

PARTE II

DOCTRINA

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES FISCAIS

Edgar Nogueira Valente de Lima

Bacharelando em Direito pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió

SUMÁRIO

1.Introdução. 2. Crimes fiscais. 3. Dos crimes contra a ordem tributária. 4. O parcelamento no âmbito da Lei nº 9.249/95. 5. Do Refis, Lei 9.964/00. 6. O parcelamento no âmbito da Lei nº 10.684/03. 7 As inovações trazidas pela Lei nº 12.382. 8. Divergência acerca da aplicabilidade do Art. 6º da Lei 12.382/11, quanto ao momento em que se extingue a punibilidade. 9. Conclusão.

1. Introdução

A extinção da punibilidade pelo pagamento nos delitos tributários é tema recorrente na intersecção entre o direito tributário e o direito penal econômico. O presente artigo busca dar maior enfoque sobre esse polêmico tema, abordando a origem da problemática, sua fundamentação jurídica e suas principais características - em especial, os reflexos de sua aplicação. Dessa forma, será analisado o tópico relacionado ao suposto interesse de arrecadação do Estado ao adotar a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, dando ênfase a algumas doutrinas que contestam essa finalidade, alegando, fundamentalmente, que essa medida ocasiona alta impunidade e consequente incentivo à prática delitiva.

Em um primeiro momento, faz-se mister discorrer, ainda que de maneira sintetizada, a respeito do crime fiscal e sua aplicação, assim como trazer um breve histórico das Leis nº 9.249/95, 10.684/03 e 12.382/11. Em seguida, englobar-se-á a divergência da aplicabilidade do art. 6º da lei 12.382/11, quanto ao momento em que se extingue a punibilidade.

Na conotação econômica atual, não há dúvida de que é de suma importância um criterioso estudo acerca deste reflexo do crime econômico, abrangendo os delitos tributários, uma vez que, com a expansão da iniciativa privada no país, esse tipo de conduta delituosa evolui geometricamente, atingindo diretamente os direitos de todo cidadão, que tem na correta arrecadação tributária a garantia do Estado democrático. À vista disso, cumpre inquirir se haveria proporcionalidade, ou ainda se tal instituto - da extinção da punibilidade no caso vertente - estaria em harmonia com a principiologia penal-tributária.

Nesse toar, Hugo de Brito Machado¹ assevera que:

A questão da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo tem sido objeto de sérias divergências. De um lado os que pretendem um direito penal desprovido de utilitarismo, sustentando que admitir a extinção da punibilidade pelo pagamento implica favorecer os mais abastados, que poderão

1

livrar-se da sanção pagamento o tributo cobrado. De outro, os que sustentam que a criminalização do ilícito tributário é, na verdade, desprovida de conteúdo ético, prestando-se mesmo como instrumento para compelir o contribuinte ao pagamento do tributo e que, por isto, deve ser premiado o que paga porque permite seja alcançado o objetivo final buscado com a cominação da sanção penal.

A pesquisa realizada é do tipo qualitativo, de abordagem bibliográfica, para que se tenha uma obtenção de dados consistentes sobre o tema, os quais foram coletados através de livros, revistas e artigos, para que fossem desenvolvidas com precisão e coerência as informações levantadas durante o trabalho realizado.

2. Crimes fiscais

No arcabouço jurídico, coube ao Estado, por meio do Fisco, estruturar um sistema que minimizasse a inadimplência do contribuinte. Nesse esqueleto, a instituição dos ditos crimes de sonegação fiscal tem por objetivo sancionar o contribuinte que se furta a cumprir as obrigações devidas perante o Fisco.

Ainda, podemos entender que, se de um lado observamos a obrigação tributária como o vínculo jurídico que surge entre dois sujeitos, entende-se por sanção tributária a relação proveniente de um ato ilícito entre tais sujeitos.

A Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, trata dos crimes de sonegação fiscal, senão vejamos:

Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

Sobre o tema exposto, Hugo de Brito Machado² elucida:

A lei 4.729/65, definiu como crime de sonegação fiscal comportamentos – que descreveu de forma casuística – relacionados com o dever tributário. Com isto as autoridades pretenderam intimidar os contribuintes que sonegavam tributos. Do ponto de vista jurídico, porém, os autores dos comportamentos na referida lei definidos foram favorecidos em face do princípio da especialidade.

A Lei 4.729/65 cominou pena de detenção de seus meses a dois anos. Além disto, admitiu a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido, e para os réus primários cominou pena exclusivamente de multa – com o quê fez extinguir-se a punibilidade em apenas dois anos, pela prescrição.

Os dispositivos do Código Penal não eram aplicados. As autoridades da Administração Tributária, por desconhecimento ou por razões políticas, não acionavam o Ministério Público para esse fim. Com o advento da Lei 4.729/1965 algumas ações penais foram promovidas, e em alguns casos o Ministério Público promoveu ação invocando o Código Penal, sem êxito, porém, em face do princípio da especialidade.

Enquanto vigente a Constituição Federal de 1946, ainda não se tinha a devida extensão dos delitos tributários; a sistemática jurídica que tratava do assunto ainda era demasiadamente restrita, sendo, por vezes, benéfica ao contribuinte mau pagador.

Nela, havia a possibilidade de reduzir a multa em dez vezes o valor do tributo, caso o réu fosse primário. Nada obstante, já se observava o fenômeno da extinção da punibilidade nos casos em que o

² MACHADO, 2013, p. 154.

contribuinte realizasse o pagamento integral do tributo devido, desde que ainda não iniciada a ação de cobrança administrativa.

3. Dos crimes contra a ordem tributária

Trançado o conceito inicial sobre a infração tributária, o Ilustre doutrinador Paulo de Barros Carvalho³ tece um conceito terminológico, vejamos:

Infração tributária é o nome que se dá à conduta transgressora de obrigações ou deveres relativos aos tributos, seja no que atina à conduta mesma, observada na sua concretude material, seja no que diz respeito à previsão hipotética que dela faz o suposto das normas sancionatórias. Descumprido o dever tributário, de natureza patrimonial (obrigação) ou sem valor pecuniário (deveres instrumentais ou formais), interrompe uma relação jurídica de caráter sancionador, com o que o ordenamento positivo visa punir o infrator, restabelecendo o equilíbrio do sistema normativo do direito.

Nos artigos 1º e 2º da Lei n.º 8.137, de 27.12.90, estão enumerados os ditos crimes contra a ordem tributária. Senão vejamos:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 5. ed., 2013, p.850.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública;

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa

Como se percebe, a legislação é clara ao tipificar os delitos contra a ordem tributária. O doutrinador Ricardo Antônio Andreucci⁴ esclarece, de forma indelével, que “o objetivo jurídico vem representado pelos interesses estatais vinculados à arrecadação de tributos devidos à Fazenda Pública. Protegem-se o erário, a fé pública e a Administração Pública.”

Conforme se pode perceber, o artigo primeiro dispõe acerca dos crimes ditos materiais, que se subdividem em: i) fraude, e ii) sonegação; já o artigo segundo, dedicado aos delitos ditos formais, engloba apenas a conduta fraudulenta. O fato é que a legislação é

⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p.312.

taxativa na tipificação dos tipos penais incriminadores contra a ordem tributária.

No que circunda a competência criminal para os crimes do artigo primeiro, ela vai variar de acordo com a competência tributária. Ou seja, caso o tributo sonegado seja de competência federal (Imposto de Renda), a competência criminal será da justiça federal.

Nas hipóteses de conexão entre a sonegação de tributos federais e estaduais, determina a súmula 122 STJ que “compete à justiça federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do artigo 78, II, a, do Código de Processo Penal”.

4. O parcelamento no âmbito da Lei nº 9.249/95

Acesa polêmica agita o debate acerca da interpretação sobre como conduzir, democraticamente, esse processo de análise do art. 34 da Lei 9.249/95, contrapondo-o com o Código Tributário Nacional.

Para a redação do art. 34 da Lei nº 9.249/95:

Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o **pagamento** do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. (grifo nosso)

Em contrapartida, o Código Tributário Nacional estabelece no seu artigo 156:

Art. 156: Extinguem o crédito Tributário:

- I – o pagamento
- II – a compensação
- III – a transação
- IV – remissão
- (...)

Ora, como se pode perceber, a redação estabelecida no artigo 34 da Lei nº 9.249/95 especifica o termo “pagamento” como sendo passível de extinção de punibilidade; de outro lado, o CTN elenca um rol de onze incisos que podem culminar na extinção do crédito tributário de forma mais liberal para os sonegadores, sem referência à etapa de tramitação do processo no caso concreto.

Na problemática em apreço, o significante mencionado, qual seja, pagamento, deve ser interpretado pragmaticamente, já que abarca nele a ideia de extinção do crédito tributário. Ou seja, ainda que a modalidade que o contribuinte optou para sanar o *imbróglio* junto ao fisco seja diversa da que consta no inciso primeiro do artigo 164 CTN, dar-se-á por extinta a punibilidade do crime praticado.

A partir do exposto, a divergência girava em torno da questão relativa ao parcelamento dos débitos tributários realizados antes do recebimento da denúncia, que, em sentido diverso do silogismo do parágrafo anterior, o entendimento do Pretório Excelso estabelecia que somente o pagamento integral do valor antes do recebimento da denúncia se enquadraria na hipótese de exclusão da punibilidade, excluindo assim o parcelamento dessa possibilidade. No *Habeas Corpus* nº 11.903/03, arguíam os ministros que o parcelamento não extinguiu de imediato o crédito tributário, motivo pelo qual não se havia falar em extinção da punibilidade. Nesse sentido, o ilustre doutrinador Rodrigo Sanches Rios assevera sobre o tema:

Na nossa realidade, o que esse instituto de extinção de pena, de aplicação excepcional para alguns crimes, entre eles o fiscal – incluído o tipo penal do art. 95, d, da Lei 8.212/91- não pode é criar situações diferenciadas no tocante ao pagamento do débito vencido, ou seja, não pode privilegiar apenas aqueles que reúnem condições econômicas para efetuar o pagamento integral do débito, em detrimento daqueles que carecem de recursos para tanto. Situações fáticas desta índole encontram-se presentes em nossa realidade jurídica, não podendo, desta forma, ser ignoradas pelo aplicador da norma. Impõe-se portanto, a equiparação entre o parcelamento do débito regularmente cumprido e o pagamento imediato do débito tributário ou da contribuição social. Aplicando-se, assim, perspectiva da suspensão do processo e da prescrição, para os casos no qual o agente tenha obtido o parcelamento antes do recebimento da denúncia e venha cumprindo regularmente suas obrigações, não bastando a mera aceitação do parcelamento, ou o pagamento apenas da primeira parcela, para que se aplique a suspensão ampla, geral e irrestrita.⁵

Animus rem sibi habendi, da máxima latina se pode argumentar

⁵ RÍOS, Rodrigo Sanchez. **Das Causas de Extinção da Punibilidade dos Delitos Econômicos**. São Paulo: RT, 2003, p.93-94.

acerca do *jus puniendi* da esfera penal no tipo penal incriminador de caráter tributário, evidente que, ainda que não extinto o crédito por inteiro, o parcelamento afastaria a punibilidade do cerne da ilegalidade. Nesse diapasão, passou-se a prestigiar as novas hermenêuticas, emergentes de ainda incipientes discussões, situandas na perspectiva de afrouxamento do cerco aos sonegores até a hipótese, que antes se vislumbrava remota, de transação penal, chame que nome chamarem (um instituto acolhido no crimes de menor potencial, que causa males insignificantes à sociedade). Pergunta-se: qual a semelhança, nos dois casos?

Quanto à transação, MACHADO (2013, p. 222) preceitua:

Transação é acordo. Diz o código civil que é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem litígio mediante concessões mútuas (artigo 840). É da essência da transação a existência de concessões mútuas, cada interessado cede um pouco do que entende ser o seu direito para chegarem a um acordo, evitando o litígio, ou pondo fim a este, se já iniciado. Segundo o Código Tributário Nacional, “a lei pode facultar, nas condições que estabeleça aos sujeitos ativos e passivos da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em terminação de litígio e consequente extinção do crédito tributário” (art. 171). Só mediante previsão legal a autoridade competente pode autorizar transação em cada caso (CTN, art. 171, Parágrafo Único). E não pode haver transação para prevenir litígio, só depois de instaurado este é possível a transação.

O entendimento não poderia ser outro, já que, a partir dessas concessões mútuas, o Fisco alcança o adimplemento.

Dessa forma, estabelecido o impasse entre os tribunais superiores, muito se discorreu acerca da divergência jurisprudencial; contudo, a divergência não muito se estendeu, haja vista ter sido editada pelo legislador infraconstitucional a Lei nº 9.964/00, que dispõe sobre o Programa de Recuperação Fiscal, comumente chamada de “Refis”.

5. Do Refis, Lei 9.964/00

A Lei nº 9.964/00 disciplinou os institutos do direito tributário que tinham por objeto a recuperação de tributos e contribuições sociais.

Basicamente, esse programa permitiu que todos os débitos de pessoas jurídicas junto à União e ao INSS, ainda que já constituídos ou

até os inscritos em certidão de dívida ativa, poderiam ser adimplidos a partir do parcelamento, com parcelas que giravam em torno de 0,3% a 1,5% da receita bruta da pessoa jurídica.

No que circunda o direito tributário penal, o artigo 15 da referida lei leciona:

É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da lei 8.137/90 e no art. 95 da Lei 8.212/91, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1º. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§2º. O disposto neste artigo aplica-se também:

I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta lei;

II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§ 3º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referido neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada como o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiveram sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

Ao tempo da redação da lei, restou evidente que se tratava, nas palavras do magistrado Marcos Josegri da Silva, de “uma forma de parcelamento em condições extremamente vantajosas” (Autos de Correição Parcial 2002.0401.008639-8-PR).

O fato é que, na redação da lei em comento, o Programa trouxe taxativamente a hipótese de suspensão da ação penal para os débitos inscritos no Refis, de modo que as inconsistências da redação legislativa abriram espaço para inúmeros apontamentos doutrinários que convergiam para a inconstitucionalidade da lei da maneira como ela se estruturava.

6. O parcelamento no âmbito da Lei nº 10.684/03

Após o entendimento jurisprudencial fixar posicionamento favorável à hipótese de extinção da punibilidade por meio do parcelamento, três anos depois da edição da Lei 9.964/00, foi publicada a Lei 10.684/03, que, mais uma vez, alterou os parâmetros da matéria, passando a ser conhecida por “Refis II”. Ao tratar do parcelamento, prevê no artigo 9º que:

Art. 9º: É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90, e nos arts. 168-A e 337-A do decreto lei 2.848/40 CP, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º: A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º: Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

(Lei 10.684/03)

Convém observar que a redação dessa nova lei exclui a restrição da afastabilidade da extinção vinculada aos que aderiram ao Refis, abrangendo-a a todas as hipóteses. Ressalta-se, ainda, que a lei 10.684/03 minimizou a problematização que girava em torno do momento temporal do benefício, já que não consta na sua redação se a adesão ao sistema de parcelamento deveria se dar antes do recebimento da denúncia ou do início da ação fiscal. De tal arte, restou evidente que a evolução doutrinária trata de uma *novatio legis in melius*, de modo que fora estabelecido que até mesmo os processos criminais em fase executória estariam sujeitos à extinção, desde que o contribuinte-réu adimplisse o valor devido.

Para Hugo de Brito Machado (2013, p. 513)

A Lei 10.684/03 de 30.05.2003, que estabeleceu forma especial de parcelamento de débitos fiscais, determinou a suspensão da pretensão punitiva tanto em relação aos crimes contra a ordem tributária como em relação aos crimes ditos de apropriação indébita e de sonegação de contribuições de previdência social. O STF já consagrou o entendimento segundo o qual, em face dessa lei, o

pagamento do débito tributário a qualquer tempo extingue a punibilidade de qualquer desses crimes, mesmo depois do recebimento da denúncia. E, a nosso ver, mesmo depois da sentença condenatória, mesmo com trânsito em julgado.

Nesse toar, o caminhar dos programas federais de parcelamento de débitos possuem um gráfico de evolução facilmente diagnosticável, onde o seu caminhar é palpável aos olhos dos que o analisam.

Seguiu-se, nesse liame, com o surgimento da Medida Provisória 303, apelidada de “Refis III”, trazendo novas hipóteses de parcelamento de débitos nos moldes da Lei nº 10.684/03.

Em seguida, já em 2009, o Refis tornou ao plenário legislativo com a conversão da Medida Provisória 559/08 em lei (Lei 11.941/09), que, seguindo a ordem caricaturada, recebeu o apelido de “Refis da Crise”, em homenagem à crise de crédito que assolava os países do Primeiro Mundo. Traz como sua maior inovação proporcionar, como não poderia ser diferente, às pessoas físicas, os benefícios dos programas de recuperação fiscal.

Importante frisar ainda algumas inovações contidas nos artigos 67, 68 e 69, no que tange à suspensão da pretensão punitiva, senão vejamos:

Art. 67: Na hipótese de parcelamento do crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderá ser aceita na superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia.

Art. 68: É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69: Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente

efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

Em todo caso, a Lei n.º 11.941/09 pouco foi relevante para o arcabouço jurídico, tendo sido, por questões didáticas, englobadas no contexto da Lei n.º 10.684/03.

7. As inovações trazidas pela Lei nº12.382

Após muito se discorrer a respeito do tema, já se atingindo certa maturidade neste campo, surge a Lei nº 12.382/2011, trazendo maior destaque a esse campo do direito tributário, já tão vitimado por arbitrariedades legislativas e pela ingerência da máquina estatal.

Em um primeiro momento, debateu-se a questão da constitucionalidade dessa lei, onde correntes defendiam que iria de encontro ao o parágrafo único do art. 59 da Carta Magna; ou ainda ao artigo 7º da Lei Complementar nº 95/98, inciso II, que rezam, respectivamente:

Art. 59 CF: Lei complementar disporá sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis.

Art. 7º ,II, LC 95/98: a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.

O fato é que esta nova redação trouxe consigo a atualização no valor do salário mínimo, de modo que atentaria contra a pertinência temática também tratar de suspensão e extinção da punibilidade nos crimes fiscais. Ainda assim, tal argumentação fora afastada, já que não há ofensa direta à Constituição Federal.

A partir deste ponto preliminar, adentrando na seara tributária, destacamos a súmula vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, vejamos: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

É nessa linha que temos o artigo 6º deste diploma legal, reafirmando haver a necessidade de um processo administrativo para a proposição da ação penal por crime fiscal. Ainda, cumpre-nos transcrever o que dispõe o § 2º deste artigo:

Art. 6º § 2º: É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no *caput*, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido **formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.** (grifo nosso)

Ora, facilmente se constata, nesse ponto, que o legislador retroagiu à Lei nº 9.684/00, destacando a expressa necessidade de não haver sido iniciada a ação criminal para que seja possível a adesão ao plano de parcelamento.

Muitas eram as críticas acerca da redação anterior. Nas palavras de Rubin Lemos:

a injustiça na concessão do parcelamento a sonegadores não se dá apenas em relação àqueles que agindo de boa-fé com o Fisco acabaram infringindo a norma tributária, mas acima de tudo àqueles que devidamente pagaram os seus tributos na data aprazada e cumpriram fielmente com a sua responsabilidade tributária. Assim, o que explicar a estes, quando se concede o parcelamento (benefício fiscal) a quem não só deixou de cumprir com suas obrigações fiscais, mas tentou ludibriar, enganar, falsificando ou omitindo declarações, tudo com o dolo de não recolher o tributo ao Estado-cobrador?”⁶

Para José Paulo Baltazar Jr, o legislador “corrigiu, em suma, o exagero da liberalidade da extinção da punibilidade a qualquer tempo, que não incentivava o pagamento antecipado nem permitia uma administração mais racional dos recursos da Justiça Penal.”⁷

⁶ LEMOS, Rubin. **Parcelamento do Débito Tributário** – enfoque autorizado pela Lei Complementar nº 104/2001. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 67.

⁷ BALTAZAR JR., José Paulo. **Crimes tributários. Estado de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.9.

Nesse toar, havia total sentido em exigir que a adesão fosse promovida antes do início da ação criminal, não obstante ter sido este ponto de aceso debate jurisprudencial, já que, em momento algum, houve a revogação expressa do diploma legal.

Tal divergência está no cerne da problemática estabelecida desde a Lei nº 9.249/95, já que a possibilidade de extinção da punibilidade põe a prova o sistema de coerção da legislação penal como um todo.

8. Divergência acerca da aplicabilidade do art. 6º da Lei 12.382/11, quanto ao momento em que se extingue a punibilidade. Se é extinto somente antes, ou mesmo depois da ação penal.

Nesse sentir, insta destacar as palavras do doutrinador Hugo de Brito Machado (2013, p.513):

Considerando-se que a regra do artigo 6º, que antes da Lei 12.382, de 25 de fevereiro de 2011, estava no parágrafo único, já havia sido alterada pelo § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/03, com intuito de se admitir a extinção da punibilidade pelo pagamento feito a qualquer tempo, agora será suscitada a questão de saber se voltamos, ou não, à situação na qual o pagamento somente operava a extinção da punibilidade se efetuado antes do recebimento da denúncia. (...) realmente, quem pretender sustentar que ocorreu nova alteração da disciplina do pagamento como causa de extinção da punibilidade, dirá que o § 6º do art. 83 da Lei nº 9.430/96 é uma regra nova, que revoga a regra que consagrava a extinção da punibilidade pelo pagamento feito a qualquer tempo.

Em sentido oposto, quem pretender sustentar que não ocorreu tal revogação, dirá que a Lei nº 12.385, de 25 de fevereiro de 2011, ao se reportar ao § 6º do art. 83 da Lei nº 9.430/1996, não alterou a regra do § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/03, porque a ela não fez nenhuma referência, nem explícita nem implícita, porque nem ao menos referiu-se ao conteúdo do mencionado § 6º do art. 83 da Lei nº 9.430/96. Disse apenas que esse dispositivo ficava renumerado.

Ressalte-se que na Lei nº 12.382/11 não existe sequer uma regra dizendo que é restabelecido o dispositivo, vale dizer, o parágrafo único do art. 83 da Lei nº 9.430/96. Simplesmente reenumerou esse dispositivo. Por outro lado, ao cuidar da revogação de dispositivos anteriores diz apenas, em seu art. 8º,

que fica revogada a Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010. **Não contém regra revogando o § 2º do art. 9 da Lei nº 10.684/03, nem pelo menos a regra usual a declarar revogadas as disposições em contrário”**

Assim, parece-nos que o melhor entendimento é no sentido da subsistência da regra que afirma a extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes tributários. Aliás, na hipótese mais pessimista, teríamos de concluir que a Lei nº 12.382/11 suscita dúvida sobre a subsistência da extinção da punibilidade pelo pagamento feito depois de recebida a denúncia. E, como é sabido de todos, em Direito Penal a dúvida deve ser resolvida a favor do réu.

O autor citado abrilhanta a discussão arguindo o problema em todas as suas nuances, não obstante evitando apontar qual a melhor saída para o problema, que vai além de uma questão semântica, adentrando numa conotação pragmática da função do direito penal econômico no sistema de arrecadação fiscal.

Em se tratando da extinção da punibilidade através do pagamento integral do débito, a positivação tornou-se clara. Se, ao tempo do artigo 34 da Lei nº 9.249/1995, o pagamento estava condicionado à fase anterior ao recebimento da denúncia, a partir da edição da Lei nº 10.684/03 restou estabelecido no artigo 9º, conforme retroexplicado, que o pagamento é causa extintiva da punibilidade a qualquer tempo. (STF, HC 81.929-0-RJ, rel. Min. Cezar Peluso).

Por sua vez, ao tratar do parcelamento, o legislador infra-constitucional tomou um caminho mais sinuoso, já que, constatada certa inconsistência doutrinária, transformou o período de amadurecimento legislativo numa espécie de tentativa e erro.

Se inicialmente o parcelamento sequer era considerado causa de extinção da punibilidade (*Habeas Corpus* nº 11.903/03), no vigor da lei nº 9.249/95 chegou-se ao ápice de, após delicados planos de parcelamento dos débitos (Refis), passar a ser considerada extinta a punibilidade ainda que o contribuinte houvesse aderido ao plano de parcelamento após a ação penal.

Nesse momento, instaurou-se um sentimento de que, conceder o benefício indistintamente a sonegadores que agiram em manifesto ato de má fé, feriria a principiologia constitucional e atentaria contra a

ordem e a moral; partiria, sem nau, numa seara neoconstitucionalista que feriria a isonomia tributária.

Ao final, com a edição da Lei nº 12.382/11, a hipótese de parcelamento retornou a uma posição mais comedida, passando a ser aplicada somente nos casos em que o contribuinte-devedor realizasse o parcelamento antes da denúncia, conforme se denota a seguir.

Faz-se mister transcrever o teor do artigo 6º da Lei nº 12.382/11, para que se visualize a extensão da problemática:

Art. 6º O artigo 83 da Lei 9.430, de 127 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º a 5º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 6º:

Art. 83:

§1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.

Como se pode perceber, a Lei nº 12.382/11 regulamentou a questão da extinção da punibilidade dos crimes tributários quando

tratamos da hipótese de parcelamento do débito. Por outro lado, há quem argumente que não afetou o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/2003, que prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento (em qualquer tempo).

Nesse sentido, constata-se que, no que tange ao pagamento integral do débito junto ao Fisco, o ordenamento jurídico brasileiro passou a considerá-lo quando realizado a qualquer momento, ainda que após a denúncia, ou ainda após o trânsito em julgado da ação penal, conforme regência da Lei nº 10.684/03.

Busca-se nesse raciocínio o objetivo maior do Fisco, qual seja a arrecadação tributária, em detrimento da coesão penal. No universo tributário, a política arrecadatória do Estado tem posição de destaque diante da política criminal. Numa visão fria, por mais injusto que possa parecer, a arrecadação precisa ser vista como um pilar do Estado democrático, não devendo ser posta em igual posição valorativa de uma condenação criminal comum.

Em um segundo momento, configurou-se o fenômeno do pagamento proveniente de parcelamento, regido pela Lei nº 12.382/11, conotando-se que apenas dá-se por extinta a punibilidade se o parcelamento for realizado antes da denúncia da ação penal.

Nas palavras de José Paulo Baltazar Jr,

uma vez que a limitação dos efeitos penais do pagamento ou do parcelamento aos casos em que isso se dá até o recebimento da denúncia representa um incentivo concreto ao pagamento e à reparação do dano. Beneficia-se o acusado que evita os ônus materiais e emocionais da ação penal, e também o Estado, que, além de receber a exação devida, deixa de despender recursos materiais e humanos com o processamento da ação penal. (JÚNIOR, 2011, p. 9)

9. Conclusão

Pode-se observar nesta pesquisa que a extinção da punibilidade após quitação dos tributos devidos vem a frustrar as finalidades preventivas e de repressão atribuídas às sanções penais pelo artigo 59 do Código Penal brasileiro, resultando em impunidade e, consequentemente, levando a população a desacreditar na criminalização dos delitos cometidos contra os tributos.

