uma prevenção especial não marcada pelo retributivismo.

Isto a nosso ver se justifica pelo aspecto mais aflitivo da sanção penal, em cujo centro está uma reprovação ética mais efetiva do comportamento sancionado, que se reflete na própria imagem da pessoa jurídica. É essa profunda diferença entre a multa penal e aquela de caráter administrativo. Não é por outra razão que países que têm uma forte vocação pragmática, como os de *Common Law*, recorrem às sanções penais contra a pessoa jurídica. Se trilham esse caminho é porque fazem uma distinção entre a maior eficácia prática deste tipo de sanção, que imprime à pessoa jurídica uma marca indelével, e a que teriam sanções de outra natureza.

Vejo com reservas a sustentação da necessidade de aplicação da pena criminal tendo como fundamento o seu caráter aflitivo, portanto, estigmatizante, o que descamba à utilização da teoria geral da pena, quando hodiernamente a ela se lança críticas, demonstrando-se incapacidade a que se propõe.

Tem a pena, para essa teoria, tanto o caráter de prevenção geral negativa, diante da aplicação concreta da pena ao indivíduo, objetivando contramotivar condutas, persuadindo aos cidadãos a agirem conforme o direito, demovendo-os da prática de crimes (como se percebe, os delitos continuam a ocorrer, conclui-se que essa teoria não se demonstra na prática), quanto retribuição geral positiva, quando o Estado se serve da pena para conservar e avigorar a confiança do grupo social na norma e, por conseguinte, no ordenamento jurídico penal, muito embora, tantas vezes já violado.

Jorge de Figueiredo Dias²¹, um dos simpatizantes dessa teoria não escapa de lançar-lhe críticas nesse sentido:

O grande argumento que sempre se repete contra as doutrinas da prevenção geral é aquele que já acima deixei

²¹ Dias, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 101.

apontado relativamente a todas as doutrinas da prevenção: o de que, comandadas apenas por considerações pragmáticas, eficientistas e, numa palavra, funcionais, elas fazem da pena um instrumento que viola, de forma inadmissível, a eminente dignidade da pessoa humana à qual se aplica.

Outra saída seria a utilização de um direito Administrativo Sancionador ou como quer Hassemer, Direito de Intervenção, ou no Direito Penal de terceira velocidade, nas palavras de Silva Sánchez²², levando-se em consideração a incapacidade do direito penal clássico de solucionar os problemas da criminalidade nas sociedades pós-industriais.

Defende o autor alemão, Hassemer o uso do Direito de Intervenção, que estaria situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, flexibilizando-se as garantias individuais, a fim de se alcançar com mais presteza a punição, enquanto o prof. espanhol defende como ponto de partida, um direito penal mais distante do núcleo criminal, onde impor-se-ia penas mais próximas à sanções administrativas, diminuindo os critério de imputação e as garantias político-criminais.

Afirma o professor espanhol²³:

A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a conseqüente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manutenção do significado 'penal', dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão.

[...] a propósito do Direito Penal econômico, por exemplo, caberia uma flexibilização controlada das regras de imputação (a saber, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro etc), como também dos princípios político-criminais (por exemplo, o princípio da legalidade, o mandato de determinação ou o princípio de culpabilidade).

²² Sánchez, Jesús Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

²³ Sánchez, Jesús María Silva. *Ibidem*, p. 146.

7. Conclusão

Vê-se, portanto, a ampla margem que nos é fornecida, hoje, à solução em busca da responsabilidade, por seus atos, da pessoa jurídica, restando a controvérsia, da necessidade de utilização do direito penal clássico a conter o índice de criminalidade econômica, mormente quando as ações delituosas são cometidas sob o manto da complexidade de que se perfaz os entes coletivos, ou se utilizar-nos-emos de um tipo de Direito Administrativo Sancionar, ou valendo-se das lições de Silva Sánchez de um Direito Penal de terceira velocidade, onde haveria flexibilizadas as regras de processuais e de garantias em razão da menor intensidade da sanção prevista, tudo buscando, sem dúvida conter esse novo tipo de criminalidade gerada no interior das pessoas jurídicas.

DOIS PESOS E DUAS MEDIDAS PARA PRESERVAR A ÉTICA: IRREPETIBILIDADE E RETROATIVIDADE DO ENCARGO ALIMENTAR

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

SUMÁRIO

1.Introdução. 2. Dois pesos e duas medidas para preservar a ética: irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar 3. Conclusão.

1. Introdução

Em sede de alimentos há dogmas que ninguém questiona. Talvez um dos mais salientes seja o princípio da irrepetibilidade. Como os alimentos servem para garantir a vida e se destinam à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência é inimaginável pretender que sejam devolvidos. Esta verdade é tão evidente que até é difícil sustentá-la. Não há como argumentar o óbvio. Provavelmente por esta lógica ser inquestionável é que o legislador sequer preocupou-se em inseri-la na lei. Daí que o princípio da irrepetibilidade é por todos aceito mesmo não constando do ordenamento jurídico.

Há um punhado de outras regras que regem a obrigação alimentar e que também dispensam justificativas. Uma delas é a necessidade de ser obedecido o parâmetro possibilidade/necessidade, que até já passou a ser chamado de trinômio: proporcionalidade/possibilidade/necessidade.

O princípio da proporcionalidade é que norteia a fixação dos alimentos, tendo por pressuposto as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentando. Como o encargo decorre do poder familiar, do dever de mútua assistência, dos vínculos de parentesco e da solidariedade familiar dispõe de um componente ético. Não dá para permitir que pessoas que mantêm – ou deviam manter – um vínculo afetivo vivam em situação de flagrante desequilíbrio. Esta é a origem do balizamento que norteia a fixação dos alimentos.

A imperativa necessidade de ser obedecido o critério da proporcionalidade é de tal ordem que a lei chega a afirmar que a sentença que fixa os alimentos não faz coisa julgada (LA art. 15). Claro que a doutrina corrigiu este exagero do legislador ao demonstrar que a assertiva esta condicionada à ponderação *rebus sic stantibus*. Flagrada afronta ao princípio da proporcionalidade ou mudança de um dos vértices da equação possibilidade/necessidade permitem, a qualquer tempo, que seja revisado o valor dos alimentos.

2. Dois pesos e duas medidas para preservar a ética: irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar

Como se trata de obrigação que se propaga no tempo, as demandas revisionais são as que mais freqüentam as varas de família. Credores e devedores buscam a majoração, a redução ou a exoneração dos alimentos, sempre sob o fundamento de estar rompida a regra da equidade de valores.

Em face do temor da morosidade da justiça, não há pretensões referentes a alimentos que não tenham o colorido da urgência. Aliás, a Lei de Alimentos determina que o juiz fixe alimentos provisórios já ao despachar a inicial, mesmo que o autor não os requeira. Só poderá deixar de fazê-lo se a parte expressamente afirmar que deles não necessita (LA, art. 4º).

Não só as ações de alimentos vêm acompanhadas do pedido de tutela antecipada. Também as ações revisionais e exoneratórias são todas acompanhadas de pedidos liminares. Ninguém quer esperar a audiência de conciliação, a resposta do réu, a produção das provas, a coleta dos depoimentos e a manifestação do Ministério Público. Todos vêm a juízo alegando iminência de dano irreparável para obter liminarmente o direito reclamado.

Claro que alimentos provisórios precisam ser deferidos desde logo pois – para usar a frase que consagrou Betinho – a fome não espera. Fixados alimentos provisórios em sede liminar, sem ao menos ouvir o réu, na medida em que aportam elementos probatórios aos autos, o valor dos alimentos provisórios vão sendo redimensionados, para mais ou para menos. Os novos valores definidos a partir de novas revelações e provas impõem que o *quantum* fixado passe a valer desde logo. Afinal, as decisões anteriores foram exaradas com um espectro de

cognição mais limitadas. Esta regra vale até quando a redefinição do valor dos alimentos é levada a efeito na sentença. Apesar do que dizem o art. 14 da Lei de Alimentos e o inc. II do art. 520 do CPC, a sentença, mesmo sujeita a recurso, tem efeito imediato. A apelação é recebida no duplo efeito: devolutivo e suspensivo. Esta, aliás, é a segura orientação do STJ.

Como as ações alimentárias sempre se fazem acompanhar de pedido liminar e como há possibilidade de o valor fixado sofrer variações ao longo da instrução da demanda, encorajou-se o legislador a emprestar eficácia à sentença para alguém de seu trânsito em julgado. Daí o comando constante da Lei de Alimentos, que empresta “em qualquer caso” efeito retroativo à data da citação (LA 13 § 2º).

A regra, de singeleza ímpar, traz determinação clara e se justifica na máxima: a citação constitui o réu em mora (CPC 219). Assim, existente a obrigação alimentar, não dá para livrar o réu do dever de prestar alimentos. Na eventualidade de não terem sido fixados alimentos provisórios – sendo estabelecidos na sentença ou em sede recursal – indispensável emprestar efeito retroativo à decisão que, de modo definitivo, quantifica a obrigação. No momento em que a decisão transita em julgado há a necessidade de seu adimplemento desde quando tomou ciência o réu da ação. A indispensabilidade de emprestar efeito retroativo à sentença resta evidenciada nas ações investigatória de paternidade em que inexistiu fixação de alimentos provisórios. Esta orientação também se encontra canalizada nos tribunais.

Dita regra tem outra razão de ser. Não dispondo a sentença de eficácia *ex tunc*, ou seja, não passando a ser exigível o encargo desde a citação, claro que o réu terá todo o interesse em ver a ação arrastar-se, pois, enquanto não julgado o processo, simplesmente estaria livre do dever de pagar alimentos. A mesma lógica vale não só para as ações de alimentos, mas também para as demandas em que o autor pleiteia a majoração do pensionamento. Às claras que não tem o réu qualquer interesse em ver a ação ultimada. Vindo a majoração a ocorrer, e não dispondo a decisão de efeito retroativo, não é difícil imaginar as manobras protelatórias de que fará uso para retardar o trânsito em julgado da sentença. O decurso de cada mês o livra de uma prestação alimentícia.