Convém relacionar que essa insistente redação legislativa reflete uma problematização de amplo espectro.

No mais, entende-se que extinguir a punibilidade pelo pagamento do tributo não contribui de maneira efetiva para proteção do bem jurídico-penal, ou seja, “ordem tributária”, observando que a forma de aplicar, de longa data, não corresponde a uma redução da criminalidade neste âmbito. Dessarte, a extinção da punibilidade ante a quitação do débito tributário passa a representar um estímulo à prática de delitos, uma vez que o simples pagamento do débito será suficiente para escapar definitivamente da persecução penal.

Seguindo essa linha de pensamento, entendemos que seria ideal não simplesmente promover o incentivo do pagamento dos tributos devidos, mas a prevenção às condutas ocorridas após o delito cometido. Nos moldes atuais, a legislação trata de instigar o indivíduo à apropriação indébita do tributo, tendo como foco o arrependimento posterior; em sentido contrário, a coerção penal deveria exercer o papel de incentivar a quitação do tributo devido, ainda que nos moldes das atenuantes genéricas, sem abrir mão do poder punitivo do Estado.

Concluindo, pode-se levar em conta a demonstrada relevância do bem jurídico tutelado nos delitos tributários, juntamente com o dano social que esses apontamentos vêm a ocasionar a partir da falta de eficácia de resoluções extrapenais, coibindo os abismos existentes entre os contribuintes de boa fé e os que os parasitam o sistema tributário nacional, realidade ainda tão distante no nosso País

SOCIEDADE DE RISCO, INFORMAÇÃO E ROTULAGEM DE TRANSGÊNICOS: UMA ANÁLISE DOS PRODUTOS DISPONÍVEIS EM MACEIÓ

Fernanda Karoline Oliveira Calixto

Analista – Área jurídica do Ministério Público Estadual em Alagoas,
Assessoria Técnica do Gabinete do Procurador Geral de Justiça.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2.. Sociedade de risco e violência simbólica.. 3.. A polissemia do termo *risco* na sociedade de risco.4. A regulamentação dos juros. 5. Sociedade de risco no Brasil. 6.. Escopo jurídico .7. Escopo prático. 8.Conclusões.

1. Introdução

Na sociedade pós-industrial, a temática do risco ganha relevo e atrai muitos doutrinadores e estudiosos do tema a caracterizarem a sociedade atual, incluindo a brasileira, na categoria de *sociedade de risco*.

Ocorre que este rótulo traz consigo diversos problemas, a começar pela polissemia do termo *risco*, chegando à aceitação de uma irresponsabilidade organizada pelos cidadãos e pelo discurso político jurídico do Estado.

Assim, para responder ao questionamento lançado como tema deste texto, é necessário avaliar em que consistem os termos *risco* e *sociedade de risco*, apresentando alguns problemas práticos que a aceitação de determinados significados pode trazer.

Do mesmo modo, a caracterização jurídica do Estado Brasileiro e de alguns de seus aspectos culturais e políticos merece reflexão. É esta a avaliação que se pretende fazer, numa apertada síntese do tema, pela análise da rotulagem de produtos transgênicos.

Pretende-se, de início, analisar e contextualizar a sociedade de risco, estabelecendo seus caracteres principais, demonstrando sua relação com o fenômeno da naturalização dos riscos.

Também abordaremos o princípio da informação em razão do papel que esta exerce na *sociedade de risco*. Em seguida, contextualizaremos o escopo jurídico em que o direito à informação e à rotulagem se inserem no Brasil, especialmente no que respeita aos transgênicos. Na sequência, expomos os resultados da análise dos rótulos de produtos transgênicos encontrados à venda em supermercados de Maceió.

2. Sociedade de risco e violência simbólica

A crise civilizatória, afluída a partir da década de 60 do século passado, em concomitância com a tomada de consciência acerca da problemática ambiental, com o esgotamento do modelo de produção⁸, fez com que o estudo do “risco” ganhasse proeminência.

8

Para Beck⁹, vivemos hoje um estágio da modernidade em que os efeitos da atuação humana ganham amplitude planetária, constituindo ameaça à sobrevivência da espécie humana: vivemos na sociedade de risco. Isto porque a crise ambiental desencadeada pode levar à escassez dos recursos ambientais e catástrofes de porte global, no sentido mais perverso¹⁰ da ideia de globalização: “[...] o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a ‘nova desordem mundial’ de Jowit com um outro nome”¹¹.

Os conceitos de *risco* e *sociedade de risco* combinam conceitos mutuamente excludentes em outras épocas: sociedade e natureza, ciências sociais e ciências exatas, **construção discursiva do risco** e materialização das ameaças¹².

A principal marca desta sociedade é a incerteza, dado que a complexidade dos riscos já não se deixa abarcar pelos pressupostos científicos da modernidade clássica, em virtude da imprevisibilidade e mutabilidade das ameaças¹³.

Considerando a amplidão de tais danos é que a prevenção dos riscos ganha destaque. Mais importante que responsabilizar determinado Estado ou indivíduo por um dano ambiental de improvável ou impossível recuperação, é preveni-lo, evitar que ocorra¹⁴, uma vez

⁹ BECK, Ulrich. **A reinvenção da política**. In: GIDDENS, Anthony; BECH, Ulrich; LASH, Scott. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997.

¹⁰ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 67.

¹² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo veintiuno de españa editores S.A., 2002, p.5.

¹³ Idem. Ibidem.

¹⁴ KRELL, Andreas Joachim. **Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do “risco integral”**. Revista Direitos e Deveres, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 1, jul./dez. 1997, p. 9-38.

que o que está em jogo é a própria vida dos seres humanos, dependente das condições do meio ambiente que habita¹⁵.

Nesse sentido, deve ser combatida a irresponsabilidade organizada¹⁶, consistente na tentativa de minoração da problemática dos riscos, através da distorção/ocultação de informações ou da sua aceitação como circunstância inevitável ao progresso econômico, técnico e científico.

Isto porque, como explica Santos¹⁷: “Assim elaborado, o sistema da perversidade legitima a preeminência de uma ação hegemônica mas sem responsabilidade, e a instalação sem contrapartida de uma ordem entrópica, com a produção ‘natural’ da desordem”.

Logo, não se pode deixar de considerar que o termo *risco* esconde muito mais do que esclarece a problemática, pois, “Essa invisibilidade imediata dos riscos da modernização coloca os cientistas e políticos como intérpretes do perigo numa posição-chave. Através deles, um risco pode sofrer minimização ou dramatização [...]”¹⁸.

Por isso, sua aceitabilidade é sempre uma questão política¹⁹:

A escolha depende das alternativas, dos valores e crenças em pauta [...] Assim, não há processos isentos de valores para escolher entre alternativas que envolvam algum grau de risco [...] Toda e qualquer abordagem não só será incapaz de fornecer uma resposta definitiva, como estará predisposta a representar interesses específicos e a indicar determinadas soluções. Portanto, a seleção de um método é uma decisão política, com uma mensagem própria acerca de quem deve mandar e o que deve importar²⁰.

¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. **Função Socioambiental**. In: BENJAMIN, Antônio Herman (coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

¹⁶ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2001.

¹⁷ SANTOS, *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁸ BRÜSEKE, Franz Josef. **A técnica e os riscos na modernidade**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001, p. 32.

¹⁹ DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e cultura: um ensaio sobre a seleção de riscos tecnológicos e ambientais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Em última análise, essa escolha da terminologia “risco” e a seleção do que é “arriscado” constituem, desde o discurso, instrumento de imposição de interesses, onde a desinformação dos indivíduos contribui sobremaneira para a sua perpetuação, em outros termos, exercício do que Bourdieu²¹ nomeia “poder simbólico”: um “poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”. Uma violência instituída e aceita porque incorporada e reproduzida entre os indivíduos e instituições, dissimulando as relações de força que procura sustentar.

3. A polissemia do termo *risco* na sociedade de risco

A partir de uma rápida análise da palavra *risco* e de seu uso atual, é possível encontrar diferentes significados: sorte, azar, oportunidade, perigo, álea, entre outros termos geralmente vinculados à ideia de fatalismo.

Cada significado provém do uso específico que se faz da palavra, ou, como explica Habermas²², o significado de uma palavra é exatamente o uso dela.

Mas, a noção de risco encobre falsos dilemas dentro da contingência “O evento X pode acontecer *versus* O evento X pode não acontecer”.

Por isso, a caracterização do significado da palavra *risco* ganha relevância. Exemplo disso é que as grandes atividades industriais – as indústrias química e nuclear, por exemplo – costumam ser rotuladas como atividades de risco.

Se entendermos risco como “acontecimento possível”, e, portanto, álea, jamais a atividade industrial poderia ser classificada como arriscada, pois, a atividade industrial nada tem de aleatória²³.

²⁰ FISCHHOFF, Baruch; LICHTENSTEIN, Sarah; SLOVIC, Paul. Approaches to acceptable risk: a critical guide. Oak Ridge National Laboratory and U.S. Nuclear Regulatory Commission, 1980, p. ii – iii. In: DOUGLAS; WILDAVSKY, *Op. Cit.*, p. 4.

²¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989, p. 7-8.

²² *Apud* LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica. Horizontes, Teoria e Linguagem**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

A álea não cria o risco; para fazê-lo, o indivíduo ou o grupo social devem integrar o perigo, perceber o espaço como perigoso ou a situação econômica, geopolítica, como pouco segura. O risco se inscreve, portanto, em um dado contexto social, econômico, cultural e apresenta uma grande dose de subjetividade que se traduz em diferentes limites de sua aceitabilidade.²⁴

Aliás, é a confusão no significado da palavra *risco* que gera interpretações equivocadas, irresponsáveis e até contraditórias da *sociedade de risco*.

Se retornarmos aos primeiros usos do termo, encontraremos suas origens na sociedade italiana da Idade Média, quando *risco* era o escolho, a pedra no fundo do mar que poderia causar o rompimento do casco dos navios e levar à perda de todos os investimentos do mercador que eram transportados pela via marítima²⁵. "[...] Antigamente, o risco era tão razoável como sua própria etimologia [...]"²⁶, pois era possível valorar as perdas e com isso reunir garantias para indenizar armadores e proprietários de mercadorias.

Atualmente, para a teoria do risco que estudamos, o significado de risco associa-se à probabilidade de acontecimento de um fato, de um dano. Entretanto, já não é mais possível mensurar os danos, as consequências futuras dos atuais riscos, o que leva a uma socialização dos prejuízos em lugar de uma prevenção dos riscos.

Assim, **se determinadas consequências são tida como certas e esperadas, não existe risco**. "Ao contrário, são os produtos estruturais e inevitáveis de opções deliberadas, anunciadas como necessárias, mesmo que sabidamente geradoras de riscos socialmente inaceitáveis"²⁷.

²³ VEYRET, Yvette (org.). **Os Riscos: O homem como agressor e vítima do meio ambiente**. São Paulo: Contexto, 2007.

²⁴ Idem. p. 47.

²⁵ Idem. p. 25-26

²⁶ CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Governo dos Riscos**. Brasília: Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos Riscos, 2005, p.28.

²⁷ Idem. Ibidem. p. 29.

Nesse sentido, o risco é uma ligação com o futuro²⁸, a previsão mais ou menos provável que determinada consequência ocorrerá em decorrência de atividades praticadas hoje. O risco é a "[...] probabilidade de que se verifique um dano futuro que uma outra decisão teria podido evitar. Se o evento indesejado ocorrer, poderá ser imputado a alguma decisão [...]"²⁹. Mas é também o produto conjunto do "[...] *conhecimento* que se tem do futuro e um *consenso* quanto às perspectivas mais desejadas – o que nos possibilitaria relativizar os problemas"³⁰.

É com base nessa relativização que podemos tomar para esta análise as noções acima na *sociedade de risco*.

Sociedade de risco é um conceito atribuído a Ulrich Beck³¹, que descreveu o período atual pelo qual passa a humanidade – uma segunda modernidade: modernidade reflexiva – como um período marcado por incertezas advindas do excesso de poder que o homem obteve com a ciência e as tecnologias. Tais avanços podem levar a desastres de ordem mundial, pois o homem não conhece, nem domina, todos os efeitos que o uso de determinadas técnicas pode causar à sociedade, ao meio ambiente, às gerações futuras. A insegurança e a incerteza reinam nesta sociedade.

Estas incertezas, que, positivamente, deveriam levar a humanidade à aplicação do princípio da precaução, trazem consigo o aspecto ideológico de naturalização e aceitação de todo perigo, pois este seria inerente à atividade, à própria época em que vivemos. Por conseguinte, também as consequências desastrosas das "atividades de risco" são socializadas, repartidas em nome do progresso da sociedade, enquanto os "bons resultados" são privatizados³², invertendo a lógica da clássica reparação dos danos.

4. A naturalização do risco

²⁸ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e risco: vínculos com o Futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

²⁹ Idem. Ibidem, p. 14.

³⁰ DOUGLAS; WILDAVSKY, *Op. Cit.*, p. 5.

³¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2001.

³² CAUBET, Christian Guy. *Op. Cit*, p.30.

Um dos grandes problema de admitir que a sociedade atual, desde um contexto global até o contexto local, é uma *sociedade de risco* reside na internalização dos danos futuros, muitas vezes totalmente esperados, como característica inelutável do sistema e até necessária à subsistência do mesmo.

Com isso, atividades que já se sabe, pela experiência científica ou social, serem imensamente danosas em curto ou longo prazo, utilizam-se da máscara de “atividade de rico”, cujos danos seriam incertos, para prosseguir em operação, com o consentimento, muitas vezes, do Estado, da sociedade organizada.

Ou, pior que isso, fazem crer que os danos são inevitáveis, mas compensa internalizá-los e repartir seus custos para o fim de desenvolver a sociedade, minorar a pobreza, resolver problemas socioeconômicos.

Com a noção de sociedade de risco, passou-se a enfrentar o risco como um produto natural e imanente das relações sociais, sem o direito automático ao ressarcimento de seus danos, que existia antes da divulgação da noção. Nosso discurso, ao formular diversas indagações sobre o risco, faz do risco uma referência válida do discurso. Esta referência constante, com conteúdo variável e por isso mesmo indefinido, constitui o risco em categoria lícita e legítima do discurso. Um elemento cultural passa a ser naturalizado e considerado normal, quando poderia ter sido rechaçado e constituir um verdadeiro tabu; [...] ³³

Do ponto de vista jurídico, essa naturalização faz com que o Estado abarque

[...] interesses não filtrados do mercado e do poder administrativo que acabam recebendo a força legitimadora do direito, a fim de dissimular ou encobrir que a capacidade de se imporem é puramente fática sem qualquer legitimidade. *O direito empresta ao poder ilegítimo uma aparência de legitimidade.* ³⁴

Ocorre que uma sociedade que se pautar por tais critérios não é uma sociedade de risco, é uma sociedade de crise, de catástrofe, pois aceita estes elementos como pressuposto de sua existência.

³³ Idem. Ibidem, p. 28.

³⁴ LOPES, Othon de Azevedo. *Op. Cit.*, p. 246.

Numa sociedade assim, a clássica teoria da responsabilidade jurídica não encontra espaço, pois, quando se classifica a atividade como "de risco", em lugar de estabelecer a responsabilização e indenização quando ocorre o dano, degenera-se o instituto da responsabilidade jurídica para legitimar tal dano, isentar o agente causador do dano do dever de indenizar, de reparar.

Até mesmo um modelo complexo de responsabilização, como a responsabilidade por equidade (objetiva), cujo objetivo é a minimização dos riscos, assim como a responsabilização de quem tenha tirado algum proveito ou benefício da criação do risco, através de juízos instrumentais, utilitários e preventivos³⁵, é degenerada para fazer crer que é normal convivermos com a falta de garantias, apesar dos danos e seus autores serem identificados³⁶.

A insuficiência ou a forma como as informações acerca dos riscos são prestadas contribuem, em grande medida, para a irresponsabilidade organizada aqui relatada – violência simbólica no discurso.

Isto porque, no contexto da sociedade de risco, as informações e sua divulgação assumem diversas funções: "[...] trata-se de uma ferramenta de gestão dos riscos, seja de forma individual (etiquetagem dos produtos alergênicos, por exemplo) ou coletiva (ações de boicote) e particularmente de escolha em correr ou não um risco (etiquetagem dos OGM, [...] etc.)"³⁷.

Note-se que não se trata tão somente de uma obrigação do Estado a prestação de informações. É certo que a informação vincula-se diretamente ao princípio da participação popular, inerente aos sistemas democráticos. Aliás, o princípio democrático necessita da plenitude dos direitos à informação e participação para ser efetivo, materializar-se. Mas, na atual conjuntura das relações sociais e internacionais, especialmente no que tange ao riscos ambientais,

³⁵ LOPES, Othon de Azevedo. *Op. Cit.*, p. 285.

³⁶ CAUBET, Christian Guy. *Op. Cit.*, p.31.

³⁷ HERMITTE, M-A. Os fundamentos jurídicos da sociedade de risco.Uma análise U. Beck. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Governo dos Riscos**. Brasília: Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos Riscos, 2005, p.17.

[...] nota-se uma perigosa atividade dos interesses privados, incidindo negativamente. [...] os interesses privados, arriscando-se diretamente no âmbito internacional, podem chegar a constituir enormes ameaças de **danos ecológicos irreparáveis que não se autolimitam, porque o interesse privado não tem a responsabilidade administrativa de atender o comum** e que atualmente tampouco conta com um freio jurídico institucional adequado e operante [...].³⁸

Daí porque, além das informações sob guarda do Estado deverem ser franqueadas ao público, também as informações privadas acerca de atividades "de risco" também deverem ser divulgadas com a máxima transparência.

Nesse sentido, "A transparência designa mais a característica geral de um sistema que organiza o acesso a algumas informações para fins políticos. [...] Informação, transparência e participação do público constituem, nos casos mais avançados, um tríptico que muda o conteúdo do direito [...]".³⁹

A transparência se torna condição sem a qual qualquer risco é inaceitável, porque não foi permitida a discussão e a participação pública na decisão.

Exemplo prático desta necessidade é o caso da explosão do reator nº 4 da central nuclear de Tchernobyl, na Ucrânia, em 26 de abril de 1986. Em sequência à explosão, nuvem de elementos radioativos foi levada pelo vento, atingindo o norte da Ucrânia, a Bielorrússia, a Polônia, atravessando o Mar Báltico e alcançando a Suécia. No dia seguinte ao da explosão, o alto grau de radiatividade do ar já havia sido identificado na Suécia, embora fosse desconhecida sua origem. Simultaneamente, em Tchernobyl e Pripiat, a população, num raio de 30 quilômetros da central nuclear, foi evacuada⁴⁰. Porém,

³⁸ ARBUET-VIGNALI, Herber. As relações internacionais e a proteção ambiental. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Governo dos Riscos**. Brasília: Rede Latino-Americana-Européia sobre Governo Dos Riscos, 2005, p.65-66.

³⁹ HERMITTE, M-A. *Op. Cit.*, p. 17.

⁴⁰ MARCHIONI, Alessandra. **Relações de poder e de dominação no universo social amazônico: uma abordagem segundo Pierre Bourdieu**, 2009. Tese (Doutorado), Universidade Federal de Santa Catarina,

[...] Foi somente em 28 de abril às 17 h que a agência Tass de Moscou divulgou uma informação sucinta que informava - sem precisão de data, nem importância - a ocorrência de um acidente na central nuclear de Tchernobyl. [...] no dia 29 de abril, foi expedido pela agência Tass, novamente de forma lacônica, o anúncio de 2 mortos, a liberação de radioatividade e a evacuação das populações locais. No outro dia, uma nova informação, para responder aos “rumores divulgados no Ocidente”, precisou que havia 197 feridos, dos quais 49 deixaram o hospital depois de exames. Enfim, em 1º de maio, as autoridades soviéticas reconhecem que 18 das pessoas hospitalizadas estavam em estado grave.⁴¹

Esse é um gritante exemplo de falta de transparência e minoração dos efetivos danos com vistas à diminuição/eliminação da responsabilidade. Até hoje as informações oficiais acerca do número de atingidos, por exemplo, dão conta de números enormemente inferiores aos que instituições e pesquisadores independentes apontam⁴².

Outro exemplo, mais próximo do nosso dia a dia, é dos alimentos geneticamente modificados, cuja incerteza científica acerca de todo o seu potencial maléfico à saúde e ao meio ambiente enseja a necessidade de concretização do direito à informação plena. É o que passamos a analisar nos tópicos seguintes.

5. Rotulagem e sociedade de risco no Brasil

Tendo o risco por fenômeno social e categoria discursivamente construída, é somente por meio da informação apreendida que a sociedade pode escolher a quais riscos quer se submeter. Do contrário, fica vulnerável a toda espécie de risco, dada a naturalização e a internalização de consequências desastrosas na seleção de atividades,

Florianópolis, 2009, p.122.

⁴¹ CANS, C. *Tchernobyl, ou de l'influence du droit de l'environnement sur l'altération du principe de souveraineté*. In: ***Les hommes et l'environnement Quel droits pour le vingt-et-unième siècle? Études en hommage à Alexandre Kiss*** Paris:Frison-Roche, 1998, p. 234, apud MARCHIONI, Alessandra. Op. Cit. p. 122

⁴² Chernobyl's Legacy: Health, Environmental and Socio-Economic Impacts and Recommendations to the Governments of Belarus, the Russian Federation and Ukraine. **The Chernobyl Forum: 2003–2005**. Disponível em: <http://www.iaea.org/Publications/Booklets/Chernobyl/chernobyl.pdf>. Acesso em: 15 fev2013.

meios de produção e produtos, cujas consequências ainda não são completamente conhecidas pela técnica.

Quando se trata de alimentos geneticamente modificados, no contexto brasileiro, em que se permite a produção e uso de OGM's conforme regulação da Lei de Biossegurança, teoricamente, a rotulagem é o mecanismo mais apto à prestação de informação diretamente ao consumidor.

Na prática, porém, é necessária uma fiscalização constante, para evitar que o setor privado burle as normas estabelecidas ou que se regrida no acesso à informação.

Assim sendo, neste parte do trabalho expomos o respaldo legal e jurisprudencial que o direito à informação recebe atualmente no Brasil e, em seguida, expomos o resultado de uma análise da rotulagem dos produtos transgênicos vendidos nos 3 (três) maiores supermercados de Maceió-AL, face à incerteza do nível de prejuízo futuro para a saúde dos cidadãos e do meio ambiente.

6. Escopo jurídico

Prevê a Constituição Federal o "Princípio da Prevenção" em seu art. 225, nos seguintes termos: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e **preservá-lo para as presentes e futuras gerações**" (grifou-se).

Neste princípio reside a consciência dos riscos, aquele vínculo com o futuro analisado anteriormente, estabelecendo um dever jurídico de evitar a consumação de danos ambientais⁴³.

Também o princípio da precaução encontra-se inscrito no ordenamento jurídico brasileiro, no Decreto Legislativo nº 01 de 03/02/1994, que ratificou o acordo resultante da Conferência sobre Mudanças Climáticas de 1992, por Ocasão da ECO 92, nos seguintes termos:

Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos

⁴³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80.

Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental⁴⁴.

Do mesmo modo, o ordenamento jurídico brasileiro, para além da clássica responsabilidade subjetiva voltada para os danos já ocorridos, estabelece a responsabilidade objetiva (por equidade) nas hipóteses em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem, independentemente de culpa. Vejamos: "Art. 927 [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, **riscos** para o direito de outrem."

Este dispositivo estabelece uma cláusula geral de responsabilização que vai de encontro ao que projeta a "irresponsabilidade organizada" típica da sociedade de risco.

Em verdade, a associação de dispositivo legal tão claro com os princípios da prevenção e da precaução deveria levar à máxima responsabilização daqueles que atuam e lucram com a geração de riscos, os quais são muitas vezes incalculáveis.

Mas não é isso que se vê acontecer muitas vezes no Brasil. Um exemplo disto foi a supressão de obrigação de responsabilidade na Medida Provisória 131/2003, que tratava da comercialização de soja transgênica da safra 2003/04.

O texto da Medida Provisória 131 estabelece normas para o plantio e a comercialização de soja transgênica da safra 2003/04. Foi publicado no Diário Oficial da União, de 16/12/2003. O texto foi assinado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que vetou o parágrafo que responsabilizava as companhias detentoras da tecnologia da semente de soja por eventuais danos ao meio ambiente e a terceiros. Dito parágrafo havia sido acrescentado à Medida Provisória na Câmara dos

⁴⁴ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 01 de 03 de fevereiro de 1994**. Aprova o texto da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, adotada em Nova Iorque, em 9 de maio de 1992. Diário Oficial da União. Seção 1. 04/02/1994. p. 1693.

Deputados. O texto original da Medida Provisória (MP) estabelece a responsabilidade exclusiva dos produtores por eventuais danos gerados pela soja geneticamente modificada. Seria o princípio Plantador- Poluidor-Pagador⁴⁵.

Ocorre que a proprietária da patente da soja transgênica Roundup Ready, aquela que detém o monopólio da marca e que seria diretamente afetada pelo texto da medida provisória, divulgou um comunicado em novembro de 2003, época em que a MP estava sendo discutida, no qual afirmava aceitar a responsabilidade pelos riscos e danos de seus produtos, desde que o uso destes fosse “adequado” e “legal”⁴⁶. “Pode-se dizer que a Monsanto fazia seu lobby e dava suas orientações para a elaboração de uma lei *ad hoc*, derogando o direito comum da responsabilidade, para seu benefício próprio e exclusivo”⁴⁷.

Outro aspecto fundamental da sociedade de risco, o direito à informação, também tem tratamento legal e constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 prevê no art. 5º, XIV, o direito coletivo e geral de acesso à informação, nos seguintes termos: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Prevê ainda, no inciso XXXIII do mesmo artigo, que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Do mesmo modo, o art. 37 como princípio da Administração Pública a publicidade dos atos administrativos, sendo ainda garantido ao cidadão o direito de petição.

Já na Lei 6.938/1981 há a previsão da divulgação de dados e informações ambientais entre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente:

Para dar cumprimento a tal objetivo, são elencados na referida lei diversos instrumentos:

Art. 9º - São Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

⁴⁵ CAUBET, Christian Guy. *Op. Cit*, p.25.

⁴⁶ Idem. *Ibidem*, p.25.

⁴⁷ Idem. *Ibidem*, p.25.

[...]

VII - o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente;

VIII - o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumento de Defesa Ambiental;

[...]

X - a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA;

XI - a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes;

XII - o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais.

Também o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 - é expresso ao estipular o direito à informação, especialmente face aos riscos que apresentem, concomitantemente à liberdade de escolha e a proteção da vida, da saúde e da segurança, nos seguintes termos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança **contra os riscos** provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços **considerados perigosos ou nocivos**;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, **asseguradas a liberdade de escolha** e a igualdade nas contratações;

III - a **informação adequada e clara** sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os **riscos que apresentem**; (grifou-se)

Em relação aos alimentos transgênicos, a Lei 11.105, de 24 de março de 2005, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, procura concretizar o direito à informação e a liberdade de escolha através da seguinte previsão:

Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contêm ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento.