O mesmo cabe ser dito quando, fixados alimentos provisórios, são eles majorados na sentença. Este fato é muito comum, principalmente nas ações de oferta de alimentos. Adianta-se o devedor oferecendo os alimentos que ele entende devidos, mas que nem sempre atendem ao critério da proporcionalidade. Somente a instrução permite estabelecer o correto equilíbrio, o que, muitas vezes, leva os alimentos definitivos a serem superiores ao valor ofertado.

Também quando da propositura da ação de alimentos, difícil ao autor comprovar os ganhos do réu para subsidiar a decisão que fixa os alimentos provisórios. Aliás, este é o motivo que leva à inversão dos ônus probatórios. Ao autor basta provar a obrigação do réu, cabendo a este comprovar seus ganhos e rendimentos. Proposta a ação pelo filho, desconhecendo as possibilidades do genitor com quem muitas vezes não convive, de modo muito freqüente a verba provisória é fixada de modo acanhado. É no decorrer da instrução probatória que consegue o juiz fixar os alimentos atendendo ao critério da proporcionalidade. Bastam esses exemplos para evidenciar que os alimentos fixados precisam retroagir à data da citação. Se assim não fosse, às claras que tudo fará o réu para retardar o deslinde da ação.

Toda esta lógica que salta aos olhos na ação de alimentos e na que busca majorar o encargo alimentar, não se sustenta nas ações de redução ou de exoneração de alimentos. Reduzido o valor da verba alimentar ou fixados os alimentos definitivos em valor inferior à verba provisória, descabe emprestar efeito retroativo à sentença. O mesmo se diga quando a sentença exclui o dever de alimentos. Empréstimo de efeito retroativo à sentença que reduz o seu valor ou excluir a obrigação afronta o princípio da irrepetibilidade do encargo alimentar.

Portanto, se a decisão final fixa alimentos em valor superior aos provisórios, o novo montante alcança todas as parcelas vencidas desde a data da citação. Porém, se a sentença fixa a pensão em valor menor que o estabelecido em sede liminar, o novo montante vale somente para as prestações futuras. Portanto, é do confronto entre alimentos pretéritos e futuros, provisórios e definitivos que se identifica se a sentença dispõe de efeito *ex tunc* ou *ex nunc*. O que parece ser uma contradição – dois preços e duas medidas – e uma afronta ao princípio da igualdade, não o é.

Os motivos são vários. Quando a sentença fixa montante maior ao estabelecido anteriormente ou em sede liminar, impor o pagamento do novo valor desde a data da citação não estimula o devedor a fazer uso de mecanismos para evitar o deslinde da ação. Não se pode olvidar que os alimentos provisórios são fixados em sede de cognição sumária. Quando são estabelecidos em definitivo – diante da prova das reais condições das partes – este era o montante que deveria ter sido pago desde o princípio. Esta é a regra. Mas isso só vale quando há majoração do encargo. Se houve o achatamento ou a exclusão dos alimentos, não dá para invocar o mesmo comando, pois não é possível determinar que alimentos sejam restituídos.

Mas esta não é a única razão para admitir o tratamento diferenciado a situações díspares. Admitir a possibilidade de fazer retroagir o valor fixado a menor – ou até na hipótese de exclusão dos alimentos – incentivaria o inadimplemento. Como os alimentos, repita-se, são irrepetíveis, aquele que pagou o valor devido até a data da sentença não teria como reaver a diferença. Somente seria beneficiado quem não pagou a verba alimentar, aquele que se quedou inadimplente à espera da sentença. Dita solução, sim, é que afrontaria o princípio da igualdade.

Está é a única lógica que a situação impõe, sob pena de o ingresso da demanda revisional intentada pelo alimentante incentivá-lo a deixar de pagar os alimentos ou a proceder a redução do seu valor do modo que melhor lhe aprouver. Admitir tal daria ensejo, inclusive, à suspensão do processo de execução. Sob o fundamento de que o encargo alimentar pode ser reduzido ou excluído, e admitida a possibilidade de ser concedido efeito retroativo à mudança, tal geraria o direito de sustar o pagamento até o trânsito em julgado da demanda revisional. O resultado seria desastroso. Além de incentivar o inadimplemento, induziria a todos que são executados a buscarem a via judicial, propondo ação de redução ou exclusão do encargo, tão só para ver a execução suspensa.

A regra do inc. II do art. 13 da Lei de Alimentos não tem aplicação quando o valor dos alimentos foi reduzido ou houve a exoneração do encargo alimentar. Prevalece o princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Portanto, achatado o valor dos alimentos ou extinta a obrigação, a decisão judicial não dispõe de efeito retroativo, não alcançando as parcelas vencidas e não pagas. Somente quando os

alimentos são majorados, por meio de sentença transitada em julgado, é que se pode falar em efeito retroativo à data da citação.

3. Conclusão

Qualquer outra solução gera impasse absolutamente desarrazoado. Primeiro estimularia o devedor a cessar o pagamento dos alimentos ao intentar a ação de redução ou de extinção dos alimentos, aguardando o provável resultado positivo da ação. Igualmente, proposta execução, às claras que o devedor irá ingressar com ação revisional ou de exoneração, podendo requerer a suspensão da demanda executória até o julgamento da ação em que procura achatar ou excluir o encargo alimentar. Tudo isso para se beneficiar do efeito retroativo da sentença e deixar de pagar o valor devido.

A retroatividade aceita por alguns julgados sequer leva em conta a afronta ao princípio da igualdade, pois pune o alimentante que cumpre com o pagamento e beneficia o devedor inadimplente. Vetada a devolução das parcelas pagas, o que pagou não pode pleitear compensação ou cobrar as diferenças, enquanto aquele que se quedou em mora irá beneficiar-se com o descumprimento do encargo alimentar.

A não ser que se pretenda romper com o princípio da irrepetibilidade, não há como sujeitar o credor dos alimentos a se ver processado para devolver as parcelas percebidas desde quando foi citado na ação revisional ou exoneratória. Assim, por qualquer ângulo que se atente ao tema, não é possível deixar ao bel prazer do devedor o direito de suspender o pagamento dos alimentos para se beneficiar de sua omissão.

Elementares princípios éticos não permitem.

A ADEQUAÇÃO DO CUSTOS IURIS AO NOVO PERFIL MINISTERIAL

Millen Castro Medeiros de Moura

Promotor de Justiça de Valente (BA)

SUMÁRIO

1. Síntese dogmática. 2. Fundamentação. 2.1. A revisão da atividade interventiva do Ministério Público. 2.2. A transfiguração das leis determinantes da intervenção. 2.2.1. Nas habilitações de casamento. 2.2.2. No direito de família e de sucessões. 2.2.3. Nos mandados de segurança. 2.2.4. Nos procedimentos de jurisdição voluntária. 2.2.5. Nos Recursos interpostos por Terceiros. 3. Conclusão. 4. Proposições.

1. Síntese Dogmática

Apesar de compatível com a atual feição ministerial, a função interveniente merece ser revista, porque possui menor relevância social, limitando-se, quase sempre, aos interesses das partes, por isso o Ministério Público deverá priorizar sua atuação como agente promotor de medidas. Os dispositivos legais relativos à atividade do custos iuris devem ser interpretados em consonância com o perfil da instituição delineado pela Constituição Federal, portanto a manifestação ministerial quanto ao mérito em feito cível iniciado por terceiros só deverá ocorrer quando este envolver interesses individuais indisponíveis ou de grande abrangência coletiva.

2. Fundamentação

2.1. A revisão da atividade interventiva do Ministério Público

Ao traçar uma nova feição para o Ministério Público, a Constituição Federal considerou-o guardião da coletividade, determinando-lhe uma postura mais atuante, ao usar, nos quatro primeiros incisos do art. 129, o verbo promover. Isso modificou a feição desse relevante órgão, pois, até pouco tempo, ele atuava exclusivamente

Tese aprovada no XVI Congresso Nacional do Ministério Público (novembro de 2005). Revista e atualizada. Publicada na *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, n. 13, jan-dez 2006.

perante o Judiciário; hoje, seu trabalho passa a responsabilizá-lo pela intervenção direta na sociedade em busca de soluções – que nem sempre são processuais nem judiciais – inclusive por meio do inquérito civil, instrumento cujo poder e cuja relevância ainda se encontram pouco explorados.

Tradicionalmente, o *Parquet* ficou conhecido como encarregado de deflagrar a ação penal e de intervir, como *custos iuris*, em algumas causas cíveis de reduzida repercussão social iniciadas por terceiros, que, em tese, envolveriam interesse público. Em que pese a relevância, para aquela época, das funções predominantes sob o regime anterior à Carta Cidadã de 1988, muito pouco restou daquele Ministério Público, que deixa o berço esplêndido, onde se encontrava acomodado, para assumir sua verdadeira vocação social, com novos e vastos atributos.

O Código de Processo Civil e a maioria das outras normas anteriores à nova ordem constitucional têm índole individualista, até porque, quando promulgados, quase não se debatia sobre a coletivização de demandas. Por sua vez, a Carta Magna, de cunho social-democrata, abordou essencialmente a questão dos direitos sociais, a ponto de constituir o Ministério Público como o guardião destes. Dada a hierarquia das normas, não se pode interpretar o papel do *Parquet* somente no âmbito do Código de Processo Civil, e sim conforme a Constituição Federal, que sequer menciona expressamente o papel interventivo, embora se possa enquadrá-lo entre as funções compatíveis (art. 129, *caput*, inciso IX). Há, pois, de se compatibilizarem as disposições legais que impõem a função de *custos iuris* do Ministério Público ao seu novo perfil constitucional, que enfatiza sua atuação como órgão agente e almeja a redução das hipóteses de intervenção passiva no processo civil.

A intervenção processual, muitas vezes em feitos de pouca ou quase nenhuma relevância social, tornou-se tarefa que consome enorme tempo do membro ministerial e que, em algumas vezes, continua a existir por mera tradição, sem reflexão quanto à sua relevância ou adequação ao perfil institucional. O seu preço tem sido muito alto, principalmente para a sociedade, dada a incidência intolerável de desrespeito a seus interesses mais básicos, que não estão sendo corretamente defendidos pelo Promotor de Justiça assoberbado por tantos processos. Exatamente por isso, defende-se a idéia de que, mesmo nas hipóteses legais de intervenção do *Parquet*, este precisa verificar se, no caso sob exame, existe, de fato, o interesse público que levou a norma a determinar sua manifestação.

O fato de o feito envolver interesse público não significa que o Ministério Público deva discutir direitos que não foram a causa de sua intervenção. A demanda sobre honorários advocatícios, mesmo numa ação de alimentos, a divisão de bens entre os cônjuges num divórcio são exemplos de matérias nas quais o Promotor nem deveria intervir, por fugirem à questão de estado que reclamou sua presença. “O campo da atuação do Ministério Público nessas causas é só esse: zelar para que não haja disponibilidade indevida do interesse; não é sua tarefa discutir outros aspectos periféricos.”¹ Há quem entenda indispensável oferecer parecer em todas as fases processuais, no entanto a ciência dos principais atos, com eventual manifestação facultativa se necessária, mostra-se suficiente para preservar o interesse público. “Somente o abandono de todas as atribuições sem relevância social e que não coadunam com o atual perfil constitucional tornará possível uma atuação eficiente na área criminal e dos direitos sociais, inclusive com remanejamento interno de Promotores e Procuradores de Justiça, ganhando-se o reconhecimento de toda sociedade.”²

Apesar disso, o Ministério Público permanece intervindo em processos nos quais há evidente disponibilidade dos direitos envolvidos ou de pequena relevância social, como o mandado de segurança relativo a interesses econômicos, acidente de trabalho, separação e divórcio que não envolvem menores, habilitações de casamento, alvarás, inventários em que não há incapazes. Tais situações não podem continuar, pois, apesar da taxatividade das leis ordinárias quanto à intervenção ministerial, não haverá irregularidade alguma no ato do Promotor de Justiça que se escusa de manifestar-se nesses feitos, eis que tais normas precisam ser relidas em razão dos arts. 127 e 129 da Carta Magna: enquanto aquele traça o perfil institucional, este determina que somente se conferirão outras atribuições ao Ministério Público se compatíveis com sua finalidade, ou seja, desde que realmente presente o interesse público.

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil: críticas e perspectivas. In SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: RT, 2003, p. 163.

² BORGES, Paulo César Corrêa. Imediato abandono da verificação de habilitação de casamento. *APMP Revista*, São Paulo, n. 33, jun./jul. 2000, p. 34.

2.2. A Transfiguração das Leis Determinantes da Intervenção

A interpretação de uma lei deve ser feita em conformidade com a época de sua aplicação, ou seja, ela passa por uma mutação gradual de acordo com a estrutura normativa da legislação mais nova, de forma a oferecer-lhe um novo sentido dos objetivos teleológicos. Modificando-se o direito constitucional, necessariamente há de ser readequada a aplicação da norma inferior, sob pena de esta não ser recepcionada. Ocorre, aqui, o fenômeno da transfiguração, citado por Canotilho Gomes: “Essa transfiguração de um dispositivo legal pode verificar-se notadamente, em virtude do advento de outra Constituição, caso em que esta passa a ser o fundamento de validade das leis pretéritas, o que não raro, muda radicalmente o respectivo sentido.”³ Todo exercício hermenêutico reclama uma atividade contínua de superação de entendimentos contrastantes, para que as leis “possam ser aplicadas em consonância com as exigências da sociedade em determinado momento e lugar.”⁴ Essa exegese pode ser influenciada: (a) pelas mudanças na estrutura do ordenamento jurídico; (b) por uma clara tendência da legislação mais recente; (c) por uma nova compreensão da *ratio legis* ou dos critérios teleológico-objetivos e (d) por necessidade de adequação das normas anteriores à Constituição aos princípios constitucionais supervenientes. Tais fatores podem fazer que uma interpretação, que antes era correta, deixe de sê-lo (CANOTILHO GOMES, 1995, p. 809). Por conta disso, há de se ler toda a atuação do Ministério Público como *custos iuris*, baseando-se-a no seu perfil constitucional.

2.2.1. Nas Habilitações de Casamento

Indaga-se qual seria a relevância da intervenção do Ministério Público nas habilitações de casamento. Nos termos do artigo 67 da Lei nº 6.015/73⁵, ela se fundamentava na necessidade de resguardar-se uma

³ CANOTILHO GOMES, J.J. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 138.

⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 167.

⁵ Art. 67. § 1º Autuada a petição com os documentos, o oficial mandará afixar proclamas de casamento em lugar ostensivo de seu cartório e fará publicá-los na imprensa local, se houver; em seguida, abrirá vista dos autos ao órgão do Ministério Público, para manifestar-se sobre o pedido e requerer o que for necessário à sua regularidade (...).

eventual nulidade do casamento, instituto à época tão relevante ao qual, inclusive, atribuíra-se a indissolubilidade. Essa superproteção se tornou inócua ou dispensável, com a Lei nº 6.515/77 (do Divórcio). Associado a isso, vieram as Leis nº 9.278/96 (que regula a união estável), nº 10.352/01 (que modificou o artigo 475, inciso I, do CPC, não mais sujeitando as ações de anulação de casamento ao reexame necessário, o que demonstra a ausência de interesse público nesse instituto) e nº 10.406/02 (que instituiu o novo Código Civil e modificou o conceito de entidade familiar); tudo a ressaltar a disponibilidade dos direitos envolvidos na habilitação de casamento, que tem praticamente interesse de caráter patrimonial dos nubentes. Todos esses fatos, associados, levam à conclusão de que a manifestação do Ministério Público nessa área transformou-se em mera formalidade, sem fins protetivos.

Com o novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), tornou-se mais pífia a participação ministerial. Pela topografia dos dispositivos pertinentes, observa-se que o Promotor de Justiça hoje se constitui em mero conferente da documentação acostada pelos nubentes, já que o procedimento ser-lhe-á remetido antes mesmo da publicação do edital, e não mais depois do prazo de manifestação de terceiros quanto aos impedimentos.

Ora, não há qualquer interesse público ou mesmo utilidade prática em tal função, pois o Oficial do Cartório do Registro Civil pode muito bem exercer essa atividade, como, de fato, já o vem fazendo. Alegar que o Ministério Público está, nesse caso, agindo como fiscal da lei é atribuir demasiada importância a essa vistoria, principalmente quando inexiste qualquer valor social nessa atividade, enquanto atribuições mais relevantes estão a exigir o zelo dessa instituição. Considerar que estaria atuando como fiscal dos registros públicos não justifica esse absurdo, pois o exame dos documentos não existe nos pedidos de assento de nascimento, óbito, emancipação ou outros atos cartorários do registro civil, tão ou mais relevantes que a habilitação de casamento. Além de desmerecer até mesmo a inteligência do serventuário, ao determinar que o Promotor de Justiça verifique se este recebeu e juntou a documentação do art. 1.525 do Código Civil, esta norma impõe dupla fiscalização, eis que o juiz, ao realizar a homologação (também despicienda), irá examinar os mesmos requisitos.

Por mais que se tente extrair a razão dessa intervenção ministerial, não há como se deduzir a relevância social, os interesses sociais ou indisponíveis envolvidos. Ressalte-se que essa atuação afronta a Carta Magna, que, no art. 98, II, incumbiu-a a outro órgão, ao determinar que os Estados criem “a justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, *verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação* (...)” (grifos nossos). Ademais, o art. 30 do ADCT manteve os atuais juízes de paz, conferindo-lhe os mesmos direitos e atribuições dos que virão a ser eleitos, por isso eles é que deverão conferir as habilitações de casamento, assim “deve o Ministério Público imediatamente deixar de se manifestar em processos de habilitação, entregando referido mister aos atuais juízes de paz” (BORGES, 2000, p. 36). Evidentemente, onde não existe essa Justiça especial nem os juízes de paz anteriores à Constituição, deverá o Estado desincumbir-se de criá-la, e não o Ministério Público continuar a usurpar essa função pública que pertence àquela, sob pena de nunca ela vir a ser instituída por comodidade dos governantes. Mostra-se evidente a opção da Lei Superior pela racionalização da atuação do Judiciário e do Ministério Público ao retirar-lhes essas atividades, que pouca importância social possuem, e atribuírem-nas a leigos, entretanto a norma ordinária, numa evidente incoerência, insiste em amesquinhar a função ministerial e exigir a sua manifestação.

Deve, pois, o *Parquet* deixar de se manifestar em habilitações de casamento regulares que envolvam simples conferência de documentos, passando a fazê-lo somente em casos excepcionais, tais como oposição de impedimento (Lei nº 6.015/73, artigo 67, § 5º), justificação de fato necessário à habilitação (artigo 68) e pedido de dispensa de proclamas (artigo 69), na esteira do que já recomendaram os Colégios de Procuradores de alguns Estados, como São Paulo.⁶

2.2.2. No Direito de Família e de Sucessões

Necessário também rever a intervenção do Ministério Público nas ações de separação judicial e divórcio. Antes considerado instituição sagrada e indissolúvel, o casamento transformou-se em mero

⁶ Ato (N) Nº 289/2002-PGJ/CGMP/CPI, de 30 de agosto de 2002 (Pt. nº37.525/02), publicado no DOE, Poder Executivo, Seção I, São Paulo, 112 (166), Sábado, 31 de agosto de 2002 p.34.

contrato passível de ser desfeito pela vontade das próprias partes. Além disso, a união estável, pela própria Constituição Federal, passou a ser equiparada ao casamento. Por que, então, permanecer interferindo necessariamente nos feitos que envolvem este se não há a mesma obrigatoriedade quanto aos referentes àquela? Não bastasse isso, com a banalização das separações e divórcios, fruto de modificação social, não é exigido mais aquele rigor em insistir-se em manter o vínculo matrimonial; o esforço dos Promotores deve passar a recair somente nos interesses dos incapazes envolvidos, não mais em relação a aspectos patrimoniais e conjugais apenas, que não possuem qualquer relevância social, idéia que, a cada dia, vem alcançando maior número de defensores:

Mas, não havendo motivos para duvidar do equilíbrio das disposições ajustadas harmonicamente entre cônjuges maiores e capazes, não haveria por que intervir o Ministério Público, até porque, no dia-a-dia, são esses mesmos cônjuges que dispõem de seu patrimônio, cuidam dos filhos e sustentam o lar (MAZZILLI, 2003, p. 169).