O regulamento a que se refere o dispositivo acima está contido no Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003, que estabelece que todo alimento destinado a consumo animal ou humano, com presença acima do limite de um por cento do produto de OGM's, deverá conter a informação da natureza transgênica desse produto.

A informação a ser prestada abrange todos os produtos (embalados, vendidos a granel ou *in natura*), devendo estar em destaque no painel principal do rótulo, em conjunto com o símbolo definido na Portaria nº 2.658, de 22 de dezembro de 2003 do Ministério da Justiça. Os símbolos estabelecidos na portaria estão representados nas figuras 1 e 2 a seguir.

O item 3.3 da portaria referida determina ainda:

"3.3 – O símbolo deverá constar no painel principal, em destaque e em contraste de cores que assegure a correta visibilidade".

	
Figura 1: Símbolo do conteúdo transgênico nos rótulos impressos em policromia. Fonte: Portaria nº 2.658, de 22 de dezembro de 2003 do Ministério da Justiça	Figura 2: Símbolo do conteúdo transgênico nos rótulos impressos em preto e branco. Fonte: Portaria nº 2.658, de 22 de dezembro de 2003 do Ministério da Justiça

Além disso, mais recentemente, entrou em vigor a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regulamenta o acesso à informação pública no Brasil. Trata-se de um importante passo em matéria de transparência pública, uma vez que regula todo o procedimento e prazos para que o cidadão obtenha do poder público quaisquer informações

públicas, independentemente dos seus motivos pessoais ou de justificativa.

No campo jurisprudencial, de outra banda, também o direito à informação tem prevalecido, proporcionando um maior debate acerca da operacionalização dos dispositivos legais.

Até a redação final deste trabalho, dois Tribunais Regionais Federais haviam se posicionado firmemente para a garantia deste direito.

Em 13 de agosto de 2012, a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sede em Brasília, no bojo de uma Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal/DF e o Instituto de Defesa do Consumidor – Idec, decidiu que todo alimento produzido a partir de OGM's, independentemente da porcentagem nele contida, deve ser rotulado como transgênico, a fim de que seja concretizado o direito à plena informação, evitando sua tarificação ou limitação a percentuais (Processo nº 2001.34.00.022280-6/DF). O resultado é que os produtos que não cumprirem esta determinação devem ser retirados de circulação.

Um dia depois dessa decisão, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região condenou a empresa Monsanto a pagar R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a título de indenização por danos morais, ao consumidor, por veiculação de propaganda enganosa (Processo nº 5002685-22.2010.404.7104).

Em 2004, a Monsanto veiculou propaganda em emissoras de televisão e rádio, assim como em mídia escrita, anunciando o uso do herbicida glifosato, em conjunto com as sementes da soja transgênica de que detém a patente, como benéfico para conservação do meio ambiente, com o seguinte texto:

- Pai, o que é o orgulho?
- Orgulho é o que eu sinto quando olho essa lavoura. Quando eu vejo a importância dessa soja transgênica para a agricultura e a economia do Brasil. O orgulho é saber que a gente está protegendo o meio ambiente, usando o plantio direto com menos herbicida. O orgulho é poder ajudar o país a produzir mais alimentos e de qualidade. Entendeu o que é orgulho, filho?

— Entendi. É o que sinto de você, pai.⁴⁸

O engodo da propaganda é cristalino, uma vez que os "benefícios" do menor uso da soja transgênica ainda não foram comprovados cientificamente, conforme descreve o acórdão do processo citado, após a análise de diversos laudos técnicos:

ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PROPAGANDA ENGANOSA E ABUSIVA. 'HOMENAGEM DA MONSANTO DO BRASIL AO PIONEIRISMO DO AGRICULTOR GAÚCHO'. SOJA TRANSGÊNICA. *ROUNDUP READY*. GLIFOSATO. PROPAGANDA DE AGROTÓXICOS. DIREITO À INFORMAÇÃO. DANO MORAL DIFUSO/COLETIVO. CONTRAPROPAGANDA. INDENIZAÇÃO. *QUANTUM*. [...]. **3. Não é absolutamente verdadeira a propaganda que afirma que o plantio da soja transgênica garante o uso de menos pesticida, ao contrário do que apregoado no comercial questionado. 4. A ausência de amparo científico, acima de qualquer dúvida, à assertiva de que determinado cultivar resulte em alimentos de melhor qualidade e maior quantidade em relação ao exemplar tradicional, implica reconhecer que a propaganda é enganosa. [...]** **6. A opção político-legislativa no sentido de inclinar-se pela autorização do plantio e comercialização de sementes geneticamente modificadas no país (Lei 11.105-05), independentemente de estudo prévio de impacto, não afasta o direito dos consumidores terem acesso à informação integral e verdadeira acerca dos possíveis efeitos dessa tecnologia e do seu respectivo herbicida para a saúde dos homens, dos animais e para o meio ambiente, a teor do que prevê a Lei Consumidora. [...]**⁴⁹.

Na seara administrativa, por seu lado, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, vinculado ao Ministério da Justiça, instaurou, em 16 de março de 2011, processo administrativo em face de diversas empresas por estarem descumprindo a rotulagem de

⁴⁸ Monsanto é condenada por propaganda enganosa. Revista **Consultor Jurídico**, 21 de agosto de 2012. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2012-ago-21/monsanto-pagar-500-mil-propaganda-enganosa-transgenicos>. Acesso em 25 fev. 2013.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível nº 5002685-22.2010.404.7104/RS. 4ª Turma. Relator Desembargador Jorge Antonio Maurique. Porto Alegre, 14ago2012.

produtos que contenham acima de 1% de OGM's. Os produtos em que se encontrou tal percentual, mas não possuíam qualquer rotulagem, foram os seguintes: biscoito recheado Tortinha de chocolate com cereja (Adria Alimentos do Brasil), farinha de milho Fubá Mimoso (Alimentos Zaeli), biscoito de morango Tortini (Bangley do Brasil Alimentos), bolinho Ana Maria Tradicional sabor chocolate (Bimbo do Brasil), mistura para bolo sabor côco Dona Benta (J. Macedo), biscoito recheado Trakinas (Kraft Foods), biscoito Bono de morango (Nestlé), barras de cereais Nutry (Nutrimental), mistura para panquecas Salgatta (Oetker) e Baconzitos Elma Chips (Pepsico do Brasil)⁵⁰.

Apesar dos processos administrativos, as empresas se manifestaram na mídia como cumpridoras de todas as normas de rotulagem em relação aos transgênicos:

Em nota, a Nestlé "reitera ainda o compromisso com os consumidores e o estrito cumprimento da legislação brasileira, especialmente o decreto 4.680/2003, que regulamenta o emprego do símbolo transgênico".

Também em nota, a PepsiCo "reitera o respeito a todas as normas de comunicação estipuladas pelos órgãos nacionais competentes, o que está alinhado à sua filosofia de fornecer ao consumidor o máximo de informações para possibilitar a realização de uma escolha consciente".

[...] A Nutrimental, fabricante das barras de cereal Nutry, diz que "cumpre as legislações vigentes, garante a qualidade dos seus produtos e, sempre preocupada com seus consumidores, possui como missão 'ofertar alimentos saudáveis e práticos, respeitando e valorizando a vida e os seres humanos'".

A Bimbo [...] afirma que "respeita a legislação vigente e possui uma rigorosa política de qualidade, segurança alimentar e respeito ao consumidor".

O grupo Arcor, do qual a empresa Bagley Alimentos faz parte, [...] informa que "recorrerá de tal decisão". "O grupo Arcor, há

⁵⁰ DPDC instaura processos por falta de informação sobre transgênicos. **Notícias do Ministério da Justiça.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B08DEBD27-66DA-4035-BE88-27126C102E22%7D¶ms=itemID=%7B14216535-93C9-4FC9-8C7A-01F572DF71CC%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>. Acesso em: 25 fev. 2013.

30 anos atuando no Brasil, afirma que fabrica seus produtos respeitando as normas, os regulamentos e a legislação vigente no país, o que significa também respeitar seus consumidores e o seu direito à informação", diz a empresa em nota.

A J.Macêdo, detentora da marca Dona Benta, diz monitorar periodicamente amostras dos seus produtos por meio de testes laboratoriais e que estes não apontaram, até o momento, a presença de transgênicos acima de 1%. "A J.Macêdo confirma o seu compromisso em disponibilizar produtos de alta qualidade aos consumidores e comunica que fará novos testes com o produto em questão. Caso seja detectada a presença de percentuais maiores de OMG, tomará as providências necessárias."

A Alimentos Zaeli informa que seu centro de qualidade analisará todos os resultados apontados pelos testes e, caso necessário, fará todas as adequações apontadas. "Em mais de 40 anos de trajetória, a Alimentos Zaeli preza, acima de tudo, pela qualidade de seus produtos e pela segurança alimentar de seus clientes", diz a empresa.

Oetker e Adria também foram procuradas pela reportagem, mas até o momento não se manifestaram⁵¹.

Em que pesem as manifestações acima, ainda em 2012, o Ministério Público de São Paulo ingressou com Ação Civil Pública em face da Nestlé Brasil Ltda, pelo descumprimento das normas de rotulagem de transgênicos na embalagem do biscoito recheado "Bono", sabor morango (Processo n.º 583.00.2012.153475-7). Em decisão de 06 de julho de 2012, do juízo da 39ª Vara Cível Central da Capital, que concedeu medida liminar para que o símbolo dos produtos transgênicos fosse inserido nos produtos, foi estipulada multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada produto encontrado em desconformidade com o teor da decisão liminar⁵².

⁵¹ Nestlé e Kraft serão processadas por rótulos em transgênicos. **Folha de São Paulo**, em 16 de março de 2011. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/889529-nestle-e-kraft-serao-processadas-por-rotulos-em-transgenicos.shtml>. Acesso em: 25 fev. 2013.

⁵² BRASIL. 39ª Vara Cível Central de São Paulo. Ação Civil Pública nº 583.00.2012.153475-7. Decisão liminar. 06 jul. 2012. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/pls/portal/docs/1/2358211.PDF>.

Acesso em: 25 fev. 2013.

Na contramão dessa série de dispositivos legais e decisões judiciais a privilegiar a informação e a prevenção, porém, está o Projeto de Lei 4148 de 2008, de autoria do deputado federal Luis Carlos Heinze (PP-RS), que se encontrava em regime de tramitação de urgência em 21 de novembro de 2012⁵³, ocasião em que foi retirado de pauta, após diversos abaixo-assinados e manifestações de entidades de defesa do consumidor e do meio ambiente⁵⁴.

O projeto pretende a alteração do artigo 40 da Lei nº 11.105/2005, para estabelecer que somente os alimentos com teor superior a 1% de OGM's sejam rotulados, tal como o Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003 já o faz, mas, pretende também a retirada do símbolo identificador dos alimentos transgênicos, pois, segundo as justificativas do Projeto de Lei 4148 de 2008:

As normas brasileiras não se baseiam em nenhum precedente internacional ao instituir o símbolo, que de resto, somente agrega valor negativo ao produto.

Cabe ainda ressaltar que a apresentação gráfica (formato e cores) do símbolo disciplinado na Portaria nº 2.658, de 22 de dezembro de 2003, é utilizada em placas de advertência, atenção e existência de risco, afixadas em locais de perigo, radiação, eletricidade, explosão, entre outros.

Assim, o símbolo em questão vincula o alimento, que contenha DNA ou proteína obtida através de organismo geneticamente modificado, a circunstâncias de perigo, nocividade, cuidado, alerta, e outras mais

nos alimentos destinados ao consumo humano, mas o expressivo número de alimentos destinado ao consumo animal com a rotulagem transgênica nos chamou a atenção. Das 8 (oito) marcas

⁵³ Tramitação do PL 4148/2008. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=412728>. Acesso em: 28 mar 2013.

⁵⁴ ASCON/CONSEA. **Transgênicos: entidades se articulam contra projeto que pede fim da rotulagem**. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/consea/noticias/noticias/2012/dezembro/transg-enicos-entidades-se-articulam-contra-projeto-que-pede-fim-da-rotulagem>. Acesso em: 28 mar 2013.

de alimento para cães encontradas nos estabelecimentos visitados, 6 (seis) continham a rotulagem para produtos transgênicos. para as quais a apresentação gráfica é usualmente destinada.

Esta correspondência entre o símbolo (triângulo amarelo e preto) e suposto “risco” de consumo afeta a imagem de qualidade dos produtos, bem como, a exigência da cor amarela gera altos custos com embalagens, haja vista que, muitas vezes, esta cor não compõe a rotulagem usual dos produtos⁵⁵.

A justificativa invoca o argumento da autoridade internacional, da "ausência de precedente" e banaliza o "risco" do consumo desses produtos, como se houvesse certeza científica sobre a ausência de prejuízos à saúde e ao meio ambiente, e não houvesse do que os cidadãos se precaverem.

Além disso, é alegado um custo elevado para inserção da cor amarela quando esta cor não compõe a rotulagem usual dos produtos, quando a adequação à rotulagem ou outras normas de produção e distribuição inserem-se no contexto da alteridade da atividade empresarial. Uma vez que a empresa usufruirá dos lucros de sua atividade, deve se responsabilizar pelos prejuízos e pelos riscos de exercê-la. Ao levantar esta questão, o que faz o projeto de lei socializar os prejuízos da ausência de uma informação plena, em prol de interesses particulares, uma inversão do próprio conceito de responsabilidade jurídica, como já se apontou anteriormente.

Apesar disso, o PL 4148 indica como principal escopo a garantia do direito à informação ao consumidor, mas em termos "proporcionais e razoáveis":

Ressaltamos que defendemos o direito do consumidor ser informado sobre as características ou propriedades dos alimentos.

Entretanto, **o direito à informação deve ser aplicado em consonância com os princípios da proporcionalidade e da**

⁵⁵ BRASIL. **Projeto de lei 4148 de 16 de outubro de 2008**. Altera e acresce dispositivos à Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5019B0FD6A76C8E5D7372016B6D5BD9F.node2?codeor=605180&filename=PL+4148/2008. Acesso em: 14 mar. 2013, p. 6.

razoabilidade, contemplados no inciso III, do artigo 4º, da Lei 8.078/90, além de apresentar conteúdo útil, esclarecedor e eficiente, em obediência ao Código de Defesa do Consumidor, especialmente seus artigos 6º e 31.⁵⁶ (grifou-se).

Nessa direção, o que as justificativas do projeto fazem é usar termos jurídicos consagrados (proporcionalidade e razoabilidade) no nosso ordenamento jurídico como motivo suficiente e absoluto para a negação de direitos, justificando-a juridicamente. Ao mesmo tempo, conferem ao direito à informação um sentido de limitação que não lhe é insito nem está contido na Constituição Federal, modificando-lhe o significado, uma das principais características da violência simbólica.

7. Escopo Prático

A fim de verificar a efetividade da rotulagem de transgênicos para concretização do direito à informação, parâmetro indispensável para a seleção de riscos que uma sociedade considera aceitável, entre os dias 20 e 30 de março do corrente ano, foram visitados os 3 (três) maiores supermercados da Capital.

Durante as visitas, foram analisados e fotografados os rótulos de produtos alimentícios que já possuem o símbolo que indica o conteúdo transgênico, produtos listados no item anterior de fabricantes contra os quais o DPDC abriu processo administrativo por omissão da informação e produtos que destacam a não utilização de OGM's.

Convém notar que, além do selo, nenhuma outra informação acerca do percentual de OGM's ou das consequências de seu consumo constava nos rótulos. Por outro lado, todos os produtos para cães ou gatos da marca “Sabor e vida” ostentavam o selo BPF/APPCC (Boas Práticas de Fabricação/Análise de Perigo e Pontos Críticos de Controle), que indica, como afirma o rótulo, que o produto foi elaborado “visando sua qualidade e segurança alimentar”.

⁵⁶ BRASIL. **Projeto de lei 4148 de 16 de outubro de 2008**. Altera e acresce dispositivos à Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5019B0FD6A76C8E5D7372016B6D5BD9F.node2?codteor=605180&filename=PL+4148/2008. Acesso em: 14 mar. 2013, p. 2.

Também foi possível encontrar o símbolo do conteúdo transgênico em alimentos para gato, hamsters e pássaros.

Ao passar para a análise dos rótulos de alimentos destinados ao consumo humano, verificou-se que, em determinados tipos de alimentos, há predominantemente, nos estabelecimentos visitados – os maiores da cidade - produtos com OGM's já rotulados. É o caso dos óleos de soja e dos amidos de milho. Das 5 (cinco) marcas de óleo de soja à venda nos estabelecimentos visitados, 3 (três) continham a rotulagem de produto transgênico.

O que mais chama a atenção na rotulagem dos óleos de soja é a ausência de destaque do símbolo, em razão da própria coloração amarela dos rótulos. No caso do rótulo de um dos óleos de soja à venda, o símbolo se confunde com as gotas da mesma cor que fazem parte da composição gráfica da embalagem.

Ademais, e apesar da Portaria nº 2.658, de 22 de dezembro de 2003 do Ministério da Justiça, não fazer menção a isso, vários produtos das figuras ostentam um retângulo amarelo, respectivamente abaixo e acima do símbolo determinado pela portaria, com a seguinte palavra: "Aprovado".

Essa aposição parece uma tentativa de indicar uma diferenciação entre os produtos desta marca e de outras, que apenas seguem o que determina a Portaria nº 2.658, de 22 de dezembro de 2003 do Ministério da Justiça, fazendo o consumidor se questionar se o produto que não a contém foi ou não "aprovado" pelo órgão competente.

No caso dos amidos de milho, todas as 4 (quatro) marcas à venda possuíam a rotulagem, mas a coloração da embalagem – quase completamente amarela – torna sua presença bastante discreta e pouco perceptível para um olhar menos atento.

Os únicos rótulos de amido de milho (mistura) onde o símbolo se destacou um pouco foram nos da marca "Arrozina", cujo rótulo tem predominância da cor verde; e da marca "Cremogema", cuja embalagem tem predominância da cor azul.

Produtos com OGM's também foram localizados no setor de salgadinhos e petiscos dos supermercados, mas em pequeno percentual em relação ao total de marcas e opções disponibilizadas. Foram

contabilizadas 32 (trinta e duas) marcas de salgadinhos industrializados, mas apenas 5 (cinco) continham a rotulagem de produto transgênico.

Uma vez analisados os rótulos de produtos que já contêm a indicação de conteúdo transgênico, os quais, como se viu, não indicam o exato percentual de OGM's, nem as possíveis consequências de seu consumo, propiciando uma informação plena, passemos a expor o que detectamos na análise dos rótulos de produtos nos quais o DPDC registrou omissão da informação, anteriormente citados. Convém esclarecer que os respectivos processos ainda não foram encerrados.

Dentre os produtos cujas empresas fabricantes foram notificadas pela omissão, anteriormente citados, não foram encontrados à venda nos estabelecimentos visitados, impossibilitando a análise *in loco*, os seguintes: biscoito recheado Tortinha de chocolate com cereja (Adria Alimentos do Brasil), farinha de milho Fubá Mimoso (Alimentos Zaeli), biscoito de morango Tortini (Bangley do Brasil Alimentos) e biscoito recheado Trakinas (Kraft Foods).

Já na mistura para bolo sabor côco Dona Benta (J. Macedo), constatamos que os rótulos dos produtos comercializados passaram a ter o símbolo.

Por outro lado, o bolinho Ana Maria Tradicional sabor chocolate (Bimbo do Brasil), as barras de cereais Nutry (Nutrimental), a mistura para panquecas Salgatta (Oetker), o salgadinho Baconzitos Elma Chips (Pepsico do Brasil) e o biscoito Bono de morango (Nestlé) não exibem símbolo de conteúdo transgênico.

Nestes casos e de todos os demais produtos não fiscalizados ainda pelo DPDC, observou-se o descumprimento da decisão de 13 de agosto de 2012, da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que se decidiu que todo alimento produzido a partir de OGM's, independentemente da porcentagem nele contida, deve ser rotulado como transgênico, a fim de que seja concretizado o direito à plena informação, evitando sua tarifação ou limitação a percentuais (Processo nº 2001.34.00.022280-6/DF), anteriormente citada.

Produtos que descumprissem a determinação judicial deveriam ter sido retirados de circulação, mas na prática, com base na mostra analisada, não é o que de fato tem ocorrido.

De fato, e diversas pesquisas de institutos de defesa do consumidor⁵⁷ mostram que, não importa o percentual de OGM's, os rótulos dos alimentos ofertados nos supermercados não informam plenamente; em determinadas situações, causam confusão, e em muitas outras simplesmente são omissos, impedindo a identificação pelo consumidor e o exercício de escolha. Sem a informação, é impossível escolher que riscos a sociedade aceita correr. Sem a informação, ocorre a internalização do risco e a repartição de prejuízos pelos membros da sociedade, em contraposição ao lucro restrito de determinadas empresas.

Percebe-se, portanto, um Estado Brasileiro, constitucional e legislativamente preocupado com os riscos, com os danos deles provenientes, com a responsabilização jurídica e com o acesso às informações pelos cidadãos. O grande desafio é a operacionalização dos dispositivos legais.

Assim, segundo a concepção de sociedade de risco, que se sabe de risco e por isso tenta prevenir e se precaver do danos, o Brasil seria - em termos teóricos - uma sociedade de risco.

A obrigação de prevenção dos danos ambientais encontra-se já no texto constitucional (art. 225 da CRFB/88), impondo o dever de precaução das gerações atuais (Estado e sociedade) para a preservação do meio ambiente em prol das futuras gerações, num verdadeiro exercício de equidade intergeracional. A ligação entre esta geração e as que estão por vir está no *risco*, na possibilidade de danos e limitações incalculáveis a que estarão sujeitas as gerações futuras em razão das escolhas feitas pela geração presente.

Do mesmo modo, a sociedade brasileira é sociedade de risco na medida em que a Política Nacional do Meio Ambiente, por exemplo, elege como princípios a precaução, a prevenção, a informação e a

⁵⁷ XAVIER, Luiza. **Transgênicos que não estão no rótulo.** *Proteste encontra ingredientes modificados em 23 produtos, mas apenas seis traziam essa informação na embalagem* Disponível em: Acesso em: <http://www.foodandnews.com/busca/tags%3A+casa+gourmetr+%26amp%3B+gourmet%26rdquo%3B+gourmeta%20%20/1118-Transg%C3%AAnicos+que+n%C3%A3o+est%C3%A3o+no+r%C3%B3tulo> . Acesso em 25 mar. 2013.

participação, assim como a previsão de avaliações prévias de impacto ambiental e as políticas de educação ambiental.

No entanto, deixa de ser sociedade de risco e passa a ser sociedade do dano, legitimado em prol de atividades econômicas, quando veta a responsabilização pelos danos que a soja transgênica pode oferecer – caso da MP 131/2003 – ou quando ratifica, por exemplo, a adoção de uma “economia verde” como paradigma de sustentabilidade para o desenvolvimento do país. A própria Presidenta Dilma Rousseff afirmou que não é possível pensar em sustentabilidade ambiental sem vinculação aos preceitos da economia⁵⁸. Ou ainda, no caso específico dos transgênicos, se aprovado o PL 4148, que impossibilita o direito de escolha dos cidadãos ao limitar seu direito à informação, naturalizando o risco e o dano.

Tais assertivas podem soar contraditórias, mas assim é a sociedade de risco: "Há consciência da existência dos riscos, desacompanhada, contudo, de políticas de gestão [...]”⁵⁹, de prestação transparente de informações e de participação consciente dos cidadãos nos processos decisórios. Mas esta não é uma realidade inelutável; é possível buscar informações, tomar consciência dos fatos e perigos, para buscar participação nos processos decisórios.

8. Conclusão

O termo *risco* é polissêmico e seu uso induz a diferentes interpretações da sociedade de risco, conforme a intenção do agente do discurso. Trata-se de uma construção discursiva que implica a seleção dos riscos que se podem considerar aceitáveis, toleráveis ou banais dentro de uma sociedade, uma construção política, portanto.

Nessa construção, mídia, doutrina, legislação e jurisprudência — e seus agentes — exercem importante papel, sendo os meios de

⁵⁸ REPÓRTER BRASIL. **O lado B da Economia Verde. Roteiro para uma cobertura jornalística Crítica da Rio+20**, Rio de Janeiro, 2012.

Disponível em <http://www.reporterbrasil.org.br/documentos/oladobdaeconomiaverde.pdf>. Acesso em: 14, Jul. 2012. p. 9.

⁵⁹ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 132.

exteriorização daquilo que deve ser temido e sofrer maiores restrições, medidas de prevenção e mais amplamente informado para a sociedade.

A informação, na sociedade de risco é, portanto, essencial para essa análise e para o exercício individual e coletivo de riscos que uma sociedade tolera sofrer.

Os riscos nucleares e os riscos dos alimentos transgênicos são excelentes exemplos desse tipo de construção discursiva, que possibilitam, além do estudo teórico da temática, uma avaliação prática das implicações da ausência de informações.

Nesse contexto, ao analisar a Constituição Federal de 1988 e as normas infraconstitucionais e infralegais que nos remetem à temática dos riscos, e, particularmente à temática dos transgênicos, percebe-se uma preocupação com prevenção, precaução e informação, todas amparadas pela responsabilização, em certos casos até objetiva (por equidade).

Sem isso, os indivíduos ficam à mercê dos riscos que o setor privado imponha, se o Estado não exercer seu dever de fiscalizar, limitar ou, pelo menos, informar.

Por isso, a irresponsabilidade organizada, típica da sociedade de risco, deve ser combatida, por ser fruto da falta de informações e transparência, assim como de um discurso legitimador e socializador dos prejuízos, e, com isso, a incapacidade dos cidadãos de participar dos processos decisórios acerca de quais riscos irá tolerar torna-se evidente.

Em relação aos transgênicos, a informação limitada ao conteúdo superior a 1% não instrumentaliza o direito à informação plena. Outras informações, como o exato teor de OGM's, sua origem e riscos deveriam estar ressaltados, independentemente de percentual, como prevê a decisão que notamos decumprida nas vistas aos estabelecimentos comerciais, conforme decisão do TRF da 4ª região.

Assim, levando-se em consideração o aspecto legislado e constitucionalizado dos riscos, o Brasil é uma sociedade de risco, pois lida com técnicas cujas consequências são incertas e instrumentaliza sua prevenção e precaução, ainda que de modo insuficiente e carente de maior fiscalização.

Do ponto de vista do uso prático dessas concepções, porém, o Brasil só é sociedade de risco na medida em que internaliza o risco e

promove uma certa irresponsabilidade organizada. Nesse aspecto, pode-se classificar o Brasil como uma sociedade da crise e da irresponsabilidade em matéria de riscos.