O Ministério Público não pode mais atuar como guardião do vínculo conjugal ou societário. A Carta Magna consagrou a dissolubilidade do casamento e reconheceu, como entidade familiar, qualquer dos pais e seus descendentes, prescindindo daquele vínculo conjugal, portanto não se pode falar mais que a indissolubilidade do casamento equivale à preservação da família e que aquela seria, em tese, interesse social.

O mesmo se diga quanto à ação de meação e justificativa de concubinato proposta entre partes capazes que buscam a declaração da união estável e conseqüente divisão dos bens, sem qualquer pedido concernente a filhos incapazes, ação que não apresenta os requisitos do art. 82, do CPC, uma vez que a hipótese não envolve questão de estado e o interesse material é disponível, não importando que o feito tramite pela Vara de Família, como, inclusive, já reconheceu a jurisprudência:

Concubinato – Ação a ele relativa – Descabimento da intervenção do Ministério Público – Sociedade de fato que, embora com maior proteção conferida pela CF (art. 226, § 3º), não erigiu à condição símile do casamento – Hipótese, portanto, não prevista no art. 82 do CPC (AI 157.601-1 – 7ª Câmara. Cív. – TJ-SP – j. 23.10.91, Rel. Des. Sousa Lima – RT 674:120).

O Ministério Público não precisa fiscalizar ações de separação de corpos entre capazes, sem pedido relativo a filhos menores. O descumprimento do dever conjugal de coabitação não extrapola os limites dos interesses individuais de cada cônjuge, nada podendo o Promotor de Justiça fazer, em caso de descumprimento de um deles caso o outro se resigne e não o acione, o que explicita a disponibilidade de tal direito.

Não há também por que o *Parquet* intervir nas cautelares de arrolamento de bens, preparatórias ou incidentais de separação judicial entre capazes, pois, nesses casos, a discussão refere-se à titularidade dos cônjuges sobre bens patrimoniais, portanto interesses individuais disponíveis.

Em qualquer dessas ações supracitadas que envolvam cônjuges ou companheiros, o Promotor de Justiça deve manifestar-se somente quando elas envolverem interesses de incapazes, por força do inciso I do art. 82 do CPC, e não mais para “preservar o vínculo matrimonial”, tarefa que há muito deixou de constituir interesse público. Abraçando essa tese, a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo editaram recomendação facultando a intervenção ministerial na maioria dessas hipóteses.⁷ Trata-se de entendimento moderno, a ser seguido pelo legislador processual civil, o qual deve espelhar-se no Código de Processo Civil português, cujos arts. 1407 e 1408, ao cuidarem do divórcio e da separação judicial, nada mencionam acerca da intervenção ministerial. Com isso, a intervenção se justificaria não pela natureza da lide, que hoje não mais engloba interesse público, mas pela presença de incapazes, quando existentes.

Da mesma forma, nos inventários cujos herdeiros são capazes, mesmo havendo disposição de última vontade, o Ministério Público deve deixar de intervir, afinal o objeto da ação é renunciável e, portanto, disponível. Há de acabar o ranço do passado em que se buscava preservar a vontade do *de cujus*, a qual já foi perfeitamente exposta em ato público, geralmente lavrado perante serventuário da justiça, cabendo ao magistrado fazê-la valer. Não se vislumbra qualquer interesse

⁷ Art. 3º do Ato (N) Nº 313/03 - PGJ-CGMP, de 24 de junho de 2003 (Pt. nº 55.615/03), publicado no DOE, Poder Executivo, Seção I, São Paulo, 113(117), quarta-feira, 25 de junho de 2003 – p. 35.

indisponível, seja pela qualidade da parte, que era capaz, seja pela natureza da lide, na qual não existe indisponibilidade.

Nas ações de alimentos, entre partes maiores e capazes, não há interesse público social ou individual indisponível, apenas hipossuficiência financeira, a qual, por si só, não exige a intervenção ministerial. O pedido, em tais hipóteses, não extrapola os limites dos interesses individuais dos ascendentes e descendentes ou dos ex-esposos. Em tais casos, qualquer dos interessados pode renunciar ou nem os demandar, hipóteses em que o Ministério Público não possui legitimidade para eventual substituição processual. Mais uma vez demonstrando ter avançado na racionalização, no art. 3º, IV, do ato supracitado, a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral em São Paulo facultaram a intervenção em tais hipóteses.⁸

2.2.3. Nos Mandados de Segurança

Matéria que merece profunda releitura é a interferência ministerial no mandado de segurança. A Lei nº 1.533/1951 estabelece a imperativa remessa dos autos ao representante ministerial após as informações da autoridade coatora, independentemente de a ação versar sobre interesses indisponíveis ou disponíveis. Essa oitiva vem sendo considerada como obrigatória manifestação quanto ao mérito. Tal posição poderia até ser aceita antes do atual texto constitucional, porque, na época da edição daquela lei, imperava a noção de que cabia ao *Parquet* a representação judicial da União, contudo essa função deixou de pertencer-lhe, pois o art. 129, *caput*, IV, da Constituição Federal proibiu-lhe a representação judicial dos interesses de pessoas jurídicas de direito público.

Tornou-se regra, atendendo-se apenas ao rito, os Promotores de Justiça emitirem pronunciamento em torno do mérito de todos os mandados de segurança. Essa forma de atuar gera uma situação paradoxal e insustentável juridicamente: pretensões idênticas podem ser, ou não, analisadas pelo Ministério Público, a depender de o advogado escolher recorrer ao *mandamus* ou a uma ação de conhecimento ou a uma cautelar. Imagine-se um funcionário público que tenha sido despedido e entenda que

⁸ Art. 3º do Ato (N) Nº 313/03 - PGJ-CGMP, de 24 de junho de 2003 (Pt. nº 55.615/03), publicado no DOE, Poder Executivo, Seção I, São Paulo, 113(117), quarta-feira, 25 de junho de 2003, p. 35.

esse ato ocorreu em contrariedade ao direito. Essa pessoa terá a seu dispor dois caminhos – ambos, conduzindo à satisfação de seu direito: o mandado de segurança e o procedimento ordinário. Se optar por aquele, haveria exigência do pronunciamento do Promotor de Justiça, por se entender que há interesse público exigido pela espécie da lide; se, não obstante, preferir o procedimento ordinário, a manifestação ministerial tornar-se-ia dispensável – como se o interesse público desaparecesse com a troca de ritos. A interpretação literal da norma leva ao absurdo de a intervenção do Ministério Público ficar ao alvedrio do autor, que tem a liberdade de escolher o rito. Tal exegese, além de conduzir aos paradoxos apontados, torna-se verdadeiro obstáculo a uma atuação mais efetiva do Ministério Público na defesa do interesse público qualificado, devido ao tempo desperdiçado para tratar de questões menores, sem qualquer alcance social, apenas por estarem sendo defendidas por uma ação de rito especial.

Faz-se necessário rever a forma de manifestação ministerial em ações dessa espécie. O art. 10 da Lei nº 1.533/51 não exige manifestação sobre o mérito, mas oitiva da instituição. O ideal seria seguir o modelo adotado pelo México, onde, em relação ao amparo (instituto similar ao nosso *mandamus*), “é obrigatória a vista dos autos em todos os feitos atinentes ao amparo, todavia a manifestação de mérito do Ministério Público só ocorre quando houver interesse público.”⁹ Espera-se que essa renovação legislativa ocorra em breve no Brasil, pois, no Congresso Nacional, tramita, nesse sentido, o Projeto de Lei nº 72/2003, de autoria do Deputado Federal Dimas Ramalho.¹⁰

A intervenção do *Parquet* em ação mandamental é obrigatória para que este verifique, em cada feito daquela espécie, se há interesses

⁹ COELHO, Sérgio Neves. Propostas para Racionalização da Atuação do Ministério Público no Cível. Congresso Nacional do Ministério Público, XIV, 2001, Recife, *Livro de Teses: Ministério Público e a cidadania*. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001, v 2, tomo II, p. 580.

¹⁰ “Art. 10. Findo o prazo a que se refere o inciso I do *caput* do art. 7º, será aberta vista dos autos ao representante do Ministério Público, que, no prazo de 5 (cinco) dias, entendendo presente o interesse público, coletivo, difuso ou individual indisponível, proferirá seu parecer, após o que, independente de solicitação da parte, os autos serão conclusos ao juiz para sentença, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora.”

sociais e individuais indisponíveis que legitimem a sua manifestação no mérito, contudo deve-se adentrar no mérito apenas quando, de acordo com o entendimento formulado pelo seu membro, caracterizar-se, no caso concreto, interesse jurídico passível de tutela, posição que a jurisprudência vem confirmando:

Quer o Legislador que o Ministério Público tome conhecimento do pedido de Segurança e verifique se há necessidade de algum pronunciamento. No entanto, em nenhum momento, a Lei diz que deste conhecimento deve resultar manifestação expressa do Fiscal da Lei. (Revista do E. STJ, Brasília, ano 4, v. 29; 283-561, jan.-1992, p.p 446-447, voto de Vista do Ministro Gomes de Barros no Resp nº 9.279)

Um critério fundamental para preservar a coerência do ordenamento jurídico e o respeito aos fins constitucionais da instituição passa a ser este: a manifestação do Ministério Público no mérito da controvérsia deduzida em mandado de segurança só é exigível nos casos em que ela também ocorreria, se o mesmo conflito fosse deduzido em uma demanda pelo rito ordinário. Os determinantes da intervenção são o pedido e a causa de pedir, e não o rito. O art. 10 da Lei nº 1.533/51 tem que necessariamente ser interpretado em conjunto e harmonicamente com a Constituição, pois não é a condição relativa ao rito adotado, que reclama a intervenção, mas sim a natureza jurídica da demanda deduzida, envolvendo a defesa do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tratando-se de mandado de segurança, configura-se o interesse público secundário (da pessoa jurídica de direito público), contudo nem sempre se faz presente o primário (da coletividade), no qual é imperativa a criteriosa apreciação do órgão ministerial. Há quem afirme que, dentre os objetivos buscados pela Lei nº 1.533/1951, quando esta estabeleceu a oitiva do Ministério Público, independente do interesse público primário, estaria o de possibilitar a análise da eventual prática de ato de improbidade ou de abuso de autoridade, no entanto isso não justifica a intervenção desnecessária em tantos feitos, principalmente porque, verificando-se indícios

daquelas situações, o juiz poderá utilizar-se do disposto no art. 40 do Código de Processo Penal.¹¹

2.2.4. Nos Procedimentos de Jurisdição Voluntária

Intervenção que vem sendo muito discutida pelos doutrinadores e Tribunais refere-se aos procedimentos de jurisdição voluntária, questão que não precisaria demandar muita discussão por se tratar apenas de leitura do art. 1.105 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal, sob pena de se considerá-lo como não-recepcionado. Em primeiro lugar, há de se entender por que, não havendo lide, a lei entendeu por bem colocar sob a guarida do juiz aquelas situações chamadas de jurisdição voluntária.