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO RECURSO COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUA INFLUÊNCIA NA CELERIDADE DO PROCESSO

José Ailton da Silva Júnior

Técnico do Ministério Público de Alagoas, Especialista em Direito Processual Civil e Mestrando em Direito Público

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Sobre o problema da falibilidade. 3. O conceito de recurso. 4. Do fundamento dos recursos. 5. Da natureza jurídica dos recursos. 6. Os provimentos jurisdicionais e seu processo de formação. 7. Os momentos do exercício do contraditório. 8. O contraditório e o direito constitucional ao recurso. 9. O direito constitucional ao recurso como corolário do princípio do contraditório e a duração razoável do processo. 10. Conclusão.

1. Introdução

Infelizmente, sobre o sistema recursal se tem colocado o estigma de se concretizar um verdadeiro obstáculo à efetiva e célere prestação jurisdicional.

Esta constatação pode ser verificada quando pesquisamos as propostas de alteração na legislação processual nacional, que, notadamente, busca o reforço do protagonismo judicial para uma redução do tempo do regular curso do processo, o que pode ser verificado a partir da ampliação das possibilidades de julgamentos monocráticos e maior força dos precedentes emanados pelos Tribunais Superiores na resolução das questões levadas a debate no Judiciário.

Neste cenário preocupante, o direito constitucional ao contraditório, que, em seu bojo, traz consigo outros direitos, como o de recorrer, tem sido paulatinamente violado e relegado a um plano inferior, tudo em

favor de uma pseudoceleridade processual, totalmente alijada de um importante fundamento: a legitimidade.

Falamos de legitimidade, uma vez que tais mudanças, caso venham a se concretizar com a força e a rapidez que muitos desavisados pretendem, darão ao julgador um *status* de onipotência e onisciência, que, há muito tempo, foi pela humanidade suplantado, através da dialética e da racionalidade.

É exatamente nesse panorama aparentemente desfavorável que ousamos apresentar o presente trabalho, defendendo o direito ao recurso como corolário do direito constitucional ao contraditório, sem que haja, em razão deste, entrave à célere prestação jurisdicional.

2. Sobre o problema da falibilidade

Inegavelmente, o ser humano é limitado e sujeito a falhas, as quais, na atividade jurisdicional, podem causar severos prejuízos às partes litigantes.

Esta falibilidade acaba sendo impulsionada para a ciência, que, muitas vezes, deixa de progredir em reverência a um pensamento até então tido como imutável.

Neste norte, importante o pensamento de Umberto Eco, em artigo traduzido para o português e publicado pelo portal UOL:

A questão é importante. Será que os paradigmas sempre devem ser defendidos ou desafiados? Uma cultura (entendida como sistema de costumes e crenças herdados e compartilhados por um determinado grupo) não é meramente uma acumulação de dados; é também o resultado da filtragem desses dados. Qualquer cultura é capaz de descartar o que não considera útil ou necessário – a história da civilização é construída sobre informações que foram enterradas e esquecidas.

Em seu conto “Funes el Memorioso” de 1942, Jorge Luis Borges conta a história de um homem que se lembra de tudo: cada folha de uma árvore, cada rajada de vento, cada sabor, cada sentença, cada palavra. Mas por esse mesmo motivo Funes é um completo idiota, um homem imobilizado por sua incapacidade de selecionar e descartar. Nós dependemos de nosso subconsciente para esquecer. Se temos um problema, sempre podemos ir a um psicanalista para recuperar quais memórias nós descartamos por

engano. Felizmente, todo o resto foi eliminado. Nossa alma é o produto da continuidade dessa memória seletiva. Se todos nós tivéssemos almas como a de Funes, seríamos desalmados.

Uma cultura opera de forma semelhante. Seus paradigmas, que são constituídos pelas coisas que nós preservamos e por nossos tabus em relação ao que descartamos, resultam de compartilhar essas enciclopédias pessoais. É sobre o pano de fundo dessa enciclopédia coletiva que travamos nossos debates. Para que uma discussão seja compreendida por todos, precisamos começar a partir dos paradigmas existentes, mesmo que apenas para mostrar que eles não são mais válidos. Sem a rejeição do paradigma ptolomaico então dominante, o argumento de Copérnico de que a Terra girava em torno do Sol teria sido incompreensível⁶⁰.

Ora, será que a ciência estaria com seu grau de desenvolvimento que hoje possui, caso não existissem os “inquietos”, que viessem a lançar um novo olhar sobre o que já há muito tempo havia sido posto?

60

Notadamente, os progressos em todos os ramos da ciência passam pela atitude inquieta e desafiadora daqueles que possuem uma maneira singular e diversa de analisar um determinado fenômeno.

Esta situação não está excluída dos fenômenos naturais humanos, que acabaram, por sua importância, sendo regulados pelo Direito.

Obviamente, apresentar um novo enfoque sobre fatos que, não raras vezes, já estão arraigados no sentimento dos indivíduos como “verdades” intransponíveis é um grande desafio.

Contudo, para destoar esse pensamento de “verdades” intransponíveis, importante destacar o pensamento do poeta Xenófanes (500 a.C.), o qual afirmou: “Verdade segura jamais homem algum conheceu ou conhecerá sobre os deuses e todas as coisas de que falo”.

Obviamente que não pretendemos pregar o relativismo total, já que podemos alcançar o conhecimento objetivo, como o mesmo poeta afirma: “Os deuses não revelaram tudo aos mortais desde o início; mas no decorrer do tempo encontramos, procurando, o melhor”.

Vale, ainda, apresentar o pensamento de Karl Popper,⁶¹ o qual afirma que “a ruptura do consenso está diretamente ligada à falseação de uma teoria que cria um estado de insatisfação no interior de uma comunidade científica, impelindo-a na busca, caso ela já não esteja à disposição, de uma teoria que não apresente o mesmo problema”.

É exatamente nesse instante, da busca pelo “melhor”, que o recurso, instrumento utilizado desde os primórdios do Direito, surge como um meio lícito de permitir uma reanálise do fenômeno jurídico, possibilitando ao Judiciário, como órgão estatal destinado a pacificar os conflitos, dar ao caso concreto a mais adequada solução possível, tudo dentro de um sistema, o qual, por mais perfeito que seja, está sujeito à falibilidade do ser humano.

3. O conceito de recurso

A palavra recurso é originária do verbete latino *recursus* e tem o sentido de “voltar atrás”.

⁶¹ POPPER, Karl *apud* FERREIRA, Roberto Martins. **Popper e os Dilemas da Sociologia**. São Paulo: Annablume, 2008. p. 79.

Assim, quando o indivíduo, dentro de uma relação processual, se encontra frente a uma situação desagradável ou pretende uma reanálise da matéria questionada, geralmente por outra instância dita superior, este apresenta o seu “recurso”.

Segundo se pode apurar na doutrina, o conceito de recurso não pertence à teoria geral do processo, tratando-se, pois, de conceito jurídico-positivo, estando, pois, ligado à análise de determinado ordenamento jurídico.

Nesse viés, afirmam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, alicerçados na lição de Barbosa Moreira, que recurso é o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna⁶²”. Anote-se, ainda, pela relevância em relação ao tema do presente trabalho, a definição trazida por Dierle Nunes, segundo o qual o recurso deve ser compreendido[...]:

[...] como forma legal utilizada no mesmo procedimento em contraditório de irresignação voluntária da parte, manifestada para uma determinada espécie de decisão, salvo as hipóteses de dúvida objetiva, visando à reanálise da questão pelo mesmo órgão prolator (para os recursos com efeito regressivo) e/ou transferência do conteúdo da decisão para órgão diverso do seu prolator (para os recursos com efeitos devolutivo), visando ao exame ou reexame das questões suscitadas pelo recorrente com anulação, reforma, integração ou aclaramento da decisão impugnada⁶³.

4. Do fundamento dos recursos

Na obra Teoria Geral do Processo, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar

⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa *apud* DIDIER JR, Fredie & CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 21.

⁶³ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: Da Teoria Geral dos Recursos, das Reformas Processuais e da Comparticipação nas Decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 109.

do princípio do duplo grau de jurisdição, o qual, sob determinada perspectiva, se relaciona com os recursos, afirmam que:

Não obstante, é mais conveniente dar ao vencido uma oportunidade para o reexame da sentença com a qual não se conformou. Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança; e está psicologicamente demonstrado que o juiz de primeiro grau se cerca de maiores cuidados no julgamento quando sabe que sua decisão poderá ser revista pelos tribunais de jurisdição superior.

[...] O principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau de jurisdição é de *natureza política*: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários *controles*. [...] é preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais⁶⁴.

Tratando dos recursos na seara criminal, Guilherme de Souza Nucci aponta aqueles os quais acredita serem os seus fundamentos.

[Os recursos] Têm seu fundamento na contingência humana, na falibilidade da inteligência, da razão e da memória do homem. Destina-se, pois, a sanar os defeitos graves ou substanciais da decisão, a injustiça da decisão, a interpretação e aplicação errônea da lei ou da norma jurídica⁶⁵.

5. Da natureza jurídica dos recursos

Da análise da clássica doutrina pátria, é possível identificar determinadas divergências quanto à natureza jurídica dos recursos.

Segundo Hélio Tornaghi, os recursos poderiam ser apreciados sobre diversos enfoques:

- a) como desdobramento do direito de ação que vinha sendo exercido até decisão proferida;
- b) como ação nova dentro do mesmo processo;

⁶⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 76.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 886.

c) como qualquer meio destinado a obter a "reforma" da decisão, quer se trate de ação como nos recursos voluntários, quer se cogite de provocação da instância superior pelo juiz que proferiu a decisão, como nos recursos de ofício⁶⁶.

É interessante a perspectiva traçada por José Miguel Garcia Medina:

I. Recursos e direito ao processo adequado. O direito de recorrer “si inquadri nel concetto del diritto di azione (Ugo Rocco, ob. cit., v. 3, p. 291), sendo possível, sob esse ponto de vista, traçar um paralelo entre os requisitos dos recursos e da ação (idem, p. 293 ss.; semelhantemente na doutrina brasileira, cf. Tereza Arruda Alvim Wambier, *Os agravos no CPC* cit., item 3.1.1; Nelson Nery Junior, *Teoria geral dos recursos*, 6. ed., p. 218 ss.)⁶⁷.

Dierle Nunes⁶⁸ afirma, na linha apresentada por Garcia Medina, que o instituto do recurso se insere na estrutura normativa processual como um prolongamento do direito de ação e não como uma ação autônoma.

Apesar de tais posicionamentos, muitas vezes díspares, há, atualmente, um direcionamento da doutrina mais abalizada no sentido de que a natureza jurídica dos recursos é de “aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa⁶⁹”.

Cumpre-nos destacar, ainda, que é o recurso um ônus processual e não uma faculdade, como muitos julgam ser.

⁶⁶ TORNAGHI, Hélio *apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 598.

⁶⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 548.

⁶⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: Da Teoria Geral dos Recursos, das Reformas Processuais e da Participação nas Decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 64.

⁶⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães et al. **Recursos no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 32.

É ônus processual, uma vez que, tendo se sentido prejudicada, compete à parte a obrigação de exercer o competente recurso, sob pena de, não o realizando, ser prejudicado, devendo suportar os dissabores de seu não-agir, apenas por não ter buscado a solução jurídica cabível para modificar o *decisum* e consertar o eventual erro judiciário.

6. Os provimentos jurisdicionais e seu processo de formação

Importante salientar, desde o princípio, que partiremos da concepção de processo defendida por Fazzalari, na doutrina italiana e trazida à discussão no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, segundo o qual:

[O processo] é uma espécie do procedimento, uma estrutura normativa, realizada em contraditório, entre as partes, em que os atos, as normas e as posições subjetivas são conectados em especial forma de interdependência para a preparação e formação de um provimento⁷⁰.

Com o advento dessa compreensão acerca do processo, houve “permissão” à doutrina nacional, dentre os quais Rosemiro Pereira Leal, de realizar uma modernização daquela, gerando a concepção denominada de neoinstitucionalista de processo. Tal entendimento afirma ser o processo uma

[...] instituição constitucionalizada de controle e regência popular legitimante dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espaço-temporal, de criação, recriação (transformação), extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização (execução) de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa⁷¹.

Estas concepções, compreendidas conjuntamente, denotam que o processo deve ser um espaço para discussão da matéria apresentada ao

⁷⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: Da Teoria Geral dos Recursos, das Reformas Processuais e da Participação nas Decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 57.

⁷¹ LEAL, Rosemiro Pereira *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: Da Teoria Geral dos Recursos, das Reformas Processuais e da Participação nas Decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 57/58.

Judiciário, na qual, de forma isonômica, é garantido às partes o poder de convencimento do magistrado quanto ao mais adequado resultado final da lide. Esta forma de compreender o processo torna a missão do magistrado mais suave, na medida em que o “peso da decisão” e da legitimidade de seu conteúdo é dividido entre as partes litigantes.

Importante destacar o pensamento de Habermas:

[...] as ordens dos processos judiciais no âmbito da aplicação do direito, devem compensar a falibilidade e a certeza da decisão que resultam do fato de que os pressupostos comunicativos pretensiosos de discursos racionais só podem ser preenchidos aproximadamente⁷².

Ou seja, não é possível se chegar com a total precisão o alcance da norma.

7. Os momentos do exercício do contraditório

Deve-se partir da premissa de que os provimentos jurisdicionais são fruto de um processo, no qual devem ser garantidas às partes a comparticipação para que, juntamente com o magistrado, atuem de forma decisiva na formação do *decisum*. É de se anotar, neste instante, em quais momentos esta comparticipação pode ser realizada.

De acordo com a doutrina que segue esta linha de raciocínio, o contraditório é exercido em dois momentos distintos:

- a) preventivo, antecipado ou *ex ante* (sua forma genuína), ou seja, aquele possibilitado no procedimento formativo do provimento;
- b) sucessivo, postecipado ou *ex post* (impróprio), ou seja, aquele manifestado para a eficácia e controle do provimento após seu proferimento⁷³.

⁷² HABERMAS, Jurgem *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: Da Teoria Geral dos Recursos, das Reformas Processuais e da Comparticipação nas Decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 58.

⁷³ COLASSANT, Vitorio *apud* NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 29, maio-jun/2004. p. 80.

O contraditório preventivo é, assim, o comumente exercido antes da formação do provimento jurisdicional, no qual deve ser dada às partes a possibilidade de dar eficácia prática às suas razões.

Neste cenário, causa grande discussão na doutrina a possibilidade de os julgadores, antes de ouvir a parte contrária, proferir decisões que lhes causem prejuízo ou mesmo obrigação inesperada. Contudo, não é este o intuito do presente texto, o que deixaremos para discutir em outra oportunidade.

Doutro lado, temos o chamado contraditório sucessivo, que é aquele apresentado pela parte, como visto, visando à eficácia e ao controle do provimento jurisdicional após sua formação.

É exatamente neste aspecto do contraditório que reside o direito ao recurso, o qual permite a um Juízo superior uma nova análise sobre questões já discutidas pelas partes, porém, que foram ou não devidamente apreciadas pelo Juízo *a quo*; ou mesmo de decisões que foram proferidas sem que houvesse uma adequada participação das partes litigantes, gerando, desse modo, um novo espaço de debate.

8. O contraditório e o direito constitucional ao recurso

Antes de adentrarmos no tema proposto, é imperioso destacar algumas premissas básicas que utilizaremos: 1) o direito ao recurso não pode ser confundido com o direito ao duplo grau de jurisdição; 2) podem existir decisões que não comportem recursos; 3) a irrecorribilidade da decisão não pode ser tomada a ponto de prejudicar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, devendo o recurso ser utilizado exatamente como *locus* para a efetivação de tais garantias constitucionais.

Urge deixar bastante evidente que o direito ao recurso não pode ser confundido com o duplo grau de jurisdição, não havendo uma relação vinculativa entre ambos, devendo se conectar àquele a ideia de finalização de um diálogo que restou incompleto.

Dierle Nunes bem explica essa situação e deixa claro que o direito ao recurso se encontra umbilicalmente ligado ao contraditório e, por consequência, à própria legitimidade do resultado do processo:

Ocorre que o instituto do recurso não pode ser analisado de modo unitário com o princípio do duplo grau de jurisdição, que garante um duplo exame de todas as questões debatidas em

juízo, mas sim deve ser visto como uma decorrência do princípio do contraditório e o da ampla defesa, possibilitando uma intervenção das partes e um diálogo destas com o juízo todas as vezes que a decisão recorrida não tenha levado em consideração o seu contributo crítico. Como percebeu Ricci, a avaliação do princípio do duplo grau e a do instituto do recurso não podem ser apresentadas como dois aspectos do mesmo problema. [...]

O instituto do recurso apresenta-se como criador de um espaço procedimental de exercício do contraditório e da ampla defesa, permitindo ao juízo *ad quem* a análise de questões já debatidas pelas partes, mas levadas, ou não, em consideração pelo órgão julgador de primeira instância em sua decisão, ou de questões suscitadas pelo juízo de primeira instância de ofício ou sem a participação de todas as partes em seu provimento, implementando, assim, um espaço de debate⁷⁴.

É seguro o arremate de Nunes:

[...] em um Estado Democrático de Direito, este instituto [do recurso] garante uma hipótese técnica de implementação sucessiva do contraditório e da ampla defesa, possibilitando uma redução da falibilidade do processo, que, por não ser implementado de modo perfeito e nem sempre garantir uma intervenção preventiva das partes na formação do provimento, permite uma postura solipsista do julgador, desatendendo, assim, ao modelo constitucional de processo assegurado, em sua leitura dinâmica. Com o instituto, busca-se a legitimidade do processo.

É, portanto, através do recurso, que uma das faces do contraditório sucessivo se revela, permitindo aos litigantes uma comparticipação na formação do resultado final do processo de um modo tal que possa melhor se aproximar o direito positivamente posto pelo Estado com a solução definitiva do caso *sub judice*.

Nunes, em artigo publicado na Revista de Processo, reforçando a importância do direito ao recurso, enquanto materialização do contraditório em sua manifestação sucessiva, adverte que “como no direito brasileiro, a cada dia que passa, se esvazia mais o contraditório

⁷⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso: Da Teoria Geral dos Recursos, das Reformas Processuais e da Comparticipação nas Decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 163; 168.

dinâmico em seu modo de exercício antecipado, o que se deve assegurar é o contraditório sucessivo mediante o sistema recursal⁷⁵”.

É exatamente aí que reside o caráter constitucional do direito ao recurso, enquanto possibilidade de influenciar sucessivamente na gênese das decisões em função da aplicação dinâmica do princípio do contraditório (e da ampla defesa), seja ou não com a “criação” de um duplo exame, na medida em que não necessariamente um recurso induz um exame por órgão jurisdicional superior, como, por exemplo, os embargos declaratórios.

9. O direito constitucional ao recurso como corolário do princípio do contraditório e da duração razoável do processo

Como já frisado, muito se tem discutido sobre um direito constitucional ao recurso e seus desdobramentos em relação ao direito constitucional expresso da duração razoável do processo.

Diante disso, é de grande importância trazermos à baila algumas advertências de dois grandes processualistas brasileiros.

Adverte Calmon de Passos⁷⁶:

[...]afirmar o direito ao recurso como garantia constitucional não significa direito de recorrer de toda e qualquer decisão e em qualquer fase do procedimento que antecede sua formulação. O que é garantido constitucionalmente é o que poderíamos chamar de núcleo resistente, o mínimo indispensável para emprestar segurança à garantia de coerência entre o direito posto e o direito aplicado, podendo o legislador infraconstitucional ampliá-lo, não, porém, restringi-lo ou eliminá-lo.

⁷⁵ NUNES, Dierle José Coelho. “Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos”, In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 31, n. 137, jul., 2006. p. 178.

⁷⁶ PASSOS, J.J. Calmon de. “As razões da crise de nosso sistema recursal”. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. (Coord.). **Meios de Impugnação ao Julgado Civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Forense, 2007. p. 371.

Barbosa Moreira⁷⁷, por seu turno, em brilhante texto, “apresentou quatro mitos sobre o futuro da justiça”, sendo o primeiro deles, exatamente, a ideia de que “quanto mais rápido, melhor”. Conclui o jurista no referido texto:

Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

Tal como afirmado por Calmon de Passos, o que os adeptos da noção do direito constitucional ao recurso defendem não é a imposição “a ferro e fogo” desse direito, mas que possa ser reconhecido que é direito do indivíduo à adequada correlação entre o direito posto e o aplicado no caso concreto.

É exatamente desse modo que entendemos ser possível harmonizar a aplicação do direito constitucional ao recurso, enquanto corolário do princípio do contraditório, e o princípio igualmente constitucional da duração razoável do processo.

10. Conclusão

Do pequeno estudo acima elaborado, podemos verificar que não é exagero entender que o direito ao recurso tem caráter constitucional, por força de seu íntimo elo com o princípio do contraditório em sua modalidade sucessiva.

Óbvio que tal constatação não pode ser levada em consideração ao ponto de torná-la um obstáculo quase intransponível à efetividade processual ou mesmo à possibilidade de reforma no sistema processual.

Porém estas reformas devem ter um compromisso sério com “o modelo constitucional do processo e com base em dados estatísticos e debates verdadeiramente plurais, que preparem solidamente as medidas legislativas a serem adotadas⁷⁸”.

⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da justiça: alguns mitos”, In: **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 1/14.

⁷⁸ GODINHO, Robson Renault. “Direito Constitucional ao Recurso”. In: **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, v. 25, nº 2. Pouso Alegre, jul-dez/2009. pp. 269-310.

É inegável que o já reconhecido e festejado contraditório dinâmico tem por escopo garantir um justo debate entre os sujeitos processuais e o próprio magistrado, visando à busca de uma solução que melhor se aproxime do que está previsto abstratamente na norma.

Aniquilar o contraditório e, dentro de uma de suas faces, por conseguinte, os recursos, é reduzir a legitimidade do conteúdo sedimentado na decisão judicial para o simples império de um Estado-Juiz.

Na práxis forense, é possível se constatar que não é o sistema recursal que tem causado maior ou menor celeridade no andamento dos feitos processuais, mas a própria estrutura que o Estado disponibiliza na sua atividade jurisdicional tem sido um importante entrave na rápida solução de litígios.

A doutrina, não só no Brasil, mas em várias partes do mundo, tem apresentado críticas aos chamados “tempos mortos” do processo, que são os momentos processuais nos quais não há efetivo desenvolvimento na marcha do feito.

Em conversas com magistrados e outros agentes públicos (membros do Ministério Público, serventuários, etc.) que atuam, direta ou indiretamente, dentro do “cenário processual”, identificamos que, ao invés de atacar esses “tempos mortos”, infelizmente, alguns Órgãos do Poder Judiciário, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça e das Corregedorias, têm criado, a cada dia, mais situações em que o julgador sai de sua atividade primordial (julgar) para se dedicar a atividades que não seriam tão importantes, a exemplo do preenchimento de relatórios mensais de suas atividades ou fichas eletrônicas para, por exemplo, dar início a uma medida sócio-educativa de internação. Trata-se, na maioria das vezes, de relatórios e fichas tão complexos que os magistrados se veem na necessidade de, semanalmente, suspender suas atividades ou mesmo designar serventuários especificamente para executar tais tarefas.

Vários são, portanto, os fatos que desencadeiam a lentidão no andamento dos feitos processuais, a qual não pode ser indicada, exclusivamente, como fruto de um sistema recursal exagerado.

Impende destacar, na esteira do que já foi dito, que não se quer dizer com isso que o sistema recursal não possa ser de algum modo

enxugado, com um menor número de recursos, porém com maior efetividade, sem esquecer os postulados constitucionais.

Não se pode, portanto, sob tal pretexto, simplesmente aniquilar o rol de recursos, reduzindo a já pequena participação das partes na produção do resultado final do processo, ou seja, sem que ocorra um prevalecimento razoável do contraditório antecipado.

O que é certo, ao menos em nossa ótica, é que de nada adiantará realizar inúmeras alterações legislativas na busca da celeridade processual, entre as quais a redução dos recursos, se o cerne da questão não for atacado: os “tempos mortos” e a renovação da infraestrutura da máquina do Poder Judiciário, dotando-o de uma força produtiva mais racional e eficaz.

O SISTEMA CIVIL DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA REALIZAÇÃO DO DIREITO (E SUA CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS INSPIRADORES DO PROCESSO CIVIL E COM OS PRIMADOS CONSTITUCIONAIS)

Karla Padilha Rebelo Marques

Promotora de Justiça de Alagoas, Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade de Coimbra)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O sistema NCB (*Non Conviction Based Asset Forfeiture* ou *Civil Forfeiture*) e o direito de propriedade. 3. O adimplemento das condições da ação, no processo civil, dentro do modelo de Ação Civil de Confisco. 4. A compatibilidade da lógica ritualística proposta - de *lege ferenda* - com os princípios do processo civil vigente, em relação à recuperação de ativos. 5. À Guisa de Conclusão. A supremacia do interesse público e sua concretização através de uma nova ação em que o Estado é parte, na defesa de interesses supra individuais. A necessidade de efetivação prática da máxima de que *o crime não compensa*.

1. Introdução

Na busca de uma maior efetividade na consecução de resultados práticos que possam repercutir no refreamento da criminalidade organizada, que não raro lança mão de subterfúgios para o branqueamento do capital ilicitamente obtido, surgem novas perspectivas que se prestam a alcançar os produtos e resultados lucrativos das atividades delitivas mais graves, e que, não raro, são agregados ao patrimônio dos agentes infratores. Com isso, instaura-se um processo de retroalimentação da criminalidade, na medida em que os atores envolvidos se municiam de meios financeiros e eficazes para viabilizar a procrastinação dos autos que tramitam na seara penal, com chances remotas de efeitos que realmente venham a atingi-los e causar-lhes prejuízos concretos. Assim, no mais das vezes, apesar do curso de uma Ação Penal, os réus permanecem a usufruir dos ganhos patrimoniais obtidos com o crime, lançando mão de estratégias para

tornar tais bens, o quanto possível, afastados da atividade delitiva, não raro atrelados a "laranjas", reduzindo-se as reais chances de se atingir tal patrimônio ao final, com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nesse viés, o sistema posto permite que os criminosos façam uso das vantagens do crime com desenvoltura, em face das dificuldades práticas ordinariamente opostas para o alcance efetivo dos ganhos auferidos através das condutas ilícitas perpetradas, sobretudo quando se encontram registrados em nome de terceiros.

Na Europa, no Brasil e, em regra, nos países de *civil law*, todo o processamento afeto à expropriação dos produtos da atividade delitiva se dá em sede de consectário de um processo criminal, dotado de todas as garantias iminentes a uma sistemática que não pode prescindir da comprovação irretorquível da responsabilidade subjetiva do agente e, em última análise, do vínculo do bem com a prática criminosa. As estatísticas são desanimadoras e os entraves processuais revelam-se frequentes. Alguma coisa vem sendo feita, como os mecanismos que já preveem a "perda alargada"⁷⁹, inclusive em

79

Portugal, bem como os diversos regramentos contidos em Diretivas e outros documentos de alcance transnacional, sobretudo no âmbito da União Europeia, os quais apontam para uma nova linha de enfrentamento do problema, quando se trata da criminalidade grave, como a relativa ao tráfico ilícito de entorpecentes e à lavagem ou branqueamento de capitais.

O que pretende este trabalho é discutir a viabilidade jurídica de se implementar, de *lege ferenda*, uma nova espécie de Ação Civil – *A Civil Forfeiture* – que se presta a inaugurar outras possibilidades que parecem se revelar mais eficazes e com capacidade real de viabilizar a verdadeira realização da justiça, desde que tal mudança de paradigmas não venha a importar na violação aos primados básicos que regem o processo civil pátrio e, em última análise, aos princípios e garantias constitucionalmente assegurados, cuja proteção e tutela incumbe a todo operador do direito. A relevância do tema é inconteste, apesar da escassa bibliografia disponível. Trata-se de buscar novas perspectivas que se prestem a oferecer outros horizontes, a partir de experiências colhidas do direito comparado, capazes de implicar em processos de otimização de resultados práticos voltados à realização da justiça, especificamente quando se está a tratar do sistema jurídico como um todo, bem como do ideário de combate à criminalidade e de construção de uma sociedade mais justa e solidária.

2. O SISTEMA NCB (*Non Conviction Based Asset Forfeiture* ou *Civil Forfeiture*) e o direito de propriedade

Mais visível no direito anglo-saxônico, refere-se a um processo de natureza civil (*Civil Forfeiture*) que se presta a obter a recuperação de bens de origem ilícita em favor do Estado. Trata-se, isto posto, de Ação de iniciativa do Poder Público, instaurada em face do bem, com base num *standard* de prova de *balanço de probabilidades* ou de *preponderância das probabilidades*. Noutras palavras, está-se diante de um confisco civil, judicialmente pleiteado pelo Estado, dirigido contra a propriedade – e não contra o transgressor. Altera-se, pois, toda a lógica que assiste aos processos judiciais na seara criminal⁸⁰,

⁸⁰ Abandona-se um modelo que se presta à perda patrimonial "*in personam*", ou seja, com escora no agente criminoso e em sua responsabilidade penal, adotando-se uma nova perspectiva, consistente em

fundados que estão na culpa e no elemento subjetivo de responsabilidade, somente configurável através da comprovação do dolo ou da negligência, como se denomina no direito português, correspondente à culpa *strictu sensu*, nomenclatura utilizada no direito brasileiro.

Seu fim é obter o perdimento da coisa⁸¹, inspirando-se na *prevenção patrimonial* e na *perigosidade do patrimônio*. Fundamenta-se tal Ação Civil na suposta violação às regras de um Estado Democrático de Direito, com repercussões negativas no equilíbrio da economia de mercado. Nas Américas do Sul e Central, pode-se falar em **Ação de Extinção do Domínio**.

Destaque-se, neste particular, os procedimentos formalmente instituídos na Colômbia, em Cuba, na Costa Rica e no México. No primeiro caso, através da *Resolución* n.º 0559, de 28.04.2008, instituiu-se mecanismo de alienação de bens com extinção de domínio integrantes do FRISCO – *Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado*, composto dos bens em relação aos quais há decisão judicial executória⁸² de

uma ação civil ajuizada "*in rem*", ou seja, em função da coisa, exonerada, portanto, dos primados que norteiam um processo penal, inspirados na ideia de um fato típico e ilícito. In RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis. Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira. Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Editorial Minerva, p. 269.

⁸¹ Há quem sustente que, apesar de uma ainda tímida aplicabilidade prática nos países da *civil law*, suas raízes remontariam à lei antimáfia italiana.

⁸² A lei de extinção de domínio colombiana prevê a expropriação e perda de bens nos casos de aumento injustificado de patrimônio ou quando recursos ou bens são adquiridos, direta ou indiretamente, através de atividades ilícitas. O processo dura entre 06 meses e um ano, no máximo. Apesar de alguns problemas internos que enfrentou, é hoje tida como modelo a ser seguido por outros países da América Latina. In LOPES, Nilza Teixeira Rodrigues. *Medida de combate ao crime organizado: ação civil de extinção de domínio, uma análise do direito comparado*. Dissertação apresentada ao programa de pós graduação *strictu sensu* em Direito internacional económico da Universidade Católica de Brasília. Brasília: 2012, p. 61.

extinção de domínio. Naquele país, um dos grandes problemas são os carteis, que disseminam a violência e produzem uma riqueza não condizente com a Nação e com as atividades comuns⁸³.

Já na Costa Rica, tem-se a Lei contra a Delinquência Organizada nº 8754/09⁸⁴, que prevê a possibilidade de confisco civil quando há aumento de capital de qualquer funcionário público ou pessoa de direito privado, física ou jurídica, sem causa lícita aparente, que pode retroagir a até 10 (dez) anos. Sua tramitação é célere e prioritária, com incidência da inversão do ônus da prova, tendo o acusado prazo razoável para justificar a licitude de seu acervo patrimonial.

Quanto ao México⁸⁵, o foco se cinge, prioritariamente, da mesma forma que na Colômbia, à expropriação de bens obtidos através do tráfico ilícito de entorpecentes. A Ação Civil há de ser julgada por juízes especializados em extinção de domínio e deve ser intentada pelo Ministério Público, com caráter real e conteúdo patrimonial, havendo que incidir em desfavor do bem⁸⁶, independentemente de quem o tenha em seu poder ou o haja adquirido. A Ação Civil se processa totalmente desvinculada de eventual ação criminal⁸⁷ que apure a responsabilidade do agente e,

⁸³ Em relação à Ação Civil de Extinção do Domínio, vigentes as *Leyes* 785 e 793, de 27.12.2012, além da *Ley* 365, de 21.02.1997. Disponíveis em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com_content&task=view&id=2530&Itemid=27>. Acesso em: 03.01.2014.

⁸⁴ No referido diploma legal, a partir do *artículo 20*, há previsão de medida cautelar de sequestro e indisponibilidade de bens.

⁸⁵ *Ley Federal de extinción de dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada no Diário Oficial de 29.05.2009.

⁸⁶ De acordo com o detalhamento descrito no *Artículo 8* da mesma *Ley Federal*. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/relato_des_fernando/22.pdf>. Acesso em: 03.01.2014.

⁸⁷ Conforme *Artículos 7 y 10* da referida *Ley*. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/relato_des_fernando/22.pdf>. Acesso em: 03.01.2014.

nesses casos, é imprescritível. Em Cuba, a matéria é disciplinada através do Decreto *Ley* nº 232, de 21.01.2003⁸⁸, e sua ementa refere-se a bens obtidos através de drogas, corrupção e outros comportamentos ilícitos⁸⁹. Trata-se de confisco obtido através de procedimento contencioso administrativo civil, sendo que aos bens expropriados deverá ser conferido o destino julgado mais útil, sob o ponto de vista econômico-social.

De forma geral, os maiores questionamentos quanto à constitucionalidade e compatibilização do referido instrumento processual civil com o direito material e processual interno, sobretudo nos países de *civil law*, circunscreve-se a questões como a inversão do ônus da prova, consistente na imposição ao réu (ou ao titular da **coisa** – verdadeira ré) do dever de provar a origem lícita dos ativos cuja perda se propõe perante o juízo civil. Não se pode olvidar que referidos bens, em relação aos quais eventualmente seja ajuizada tal Ação Civil, devem estar associados a uma presunção fática que sugira sua origem ilícita, vale dizer, a uma nuvem de fumaça que aponte para a sua provável obtenção através de práticas delitivas: daí emerge a legitimidade do Estado de pleitear a recuperação de tais bens ou, noutras palavras, expropriá-los de quem eventualmente os haja adquirido através de atividades dissociadas no sistema jurídico vigente, como proveito do crime ou dele consectário, em alguma medida. Nesse espectro de abrangência, inserem-se os bens submetidos ao processo de lavagem ou branqueamento⁹⁰, na medida em que, de alguma forma, malgrado hajam sido adotadas manobras tendentes a ocultar sua origem criminosa, na prática resultaram sinais plausíveis de que tais bens se encontram contaminados pela ilicitude.

⁸⁸ Disponível

<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/relato_des_fernando/2.pdf>. Acesso em: 03.01.2014..

⁸⁹ No texto do referido diploma legal (Capítulo I, artículo I, alínea b),

observa-se que tais comportamentos ilícitos dizem respeito ao proxenetismo, prostituição, pornografia, corrupção de menores, tráfico de pessoas e outros crimes correlatos. Disponível em:

<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/relato_des_fernando/2.pdf>. Acesso em: 03.01.2014.

⁹⁰ Que, em regra, encontram-se associados a outros crimes maiores como a corrupção, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo.

Ab initio, destaca-se a independência das instâncias civil e penal de processo e julgamento⁹¹, já que, na espécie de Ação judicial de que ora se cuida, não se está a tratar de aplicabilidade de pena acessória, tampouco de efeitos da pena. O cerne da ação consiste, como dito alhures, em se obter, em favor do Estado, o perdimento de bens cuja origem ilícita resta verossímil.

Sob o ponto de vista pragmático, a ideia da efetividade de tal espécie de Ação se revela na possibilidade de mais concretamente se poder obter o *asfixiamento econômico* do criminoso⁹², através da apreensão dos bens, produtos e instrumentos decorrentes da atividade ilícita, seja ela atual ou pretérita, colimando-se com sua perda ou confisco em prol do Poder Público. A *mens* de tal modalidade de Ação de cunho civilista centra-se, justamente, na ideia de que se revela necessário - ou, melhor ainda - constitui dever inafastável do Estado adotar medidas que se prestem, em última análise, a minimizar quaisquer vantagens ou benefícios patrimoniais⁹³ oriundos de atividades ilícitas e, por outra, a descapitalizar aqueles que se ocupam ou locupletam de práticas criminosas, lançando-se mão, em última

⁹¹ Em um caso concreto, no direito inglês, onde se prevê um processo administrativo para perdimento dos bens de origem supostamente criminosa, tratando-se dos crimes de lavagem de dinheiro e evasão de divisas operada no Reino Unido, Portugal e Espanha, já decidiu a Suprema Corte que a hipótese revela procedimento apartado do rigor probatório do processo penal respectivo (*less restrict burden of proof*), com abrandamento das regras aplicáveis ao processo criminal, seara adstrita aos critérios de culpa e responsabilidade penal. E ainda, que o resultado do processo criminal não se revela decisivo para o processo de cunho civilístico voltado ao confisco dos bens. *In Gale and another v. SOCA (Serious Organised Crime Agency)*, 26.10.2011. Michaelmas Term [2011] UKSC 49 *On appeal from: [2010] EWCA Civ 759*, item 57, p. 23.

⁹² SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F. Recuperação de activos: da perda ampliada à *action in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Julgar on line*, 2009, p.2.

⁹³ RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis, op. cit., p. 268.

análise, de um mecanismo de prevenção geral⁹⁴ em relação à prática delitiva⁹⁵.

Fala-se na contaminação de um patrimônio, decorrente de sua associação a uma conduta ilegal. Ocorre que, para efeito de comprovação de tal contaminação, hão de ser postos em prática padrões de prova consentâneos com o sistema processual civil, vale dizer, pautados por um rigor probatório inferior à prova "acima de qualquer dúvida razoável"⁹⁶, assim exigível em matéria penal, até porque não se está a tratar de medidas que resultem na possibilidade de restrição do direito à liberdade, pedra fundamental da ciência criminal punitiva. De fato, no processo penal, para que, ao fim e ao cabo, possa se falar em procedimentos voltados à expropriação de bens oriundos do crime, há de se dispor de sentença definitiva - transitada em julgado - em que se ateste a responsabilidade criminal do agente, ainda que providências cautelares tenham sido utilizadas para evitar a perda ou o desaparecimento da coisa. Assim, o que se propõe testar é a possibilidade de utilização de um juízo de proporcionalidade, a ser aplicado em sede de um processo civil em face da coisa, em que se presume a origem ilícita do bem, por diversas circunstâncias que o caso *in concreto* encerra e aponta (inclusive a proximidade com alguma prática delitiva grave), presunção essa *juris tantum*, passível, portanto, de ser contraditada ou elidida através da comprovação da origem lícita da coisa cujo confisco se pleiteia, por quem invoque sua titularidade⁹⁷.

⁹⁴ Ainda que situado fora do microssistema do direito penal, substantivo ou adjetivo.

⁹⁵ É certo que tais ações, na prática, somente se revelarão razoáveis na medida em que se prestem a recuperar ativos decorrentes de crimes graves, restando inadequadas quando se estiver a tratar de delitos mais leves. *In* SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F, op. cit., p.3.

⁹⁶ RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis, op. cit., p. 269. Em igual linha de pensamento: CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *In* Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 21, nº 2, Abril-Junho 2011, Coimbra ed., p. 268.

Há de se observar, ademais, que o princípio da presunção de inocência e todos os reforços probatórios que o acompanham somente hão de merecer ampla tutela no âmbito do processo criminal, inspirado que é em primados de cunho garantístico mais estreitos e, isto posto, em face de um réu (acusado), na salvaguarda do seu direito fundamental de ir e vir (*jus libertatis*). Doutra banda, quando se está a falar de um processo de cunho civilístico, instaurado em face da coisa (confisco *in rem*), não há como se invocar tal princípio em defesa da propriedade, ou seja, em virtude de bens ou haveres⁹⁸. Tem-se, *ab initio*, que o direito de propriedade não é absoluto, e há de ceder ante outros interesses públicos relevantes. O art. 62º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa garante a todos o direito à propriedade privada e à sua transmissão *inter vivos* ou *post mortem*, nos termos previstos na referida Carta Constitucional. Nesse sentido, sua legitimidade e oposição somente pode ser pautada em face de terceiros quando demonstrada sua origem lícita, decorrente de um processo de aquisição de propriedade plasmado em princípios constitucionais e legais.

Na Constituição brasileira, o direito à propriedade é garantido no *caput* do art. 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, sendo que o inc. LIV do mesmo dispositivo legal prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Assim, topologicamente, parece que o direito brasileiro reconhece o direito à propriedade privada como fundamental. Já no sistema jurídico português, a matéria restou amplamente discutida no âmbito da 11ª Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal, que discorreu acerca do direito de propriedade.

⁹⁷ SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F, op. cit., p. 6. Afirmam ainda os mesmos autores: "*O recurso a estas presunções é baseado no princípio de que quem dá razoáveis motivos para fazer crer que se sustenta através do crime deve ser chamado a prestar contas do seu próprio património e deve ser sujeito a confisco nos limites da sua incapacidade de justificar a origem lícita do mesmo*".

⁹⁸ Assim já decidiu o Tribunal Supremo italiano, conforme anotam os autores. Vai mais além referida decisão invocada, quando também afirma que não se trata de inversão do ônus da prova, mas sim de "ônus de alegação", inserida no espectro do direito à defesa. In SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F, op. cit., p. 8-9.

De acordo com o Relatório que analisa a temática segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional português, malgrado se situe tal direito no rol dos direitos e deveres econômicos (e não dos direitos, liberdades e garantias), referida opção legislativa, apesar de desvestida de neutralidade, não subtrai do direito de propriedade, pelo menos *"in toto"*, a natureza, força jurídica e estrutura, que lhe são tradicionais, de um direito fundamental de defesa⁹⁹, havendo, por conseguinte, que se lhe reconhecer a condição de direito análogo¹⁰⁰ àqueles constantes do rol de direitos, liberdades e garantias. Por outro lado, não se pode deixar de considerar a necessidade de que tal direito, de perfil relativo e não mais absoluto (como de resto restou tradicionalmente concebido, no âmbito das Constituições liberais), seja confrontado¹⁰¹ com outros direitos sociais e econômicos antagonistas ou concorrentes e igualmente reconhecidos pelo Texto Constitucional, que denotem direitos coletivos ou gerais, potencialmente contrastantes com o direito de propriedade privada¹⁰².

⁹⁹ In "O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional". Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal. Lisboa, 08 a 10 de outubro de 2009, Relatório do Tribunal Constitucional Português – Rel. Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202trilateral2009.pdf>>. Acesso em: 26.12.2013, p. 3-4.

¹⁰⁰ Consoante art. 17º da CRP.

¹⁰¹ Conf. Acórdão 723/2004, do TC Português.

¹⁰² Tal direito, nesse sentido, há de ser analisado à luz *"da incidência de valores, tarefas e objectivos programáticos do Estado de direito democrático – com destaque para os da “realização da democracia económica, social e cultural” (art. 2º da CRP) e da promoção da “igualdade real entre os portugueses” (alínea d) do art. 9º – de que decorrem exigências conformadoras e limitativas do direito do titular"*. In "O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional". Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal. Lisboa, 08 a 10 de outubro de 2009, Relatório do Tribunal Constitucional Português - Rel. Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro.

Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202trilateral2009.pdf>>. Acesso em: 26.12.2013, p. 3-4.

Ainda mais ilegítima será a propriedade quando, no caso concreto, suscitada a suspeita da origem inidônea de determinado bem ou valor, seu detentor ou eventual terceiro que se habilite nos autos não consiga demonstrar, de modo minimamente satisfatório, que tal bem haja advindo de uma atividade lícita qualquer, ou por herança ou doação ou outro meio juridicamente adequado de aquisição de propriedade. Nessa perspectiva, a equiparação do direito de propriedade às liberdades, garantias e direitos fundamentais capitulados no Texto da Constituição Portuguesa cinge-se exclusivamente à dimensão do núcleo essencial¹⁰³ de tal direito, ou seja, à reafirmação de que ninguém pode ser privado de sua propriedade privada de forma arbitrária, conforme jurisprudência assente sobre a matéria¹⁰⁴. Nos Estados Unidos, inúmeros são os julgados em que o Estado resulta vencedor em Ações dessa natureza, com base na sistemática explicitada alhures. Observe-se que o sujeito de direito público, na condição de parte autora, aciona a coisa (bem material, móvel ou imóvel ou recursos financeiros), com o fim de lhe obter a expropriação, após a análise do caso concreto pela autoridade judiciária, com base nos elementos de prova coligidos *ab initio* ou ulteriormente produzidos, durante a instrução probatória. Referido processo inspira-se no princípio da *tutela provisória da aparência*, mas sem descurar do dever de se buscar a verdade, com base nos meios e elementos trazidos ao processo pelas partes. Exige-se que a propriedade ou outra espécie de bem, que figure no polo passivo (*defendant property*) seja descrita com razoável particularidade¹⁰⁵.

¹⁰³ O que nos remete ao quanto disposto no art. 18º, nº 3, da Constituição Portuguesa.

¹⁰⁴ Conforme Acórdão 159/2007. In "O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional". Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal. Lisboa, 08 a 10 de outubro de 2009, Relatório do Tribunal Constitucional Português - Rel. Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro.

Disponívelem: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2009.pdf>. Acesso em: 26.12.2013, p. 19.

¹⁰⁵ Civil Action Nº 04-0798 - U.S. v. *all assets held at Bank Julius Baer & Company, Ltdl, Guernsey Branch, Account Number 121128, in the name of Pavlo Lazarenko last valued at approximately \$2 million in United States dollars, et al.* Disponível em:

Tratando-se de bem tangível, deve haver indicação de sua localização, sem prejuízo da referência ao estatuto (regramento) com base no qual se pleiteia o confisco¹⁰⁶. Finalmente, há de ser feito um detalhamento suficiente dos fatos já na inicial, apto a imprimir uma crença razoável¹⁰⁷ de que o Estado será capaz de se desincumbir do ônus da prova, nos moldes exigidos nessa espécie de Ação¹⁰⁸, até final julgamento. As decisões¹⁰⁹ prolatadas deixam claro que o nível de prova exigível na Ação Civil de Confisco é maior do que a mera suspeita, entretanto menor do que a prova *prima facie*. Assim, o Estado suporta o ônus inicial de apresentar uma causa provável¹¹⁰, com base em motivos razoáveis, de que a propriedade objeto da Ação teria sido utilizada ou destinada a utilização para fins proibidos. A

<http://legaltimes.typepad.com/files/lazarenko_ruling.pdf>. Acesso em: 12.12.13, p. 24.

¹⁰⁶ Idem, p. 24

¹⁰⁷ Nesse sentido: Civil Action Nº 89-3769. U.S. v. One 1987 Mercedes 560 Sel. Diz a decisão: "*This evidence goes beyond a mere suspicion. When evaluating whether a forfeiture is proper under a statute, the evidence must be judged not with clinical detachment but with a common sense view to the realities of normal life*".

Disponível em:

<http://www.leagle.com/decision/19901246919F2d327_11177>. Acesso em: 12.12.2013, p. 3.

¹⁰⁸ Civil Action Nº 04-0798 - U.S. v. *all assets held at Bank Julius Baer & Company, Ltdl, Guernsey Branch, Account Number 121128, in the name of Pavlo Lazarenko last valued at approximately \$2 million in United States dollars, et al.* Disponível em:

<http://legaltimes.typepad.com/files/lazarenko_ruling.pdf>. Acesso em: 12.12.13, p. 24-5.

¹⁰⁹ Civil Action Nº 91-2382SD - U.S. v. One parcel of property located at 508 Depot Street, South Dakota. Cf.

http://www.leagle.com/decision/19921778964F2d814_11654.

Acesso em: 12.13.2013, p. 2.

¹¹⁰ Idem, p. 2. No mesmo sentido: Civil Action Nº 89-3769. U.S. v. One 1987 Mercedes 560 Sel. Disponível em:

<http://www.leagle.com/decision/19901246919F2d327_11177>.

Acesso em: 12.12.2013. Diz a decisão: "*based upon an analysis of Jones's tax returns and normal living expenses, the DEA determined that this money could not have been accumulated as savings.*", p. 1.

contrario sensu, se irrefutável, a demonstração da provável causa da origem ilícita da coisa, por si só, sustentará a viabilidade do confisco¹¹¹, quando se logra demonstrar uma conexão suficiente entre a conduta criminosa e a coisa cuja expropriação o Estado pleiteia.

Não se exige, portanto, evidências, mas fatos individualizados (ao invés de acusações genéricas) que possam conferir suporte às alegações aventadas na inicial. Tais indícios de prova, por certo, hão de advir não raro do processo penal respectivo, que possui objeto absolutamente distinto, mas que guarda relação fática com o quanto discutido nessa espécie de Ação Civil. É certo que tais exigências impostas ao Estado se prestam, justamente, a evitar excessos ou impropriedades, sobretudo tendo-se em conta a natureza drástica e os consectários dessa espécie de Ação. Cuida-se de garantir vigência ao devido processo legal¹¹², evitando-se o seu desvirtuamento.

Nas decisões prolatadas nessa espécie de Ação, aflora a preocupação de que o confisco pleiteado atenda adequadamente aos preceitos afetos à atividade jurisdicional, incluindo-se a executoriedade da decisão e a probabilidade razoável de notificação de eventuais interessados na propriedade¹¹³. Nesse sentido, somente haverá de se pleitear o confisco de bens sujeitos à jurisdição de quem profira a decisão¹¹⁴, o que implica o respeito à soberania dos Estados e, por conseguinte, às suas legislações internas, salvo se houver acordo de mútua cooperação internacional entre os países que preveja tal espécie de procedimento, em relação à apreensão, confisco e remessa (transferência) de bens relacionados a atividades criminosas. Registre-se também discussões que invocam a violação, por essa espécie de Ação, da Emenda Constitucional nº 05 da Carta Constitucional Americana (*Bill of Rights*), especificamente quando trata da obrigatoriedade de incidência do princípio do devido processo legal e da vedação do *bis in idem*, tendo

¹¹¹ Idem, p. 2.

¹¹² Idem, p. 26.

¹¹³ Civil Action Nº 966, Docket 94-6179. U.S. v. *all funds on deposit in any accounts maintained in the names of Meza or De Castro*. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1300391.html>>. Acesso em: 12.12.13, p. 3.

¹¹⁴ Idem, p. 6.

sido decidido¹¹⁵ que tais Ações Cíveis não estariam a malferir referida Emenda, na medida em que a legislação aplicável à espécie, em sua essência, somente pretende "penalizar" pessoas envolvidas de forma significativa em práticas criminosas.

Em Portugal, não se pode deixar de mencionar a Lei nº 5/2002, que institui a "perda alargada", quando estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, instituindo um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, relativa a diversos crimes graves associados à criminalidade económica, inclusive o branqueamento de capitais. A leitura dos art. 7º e seguintes do referido diploma legal revela que o procedimento de liquidação, a ser ajuizado pelo Ministério Público para fins de perdimento de bens, respalda-se na presunção *juris tantum*¹¹⁶ da origem ilícita daquela parcela do património do condenado, consistente na diferença entre o seu património real e aquele compatível com seu rendimento **lícito**. Referida presunção, salvo melhor juízo, constitui verdadeira **inversão do ônus da prova**, justamente o que se extrai da sistemática ínsita ao procedimento que ora se busca transplantar do direito anglo-saxónico.

Há ainda que se reportar à Decisão-Quadro nº 2003/577/JAI, do Conselho, transposta para o direito português através da Lei nº 25/2009, que trata da emissão de decisão de apreensão e execução de bens ou elementos de prova no âmbito da União Europeia. Também a Decisão-Quadro nº 2005/2012/JAI¹¹⁷, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime, para além do reconhecimento do instituto da "perda alargada" (art. 3º, item 1. da referida Decisão), estabelece, no item 4. do mesmo dispositivo, que os Estados-Membros podem fazer uso de procedimentos não criminais voltados à destituição dos bens do agente

¹¹⁵ Civil Action U.S. Coin & Currency, 401 U.S. 715 (1971). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/715/>>. Acesso em: 12.13.2013, p. 1.

¹¹⁶ Lei 5/2002 - Art. 9º - 3. *A presunção estabelecida no número 1. do art. 7º é ilidida se se provar que os bens: a) Resultam de rendimentos de actividade lícita; b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido; c) Foram adquiridos com rendimentos do arguido no período referido na alínea anterior.*

¹¹⁷ Jornal Oficial da União Europeia, ed. 15.03.2005, p. 51.

delitivo. Finalmente, a Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI, transposta para a ordem jurídica interna através da Lei 88/2009, que trata da aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda e, ainda, a Decisão 2007/845/JAI, relativa à cooperação entre os gabinetes de recuperação de bens, com o objetivo de se detectar mais rapidamente todos os bens provenientes de atividades criminosas no âmbito da União Europeia.

A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Transnacional, ratificada em Portugal através do Decreto Presidencial nº 19/2004, de 02.04.2004¹¹⁸ estatui, em seu art. 12º, nº 7 que:

os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infracção demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objecto de perda, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.

Por outro lado, o item 7 do art. 5º da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, datada de 19.12.1998¹¹⁹, em Viena, estabelece que¹²⁰:

as partes podem considerar a possibilidade de inverter o ónus da prova no que diz respeito à origem lícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objecto de perda, na medida em que os princípios do respectivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros o permitam.

Finalmente, a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, adotada em Varsóvia em 16.05.2005 e aprovada em Portugal pela Resolução da Assembleia da

¹¹⁸ Diário da República I Série A, nº 79, p. 2.080 e ss.