O legislador exige a intervenção estatal para a validade de diversas situações de interesse aparentemente particular porque, nelas, existe a possibilidade de virem a ocorrer conflitos que atentarão contra o interesse público ou porque seu resultado poderá ultrapassar o mero interesse dos envolvidos. Assim, para a aquisição de imóveis, a lei exige a escritura pública feita pelo tabelião de notas; já a habilitação de casamento deve ser providenciada perante o oficial do registro civil. Em outras situações, contudo, a lei entendeu necessário que o juiz interfira não porque existem interesses conflituosos e atividades parciais dos interessados, a serem substituídas pela sua, imparcial, mas porque a lei considerou indispensável a vigilância judicial sobre os valores envolvidos nesses processos que poderiam vir a ser feridos, em prejuízo da sociedade.¹² São os casos de jurisdição voluntária, que se regem pelas regras dos arts. 1.103 e seguintes do Código de Processo Civil.

Como é o interesse público que preside a escolha dos casos a serem submetidos à jurisdição voluntária e como cabe ao Ministério Público a defesa natural daquele, uma corrente de estudiosos, inclusive Nelson Nery Junior (1986), entende ser imprescindível a presença desse órgão em todos aqueles. Por conta disso, defendem a interpretação declarativa do art. 1.105 do Código de Processo Civil, segundo o qual

¹¹ Art. 40 do CPP: “Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Ministério Público e jurisdição voluntária. *RT Informa*, São Paulo, ano XI, n. 254, 31 de julho, 1980, p.34.

“serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público.” (grifo nosso).

Essa, todavia, não se constitui na melhor exegese. Em face da crescente ingerência do Estado na vida privada, tem-se estendido o âmbito de atuação dessa administração judicial dos interesses privados, casos em que a atividade judicial assume caráter fiscalizatório, tanto quanto o desenvolvido pelo Ministério Público. Por conta disso, afirmar que este deve intervir, indiscriminadamente, em todos os processos de jurisdição voluntária significa “uma superfetação, ou seja, o juiz já entra como fiscal da regularidade daqueles atos que podiam ser realizados sem sua presença, de forma que acrescer o Ministério Público em todos os casos de jurisdição voluntária é colocar *um fiscal para o fiscal*”.¹³

A lei poderia prever essa superproteção, mas não o fez, pois há necessidade de uma interpretação sistemática, segundo a qual o *Parquet* só intervém quando existem interesses indisponíveis em jogo, ou, como diz Mazzilli (1991, p. 420), “uma categoria especial de interesse público correlata à sua destinação institucional”. Há casos do Título II do Livro IV do CPC que tratam de direitos tipicamente individuais e disponíveis, o que não justifica “a participação do Ministério Público, como alienação de coisa comum, administração ou locação de coisa comum, alienação de quinhão em coisa comum e especialização de hipoteca legal”.¹⁴ Mais adequada, portanto, é a exegese restritiva, transpondo, para a jurisdição graciosa, a norma contida no art. 82 do Código de Processo Civil, que dá legitimidade ao Ministério Público quando existente um interesse indisponível. Esse é o entendimento abraçado pela Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral em São Paulo, que, no inciso IV do art. 3º da multicitada recomendação, facultou a intervenção ministerial no “procedimento de jurisdição voluntária em que inexistir interesse de incapazes ou não envolver matéria alusiva aos registros públicos”.¹⁵

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo, RT, 1986, p. 316.

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ministério Público e jurisdição voluntária. *Justitia*, São Paulo, v.51, n.147, jul./set. 1989, p. 56.

¹⁵ Art. 3º do Ato (N) Nº 313/03 - PGJ-CGMP, de 24 de junho de 2003 (Pt. nº 55.615/03), publicado no DOE, Poder Executivo, Seção .I, São Paulo, 113(117), quarta-feira, 25 de junho de 2003, p. 35

O art. 1.105 supracitado integra a legislação processual para estender aos procedimentos de jurisdição voluntária o princípio da necessária intervenção quando houver interesse público. Esse dispositivo deve ser lido com a expressão final *se for o caso*, que se encontra implícita, como demonstra sua interpretação sistemática, isso porque a lei poderá cometer outras atribuições ao Ministério Público, desde que compatíveis com sua finalidade¹⁶, como já tem decidido a linha majoritária da jurisprudência:

Intervenção do MP. É dispensável a intervenção do Ministério Público nos procedimentos de jurisdição voluntária onde não haja interesse de incapaz ou interesse público, pois o CPC 1105 deve ser entendido em consonância com o disposto no CPC 82. O CPC 1105, portanto, deve ser lido com a expressão final 'se for o caso' implícita como demonstra sua interpretação sistemática (2ª TACivSP, 5ª Câmara, Ap 36339, rel. Kazuo Watanabe, v.u., j. 26.8.1976).

(No mesmo sentido: 1ª Câmara Cível – TJ-RS – Ap. nº 39.469 – Santa Maria, rel. Túlio Medina Martins, RJTJRGS, ano 17, n. 90, 1982, p. 405; Apelação Cível nº 145921999 - Ac nº 0382572002 - Ação Originária - Alvará Judicial - 4ª Câmara Cível do TJMA, Buriti, Rel. Jamil de Miranda Gedeon Neto, j. 25.02.2002, Publ. 23.04.2002; Apelação Cível nº 143.308-7, 8ª Câmara Cível do TJPR, União da Vitória, Rel. Des. Celso Rotoli de Macedo. j. 03.12.2003; Apelação Cível nº 99.005511-6, 1ª Câmara Civil do TJSC, Chapecó, Rel. Des. José Volpato de Souza. j. 09.04.2002; STJ – Recurso Especial – Proc. 199400107498-RJ – 4ª Turma – 18.02.1997 – DJ 17.03.1997 p. 7505 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – *RePro* 58/288)

2.2.5. Nos Recursos interpostos por Terceiros

Tema que também merece reflexão é a reiteração de pareceres num mesmo feito. Nos processos cíveis, os Promotores de Justiça, como fiscais da lei, participam de todas as fases e, ao final da instrução, exaram seu parecer. Mesmo assim, havendo recurso, alguns opinam outra vez, a despeito de já terem exposto seu ponto de vista nos memoriais. Remetidos os autos ao Tribunal, o *Parquet* emite outra opinião, desta vez por um Procurador de Justiça. Assim, enquanto o Poder Judiciário, órgão incumbido de decidir a lide, manifesta-se em duas oportunidades (sentença

¹⁶ MILARÉ, Édís. O Ministério Público e a jurisdição voluntária. *Justitia*, São Paulo, v. 46 n.124, jan./mar. 1984, p. 143.

e acórdão), o Ministério Público o faz três vezes. O argumento que se levanta em defesa dessa manifestação do Promotor de Justiça pós-sentença diz respeito ao regular processamento do recurso, o que não se deve levar em consideração, pois não possui efeito preclusivo o juízo de admissibilidade proferido pelo julgador *a quo*, fazendo-se necessário que o Tribunal volte a examiná-lo de ofício, o que torna despropositado que o seja em primeiro grau. Assim, analogicamente, é o Procurador de Justiça quem deverá analisar a existência dos pressupostos de admissibilidade do recurso, ou, caso se entenda necessária essa atuação pelo Promotor de Justiça, dispensável deve ser a manifestação quanto ao mérito.

Diante da sobrecarga de trabalho, essa constante sobreposição de opiniões se mostra desnecessária e irracional. Pode-se até mesmo dizer que “a situação está em descompasso com o princípio da unidade do *Parquet*, posto que existem manifestações em várias fases de um mesmo processo, por órgãos ministeriais distintos, como se pertencessem a instituições diversas, uma opinando após a outra” sobre a mesma matéria.¹⁷ O ideal, portanto, encontra-se na seguinte solução: quando intervém como *custos iuris*, ao invés de se manifestar em grau de recurso sobre as razões e contra-razões das partes, o Promotor de Justiça deverá consignar que se limita a examinar os pressupostos de admissibilidade do recurso porque, quanto ao mérito, o Procurador de Justiça se pronunciará. Essa, aliás, foi a recomendação expedida em ato conjunto da Procuradoria-Geral de Justiça, do Colégio de Procuradores e da Corregedoria-Geral de São Paulo.¹⁸ Também a jurisprudência em vários Estados, já propugna essa idéia, da qual se extrai o acórdão abaixo:

Data venia, improcede o pedido de diligência. O Ministério Público é uno e indivisível, cabendo às Promotorias de Justiça atuarem no processo como *custos legis* até o esgotamento da jurisdição de primeira instância e à Procuradoria de Justiça exercer as mesmas funções em segundo grau. In casu, ao prolatar a sentença, o órgão judicante de primeiro grau esgotou a sua jurisdição, quanto ao poder a ele inerente de conhecer, prover, recolher os

¹⁷ SCIORILI, Marcelo, Revisão Institucional, *APMP Revista*, São Paulo, ano IV, nº 31, fev./mar. 2000, p. 311.