¹¹⁹ Aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro através do Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991 (promulgado pelo Decreto Presidencial nº 154/1991), e com vigência internacional a partir de 11.11.1990.

¹²⁰ É certo que, no item 9. do mesmo dispositivo, é igualmente ressaltada a necessidade de respeito ao direito interno de cada um dos Estados, no que concerne à forma de definição e execução de tais medidas.

República nº 82/2009¹²¹, estatui, em seu art. 3º, nº 4, que cada Estado deverá¹²² adotar medidas legislativas ou de outra natureza que se revelem necessárias para, em face de uma séria ofensa à lei nacional, um acusado demonstrar a origem dos bens sujeitos ao confisco, tudo de acordo com os princípios vigentes na legislação interna. Observe-se que, no referido diploma internacional¹²³, se define o objetivo preponderante do confisco realizado quando solicitado por um Estado a outro, através de mecanismos de cooperação mútua, consistente na restituição do produto do crime ou dos bens confiscados ao Estado Parte requerente, a fim de que se possam indenizar as vítimas da infração ou restituir o produto do crime aos seus legítimos proprietários. Igual redação possui o art. 31.8. da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹²⁴, quando trata da possibilidade dos Estados Partes de exigirem do delinquente a demonstração da origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco, tudo de acordo com os regramentos processuais nacionais aplicáveis à espécie. Portugal também integra o GAFI - Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e acolhe suas Recomendações, havendo que se destacar as Recomendações nº 3 e 38, que tratam do confisco de bens de origem ilícita. Da mesma forma, vale registrar as conclusões do Conselho da União Europeia, datadas de 28.05.2010 que, para além do instituto da perda alargada, sugerem à Comissão e aos Estados-Membros que:

(1) considerem, com base em novos estudos, formas de reconhecimento e sistemas de confisco não baseados em condenação nos Estados-Membros que ainda não disponham de tais sistemas, e em especial que examinem, no âmbito do reconhecimento mútuo, formas de execução, nesses Estados-

¹²¹ Diário da República, 1ª série, nº 166, de 27 de Agosto de 2009, p. 5.647 e ss.

¹²² Observe-se que o texto fala em "*shall adopt*", o que parece uma diretiva, e não uma mera faculdade ofertada aos Estados para adotar as medidas que forem julgadas necessárias, claro que, em cada caso, respeitando-se a escolha dos meios e o sistema normativo interno de cada País. Entendendo-se tratar de mera possibilidade conferida ao legislador de cada Estado: CAEIRO, Pedro, Op. cit., p. 290.

¹²³ art. 14.-2.

¹²⁴ Promulgada no Brasil através do Decreto nº 5.687/2006.

Membros, de decisões de confisco não baseadas em condenação.

(2) realizem um estudo pormenorizado das circunstâncias particulares em que pode ser prestada assistência às jurisdições que utilizam sistemas de confisco não baseados em condenação.

Não se pode, igualmente, deixar de mencionar o Parecer do Comitê das Regiões sobre o Pacote de Proteção da Economia Legal (2012/C 391/14), publicado no Jornal Oficial da União Europeia de 18.12.2012, o qual, no âmbito das recomendações políticas, estabelece em seu item 38. que

em conformidade com o princípio da subsidiariedade, a presente proposta deixa, então, aos Estados a decisão de incluir ou não o confisco não baseado numa condenação, desde que estejam em condições de demonstrar que a sua legislação também é eficaz e não se oponham ao princípio do reconhecimento recíproco.

Como se depreende, diversas são as proposições de alcance internacional que apontam para a possibilidade de adoção de mecanismos voltados ao confisco de bens associados a práticas criminosas, na seara civil. De fato, uma das metas mais ousadas da ENCLA de 2005 (hoje ENCCLA¹²⁵, pela inclusão, desde 2007, do

¹²⁵ Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos. Trata-se de um mecanismo, criado em 2003 pelo Ministério da Justiça brasileiro, de articulação conjunta entre os órgãos que trabalham com a fiscalização, controle e a inteligência nos três Poderes da República, Ministérios Públicos e com a participação da sociedade civil, visando otimizar a prevenção e o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro no país. Atualmente, cerca de 60 órgãos e entidades integram a ENCCLA, dentre os quais a Controladoria Geral da União, Tribunal de Contas da União, Comissão de Valores Mobiliários, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, Banco Central do Brasil, Advocacia Geral da União, dentre tantos outros. Durante as reuniões periódicas realizadas são elaboradas metas e propostas ações e recomendações a serem cumpridas por seus diversos integrantes, as quais passam a receber um acompanhamento sistemático quanto ao seu efetivo adimplemento. Disponível em: <<http://gtld.pgr.mp.br/gtld/lavagem-de-dinheiro/enccla/enccla>>. Acesso em: 17.12.2013.

termo "corrupção" à sigla), foi a de número 14, consistente na elaboração de anteprojeto de lei que pudesse instituir Ação Civil voltada ao perdimento de bens de origem ilícita. Tal assunto voltou a ser reforçado através da Ação 03 da ENCCLA 2010¹²⁶ e, posterior e finalmente, por meio da Ação 16 da ENCCLA 2011, que culminou com a elaboração, propriamente dita, do almejado anteprojeto. Nesse sentido, restou confeccionado o referido Projeto de Lei¹²⁷, disciplinando a Ação Civil Pública de Extinção de Domínio (ou de perdimento de bens), inspirada na legislação de diversos países acerca do mesmo tema. Tal Ação, de acordo com o texto formulado, inclui o confisco de bens de origem ilícita ante a ausência de comprovação de sua legalidade, permitindo o bloqueio e a recuperação de tais ativos, independentemente dos resultados obtidos em eventual ação penal. Vê-se, nessa perspectiva, que o trato da matéria não se constitui em aleivosia ou arbitrariedade. Opostamente, sugere-se sua compatibilidade com a estrutura jurídica do *civil law* - aqui em especial com o sistema brasileiro. Noutras palavras, o fundamento necessário e suficiente à procedência da Ação Civil em análise - descolada do processo penal respectivo - circunscreve-se à prova da origem ilícita do patrimônio, com base em um juízo de verossimilhança, associada à ausência de uma contraprova que ateste que referido bem fora obtido em decorrência de uma atividade lícita por parte

¹²⁶ Ação 03 da ENCCLA 2010: "Retomar a análise do anteprojeto de Extinção de Domínio", a cargo da AGU - Advocacia Geral da União.

¹²⁷ Trata-se do PL 5.681/2013, da Câmara dos Deputados, que "*Disciplina a declaração da perda da propriedade ou posse adquiridas por atividade ilícita, regulamenta a Ação Civil Pública de Extinção de Domínio para tal fim, e dá outras providências*", atualmente sujeito à apreciação das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania e de Tributação e Finanças, daquela Casa Legislativa Federal, sendo que, desta última Comissão, já obteve parecer favorável do relator, datado de 15.10.13, pela sua compatibilidade e adequação financeira e orçamentária e, no mérito, pela sua aprovação, estando atualmente retirado de pauta em razão de requerimento formulado por um Parlamentar. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=578983>>. Acesso em: 14.12.2013.

de quem o reclama. Tal análise há de se fundar, nesse sentido, em um sopesamento tendente a aferir a compatibilidade entre o patrimônio em litígio e a renda de origem lícita do seu titular.

Tal Projeto de Lei, em seu art. 7º, prevê que, havendo fundadas razões para se supor a origem ilícita de bens, direitos, valores, patrimônios e incrementos, recairá sobre o proprietário ou possuidor o ônus da prova da sua licitude. Mais uma vez, presente a inversão do ônus da prova. Por outro lado, referida Ação, de acordo com o mesmo projeto (art. 11 e seguintes), há de ser ajuizada contra o titular dos bens¹²⁸, direitos ou valores e, no caso de sua não-identificação, em face dos detentores, possuidores ou administradores; e, ainda, em última análise, contra réu incerto, que será citado por edital, do qual constará a descrição dos bens. Quanto à destinação dos bens submetidos ao confisco, o mesmo projeto prevê em seu art. 24 que, preferencialmente, tal patrimônio expropriado será destinado a órgãos públicos responsáveis por atividades nas áreas de educação ou segurança, mediante regulamentação específica para tal fim. Observe-se que as peculiaridades que conformam referido Projeto de Lei brasileiro em nada alteram a lógica e essência da Ação Civil de Confisco já em vigor em diversos outros ordenamentos jurídicos afiliados ao sistema de *civil law*, conforme já detalhado alhures.

3. O adimplemento das condições da ação, no processo civil, dentro do modelo de ação civil de confisco

Propõe-se agora testar se a Ação que ora se analisa apresenta estrutura e elementos compatíveis com as exigências processuais fixadas para a admissibilidade de uma Ação Civil plasmada no modelo estatuído no Código de Processo Civil português, análogo àquele fixado na legislação brasileira correlata sobre o assunto. Trata-se de investigação que parte de uma avaliação dos diversos dispositivos legais existentes acerca do tema, sem descurar do direito material propriamente dito, quando trata de Ação cujo objeto é expropriar propriedade privada, através de um juízo de verossimilhança que aponta para a sua suposta origem inidônea. Não se tenciona esgotar o

¹²⁸ Diferentemente da concepção albergada pelo direito anglo-saxônico, em que a Ação é ajuizada em face da coisa, que figura no pólo passivo da relação jurídico-processual, consoante já exaustivamente discorrido.

assunto, mas apenas perscrutar acerca de caminhos possíveis, a partir do direito posto e com a perspectiva concreta de alterações legislativas que se revelem essenciais às adequações que eventualmente se façam necessárias, de modo que o princípio da realização da justiça e a concretização do direito se possam promover e tornar mais palpáveis, em cada caso concreto que a realidade se nos apresente.

A análise intentará examinar as condições da Ação e seu adimplemento, confrontando-se o direito posto na legislação portuguesa (que guarda ampla similitude com o direito brasileiro nessa matéria) com as peculiaridades inerentes à nova modalidade de Ação Civil de Confisco, cuja viabilidade jurídica ora se testa, dentro da perspectiva de um direito processual civil consentâneo com o sistema de *civil law*. De acordo com o que preconiza o art. 30º do Código de Processo Civil português, o autor constitui-se em parte legítima quando é detentor de interesse direto em demandar. Já o réu ostenta tal condição quando possui interesse direto em contraditar os argumentos formulados em seu desfavor pelo autor. Melhor explicitando o referido *caput*, o nº 2 do mesmo dispositivo legal estatui que o interesse em demandar se centra, justamente, na utilidade que possa defluir da procedência da ação, enquanto o interesse em contradizer, nos prejuízos que possam aflorar dessa procedência.

Ora, depreende-se assim que, ao Estado, no seu poder-dever de coibir a criminalidade e, ademais, de restaurar a legalidade e o equilíbrio das relações sociais, incumbe adotar medidas que se prestem, de forma eficaz e dentro de um prazo razoável, a reduzir os resultados patrimoniais favoráveis eventualmente obtidos através de atividades delitivas, desviados, portanto, de comportamentos lícitos e, ademais, que ofereçam riscos ao próprio equilíbrio da oferta e da procura, na medida em que conturbem as leis do livre mercado e da livre concorrência, através do enriquecimento ilícito e sem causa. Nesse contexto, incumbe-lhe adotar medidas judiciais, na condição de autor, visando restaurar a legalidade, inserindo-se, nesse diapasão, a possibilidade e legitimidade para propor Ações judiciais, na esfera civil, que tenham por objeto a expropriação de bens ou haveres aparentemente obtidos através de práticas criminosas, dêis que haja previsão legal positivada para tanto, contida no sistema jurídico interno. No que se refere à legitimidade de partes, temos de um lado o

Estado, enquanto ente incumbido de pleitear a recuperação dos bens de origem suspeita, com indícios de associação a práticas criminosas. Nessa perspectiva, age o Poder Público em defesa de toda a sociedade, até porque não haverá um terceiro individual que detenha em si mesmo tal legitimidade.

O interesse do Estado também se consubstancia na possibilidade de, mediante o confisco de tais bens obtidos por meios ilícitos, revertê-los em favor de terceiros lesados com a prática criminosa, reinvesti-los no aperfeiçoamento de entidades que se ocupem da prevenção e combate ao crime ou, finalmente, aproveitá-los em prol de setores públicos essenciais, tudo consoante as opções legislativas positivadas que discorrerem acerca da destinação dos bens objeto de confisco. Num passar de olhos pela Constituição da República Portuguesa, identificam-se facilmente diversos objetivos primordiais do Estado, impassíveis, portanto, de serem negligenciados ou alterados pelo legislador ordinário, a quem incumbe, ao revés, implementar instrumentos legais voltados ao seu eficaz adimplemento.

A partir de tais ditames, há de se concluir que a atividade estatal não se encontra de todo plasmada pela discricionariedade, na medida em que deve se pautar por critérios de atuação voltados ao cumprimento de seu papel primordial conformado no Texto Constitucional, como adiante se verá. Já o art. 1º da Constituição estatui que Portugal é uma República soberana, calcada na dignidade da pessoa humana e voltada à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Da mesma forma, o art. 2º dispõe que um dos objetivos da República Portuguesa consiste, justamente, na concretização da democracia econômica, cultural e social. Finalmente, nessa mesma perspectiva, o art. 9º da referida Carta Constitucional¹²⁹ assinala como tarefas fundamentais do Estado a garantia da independência nacional e a construção de condições políticas, econômicas, sociais¹³⁰ e culturais

¹²⁹ Além da tarefa de *"promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais"*, prevista no citado dispositivo constitucional.

¹³⁰ Na mesma esteira de pensamento, destaquem-se as incumbências prioritárias do Estado catalogadas nas Alíneas a) e b) do art. 81º da CRP:

que a promovam. Ora, não há caminho possível para a promoção de uma igualdade material entre os cidadãos que não perpassa pelo investimento em políticas públicas, somente realizáveis através da arrecadação de impostos e do combate ao crime. Nessa medida, o Estado não pode se desincumbir dos deveres constitucionais que lhe são afetos sem que passe a adotar condutas que possam interferir, de modo eficaz, na preservação do equilíbrio de mercado¹³¹, coibindo práticas ilícitas e agindo no combate ao crime, com foco, notadamente, nos proveitos patrimoniais obtidos a partir de atividades desviadas da legalidade.

Tudo isso a fim de se evitar que tais ganhos permaneçam no uso e gozo dos criminosos, sobretudo para que não reinvestam em novas condutas delitivas ou, por outra, deles façam uso para se eximirem de uma condenação final em eventuais processos criminais, através da contratação de grandes escritórios de advocacia ou de tentativas de práticas ilegais associadas à corrupção ou da nefastas influências junto a agentes públicos que possam, de alguma forma, interferir e atender a seus ilegítimos interesses, consistentes na atenuação ou exoneração de suas responsabilidades ou, ainda, na obtenção de informações privilegiadas que lhes possam interessar, sempre com objetivos escusos e que podem consistir, inclusive, na excessiva procrastinação do feito tendente à incidência da prescrição, e que opera em favor da sensação social de impunidade e do estímulo ao crime.

Em análise à Constituição Brasileira, dispositivos análogos são encontrados, valendo destacar o art. 1º, inc. I, que aponta como princípio fundamental da República Federativa do Brasil os valores

"Promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável", além de "promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento...".

¹³¹

E aí não se pode deixar de referir à alínea f) do art. 81º da CRP, que prevê como dever do Estado: *"assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas,... e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral"*.

sociais do trabalho e da livre iniciativa¹³². Já os seus objetivos fundamentais consistem na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de assegurar o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, atenuando as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem comum¹³³. Vê-se que as parcelas da população brasileira ainda situadas em níveis econômicos abaixo daqueles suficientes à satisfação das necessidades básicas de subsistência humana reafirmam e robustecem, ainda mais, o ônus estatal de combater as atividades ilícitas e de coibir as inoculações, no mercado, de capitais provenientes de condutas criminosas, as quais fomentam, ainda mais, as desigualdades sociais e a pobreza daqueles excluídos do mercado formal de trabalho. Todas as considerações aqui apontadas e extraídas de mandados constitucionais corroboram o interesse de agir do Estado - indelegável e irrenunciável, o qual pode restar concretizado, inclusive, através da Ação Civil de Confisco de que trata o presente estudo.

A posição do réu, em regra, está associada ao seu interesse direto em contradizer a demanda, a partir de eventual prejuízo ou repercussão que venha a suportar, de forma mediata ou imediata, na esfera de seu acervo de direitos e garantias. Há de se observar que, tradicionalmente, a estrutura do processo civil - e do processo penal, com ainda mais ênfase - consolida-se através da colocação, nos dois polos da relação, de pessoas - físicas ou jurídicas - que se prestem a sustentar posições em defesa dos interesses que consideram legítimos e de que se julgam titulares. Desse modo, a ideia de se ter uma coisa (móvel, imóvel ou ainda, recursos ou fundos monetários) no polo passivo da relação se constitui em abstração jurídica ou em construção ficta, que se presta a individualizar, de forma mais precisa, o objeto da Ação de Confisco de que ora se trata: assim é o sistema vigente no direito anglo-americano, sendo que o proprietário do bem ou o seu detentor, em verdade, é quem, de fato, pode adotar medidas visando desconstituir a tese da parte autora, mas sempre em face do bem objeto de confisco e de cuja origem ilícita se trata.

Há discussões, no curso de Ações como a que ora se discute, acerca da suposta violação à 8ª Emenda à Carta Constitucional

¹³² Art. 1º, inc. IV, da CF.

¹³³ Art. 3º, inc. I *usque* IV da CF.

Americana (*Bill of Rights*), que trata da proibição de aplicação de penas excessivas, incomuns e cruéis. Entretanto, tal questão restou superada, ao argumento de que a natureza mesma dessa espécie de Ação Civil de Confisco conduz a uma análise inadequada do princípio da proporcionalidade em relação à referida Emenda. Isso porquanto se está a falar de uma Ação "em face da coisa", e não "em face de um acusado - pessoa física". Tal construção jurídica associa, destarte, a figura do acusado à propriedade em si (*actio in rem*), o que faz com que a culpa ou inocência (culpabilidade) do titular da coisa se revele constitucionalmente irrelevante¹³⁴ nessa seara. É como se fosse possível falar, por abstração jurídica, ao revés, em **culpa** ou **inocência** da propriedade.

A diferença fulcral entre as duas hipóteses circunscreve-se, ao que parece, à natureza não penal das Ações que ora se analisam, o que lhes afasta da ideia de inflição de sanção ou de pena criminal a alguém (*actio in personam*), nada obstante o aspecto de que, na prática, a expropriação pode configurar, sim, uma sanção *lato sensu*, talvez uma das mais duras, dada a sua eficácia e intensidade, consistente na perda de ativos integrantes do acervo de seu titular ou detentor, ainda que em caráter precário ou eivado de ilegitimidade. Não se pode olvidar, é certo, e assim relembra referido *decisum*¹³⁵, que a 8ª Emenda foi acolhida com o objetivo de limitar os poderes do Estado. Também é correto concluir que sua incidência se volta ao processo criminal, como de resto se observa dispositivo similar na Constituição Portuguesa (art. 25º, nº 2) e na Constituição Brasileira (art. 5º, inc. XLVII). Isto posto, prevaleceu o entendimento de que o princípio da proporcionalidade, com essa perspectiva, não haveria que incidir nas *Actio in Rem*¹³⁶.

¹³⁴ Nesse sentido: **Civil Action** U.S. Coin & Currency, 401 U.S. 715 (1971). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/715/>>. Acesso em: 12.12.2013, p. 1.

¹³⁵ Civil Action Nº 966, Docket 94-6179. U.S. v. *all funds on deposit in any accounts maintained in the names of Meza or De Castro*. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1300391.html>>. Acesso em: 12.12.13, p. 3-4.

¹³⁶ Tal assunto será mais detidamente aprofundado quando se analisar o sistema jurídico português, em face do que preleciona o art. 18º, nº 2, da

Observa-se que o núcleo da questão se cinge em garantir e oportunizar, através do devido processo legal, a formulação de argumentos e contraprovas ao quanto descrito na inicial, por parte de quem se julgue em risco de suportar prejuízos decorrentes de eventual procedência em Ação Civil de Confisco, circunstância essa que, a propósito, há de lhe conferir legitimidade para integrar o feito¹³⁷ e exercer, através de todos os meios de prova em direito admitidos, a garantia ao contraditório e à ampla defesa. Nesse diapasão, observa-se que, se a opção do legislador resultar na positivação de uma Ação Civil de Confisco *in rem*, tal circunstância, por si só, não constitui óbice ao regular desenvolvimento do processo, na medida em que se terá que discutir a circunstância de possuir ou não a coisa em litígio vinculação com os lucros ou vantagens auferidos em atividade criminosa, independentemente de quem a detenha, a qualquer título. Com isso, reafirma-se a possibilidade de se tratar de uma Ação absolutamente desvencilhada de eventual Ação Penal em curso, na qual se apura a responsabilidade subjetiva do agente criminoso, plasmada em princípios diversos e em aspectos afetos à culpabilidade e à imputabilidade do acusado, conceitos de matriz penal, em sua essência. Ademais, não há se falar em litispendência, já que, confrontando-se ambas as Ações, verifica-se que os pedidos formulados são distintos, ou seja, pretende-se obter, em cada uma das situações, efeitos jurídicos absolutamente diversos¹³⁸.

Da mesma forma, a causa de pedir também é dissemelhante. Na primeira situação (Ação Civil), o objeto (pedido) é o confisco de coisa que, pelas aparências fáticas e de acordo com os elementos de prova disponíveis e colacionados pelo Estado, fora obtida de forma ilícita (causa de pedir) e, portanto, encontra-se passível de ser expropriada, dada a ilegitimidade da propriedade de quem a detenha. Já na última hipótese, ou seja, em se tratando de Ação Penal, somente o trânsito em julgado de sentença penal condenatória poderia, *a posteriori*, resultar

Constituição da República Portuguesa.

¹³⁷ De acordo com o que dispõe o n° 2, parte final, do mesmo artigo 30° do CPC português (interesse no contraditório).

¹³⁸ Nesse sentido, há de se observar o que disciplina o art. 581° do CPC português, quando dispõe que a litispendência pressupõe identidade de pedidos (fins de obtenção do mesmo efeito jurídico) ou identidade de causa de pedir (pretensões calcadas em fato jurídico idêntico).

em eventual confisco de bens, como consectário exauriente da decisão final criminal, vinculado à comprovação da responsabilidade penal do agente. Trasladando o conceito de "causa de pedir" para a seara criminal, poder-se-ia identificá-la na prática criminosa em si e no consequente interesse e dever do Estado de proceder à sua apuração de forma regular e ordinária, consoante os regramentos processuais penais e constitucionais aplicáveis à espécie. Quanto ao pedido, na Ação Criminal consiste na condenação do acusado nas penas previstas em lei, o que se constitui no fim último do direito penal, quanto às finalidades preventivas e repressivas a ele inerentes.

O pedido de confisco formulado pelo Estado se presta a expropriar patrimônio ilicitamente obtido, porquanto vinculado a atividade criminosa, de acordo com provas carreadas aos autos ou produzidas no curso da Ação Civil. Tal pedido há de ser calcado na ilegitimidade do exercício do direito de propriedade e deve ser formulado de modo a individualizar adequadamente a coisa, estabelecendo um nexo de causalidade entre a causa de pedir (sua procedência ilícita) e o pedido (o confisco), de modo que haja plena compatibilidade entre ambas as condições da Ação¹³⁹. Ora, o direito de propriedade é relativo, na medida em que somente restará tutelado pelo sistema jurídico quando sua aquisição se revelar compatível com a legalidade e a boa fé. Há, inclusive, dispositivo da Constituição brasileira que prevê a possibilidade de confisco para bens relacionados com o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 243, CF¹⁴⁰). Finalmente, a

¹³⁹ De acordo com o art. 186º do CPC português, quando trata das circunstâncias que levam à inépcia da petição inicial. De igual forma, conforme previsto no art. 552º, alíneas "d" e "e", do mesmo diploma legal.

¹⁴⁰ **Art. 243.** As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico

relatividade do direito de propriedade (art. 5º, *caput*, CF) encontra-se consubstanciada justamente no inc. LIV¹⁴¹ do mesmo dispositivo legal. Ademais, o próprio código civil brasileiro, em seu art. 884, preconiza que será devida restituição monetariamente corrigida do quanto auferido por parte de quem haja enriquecido sem justa causa, à custa de outrem.

Ora, tal dispositivo legitima a necessidade de que eventuais acréscimos patrimoniais juridicamente injustificados possam ser objeto de medidas ou ações judiciais voltadas à restauração da legalidade, como a Ação Civil que se ora analisa. Do mesmo modo, a Lei 8.429/92, que prevê a punição daqueles que praticam atos de improbidade administrativa, através de um processo de natureza civil (Ação Civil Pública¹⁴²), institui a possibilidade de perda civil¹⁴³ dos bens e valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio de servidor público ou de terceiro beneficiado. Por tudo o quanto exposto, resta concluir que a possibilidade jurídica do pedido, ao menos *in abstracto*, revela-se consolidada, através de uma interpretação sistemática de todos os comandos constitucionais e legais acima expostos. Já na Constituição Portuguesa, não há referência expressa ao direito de propriedade no rol dos direitos, liberdades e garantias. Entretanto, o art. 18º, nº 2, estatui a exigência de que direitos somente sejam restringidos¹⁴⁴ na medida do necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente tutelados. Por outro lado, a

dessas substâncias.

¹⁴¹ "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

¹⁴² Nos termos da referida legislação, consistem em atos que provocam enriquecimento ilícito (hipótese mais severa), prejuízo ao erário, ou apenas, malferimento aos princípios da administração pública, tratando-se, nesse sentido, de um correlato do crime de corrupção, de cunho civilístico, ressaltando-se a autonomia das punições nas esferas penal e civil, conforme previsto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

¹⁴³ Art. 6º "*No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio*".

¹⁴⁴ Sobre o assunto: "O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional". Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal. Lisboa, 08 a 10 de outubro de 2009, Relatório do Tribunal Constitucional Português - Rel. Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro.

expressão "*nos termos da Constituição*" estatuída na parte final do art. 62º da Constituição da República Portuguesa, que trata do direito de propriedade, parece firmar o caráter relativo de tal direito, justamente a partir da instituição de uma "*cláusula geral da conformação social da propriedade*"¹⁴⁵.

É certo que, na seara penal, a possibilidade de restrição do direito de propriedade resta pacificada e consolidada, quando se trata de tutelar os valores da segurança das pessoas, da moral ou da ordem pública, elementos constitutivos do Estado de Direito democrático¹⁴⁶, tanto em caráter processual cautelar, quanto de providência definitiva, ao cabo de um processo criminal transitado em julgado. Apesar de a apreensão e perda de bens a favor do Estado, nessas hipóteses, estar atrelada a um processo penal (principal ou acessório), a justificativa do confisco se associa, de modo indefectível, à suspeita da origem ilícita do bem que se busca expropriar, dada a presunção de que tenha sido obtido como produto ou vantagem patrimonial de atividade criminosa, notadamente na área econômico-financeira. De tudo o quanto analisado, parece-nos não haver incongruência jurídica entre a Ação Civil de Confisco¹⁴⁷ que ora se estuda e os sistemas jurídicos brasileiro e português, o que, na hipótese de introdução de previsão legal expressa, resultará na possibilidade jurídica do pedido perante a

Disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2009.pdf>. Acesso em: 26.12.2013, p. 28.

¹⁴⁵ In "O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional". Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal. Lisboa, 08 a 10 de outubro de 2009, Relatório do Tribunal Constitucional Português - Rel. Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro.

Disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2009.pdf>. Acesso em: 26.12.2013, p. 27. Em destaque, o Acórdão nº 194/99.

¹⁴⁶ Conforme Acórdãos do Tribunal Constitucional Português nºs 7/87; 340/87 e 294/2008.

¹⁴⁷ Inclusive quando já há precedentes que admitem a extinção do direito de propriedade, na seara civil, sem direito a compensação ou indenização (ainda que em situação distinta da que ora se analisa), quando ao suposto titular do bem não assistem razões legítimas que possam configurar injusto encargo ou prejuízo sofrido. Conf. Acórdão nº 157/2003.

autoridade judicante competente, nos termos das leis de divisão e organização judiciária de direito interno.

4. A compatibilidade da lógica ritualística proposta - de *lege ferenda* - com os princípios do processo civil vigente, em relação à recuperação de ativos

A Ação Civil de Confisco sugere se tratar de uma Ação Declarativa constitutiva modificativa¹⁴⁸, já que visa à expropriação de determinado bem, com a sua consequente destinação ao Estado ou a terceiro, resultando em uma alteração na ordem jurídica preexistente¹⁴⁹. O rito há de ser o comum (ordinário), com peculiaridades que podem resultar inseridas pela própria lei que eventualmente vier a integrar o sistema jurídico posto, a exemplo da previsão de medidas cautelares¹⁵⁰ específicas voltadas à garantia, em sede precária, da efetiva satisfação do quanto restar ao final decidido. O processo civil português sofreu recente alteração legislativa que lhe foi capaz de imprimir um ar de modernidade e celeridade processual, descolando a figura do juiz da tradicional "apatia" processual, arrancando-lhe as vendas e aproximando-o das partes, sem que isso lhe haja subtraído a necessária imparcialidade para julgar. Nesse sentido, hão de se destacar os princípios da gestão processual (art. 6º, CPC)¹⁵¹, da

¹⁴⁸ Trata-se de alterar a titularidade de bens ou valores vinculados a particulares, através do seu confisco em favor do Poder Público ou de outro ente por ele indicado, o que resulta na produção de um novo efeito jurídico material, alcançável através da sentença a ser prolatada. *In* MACHADO, Antônio Montalvão e outro. O novo processo civil. Coimbra: 2011, Edições Almedina SA., p. 43-5.

¹⁴⁹ Art. 10º, número 3. "c", do CPC português.

¹⁵⁰ A exemplo do arresto ou sequestro de bens, para evitar o seu desaparecimento.

¹⁵¹ Que se agrega ao princípio do inquisitório, consistente na exigência de que o magistrado adote meios visando à apuração da verdade e à justa composição do litígio, constante do art. 411º do mesmo diploma legal.

adequação formal¹⁵² e da cooperação¹⁵³, os quais se associam ao princípio da autorresponsabilidade das partes. Em relação a este último princípio, diz-se que o mesmo também se pode subsumir na simples possibilidade de que o juiz, no exercício de sua íntima convicção, interprete desfavoravelmente eventual omissão da parte em apresentar elementos de prova necessários à ratificação de sua versão processual acerca dos fatos que a prejudicam¹⁵⁴, após o cotejo de todo o acervo probatório disponibilizado no curso do processo.

Em se tratando de Ação Civil de Confisco, cuja compatibilidade com o sistema jurídico posto ora se testa, poder-se-ia assim entender quando o titular ou detentor da coisa, como maior interessado em tal providência defensiva, na condição de parte ou de proprietário da *res*, tendo ciência do ajuizamento de Ação Civil de Confisco em face de bem que integra seu acervo patrimonial, não envida esforços no sentido de contestar, através de meios de prova plausíveis, a origem supostamente ilícita do bem, a fim de lhe evitar a expropriação.

Diante do quanto exposto, deflui-se que o processo civil passa a ostentar um viés ritualístico menos rígido, porquanto mais suscetível a adequações consentâneas com as peculiaridades que o caso *in concreto* encerra, como forma de se lhe emprestar a verdadeira finalidade instrumental, de busca de produção de uma solução justa, em tempo razoável, sem que se descure da garantia de igualdade das partes¹⁵⁵ e da oportunidade para que as mesmas possam lançar mão de

¹⁵² Art. 547º do CPC português, o qual prevê que o juiz deve adotar uma postura mais flexível, buscando implementar uma tramitação adequada às especificidades da causa, inclusive em questões atinentes à forma e ao conteúdo, buscando otimizar a gestão processual, no interesse de viabilizar um processo equitativo.

¹⁵³ Contido no art. 7º do CPC, que reafirma a responsabilidade de todos aqueles envolvidos no processo (inclusive as partes e o próprio magistrado) em cooperar no sentido de se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

¹⁵⁴ FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil. *Conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra:2013, p.183.

¹⁵⁵ Art. 13º da CRP e 4º do CPC. Especificamente em relação à Ação Civil de Confisco, ainda não inserida na legislação pátria, tal igualdade há de ser aferida quanto ao exercício de faculdades e de meios de defesa no curso do

todos os meios de prova que julgarem oportunos e suficientes à formação da convicção jurisdicional que põe termo ao processo, com apreciação do mérito. Tudo com supedâneo no princípio da boa fé processual, previsto no art. 8º do CPC, consistente no ânimo de agirem os sujeitos processuais com espírito cooperativo, sem oferecerem subterfúgios ou óbices inamovíveis à obtenção da verdade processual que se almeja alcançar.

Se a Ação Civil que ora se discute se presta a viabilizar a expropriação de bens supostamente havidos de atividades criminosas, dentro da esteira de um processo civil, respeitando-se, é certo, as garantias devidas às partes em um sistema regrado e contraditório, parece-nos que a hipótese revela alternativa apta a consubstanciar a ideia de um processo eficiente, na medida em que se constitui em elemento idôneo ao oferecimento de respostas adequadas e satisfatórias à proteção e concretização de direitos materiais, através da efetiva transformação da realidade¹⁵⁶. Noutra perspectiva, está-se a reforçar primados de difícil alcance prático pelas vias tradicionais do direito penal, quando se trata de consolidar a ideia de que o agente criminoso não deve se valer de subterfúgios atinentes a dificuldades probatórias ou ao abuso no manejo dos recursos processuais de defesa para se manter incólume a qualquer tentativa jurídica voltada à subtração das vantagens financeiras e patrimoniais que auferiu através de atividades permeadas de ilicitude. Ora, a expropriação de produtos do crime tem se revelado, na prática, procedimento custoso e de difícil execução, posto que somente exercitável na esfera criminal após o completo exaurimento do processo judicial instaurado em desfavor do autor do fato criminoso.

processo, de forma a se evitarem quaisquer privilégios para o Estado, que figuraria como parte autora, ainda que se venha a admitir a inversão do ônus da prova, como adiante será melhor detalhado.

¹⁵⁶ GONÇALVES FILHO, João Gilberto. O princípio da eficiência no processo civil. Tese de doutoramento em direito processual da USP - Universidade de São Paulo, 2010, p. 166.

De acordo com Euclides Dâmaso Simões¹⁵⁷, os principais objetivos da perda ou confisco de bens oriundos de atividades criminosas¹⁵⁸ seriam justamente o reforço aos institutos da prevenção geral e especial, consubstanciado através da demonstração de que *o crime não compensa*; a restrição das possibilidades de reinvestimento no crime dos ganhos ilegalmente obtidos, revertendo-os, por outra, na indenização de vítimas ou no aparelhamento de entidades voltadas ao combate ao crime; e, finalmente, a redução dos riscos de concorrência desleal decorrentes do ingresso de lucros ilícitos em atividades empresariais. Esta última hipótese, impende registrar, na maioria das vezes viabiliza-se através de processos de lavagem ou branqueamento de capitais.

A experiência dos Tribunais revela as fragilidades práticas do direito penal em matéria de resultados concretos em desfavor do delinquente, as quais, em última análise, fortalecem a ideia, para o criminoso, de que os fins justificam os meios. Nessa concepção¹⁵⁹ estaria a noção de que, em termos concretos, haveria um baixo risco de efetiva punição pelo crime perpetrado, aliado à satisfação pessoal do agente com a conduta delitiva perpetrada, a qual pode ser decorrente, em larga medida, da ideia de que apenas a sujeição a uma pena criminal tradicional não possui o condão de eliminar o sentimento de compensação material que emana do crime. De forma lapidar, a pena funcionaria como um custo, e, ainda assim, eventual, de um benefício econômico¹⁶⁰. Aí reside, portanto, a importância e a necessidade de que se reinventem e robusteçam outros métodos e processos idôneos a reverter essa lógica perversa, que contraria os ideários de realização do direito. Por via de um processo civil, inaugura-se a possibilidade de obtenção de um título executivo

¹⁵⁷ SIMÕES, Euclides Dâmaso. *Projecto Fenix* (Asas para a recuperação de activos). Comunicação feita em Zamora, Espanha, pelo Procurador-Geral, publicada (em espanhol) no livro *"Cooperación Judicial Civil y Penal en el Nuevo Escenario de Lisboa"*. Granada, Editorial Comares, 2011.

¹⁵⁸ E, nesse caso, está-se falando de uma criminalidade reditícia, utilizando-se de termo adotado por Pedro Caeiro, quando se refere aquele nicho de criminalidade que visa ao auferimento de lucros financeiros. *In*: CAEIRO, Pedro, op cit, p. 269.

¹⁵⁹ CAEIRO, Pedro, op cit, p. 275.

¹⁶⁰ CAEIRO, Pedro, op cit, p. 275.

judicial de perdimento ou confisco, voltado ao bem, cuja origem lícita não se logrou demonstrar durante toda a instrução, totalmente desvincilhado da sistemática probatória inerente a um processo criminal. Trata-se de Ação visando à perda de bens em favor do Poder Público e, nessa hipótese, exsurge a possibilidade de o interessado elidir a presunção aventada pelo Estado¹⁶¹ (através do Ministério Público), submetida que será ao contraditório. Assim, a verdade há de ser aferida através do sopesamento entre os indícios *ab initio* apresentados e que amparam a presunção da origem ilícita do patrimônio e os meios e provas manejados em sede de defesa, para corroborar eventual alegação de licitude da origem do patrimônio *sub judice*.

Os sistemas brasileiro e português baseiam-se no regime da livre apreciação das provas¹⁶² para fins de julgamento do caso concreto, o que indica que o magistrado, valendo-se de critérios de ponderação, aprecia e avalia as realidades que lhe são postas pelas partes e decide, sem se vincular a qualquer hierarquia entre as modalidades probatórias trazidas ao feito. Outro ponto que merece ser tomado em conta é que tal análise, a ser conduzida pelo magistrado, inspirada em sua prudente e íntima convicção acerca dos fatos controversos contidos nos autos, deve se alicerçar tanto em regras técnicas quanto em máximas da experiência, sem prejuízo do uso de conhecimentos pessoais de ordem lógico-dedutiva¹⁶³, que defluem das realidades da vida e das interações humanas vividas pelo julgador. Se assim não o fosse, todas as decisões judiciais poderiam ser absolutamente previsíveis, quando a realidade, ao revés, demonstra que, dependendo do magistrado, pode-se chegar a resultados de julgamentos diametralmente opostos, com base no mesmo direito positivado e na mesma realidade analisada, sem que se possa falar *ab*

¹⁶¹ Art. 9º, nº 1, da Lei nº 5/2002.

¹⁶² Há quem diga se tratar de um sistema híbrido ou misto e não "da prova livre", ao argumento de que, nalguns casos, a lei fixa formalidade especial para a existência ou prova de um fato qualquer ou estipula um valor legal a um certo e determinado meio de prova (hipóteses de prova legal ou tarifada). In ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Direito processual civil. Coimbra: Ed. Almedina S.A., 2010, p. 275-6.

¹⁶³ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Op. cit. p. 275.

initio em erro judiciário ou em julgamento parcial ou destituído da necessária isenção por parte do órgão judicante.

Isso porquanto muito de cada decisão se baseia nas distintas formas com que cada magistrado acolhe ou analisa os elementos probatórios que são coligidos aos autos, justamente a partir de sua formação pessoal e pré-conceitos acerca de fatos e realidades. Tal maleabilidade e fluidez se revela ainda mais robusta quando se está a tratar não da comprovação direta de um fato, mas de provas ou elementos indiciários, imanentes a um juízo de verossimilhança, pautado em uma presunção natural ou judicial¹⁶⁴: essa a realidade de que se dispõe quanto à hipótese de uma Ação Civil de Confisco. Por óbvio que a liberdade quanto aos meios de prova a serem manejados somente se refere àqueles que o sistema jurídico não repute ilícitos ou ilegítimos. Por outro lado, também não se pode deixar de reconhecer que tal liberdade de julgamento não se pode confundir com arbítrio judiciário, tratando-se, ao revés, de discricionariedade regrada, que suscita o dever de fundamentação explícita das razões que ensejaram cada conclusão por parte do magistrado, justamente para que se possa viabilizar, de forma ampla, a garantia do direito à recorribilidade das decisões prolatadas, com o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.

Efetuada tais ponderações, pode-se concluir que se está a falar de um juízo de valor a ser exercitado às claras, pautado em critérios de prudência e razoabilidade e que, na prática, reflete muito da formação psicológica e filosófica do ente julgador, do qual não se pode exigir o nível de uma certeza categórica, mas sim, de um juízo de probabilidade ou verossimilhança¹⁶⁵, extraído de tudo o quanto lançado nos autos, a pretexto de suportar as alegações das partes, com

¹⁶⁴ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Op. cit., *ibidem*.

¹⁶⁵ Sobre o assunto, interessantes as observações de Ovídio Batista da Silva quando afirma: "...verifica-se uma crescente tendência a considerar a prova judiciária como a demonstração da verossimilhança da existência de uma determinada realidade, restaurando-se, neste sentido, a doutrina aristotélica da retórica, como 'ciência do provável', a que se chega através de um juízo de probabilidade". In SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil: processo cautelar. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 338.

a subsunção¹⁶⁶ do fato à norma. Nesse sentido, a noção de verossimilhança muito se associa à própria ideia do reconhecimento de que o magistrado não atua com a possibilidade de restaurar a verdade absoluta dos fatos, tampouco de obter certeza irretorquível em relação aos elementos probatórios que lhe são apresentados pelas partes. Até o dever de prova do autor há de ser mitigado, quando a situação demonstra a dificuldade de ordem prática¹⁶⁷ de que o mesmo possa apresentar, de pronto, elementos de prova suficientes à comprovação do quanto alegado. Obtempere-se, contudo, que a Lei nº 5/2002, de 11.01.2002, de conteúdo penal e que trata do estabelecimento de medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, já prevê, em seu art. 7º, a possibilidade de "*inversão do ônus da prova*" quando se trata de presumir como de origem ilícita a diferença entre o patrimônio real do condenado (ou de terceiros em seu favor), por algum dos delitos previstos no art. 1º do mesmo diploma legal, e aquele que seja compatível com seu rendimento lícito. Conclui-se, assim, que, em Portugal, a legislação vigente já admite tal inversão do ônus da prova, em sede de execução/liquidação e como consectário sancionador de uma condenação criminal¹⁶⁸, cujo processo em nada compromete o

¹⁶⁶ RANGEL, Rui Manoel de Freitas. O ônus da prova no processo civil. Coimbra: Almedina, 2000, p. 87.

¹⁶⁷ Nesse sentido, leciona Marinoni: "*a regra de que o autor deve provar o que alega, que é o fundamento do procedimento ordinário, não é adequada a todas as situações carentes de tutela. Quando é impossível ou muito difícil a demonstração da alegação, não se deve exigir um grau de certeza incompatível com a situação concreta, devendo ocorrer a 'redução do módulo de prova', aceitado-se um grau de verossimilhança suficiente, ou a verdade possível. De nada adianta permitir alegar se ao autor é impossível, ou muito difícil, provar. In MARINONI, Luiz Guilherme e outro. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. V, tomo I.*

¹⁶⁸ José da Cunha critica o transplante de uma ideia anglo saxônica para o direito português, ao argumento de que se está diante de sistemas distintos de relação entre o Estado e o particular, afirmando que tal opção legislativa teria resultado em um mecanismo muito alargado de presunção em favor da Administração. Entretanto, não deixa de reconhecer que o *adversary system* americano, em matéria criminal, que relativiza o princípio da obrigatoriedade penal, não se aplica, em regra, a crimes graves como os que

princípio da presunção de inocência, tampouco malfeire o devido processo legal ou os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Parte-se do pressuposto de que o sistema processual não pode perder de vista o seu caráter instrumental, a ponto de subtrair as possibilidades concretas de decisão meritória de lides, tanto na seara penal, quanto civil. Os litígios não devem, portanto, ser estendidos por prazos excessivamente longos, a pretexto do adequado exercício do contraditório ou da ampla defesa. Inobstante suporte o autor, tradicionalmente, o dever de comprovar os fatos descritos na inicial e, por outro lado, seja imputado ao réu o ônus de opor elementos que possam elidir os argumentos invocados na peça vestibular, modificativos ou extintivos do direito aventado, o que configura, em última análise, o princípio do contraditório¹⁶⁹, não se pode deixar de reafirmar a necessidade de que as partes atuem de forma cooperativa, com vistas à busca da verdade e à justa composição do litígio¹⁷⁰. Isto posto, deflui-se que o encargo da prova há de recair, de forma efetiva, sobre a parte que se encontra em melhor situação para a produzir, o que se revela verdadeiro estímulo para que o acervo probatório seja oferecido pelo litigante que, em termos concretos, goze de mais facilidades para auxiliar a descoberta da verdade¹⁷¹.

A concepção que emerge da espécie de Ação em estudo sugere que o Estado, na condição de autor, deve fornecer elementos indiciários suficientes a revelar a origem ilícita dos bens cujo confisco pleiteia. Por outro lado, de acordo com o raciocínio acima, é à parte demandada que incumbe contraditar tal presunção, através da apresentação dos elementos probatórios de que disponha, com maior facilidade¹⁷², idôneos à comprovação de que aquela suposição aventada pelo autor não se revela verossímil, malgrado todos os

resultam na possibilidade de ulterior confisco. In CUNHA, José Manuel Damiano da. "Perda de bens em favor do Estado". Direito Penal Econômico e Europeu: Textos doutrinários, vol. III, 2009: Coimbra ed., p. 145.

¹⁶⁹ Art. 3º, nº 3 e 5º, nº 1, CPC.

¹⁷⁰ Princípio da cooperação - art. 7º - nºs. 1 e 2, do CPC português.

¹⁷¹ In RANGEL, Rui Manuel de Freitas. O ônus da prova no processo civil. Coimbra: Almedina, 2000, p. 146.

¹⁷² É o próprio legislador, já na justificação sobre a sanção penal de perdimento de bens (Lei 5/2002) que afirma que "*não é excessivo impor à pessoa condenada o ônus de provar a licitude de seus rendimentos*".

indícios sinalizarem nesse sentido, em face das práticas criminosas perpetradas pelo titular do bem e que sugerem sua origem contaminada pela ilicitude. Diante de tais considerações, o que se percebe é que o sistema jurídico moderno requer um modelo de processo civil com repartição do *onus probandi*, sem que isso configure a exigência de produção probatória em prejuízo da parte que a oferece, tudo com vistas a uma tramitação processual em tempo razoável, com a admissibilidade de todos os meios de prova em direito admitidos, sem nenhum cerceamento ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Tal concepção vai ao encontro do que preconiza também o princípio da autorresponsabilidade das partes, na medida em que a parte demandada, diante da presunção apresentada pelo Poder Público que aponta para a grande probabilidade de que os bens em litígio tenham sido obtidos como vantagens de atividade criminosa, deixe de atuar no sentido de demonstrar a impropriedade dos argumentos formulados, optando por uma conduta omissiva, negligente ou inconclusiva¹⁷³, a despeito de ser o principal interessado em preservar o seu patrimônio ou, por outra, apesar de dispor mais facilmente dos elementos probatórios necessários à contraprova que militaria em seu auxílio.

Deixando de agir com diligência e eficiência¹⁷⁴, com vistas à formação da convicção do magistrado, omite-se de forma deliberada o demandado – apesar da igualdade de armas¹⁷⁵ que lhe

¹⁷³ Sem se descurar de que tanto o direito processual civil português quanto o brasileiro adotam o sistema de *ficta confessio*, que equipara a revelia e a não impugnação especificada à confissão, admitindo a confissão ficcionada como verdadeira forma de intervenção do réu no processo. In FREITAS, José Lebre de. Estudos sobre direito civil e processo civil. Volume I. 2. ed. Coimbra: 2009, p. 33.

¹⁷⁴ Atente-se para a possibilidade de que se reconheça hipótese de inversão do ônus da prova (art. 344º, nº 2 do CC português) quando uma parte houver culposamente tornado impossível a prova à outra, o que pode consistir na simples recusa injustificada em disponibilizar os elementos probatórios de que dispõe o réu, para contestar os argumentos do autor. In RODRIGUES, Fernando Pereira. O novo processo civil. Os princípios estruturantes. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, p. 232.

¹⁷⁵ Art. 20º da Constituição Portuguesa, que assegura o tratamento equitativo das partes no processo civil em suas duas vertentes: o direito à discussão contraditória e o direito à igualdade de armas. In FREITAS, José

fora oportunizada, o que pode lhe custar um julgamento desfavorável¹⁷⁶, após o exaurimento da análise de todos os elementos trazidos ao feito, ainda que de modo indiciário, a ser efetuado pelo ente julgador, que decide de acordo com a sua íntima convicção, de forma motivada e com base na liberdade de apreciação das provas carreadas aos autos e, ainda, com inspiração na postura exercitada pelas partes durante o curso do processo. Pontue-se que, do demandado, não se pode reclamar a produção de prova "para além de dúvida razoável"¹⁷⁷, ou seja, exige-se-lhe demonstrar que, malgrado as evidências em contrário, os bens em litígio não possuem como causa provável a atividade criminosa que lhe é imputada em sede de um processo criminal. Noutras palavras, basta que comprove que os bens cuja origem ilícita se invoca não integram o "patrimônio não congruente" de seu titular, ou seja, aquele que extrapola os frutos de seus ganhos lícitos.

5. À Guisa de Conclusão. A supremacia do interesse público e sua concretização através de uma nova ação em que o Estado é parte, na defesa de interesses supraindividuais. A necessidade de efetivação prática da máxima de que *o crime não compensa*.

Sob o ponto de vista teleológico, está-se diante de uma espécie de Ação em que o Estado atua em prol da restauração da legalidade, contribuindo para o esvaziamento ou redução das possibilidades de reinvestimento dos bens objeto de expropriação em novas práticas criminosas, podendo-os reverter em prol da coletividade, na consecução dos objetivos fundamentais insculpidos na Carta Constitucional. Por via reflexa, em relação ao detentor do bem, estar-lhe-á sendo subtraído qualquer resultado prático positivo

Lebre de. Op. cit., p.31-2.

¹⁷⁶ In ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Direito processual civil. Coimbra: Ed. Almedina S.A., 2010, p. 245-7.

¹⁷⁷ Tais raciocínios foram empreendidos a partir da Lei 5/2002 (Portugal), que disciplina a perda de bens a favor do Estado enquanto sanção criminal. In CUNHA, José M. Damião da. Op. Cit., p. 22-3.

eventualmente advindo de práticas ilícitas, o que talvez se reflita em uma sanção maior do que a própria pena criminal que eventualmente lhe venha a ser ulteriormente infligida. E não se queira opor censuras éticas à atitude do legislador na busca de mecanismos procedimentais que, na prática, possam otimizar a operacionalização dessa expropriação de bens de origem supostamente ilícita: antes de se pretender sugerir que o Estado estaria adotando a mesma lógica do criminoso¹⁷⁸, fala-se em consecução de resultados através de uma atividade jurisdicional submetida ao contraditório e, portanto, sob os auspícios do devido processo legal, que reflete novas searas de realização do Direito como fim último do sistema jurídico posto. Cuida-se de reconhecer que os fins políticos acima enunciados estariam a justificar alguma limitação aos tradicionais e liberais princípios processuais¹⁷⁹, dada a gravidade e o desafio que a criminalidade reditícia impõe ao Estado democrático de direito. Ora, de nada adiantam teorias que procurem analisar os graus de culpabilidade e responsabilidade subjetiva de um agente pela prática de atos desviantes se não se puder efetivamente subtrair do delinquente todos os frutos positivos obtidos através do crime (e, aí, referimo-nos especificamente aos produtos e proveitos econômicos da prática delitiva).

Intentou-se, neste trabalho, demonstrar a viabilidade jurídica e política, de *lege ferenda*, de se promoverem adequações legislativas, nos países de tradição de *civil law*, como Brasil e Portugal, no sentido de se compatibilizarem os sistemas jurídicos nacionais com os princípios estabelecidos nas normativas internacionais voltadas ao combate ao crime, sobretudo quando se trata da criminalidade organizada. Vale o registro, neste contexto, do princípio da proibição da proteção deficiente, que reflete o dever do Estado de atuar no sentido de viabilizar a produção da verdadeira justiça e promover a pacificação social, adotando mecanismos e ajustando o sistema jurídico, de modo a conduzir-se com eficiência na busca de soluções adequadas para os litígios, fundadas em critérios de razoabilidade e

¹⁷⁸ CAEIRO, Pedro, op cit, p. 276.

¹⁷⁹ O argumento foi utilizado em relação aos princípios processais penais e, como maior razão, podem ser estendidos ao processo civil, quando se trata de combater o uso e gozo dos ganhos decorrentes de atividade criminosa. In CUNHA, José M. Damiano da. Op. Cit., p. 50-1.

prudência que possam concretizar os objetivos maiores do Estado, contidos na Carta Constitucional. Só assim será possível se falar em mecanismos jurídicos capazes de inculcar na mente do criminoso e, igualmente, no imaginário popular, a ideia de que o crime não compensa e que não se revela justificado para o agente perseverar no crime, dados os riscos concretos de sofrer sanções que possam comprometer seu patrimônio e, por conseguinte, impor danos severos à sua própria sobrevivência, impedindo-lhe o usufruto do quanto obtido através de suas práticas delitivas

ANÁLISE SOBRE A REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL: ASPECTOS PRÁTICOS E TEÓRICOS

Marcella Waleska Costa Pontes de Mendonça

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Alagoas (TJAL). Aluna da especialização em Direito Constitucional (Faculdade de Direito Damásio de Jesus). Pesquisadora do Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Alagoas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Requisitos de aplicabilidade. 2.1. Prazo depurador (art. 64, I, do Código Penal). 2.2. Condenação anterior no estrangeiro por crime ou por contravenção penal. 2.3. Influência do tipo de pena imposta e a natureza do delito. 3. Conduta social, maus antecedentes e reincidência. 3.1. Agente capaz. 3.2. Discussão quanto à aplicabilidade do prazo do art. 64, I, do Código Penal com relação aos antecedentes criminais. 4. Concurso entre a agravante da reincidência e eventuais causas atenuantes. 5. Reincidência, proibição do *bis in idem*. 6. Espécies de reincidência e documentos aptos à sua comprovação. 7. Efeitos da reincidência. 8. Conclusão.