¹⁸ Ato (N) Nº 243/00-PGJ/CGMP/CPJ, de 30 de novembro de 2000 (protocolado nº 58.549/97), publicado no DOE, Seção I, 7 de dezembro de 2000

elementos de prova e decidir. Com a interposição do recurso, restou-lhe o poder de processar o recurso e remetê-lo ao órgão de devolução. Com a sentença, outrossim, esgotou-se a função da Promotoria de Justiça de primeira instância, cabendo à Procuradoria de Justiça fiscalizar todos os atos praticados a partir do ajuizamento da jurisdição de segundo grau com a petição recursal. Em sendo assim, o parecer recursal do Promotor de Justiça é desnecessário na espécie, sendo suprido pelo parecer da Douta Procuradoria de Justiça, já emitido. Rejeito, pois, a preliminar de conversão do julgamento em diligência suscitada pela douda Procuradoria de Justiça (TJMG, Ac 2.972/8).

3. Conclusão

Para que o Ministério Público continue respondendo à altura das garantias que lhe foram conferidas e assuma-se como guardião dos interesses coletivos, urge reinterpretar o conceito de interesse público, que outrora norteou o legislador ordinário ao atribuir-lhe a função de fiscal da lei em feitos iniciados por terceiros. Há de evitar o parecerismo desnecessário e revitalizar sua atuação como promotor de medidas também na área cível, como já vem o fazendo na penal. A previsão normativa na legislação infraconstitucional não impede a racionalização de suas atribuições, por se tratar de tarefa interpretativa na maioria dos casos.

O consenso institucional e as reformas legislativas são processos naturalmente demorados, contudo já se cogita de mecanismos que deleguem a um órgão da administração superior da Instituição o poder de estabelecer súmulas normativas sobre as hipóteses de intervenção do *Parquet*. Estas súmulas se tornariam um mecanismo uniformizador e flexível para as hipóteses de intervenção, limitando-se, sobremaneira, os riscos da atuação discricionária, senão aleatória, de cada Promotor de Justiça em busca da racionalização de suas atividades na área cível.

A legitimidade ministerial e a manutenção ou ampliação dos seus poderes dependem do êxito no cumprimento de suas atribuições constitucionais; cabe à própria instituição zelar pela sua reforma interna, pela adequação de suas tarefas às demandas sociais, delineando seu perfil a fim de atender ao real interesse público. O povo cobra, cada vez mais, resultados efetivos do Ministério Público, a quem foram atribuídos tantos poderes e garantias, portanto cabe a este assumir de

fato o papel de defensor da sociedade e admitir que muitas de suas atribuições, por vezes, não vêm sendo efetivamente cumpridas. Esse déficit ocorre exatamente porque a instituição se encontra assoberbada, por ainda abraçar atividades que não se enquadram no seu perfil constitucional, situação que urge ser modificada para a sua própria sobrevivência.

4. Proposições

- 1) A atuação como *custos iuris* merece ser racionalizada, ocorrendo somente se existir o interesse público qualificado pela Constituição Federal, ou seja, a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis.
- 2) O Promotor de Justiça só precisa manifestar-se em habilitações de casamento quando houver incapazes ou em casos excepcionais, como oposição de impedimento e pedido de dispensa de proclamas.
- 3) A intervenção ministerial em feitos de família e de sucessões só é obrigatória quando estes envolverem incapazes.
- 4) A Lei nº 1.533/51 estabelece a imperativa oitiva ministerial em mandados de segurança, o que não significa imprescindível manifestação quanto ao mérito, a qual só deve acontecer se presentes interesses indisponíveis.
- 5) O art. 1.105 do Código de Processo Civil deve ser lido com a expressão final *se for o caso*, o que significa que o Ministério Público só deverá adentrar o mérito se o direito envolvido for qualificado pela indisponibilidade.
- 6) Quando intervém como *custos iuris*, em vez de se manifestar em grau de recurso sobre as razões e contra-razões das partes, o Promotor de Justiça deve limitar-se a examinar os pressupostos de admissibilidade do recurso, porque o pronunciamento quanto ao mérito constitui atribuição do Procurador de Justiça.

O BEM JURÍDICO PENAL COMO PARADIGMA PARA UMA POLÍTICA CRIMINAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nelson Felix do Nascimento

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Especialista em Direito Processual pela Fundação Educacional Jayme de Altavila – Centro de Estudos Superiores de Maceió – FEJAL/CESMAC. Pós-graduando em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL em convênio com o Ministério Público do Estado de Alagoas. Oficial de Gabinete do Juiz Federal Titular da 1ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Funções do bem jurídico penal. 3. Conceito crítico de bem jurídico penal. 4. Dos limites substanciais à criminalização pelo legislador ordinário. 5. Da atuação do Poder Judiciário. 6. Conclusão.

1. Introdução

Argumenta Evandro Pelarin, em uma obra específica sobre o tema que se traz a lume, que cumpre ao estudioso do Direito Penal investigar os sentidos e limites da pena e, nessa árdua missão, deverá avaliar o conceito de bem jurídico, pois este se apresenta como “melhor critério para definir materialmente o crime.”¹

Nessa mesma linha de raciocínio, Gianpaolo SMANIO, acompanhando o magistério de JESCHECK, doutrina que o conceito de bem jurídico seria o elemento cerne do tipo penal. Assim, somente aqueles interesses tidos como imprescindíveis para a manutenção da coletividade e cuja proteção propiciada por outros ramos do ordenamento jurídico revelasse-se insuficiente, seriam dignos da tutela penal.²

¹ PELARIN, Evandro. **Bem jurídico penal. Um debate sobre a discriminalização**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2002, p. 18.

² SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela Penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 67.

Aliás, seria consentâneo considerar que na noção de bem jurídico penal encontra-se o subsídio necessário para a construção de um conceito material de delito, demarcando os limites da intervenção penal do Estado.³

Nesse diapasão, parece correto gizar, de acordo com a doutrina de SMANIO, sintetizando o pensamento até aqui expendido, que a proteção do Direito Penal somente se dará em relação aos bens jurídicos penais indispensáveis ao convívio social, na medida em que a sua vulneração inviabilize essa coexistência. Cabe trazer à colação a seguinte passagem do referido autor:

Para que os bens jurídicos mereçam a proteção jurídico-penal e passem a ser bens jurídico-penais, devem ter uma importância fundamental para a convivência pacífica na comunidade⁴.

Luiz Régis Prado, por seu turno, defende que a noção de bem jurídico é de extrema relevância, porquanto a ciência do Direito Penal não poderia prescindir do embasamento na realidade fática que essa noção propicia, sob pena de tolher-lhe o aspecto crítico, o que implicaria em identidade entre a ciência penal e o direito penal objetivo.⁵

O mencionado penalista ainda lembra, na mesma afinação dos demais, que a maior questão a ser enfrentada é a fixação de critérios por meio dos quais o legislador possa proceder à seleção dos bens e valores imprescindíveis para a manutenção da coletividade e, portanto, carecedores da tutela penal. Consigna, ademais, sem divergir dos outros autores citados, que somente os bens jurídicos fundamentais devem ser objeto de preocupação do legislador penal.

Cumpre, então, identificar quais seriam as funções e o conceito de bem jurídico penal, estabelecendo como tal noção serviria de norte para o estabelecimento de uma política criminal, seja sob a ótica do legislador, seja sob o ponto de vista do juiz.

³ PELARIN, Evandro. 2002, p. 18/19.

⁴ SMANIO, Gianpaolo Poggio. 2000, p. 67.

⁵ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. ed., 1997, p. 19.

2. Funções do bem jurídico penal.

A doutrina é pacífica no sentido de que o bem jurídico penal desempenha funções de relevância em matéria de política criminal na medida em que conforma o exercício do poder punitivo do Estado, com o fito de assegurar a legitimidade dos meios utilizados pelo agente público para proteger os bens mais relevantes para a coletividade e sua consonância com os valores reitores do sistema jurídico-valorativo, impedindo-lhe o uso arbitrário da coerção penal. Divergem, no entanto, quanto às formulações teóricas, aludindo a funções diversas, mas, na maior parte das vezes, seguem parâmetros afins e propõe nomenclaturas semelhantes, o que, em termos práticos, não traz maiores embaraços. Os exemplos dessas pequenas divergências são apresentados por Maurício Antônio Ribeiro Lopes⁶.

Nesse contexto, cumpre destacar, inicialmente, que o bem jurídico exerce uma função de garantia, que, na dicção de Ribeiro Lopes, "é a que corresponde à idéia de bem jurídico como conceito limitador da atividade punitiva do Estado, que permite sancionar unicamente aquelas condutas que lesionem ou ponham em perigo bens jurídicos⁷". Impende salientar que, tomando como paradigma um conceito material de delito - entendido como lesão ou ameaça de lesão a um bem penalmente relevante -, deflui-se que o Estado somente estaria legitimado a punir as condutas que efetivamente vulnerarem de uma forma peculiarmente mordaz ou causem sério perigo de lesão a bem jurídico de relevância social.

Acrescente-se, de mais a mais, que o intérprete da lei penal estará legitimado a perquirir a real adequação da norma incriminadora

⁶ Segundo o mencionado autor, Cobo del Rosal e Anton Vives referem-se às funções de garantia, sistemática e exegetica; Mir Puig aponta as funções sistemática, interpretativa e mensuração de pena; Otávio de Toledo alude às funções política, dogmática ou limitadora e de segurança; Nilo Batista, por seu turno, ressalta as axiológica, sistemático-classificatória exegetica, dogmática e crítica. Cf. Lopes, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Análise à luz da Lei 9.099/99 - Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 124/125.

⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. 1997, p. 125.

ao conceito crítico de bem jurídico - valendo-se, para isso, dos princípios e valores constitucionais - e dar-lhe a devida interpretação, sempre que o legislador deixar de cumprir com a sua incumbência de individualizar devidamente o bem jurídico a ser objeto de proteção ou mesmo quando intentar alargar a proteção penal para o fim de acobertar bem destituído de significância social. Em outras palavras, esta função limita a atividade do legislador, sendo certo que este não pode descuidar do papel restritivo do bem jurídico na elaboração dos tipos penais⁸.

O bem jurídico penal também exerce uma função teleológica ou exegética, isto é, serve como critério de interpretação dos tipos penais, condicionando-lhes o sentido e o alcance, haja vista que este conceito, conforme explicitado alhures, se constitui no núcleo central do tipo, na medida em que os seus demais elementos (objetivos e subjetivos) giram em torno desta noção de bem jurídico socialmente relevante e devem ser interpretados em consonância com esta noção. Para Ribeiro Lopes, “o bem jurídico se converte na chave que permite descobrir a natureza do tipo em questão, dando-lhe sentido e fundamento⁹”.

Também oportuno citar a função individualizadora desempenhada pelo bem jurídico, na medida em que serve como parâmetro para a mensuração da pena em relação ao desvalor da ação, cotejando a gravidade da reprimenda em relação à dimensão da ofensa ao bem jurídico¹⁰.

Exerce, ademais, uma função sistemática, eis que serve como critério para o agrupamento das condutas que ofendem o mesmo bem jurídico, conferindo-lhes tratamento isonômico, até porque se registre que os tipos penais são classificados de acordo com o bem jurídico lesionado (vida, patrimônio, liberdade individual, costumes). À primeira

⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico penal**. Série as ciências criminais no século XXI. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 139/140.

⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. 1997, p. 125. Luiz Flávio Gomes ainda acrescenta que “*é de fundamental importância determinar em cada tipo penal o bem jurídico protegido para depois, segundo uma interpretação teleológica, excluir do âmbito de sua incidência as condutas que não afetem (desvaliosamente) o bem concretamente tutelado*” (2002, p. 138).

¹⁰ PRADO, Luiz Régis. 2000, p. 49.

vista pode não apresentar muita relevância, mas, em verdade, esta função do bem jurídico possibilita o estabelecimento, nesse particular acompanhado a lição de Beccaria, de uma escala de penas na medida em que as condutas que ofendem um mesmo bem jurídico devem ser apenas com reprimendas semelhantes, como forma de evitar incongruências.

Os doutrinadores ainda destacam uma função fundamentadora do injusto penal (ou dogmática, como preferem outros), na medida em que o bem jurídico seria o parâmetro para a análise da tipicidade e da antijuridicidade, construções básicas da teoria do delito, que devem ser interpretadas à luz da noção material de bem jurídico. Esclarece Luiz Flávio Gomes, ademais, que a interpretação do tipo penal deve principiar pela identificação de seu cerne que, diga-se de passagem, é o bem jurídico protegido pela norma, eis que aquele é o fundamento e a razão de ser da tutela penal, sendo certo que os conteúdos da tipicidade e da ilicitude passam, indubitavelmente, pelo crivo da noção de bem jurídico penal. Com efeito, identificado o bem tutelado pela norma, uma interpretação teleológica, que aplique a função dogmática do bem jurídico penal, excluiria a tipicidade ou mesmo a ilicitude de condutas que não lesionem ou ponham em efetivo perigo esse bem jurídico.¹¹

3. Conceito crítico de bem jurídico penal.

De acordo com Francisco Muñoz Conde, citado por Maurício Antônio Ribeiro Lopes, tem o penalista a elevada missão de engendrar um conceito material e não apenas formal de bem jurídico que lhe permita exercer, com a máxima eficácia, sua função crítica de limitação ao direito de punir¹².

Convém esclarecer que, a despeito de a doutrina ser concorde no sentido de que o delito lesa ou ameaça de lesão um bem jurídico protegido pelo Estado, os autores ainda debatem acerca do conceito de bem jurídico. Alvitre-se que o bem jurídico penalmente relevante não se confunde com o objeto material do crime, na medida em que este se constitui no elemento sobre o qual incide a ação delituosa, cuja

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. 2002, p. 138. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. 1997, p. 125/126.

¹² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. 1997, p. 130 e seguintes.

relevância se restringe aos delitos que produzem um resultado naturalístico, com a alteração da realidade empírica¹³.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes, a exemplo de Luiz Flávio Lopes, assevera que as construções teóricas engendradas pela doutrina com o fito de apontar um conceito material de bem jurídico ainda não foram capazes de delinear seus contornos com segurança. Segundo ele, permanece aberta a possibilidade de construção de um conceito mais preciso de bem jurídico, ainda que as formulações apresentadas não sejam de todo satisfatórias¹⁴.

Com efeito, se a finalidade da construção de um conceito material de bem jurídico é oferecer limites seguros para a aplicação do Direito Penal, de modo que o bem jurídico possa cumprir efetivamente sua função principal, que é a limitação ao poder de punir do Estado, não se pode descurar da delimitação de seu alcance.

Nesse contexto, mister se faz aventar, com Maurício Antônio Ribeiro Lopes, que a noção de bem jurídico não pode ser compreendida senão ante o marco político em que se constitui o Estado Democrático e Social de Direito constitucionalmente reconhecido. Logo, o bem jurídico não deve ser compreendido como uma criação exclusiva do legislador (proposições de BINDING e de VON LISZT), nem tampouco como uma expressão de uma disfuncionalidade do sistema social (teorias sociológicas), haja vista que estas correntes doutrinárias impossibilitam o cumprimento de sua função garantista e de crítica ao direito positivo. Entender o contrário, seria, de um lado, conceder ao legislador ordinário uma carta branca para incriminar ao seu talante até mesmo as condutas inofensivas, destituídas de danosidade social e, sobretudo, legitimar todo e qualquer sistema coercitivo, independentemente de seu conteúdo, como preconizavam algumas teorias de cunho sociológico¹⁵.

Acompanhando esse raciocínio, é correto gizar que o conceito de bem jurídico deve estar assentado em valores afinados com a realidade social. Com efeito, o bem objeto de proteção da norma penal é

¹³ PRADO, Luiz Régis. 2000, p. 47.

¹⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. 1997, p. 133.

¹⁵ Para um escorço mais acurado conferir a obra já citada de Luiz Flávio Gomes, 2002.

o bem jurídico, cujo referencial é o texto constitucional, que reflete a dinâmica das relações sociais de um determinado momento histórico, cujo personagem principal é a pessoa humana dotada de dignidade¹⁶.

O conceito crítico de bem jurídico é, destarte, o cerne do tipo penal, na medida em que serve como limite ao exercício da atividade sancionadora do Estado, com o fito de proteger as relações sociais concretas e assegurar a satisfação das necessidades do indivíduo, por se tratar de ser dotado de liberdade e de dignidade. Nesse contexto, a Constituição exerce um papel preponderante, sob um ponto de vista de orientação para a fixação dos bens jurídicos penalmente relevantes. Refrize-se que o texto constitucional se constitui num critério indispensável para fins de delinear os contornos da intervenção penal do Estado, na medida em que a noção de bem jurídico não pode estar em dissonância com os valores encartados no texto maior.

Eis o resumo do pensamento de Ribeiro Lopes:

O bem jurídico, assim entendido, serve de limite ao exercício estatal do jus puniendi e se configura, ademais, como núcleo central do injusto típico, constituindo, em sua função hermenêutica-teleológica, o referencial básico para o conhecimento do conteúdo dos tipos da Parte Especial e dos elementos objetivos e subjetivos que os definem, ajudando a delimitar com nitidez seu alcance e sentido¹⁷ (o original não está grifado).

Desta forma, o conceito material de bem jurídico encontra-se na realidade social e sobre estes fatos colhidos da experiência concreta devem incidir juízos valorativos do constituinte e do legislador infraconstitucional, de forma que se trata de um “um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico¹⁸”. Pode-se afirmar que essa relatividade deve-se aos inúmeros fatores que influenciam a sua configuração, haja vista que deve estar condicionada às necessidades de garantia e aos valores acalentados pela coletividade.

Nesse passo, não se pode permitir, no entanto, que essa relatividade do conceito de bem jurídico penalmente relevante

¹⁶ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. 1997, p. 135.

¹⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. 1997, p. 135.

¹⁸ PRADO, Luiz Régis. 2000, p. 82.

signifique que possa haver perversão ou manipulação por parte dos agentes estatais, mas deve-se entender que existe uma vinculação a uma escala de valores constitucionalmente reconhecidos, que determina os limites de atuação do Direito Penal. Registre-se, em conclusão, que a atividade sancionatória estatal deverá se submeter a ditos valores constitucionais, eis que, na dicção de Figueiredo Dias, citado por Luiz Régis Prado ‘a ordem de valores jurídico-constitucionais constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado’¹⁹.

4. Dos limites substanciais à criminalização pelo legislador ordinário

De fato, os limites à atividade sancionadora do Estado devem ser aferidos em virtude de padrões que emergem da Constituição, porquanto são eles capazes de impor as necessárias restrições ao legislador infraconstitucional quando da definição dos tipos penais.

Com efeito, em um modelo de Estado Democrático e Social de Direito, os valores básicos de uma sociedade devem, logicamente, estar delineados na Constituição e disso o legislador ordinário não pode olvidar, sob pena de se insurgir contra a própria ordem constitucional e aviltar os direitos e garantias constitucionais.

Francesco Palazzo ensina que quanto maior for a influência da Constituição sobre o conteúdo do Direito Penal, mais se manifesta possível a formulação de um catálogo de bens jurídicos penalmente tuteláveis, o que permite definir os precisos rumos da política criminal. Segundo Palazzo, cujo entendimento é o mais consentâneo, é certo que o bem objeto da tutela penal constitui-se em um dado prévio à norma penal, mas, registre-se, deduzido diretamente da Constituição, que o abalizado autor reputar tratar-se do “instrumento capaz de ofertar um catálogo dos bens merecedores de tutela e de também estabelecer uma hierarquia de valores”²⁰.

Nesse passo, o legislador deverá, necessariamente, levar em consideração os critérios positivados no texto maior para fins de identificação dos bens jurídicos dignos de tutela penal e em que medida

¹⁹ PRADO, Luiz Régis. 2000, p. 85.

²⁰ PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e Direito Penal**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 84/85.

devem ser protegidos. Ou seja, as linhas traçadas pelo constituinte devem servir como parâmetros para a imposição de limites ao direito de punir²¹.

Nesse raciocínio, construir um conceito material de bem jurídico calcado na Constituição significa reconhecer que ao legislador incumbe a elevar à categoria de bem jurídico, apenas e tão somente, os valores presentes na realidade fática. As normas e princípios constitucionais, portanto, refletiriam os interesses e valores assentes no seio social e serviriam de norte para o agente estatal, cuja incumbência cingir-se-ia a lhes reconhecer o caráter de bem jurídico e conceder-lhes especial proteção, sendo completamente defeso o arbítrio e a desproporcionalidade. Ao revés, a lei penal cujo conteúdo esteja em dissonância com os valores constitucionais estará eivada de vício, vale dizer, maculada pela pecha da inconstitucionalidade.

À guisa de fundamentação, transcreva-se a seguinte passagem de Luiz Régis Prado:

O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal, como ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas²². (o original não está grifado).

Desta forma, a configuração do delito tem como medida a liberdade pessoal e a dignidade da pessoa humana, reconhecidas nas Constituições como valores ínsitos a todo cidadão, de maneira que a sua limitação somente se justifica quando se estiver diante de ofensa a bens jurídicos dignos da mesma proteção. Esta visão do bem jurídico encontra-se em harmonia com a concepção de Estado Social, na medida em que "eventual restrição de um bem jurídico só pode ocorrer em função da indispensável e simultânea garantia de outro valor também de cunho constitucional ou inerente à doutrina democrática²³".

²¹ PRADO, Luiz Régis. 2000, p. 74/75.

²² PRADO, Luiz Régis. 2000, p. 76.

²³ PRADO, Luiz Régis. 2000, p. 77.

Alvitre-se, de passagem, que a preocupação do legislador deve cingir-se a proteger os valores constitucionalmente consagrados. Para desempenhar tal mister, deve fazê-lo por meio da tipificação das condutas especialmente ofensivas a tais bens de relevância social, sem olvidar da construção de um conceito material de bem jurídico penal, para o fim de individualizar os bens que devem ser alvo da proteção do Estado.

Mister se faz ressaltar, ademais, que o papel exercido pela Carta Magna de delimitação da interferência penal dá-se principalmente através de princípios constitucionais genéricos, sem olvidar de prescrições constitucionais específicas, haja vista que estes princípios, que derivam diretamente da noção de Estado Social de Direito, apresentam-se como idôneos a orientar a tendência moderna de política criminal. Com efeito, ensina Francesco Palazzo que a exigência de limitação ao poder punitivo do Estado encontra nos princípios encartados na Constituição – em decorrência do princípio maior do Estado Social de Direito – sua pedra de toque. De acordo com Palazzo, estas diretrizes de caráter geral são capazes de fornecer ao legislador e ao intérprete o embasamento necessário para a seleção dos bens jurídicos dignos de tutela penal.

Para Palazzo, estes princípios são, essencialmente, os da necessidade da pena criminal, na medida em que se esta se revele como o único meio apto para tutelar determinado bem jurídico e o da justa proporcionalidade entre desvalor do injusto penal e o da pena a ser impingida, ao que se acresce o da idoneidade, na medida em que a medida coercitiva penal revele-se apta para alcançar o fim a que se destina²⁴.

Na dicção de Palazzo:

Em síntese, pode-se dizer que da influência desses princípios constitucionais deve originar-se uma tendência à secularização do direito penal, secularização não identificada apenas na vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir, em consequência,

²⁴ PALAZZO, Francesco. 1989, p. 86.

os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico²⁵. (o original não está grifado).

Cumprida esta tarefa, impõe-se, em seguida, avaliar o papel do julgador, na aplicação das normas penais. É o que se passa a abordar.

5. Da atuação do Poder Judiciário

Neste momento, propõe-se investigar, conforme apregoa Alberto Silva Franco, o tipo de relacionamento que o magistrado deve manter com a Constituição e com as leis ordinárias, em busca do fundamento legitimador da independência da jurisdição.

Inicialmente, oportuno lembrar que o Poder Judiciário exerce, no Estado Democrático e Social de Direito, um papel de guarda da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. É que, se assim não o fosse, o indivíduo estaria à mercê do poder estatal, especialmente frente à edição de instrumentos normativos que afrontassem o conteúdo material da Constituição e aviltassem a dignidade do ser humano.

Com efeito, na esteira do raciocínio de Alberto Silva Franco, o juiz e a Constituição devem manter um relacionamento estreito, “na medida em que, de maneira explícita ou implícita, dá-se a positividade constitucional aos direitos fundamentais da pessoa humana, estabelece-se, ao mesmo tempo, um sistema de garantias com o objetivo de preservá-los”. Logo, o Poder Judiciário passa a ser o assegurado desse sistema de garantias²⁶.

O juiz, então, não pode ser um tecnocrata, agir como se fosse apenas e tão somente a boca da lei, mas pode e, antes de tudo, deve comportar-se como um agente político, como de fato o é. Assim, não lhe é permitido fechar os olhos para os abusos praticados pelo legislador ordinário, que, em sua insaciável ânsia de punir, viola os direitos e garantias fundamentais, avilta o ser humano em sua dignidade, extrapola os limites do razoável, desrespeita o princípio da proporcionalidade e olvida que a finalidade da norma penal é proteger os bens jurídicos constitucionalmente relevantes.

²⁵ PALAZZO, Francesco. 1989, p. 87.

²⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4. ed., 2000, p. 70.

O Poder Judiciário não é escravo da lei tomada em seu sentido meramente formal. Sua finalidade não é apenas aferir a conformidade das normas ao processo formal de produção legislativa, mas sim, perquirir sua real consonância com os conteúdos materiais encartados no texto maior e, a partir daí, na lição de Silva Franco, interpretar a lei em conformidade com os princípios constitucionais e retirar-lhes “os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por ela estabelecidos”. Isso significa, em outras palavras, que quando o juiz defrontar-se com um dissenso entre a Constituição e a lei, deve dar-lhe interpretação consentânea com a lei maior, ou se se tratar de insanável contradição, declarar-lhe a inconstitucionalidade²⁷.

Convém trazer à baila a seguinte passagem de Alberto Silva Franco:

É a partir dessa nova compreensão do papel do juiz no Estado Democrático de Direito, e, portanto, do reconhecimento de sua função de garantidor dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, que se busca, na atualidade, fundamento à legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário²⁸. (o original não está grifado).

Sob outro prisma, mas na mesma linha de pensamento, incumbe ao julgador, no caso concreto, fixar a sanção penal dentro das balizas estabelecidas pelo legislador, consoante preconiza o art. 59 do Código Penal. É certo que se trata, indubitavelmente, de uma tarefa discricionária, mas, jamais arbitrária. Ou seja, no processo de individualização da pena, o juiz dispõe de uma dilatada margem de discricionariedade, mas, na lição de JESCHECK, cuida-se de uma discricionariedade vinculada, haja vista que está amarrado aos fins da pena e fatores que determinam a fixação do “quantum” a ser infligido²⁹.

Pois bem, como é cediço, o princípio da proporcionalidade, como corolário do Estado Social de Direito, rejeita a cominação em

²⁷ FRANCO, Alberto Silva. 2000, p. 71.

²⁸ FRANCO, Alberto Silva. 2000, p. 71.

²⁹ FRANCO, Alberto; STOCO, Rui; SILVA JÚNIOR, José; NINNO, Wilson; FELTRIN, Sebastião Oscar; BETANHO, Luiz Carlos; GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. Parte geral. v. 1. tomo 1. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 1997, p. 876.

abstrato ou a aplicação de pena no caso concreto que se apresente flagrantemente desproporcional em relação à gravidade do fato. Portanto, vincula, igualmente, as atuações do legislador e do juiz.

No caso do julgador, este deverá estabelecer reprimenda que seja proporcional à concreta gravidade do fato, cujo critério será, indubitavelmente, o valor do bem jurídico, compreendido à luz do panorama valorativo constitucional, e protegido pela norma incriminadora. Sobrepujada esta premissa, cumpre esclarecer que o magistrado terá, basicamente, que considerar como parâmetros a suficiente relevância do bem jurídico, a gravidade da conduta e as diversas respostas que o ordenamento oferece a distintas condutas. Destarte, tem-se que as penas mais graves devem ser destinadas aos crimes que ofendam os bens jurídicos mais relevantes, o que conduz à conclusão de que a escala de penas deveria ter como graduação máxima os delitos contra a vida e, a partir daí, viriam decrescendo paulatinamente em relação a outros bens menos relevantes. Esta posição é que parece mais consentânea com o modelo de Estado Democrático de Direito.³⁰

Ao fim, pede-se vênha para encerrar este ensaio com o seguinte pensamento de Alberto Silva Franco:

A opção do juiz penal pela Constituição, pela garantia das liberdades, pela dignidade da pessoa humana, enfim, pela proteção integral dos direitos humanos fundamentais tem um preço alto, custoso mesmo. Incompreensões, com frequência; medos, não raro; angústias, tantas; carreiras cortadas ou destruídas, muitas. Mas, afinal, para que vale ser juiz, se o ser que o habita não for de carne, osso e sangue e não se atirar, com inteiro, e com coragem, sempre, na realização de sua missão tutelar dos direitos fundamentais da pessoa humana³¹? (o original não está grifado).

6. Conclusão

Ao cabo deste opúsculo, conclui-se que é na Constituição, entendida como norma ápice do sistema jurídico e como pacto jus-político fruto do consenso social, que o intérprete deve buscar subsídios

³⁰ FRANCO, Alberto Silva. 2000, p. 68.

³¹ FRANCO, Alberto Silva. 2000, p. 72.

para apontar os bens jurídicos penalmente relevantes, na medida em que tais diretrizes de caráter geral são capazes de fornecer o embasamento necessário para a seleção dos bens jurídicos dignos de tutela penal com vistas a orientar o estabelecimento da política criminal a ser adotada.

Registre-se que tal orientação vincula o legislador ordinário, o qual, no exercício de sua competência, encontra-se adstrito a tais paradigmas, deles não podendo se afastar, de maneira que lhe é defeso criar tipos penais ou cominar penas ao arrepio de tais orientações, ignorando a gravidade do fato, porquanto deve tomar como padrão o valor do bem jurídico tutelado.

Ao julgador, da mesma forma, é vedada a imposição de pena que se revele em dissonância com relação à gravidade do fato concretamente considerado, cujo parâmetro será, indubitavelmente, o valor do bem jurídico tutelado na norma penal incriminadora à luz do fato concreto.