1. Introdução

Antes de analisar especificamente o instituto da reincidência, faz-se necessário uma breve introdução sobre o sistema de aplicação da pena privativa de liberdade adotado pelo Direito Penal brasileiro.

Depreende-se da leitura do art. 68 do Código Penal¹⁸⁰ que foi adotado o *sistema trifásico* para a dosimetria da pena, também conhecido como sistema Nelson Hungria¹⁸¹, o qual impõe ao julgador que, ao aplicar a pena *in concreto* ao réu, respeite a seguinte ordem: primeiramente, devem ser analisadas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal¹⁸², momento em que será fixada a pena-base (*1ª fase*); logo depois, serão analisadas as eventuais circunstâncias atenuantes e agravantes presentes no caso concreto (*2ª fase*); e, por fim, a *3ª fase* compreende a análise das causas de diminuição e de aumento de pena.

180

Art. 68 – A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

¹⁸¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral (arts. 1º ao 120). Salvador: *JusPodivm*, 2013, p. 391.

¹⁸² Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...).

Sabendo-se que o Código Penal, em sua parte geral, traz a reincidência como uma das agravantes da pena¹⁸³, este instituto deve ser analisado na 2ª fase da dosimetria, logo após a fixação da pena base.

Com relação ao *quantum* de agravamento da pena-base, consagrou-se na jurisprudência que deverá ser aumentada na fração de 1/6. Nesse contexto, "a aplicação de fração superior a 1/6 pela reincidência exige motivação idônea¹⁸⁴", sob pena de nulidade da dosimetria elaborada pelo julgador.

Quanto ao conceito deste instituto, interessante transcrever o que dispõe o art. 63 do Código Penal: "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior."

Ocorre que este conceito deve ser complementado pelo artigo 7º da Lei de Contravenções Penais (Lei nº 3.688/41): "verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção."

2. Requisitos de aplicabilidade

Da análise dos dispositivos acima, é possível identificar os requisitos necessários para que o julgador, na 2ª fase da dosimetria, possa justificar a incidência da agravante da reincidência, quais sejam:

- a) existência de condenação penal anterior transitada em julgado;
- b) cometimento de nova infração penal após a condenação definitiva anterior¹⁸⁵.

¹⁸³ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência (...).

¹⁸⁴ STJ. HC 179717/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=179717&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC5>. Acesso em: 21 nov. 2013.

¹⁸⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**. Teoria e prática. 7. ed. JusPodivm, 2012, p. 202.

Porém, o instituto da reincidência é complexo, exigindo uma análise mais aprofundada de algumas peculiaridades - análise esta que será feita no decorrer deste artigo.

2.1. Prazo depurador (art. 64, I, do Código Penal)

Não basta que o réu pratique nova infração penal após o trânsito em julgado da primeira condenação. Para a incidência da presente agravante, faz-se necessário o respeito ao prazo previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, ao qual a doutrina convencionou denominar de *período depurador da reincidência*¹⁸⁶:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

Portanto, caso o réu tenha contra si sentença condenatória definitiva por crime praticado no Brasil ou no estrangeiro, ao praticar novo crime ou nova contravenção penal será considerado reincidente, desde que a nova infração seja cometida após o trânsito em julgado da primeira sentença e antes do prazo de 05 (cinco) anos após o cumprimento ou extinção da pena imposta na condenação anterior. Repetindo, "a condenação definitiva anterior perde a eficácia para fins de reincidência se ocorrer o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data do cumprimento ou extinção da pena."¹⁸⁷

Portanto, o marco inicial da contagem do período depurador da reincidência não é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas sim o cumprimento ou extinção da pena imposta por esta sentença.

Porém, o trânsito em julgado da primeira sentença condenatória não deixa de ser um marco importante: somente depois que a condenação se torna definitiva é que, caso o acusado cometa nova infração penal, poderá ser considerado reincidente (desde que não ultrapasse o período depurador). Caso o réu cometa nova infração penal antes do trânsito em julgado da condenação pela primeira infração, este fato não gera reincidência - obrigatoriamente, para gerar

¹⁸⁶ CUNHA, Rogério Sanches. 2013, p. 402.

¹⁸⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto, 2012, p. 204.

a reincidência, é preciso que a nova infração penal seja posterior ao trânsito em julgado da primeira condenação.

Outro ponto importante que merece análise é a parte final do art. 64, I, do Código Penal, dispositivo que afirma que, na sistemática da temporariedade da reincidência, será "computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação."

Significa dizer que, se o agente estiver cumprindo pena privativa de liberdade e for beneficiado pela concessão do livramento condicional, este prazo deverá ser computado para fins do cálculo da reincidência. O marco inicial para contagem do período depurador da reincidência vai ser o momento em que o agente foi beneficiado pelo livramento condicional (e não somente após a extinção da pena), mas por óbvio que se faz necessário a não revogação do livramento condicional. O mesmo raciocínio deve ser aplicado caso o acusado seja beneficiado com a suspensão condicional da pena (*sursis*).

Para melhor fixação, interessante mencionar o exemplo presente no livro de Ricardo Augusto Schmitt: o acusado foi condenado a 06 (anos) de reclusão e, no decorrer do cumprimento da pena privativa de liberdade, foi beneficiado com o livramento condicional, podendo cumprir o restante em liberdade - nesse caso, o acusado ficará por 04 (quatro) anos em livramento condicional. Com isso, a contagem do período depurador da reincidência deve ter início a partir do momento que o agente foi beneficiado com o livramento condicional. Assim, verificada a extinção da pena privativa de liberdade em razão do decurso do prazo do livramento condicional, sem qualquer revogação, caso o agente cometa novo crime após 2 (dois) anos, não poderá ser considerado reincidente - deve-se somar o período do livramento condicional (quatro anos) com o tempo entre a efetiva extinção da pena e o novo crime (dois anos); logo, o agente não é reincidente porque somente cometeu o novo crime após o decurso de 6 (seis) anos e não somente 2 (dois).¹⁸⁸

Atente-se que, caso ocorra a revogação dos benefícios do livramento condicional ou do *sursis*, o prazo de 05 (cinco) anos será contado a partir da data em que o agente terminar de cumprir a pena privativa de liberdade - não será computado o prazo que eventualmente tenha gozado do benefício.

¹⁸⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. 2012, p. 204.

2.2. Condenação anterior no estrangeiro por crime ou por contravenção penal

Outro detalhe importante a ser analisado é que, caso a primeira condenação do réu seja pela prática de um *crime*, não importa se este foi cometido no *Brasil ou no estrangeiro*, sendo suficiente que o novo crime ou a nova contravenção sejam praticados após o trânsito em julgado da primeira condenação e antes do período depurador¹⁸⁹. Porém, igual sorte não socorre caso a primeira condenação seja pela prática de uma contravenção penal, hipótese em que faz diferença se a contravenção foi praticada no Brasil ou em território estrangeiro.

O art. 7º da Lei de Contravenções Penais deixa claro que o fato de o réu ter sido condenado no *estrangeiro* por *contravenção penal* não pode ser utilizado para efeito de reincidência. Isso porque não existe extraterritorialidade da lei penal quando se trata de contravenção penal¹⁹⁰.

Além disso, verifica-se que há lacuna legislativa com relação à hipótese de o réu ter sido condenado por contravenção penal praticada no Brasil e, após o trânsito em julgado desta, ter cometido um crime. Nesse caso, ao ser julgado pelo crime, não pode ser considerado reincidente, caso contrário, haveria violação ao princípio da legalidade, tendo em vista que essa hipótese não foi contemplada pelo legislador.

Cumprе destacar, no entanto, que, caso o réu pratique um *crime* nas condições acima, ou seja, após a condenação definitiva de uma contravenção penal, apesar de não configurar reincidência (por ausência de previsão legal), configura maus antecedentes - a pena-base será majorada.

2.3. A influência do tipo de pena imposta e a natureza do delito

Outros dois pontos a serem analisados é que: 1) não importa qual o tipo de pena imposta ao réu na primeira condenação, se privativa de liberdade, restritiva de direitos ou mesmo pena de multa; qualquer espécie de condenação, inclusive a pena de multa, é apta a

¹⁸⁹ Atente-se que, caso a condenação decorra de sentença estrangeira, para gerar os efeitos da reincidência, não é preciso a sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça - ausência de exigência legal.

¹⁹⁰ CUNHA, Rogério Sanches. 2013, p. 401.

gerar reincidência; 2) caso o réu tenha sido condenado no estrangeiro por fato que, no Brasil, é atípico, esta condenação não é capaz de gerar reincidência¹⁹¹.

Com relação ao dispositivo legal que justifica a possibilidade de a condenação a pena de multa gerar reincidência, interessante analisar o art. 77 do Código Penal, o qual trata sobre os requisitos da suspensão da pena¹⁹². Em seu inciso I, afirma que um dos requisitos para que o acusado seja beneficiado com a suspensão da pena é que não seja reincidente em crime doloso. Logo depois, no §1º, afirma que "condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício"; portanto, caso a condenação a pena de multa não gerasse reincidência, não haveria necessidade de existir este mencionado §1º, o qual traz uma exceção ao inciso I do *caput*.

Verificado que a espécie de pena aplicada não importa para a configuração da reincidência, por outro lado, a natureza do delito pelo qual o réu foi condenado pode interferir diretamente na aplicação ou não da agravante. Nesse sentido, imprescindível a análise do art. 64, inciso II, do Código Penal:

Art. 64 – Para efeito de reincidência: (...)

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Com base no mencionado artigo, caso o réu tenha sido condenado, com sentença transitada em julgado, por crime militar próprio ou por crime político, se posteriormente cometer um *crime comum*, não pode ser considerado reincidente por expressa proibição legal (art. 64, II, CP).

¹⁹¹ CUNHA, Rogério Sanches. 2013, p. 401.

¹⁹² Art. 77 – A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. § 1º A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. §2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Porém, nada impede que no julgamento deste crime comum essa condenação por crime militar próprio ou por crime político seja utilizada para majorar a pena-base ao valorar negativamente a circunstância dos antecedentes criminais do acusado, ou seja, esse fato não pode justificar a reincidência, mas é capaz de caracterizar maus antecedentes¹⁹³.

Atente-se que um dos casos ilustrados no art. 64, inciso II, do Código Penal é a hipótese de o acusado ter sido condenado por crime militar próprio e depois cometer um crime comum ou mesmo um crime militar impróprio - não sendo possível, no julgamento do crime comum ou do militar impróprio, o acusado ser considerado reincidente. Ocorre que não se pode esquecer o disposto no artigo 71 do Código Penal Militar, o qual prevê a possibilidade de a condenação definitiva por crime militar próprio ser considerada a título de reincidência na hipótese de o novo crime cometido pelo acusado também ser um crime militar próprio - seria o caso de *reincidência específica*, quando os dois crimes praticados pelo condenado são da mesma espécie.

Com relação à condenação definitiva pela prática de crime político, nem mesmo se o novo crime praticado pelo réu também seja de natureza política é possível incidir a agravante da reincidência. Essa hipótese não foi contemplada pela legislação e, levando-se em consideração a proibição de analogia *in malam partem*, condenação definitiva por crime político, no máximo, é capaz de gerar maus antecedentes.

3. Conduta social, maus antecedentes e reincidência

Da leitura do tópico anterior, percebe-se que algumas vezes a primeira condenação do réu não pode justificar a incidência da agravante da reincidência, porém essa mesma condenação é capaz de majorar a pena-base.

Inicialmente, interessante analisar as semelhanças e as peculiaridades que distinguem o conceito de conduta social, de maus antecedentes e de reincidência.

¹⁹³ Esse tema será abordado mais especificamente no tópico que analisará as diferenças entre a reincidência e os maus antecedentes.

A conduta social do réu, assim como os seus antecedentes criminais, são circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, como visto acima, devem ser analisadas na 1ª fase da dosimetria da pena.

Porém, o magistrado, ao analisar a conduta social do réu, leva em consideração o seu comportamento no seio social, familiar e profissional. Essa circunstância apresenta caráter comportamental: analisa-se o relacionamento do agente no meio em que vive, perante a comunidade, não podendo ser confundida com a circunstância judicial dos antecedentes nem com a agravante da reincidência, as quais são reservadas a analisar fatos ilícitos cometidos pelo réu¹⁹⁴.

Nesse contexto, merece destaque o julgado do Superior Tribunal de Justiça, disponibilizado no Informativo nº 490, o qual afirma que o fato isolado de o réu ser usuário de drogas não pode justificar o aumento da pena base sob a justificativa de o agente apresentar má conduta social¹⁹⁵.

Sabendo-se que o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpa¹⁹⁶ tem destaque no procedimento de aplicação da pena, uma de suas consequências diretas é a conclusão de que meras suposições de envolvimento do acusado em práticas criminosas não são capazes de valorar negativamente a sua conduta social, não sendo aptas a aumentar a pena-base do acusado.

Seguindo com a análise das consequências da aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência, cumpre destacar o que dispõe a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça:

STJ Súmula nº 444 - 28/04/2010 - DJe 13/05/2010

Vedação - Utilização de Inquéritos Policiais e Ações Penais em Curso para Agravar a Pena-Base

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

¹⁹⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. 2012, p.130.

¹⁹⁵ STJ. HC 201453/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 21/03/2012. Informativo nº 490. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

¹⁹⁶ CF, art. 5º, (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ao elaborar esta súmula, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o disposto no art. 5º, inciso LVII, da CF/88, fixando o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso não são aptos a agravar a pena-base, tendo em vista que, se o réu é inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória, procedimentos administrativos e processos em curso não são suficientes para rotulá-lo como possuidor de maus antecedentes *ou* de má conduta social *ou* mesmo de personalidade desajustada¹⁹⁷.

Portanto, ultrapassado o conceito da circunstância judicial da conduta social, faz-se necessário analisar quais os fatos capazes de gerar maus antecedentes e quais podem caracterizar o réu como reincidente.

Como dito, a circunstância judicial dos antecedentes criminais do agente também está prevista no art. 59 do Código Penal, devendo ser analisada na 1ª fase da dosimetria, e diz respeito à vida pregressa do réu, suas condutas ilícitas praticadas *antes* da infração penal que está sendo objeto da sentença.

Com base da Súmula 444 do STJ, sabe-se que inquérito policial ou mesmo ação penal em curso não servem como maus antecedentes, em razão de ausência de sentença condenatória definitiva, sem trânsito em julgado. Logo, como decorrência lógica do princípio da presunção de inocência, conclui-se que também não poderão ser considerados como antecedentes criminais:

- a) processo extintos sem julgamento do mérito;
- b) inquéritos policiais arquivados (não importando qual o fundamento do arquivamento);
- c) ações penais que resultem em absolvição;
- d) punições impostas em procedimentos administrativos - estas, porém, podem ser consideradas na conduta social, desde que o fato apurado não corresponda a um ilícito penal¹⁹⁸.

¹⁹⁷ No STF o tema ainda é controverso, especificamente no tocante à possibilidade de processos em curso serem considerados a título de maus antecedentes para efeito de dosimetria da pena. Foi reconhecida a Repercussão Geral do tema no RE 591054 (DJ e 14.11.2008) – pendente de julgamento.

¹⁹⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. 2012, p 127-128.

Partindo do pressuposto de que somente ações penais condenatórias com trânsito em julgado são capazes de justificar tanto a reincidência como os maus antecedentes, é salutar a distinção entre os dois institutos, tendo em vista que, em respeito à vedação do *bis in idem*, o mesmo fato não pode ser utilizado para agravar a pena-base e fazer incidir a agravante do art. 61, I, do Código Penal¹⁹⁹.

Atente-se que somente as condenações definitivas que não caracterizam a agravante da reincidência é que podem ser valoradas como maus antecedentes. Uma condenação penal definitiva *não* é capaz de rotular o réu como reincidente quando:

a) *a infração penal posterior for cometida após o decurso do período depurador da reincidência, ou seja, mais de 05 (cinco) anos após o cumprimento ou a extinção da pena imposta em condenação anterior (art. 64, I, CP):*

Para gerar reincidência, como visto acima, a infração posterior deve ser praticada após o trânsito em julgado da primeira condenação, mas antes de atingir o prazo de 05 (cinco) anos após o cumprimento ou extinção da pena anteriormente imposta - computado o período de prova da suspensão da pena e do livramento condicional.

Portanto, a título de exemplo, caso o réu cometa um furto após decorrer mais de 05 (cinco) anos do cumprimento da pena pelo delito de roubo, o magistrado, ao aplicar a dosimetria do furto, irá considerar a condenação definitiva do roubo como maus antecedentes (1ª fase) e não como agravante da reincidência (2ª fase).

b) *a condenação anterior foi por crime militar próprio ou por crime político (art. 64, II, CP):*

Como visto acima, condenação definitiva anterior por crime militar próprio ou por crime político não podem gerar efeitos para

¹⁹⁹ Em respeito ao princípio do *non bis in idem*, o fato de o paciente registrar uma única condenação transitada em julgado não pode ser valorado, ao mesmo tempo, como circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes) e agravante da reincidência. STJ. HC 147202/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012. Informativo nº 492. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

caracterizar reincidência diante do cometimento de novo crime comum – expressa previsão legal.

Destrinchando, o réu condenado definitivamente por prática de crime militar próprio somente pode ser considerado reincidente se cometer novo crime militar próprio (art. 71, CPM). Caso cometa um crime comum ou mesmo um crime militar impróprio, a condenação definitiva anterior por crime militar próprio não é apta a gerar reincidência, mas gera maus antecedentes – devendo a pena-base ser aumentada.

Da mesma forma é o caso do réu condenado definitivamente por crime político: essa condenação não é apta a gerar reincidência, mas é perfeitamente possível que seja utilizada para justificar o aumento da penabase (caracteriza maus antecedentes).

c) a nova infração penal tiver sido praticada antes do trânsito em julgado da primeira condenação:

Em tópico anterior, foram analisados os requisitos que ensejam a reincidência, e dentre eles, é necessário que a nova infração penal seja praticada após o trânsito em julgado da primeira condenação.

Caso a nova infração penal seja cometida ainda no decorrer do processo pela primeira infração, o agente não pode ser considerado reincidente. Porém, para gerar maus antecedes é imprescindível que a data da segunda infração seja posterior à data do cometimento da primeira. Ou seja, João cometeu um crime de roubo em 2000, delito pelo qual foi condenado com trânsito em julgado em 2010; em 2005, ainda no decorrer do processo do roubo, João comete um furto: o magistrado, em 2011, quando aplicou a pena de João pelo delito do furto, considerou a condenação definitiva pelo roubo como maus antecedentes e não como reincidência.

Feita a distinção entre a circunstância judicial dos antecedentes criminais e a agravante da reincidência, é salutar a análise de alguns institutos do Direito Penal que, muitas vezes, geram dúvidas com relação à aptidão de gerar ou não maus antecedentes e/ou reincidência. Vejamos:

- *Transação penal não gera reincidência nem maus antecedentes.*

Por expressa previsão legal (art. 76 da Lei nº 9.099/95, §§4º e 6º)²⁰⁰, caso a proposta de transação penal oferecida pelo Ministério seja aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará pena restritiva de direitos ou multa, mas esta imposição "não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos", além de que "não constará de certidão de antecedentes criminais."

- *Suspensão condicional do processo não gera reincidência nem maus antecedentes.*

Nessa hipótese do art. 89 da Lei nº 9.099/95²⁰¹, quando há suspensão condicional do processo, não existe sequer sentença penal condenatória e, portanto, não pode ensejar nem o aumento da pena-base (maus antecedentes) nem a incidência da agravante da reincidência.

- *Perdão judicial não gera reincidência nem maus antecedentes.*

Trata-se de expressa previsão legal do Código Penal:

Perdão judicial

Art. 120 - A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.

²⁰⁰ Lei 9.099/95 Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (...)§ 4º *Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que **não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.*** (...)§ 6º *A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo **não constará de certidão de antecedentes criminais**, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e **não terá efeitos civis**, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.*

²⁰¹ Lei nº 9.099/95, Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

A título de complementação, interessante mencionar a Súmula nº 18 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que "a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório."

- *Quando a infração penal anterior for atingida por causa extintiva da punibilidade antes do trânsito em julgado da condenação, não gera reincidência nem maus antecedentes.*

Nesse tema, é preciso ter cautela, pois o fato de incidir uma causa extintiva da punibilidade sobre a condenação anterior não é o bastante para a exclusão da reincidência e dos antecedentes criminais.

Sabendo-se que um dos requisitos para que uma condenação penal possa ser utilizada como fundamento da reincidência ou dos maus antecedentes é que a sentença tenha transitado em julgado, é preciso analisar em qual momento houve a extinção da punibilidade.

João cometeu um furto e, antes do trânsito em julgado da condenação penal, houve a extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva. Portanto, caso João cometa nova infração penal, a sentença que extinguiu a punibilidade do furto não pode ser utilizada nem como maus antecedentes nem como reincidência - tendo em vista que não houve condenação definitiva.

Por outro lado, caso João cometa um furto e seja devidamente condenado com trânsito em julgado, eventual sentença ulterior de extinção da punibilidade, por exemplo, por prescrição da pretensão executória, não impede que a condenação definitiva pelo furto seja utilizada na dosimetria da pena da nova infração penal praticada por João - desde que cumpridos os demais requisitos.

Em resumo, é imprescindível verificar em que momento houve a extinção da punibilidade: antes ou depois da sentença condenatória transitar em julgado.

Ocorre que existem 02 (dois) casos em que a extinção da punibilidade, mesmo depois do trânsito em julgado da condenação, não é capaz de gerar reincidência nem maus antecedentes: se a extinção for em razão de *abolitio criminis* ou anistia (art. 107, incisos II e III, do Código Penal).

A justificativa para essas exceções é que, em havendo *abolitio criminis* ou anistia²⁰², são apagados todos os efeitos penais da condenação anterior - circunstância que nitidamente impede que o fato seja valorado como maus antecedentes ou reincidência.

3.1. Agente capaz:

De início, interessante mencionar o conceito de Ricardo Augusto Schmitt sobre a circunstância judicial dos antecedentes criminais, o qual considera possuidor de maus antecedentes o "*agente capaz* que possui contra si sentença penal condenatória transitada em julgado."²⁰³

Esse conceito encontra amparo no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, ao passo em que possíveis condenações ocorridas em sede de representações por atos infracionais, com aplicação de medidas socioeducativas, não são aptas a ensejar maus antecedentes ou a induzir a reincidência.

Por um lado, o STJ fixou o entendimento que condenação por ato infracional não pode gerar maus antecedentes ou reincidência, porém, por outro lado, recentes julgados deste Tribunal Superior divergem quanto à possibilidade da prática de atos infracionais ser considerada para justificar que o réu possui "personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade". Interessante transcrever a ementa de algumas decisões, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. (...) DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ATOS INFRACIONAIS. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O MUNDO DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. (...)

1. Consoante precedentes desta Corte Superior, atos infracionais não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base.

2. Embora o envolvimento anterior em atos infracionais não possa ser considerado como maus antecedentes e nem se preste

²⁰² O indulto, por sua vez, tem aptidão a gerar reincidência. SCHMITT, Ricardo Augusto. 2012, p 203.

²⁰³ SCHMITT, Ricardo Augusto. 2012, p. 122.

para induzir a reincidência, demonstra a "personalidade voltada para o mundo do crime" e inclinação para a prática delitiva, o que é suficiente para justificar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria.

(STJ. HC 198.223/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em **19/02/2013**, DJe 04/03/2013).²⁰⁴

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE ANOTAÇÕES DE ATOS INFRACIONAIS. ILEGALIDADE. FIXAÇÃO DAS PENAS-BASE DOS CRIMES NO MÍNIMO LEGAL. (...)

1. *"Atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base"* (HC 190.569/DF, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 12/09/2012). (...)

(STJ. HC 185.452/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em **19/02/2013**, DJe 28/02/2013).²⁰⁵

3.2. Discussão quanto à aplicabilidade do prazo do art. 64, I, do CP com relação aos antecedentes criminais

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não existe prazo limite para que uma condenação penal definitiva possa fundamentar o aumento da pena-base em razão de maus antecedentes. O prazo de 05 (cinco) anos, computado a partir do cumprimento ou extinção da pena, unicamente é aplicado ao instituto da reincidência (art. 64, I, CP).

²⁰⁴ STJ. HC 198.223/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 04/03/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre_=198223&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 21 nov. 2013.

²⁰⁵ STJ. HC 185.452/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 8/02/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=185452&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 21 nov. 2013.

Portanto, segundo o posicionamento majoritário, o período depurador de 05 (cinco) anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, não é aplicado para a circunstância judicial dos antecedentes criminais. Nesse sentido, segue recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. (3) PENA-BASE. QUANTUM. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE-DE.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não há ilegalidade a ser reconhecida no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da configuração de maus antecedentes. *À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.* (...) ²⁰⁶

Sabendo-se que a posição doutrinária é no sentido de que a agravante da reincidência também é aplicável aos delitos culposos e preterdolosos²⁰⁷, ainda com base na jurisprudência do STJ, interessante mencionar o julgado veiculado no seu Informativo nº 493, o qual considerou não ser possível utilizar condenação anterior como mau antecedente, caso a primeira condenação tenha sido por crime culposos, e o novo crime praticado seja doloso. A justificativa adotada pelo Ministro Relator, Marco Aurélio Bellizze, foi no sentido de que "o

²⁰⁶ STJ. HC 223.920/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2013, DJe 04/11/2013.

Acesso em: 21 nov. 2013.

²⁰⁷ CUNHA, Rogério Sanches. 2013, p. 400.

aumento da pena do crime doloso por crime culposos cometido em passado distante afrontaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação da pena privativa de liberdade."²⁰⁸ Segue a ementa do mencionado julgado, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO DE CONDENAÇÕES POR CRIMES DE LESÃO CORPORAL CULPOSA E EXTINTAS HÁ MAIS DE CINCO ANOS. CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA FIXAÇÃO DA PENA COMO MAUS ANTECEDENTES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não há falar em flagrante ilegalidade se o Juízo sentenciante considera na fixação da pena condenações pretéritas, ainda que tenha transcorrido lapso temporal superior a 5 (cinco) anos entre o efetivo cumprimento das penas e a infração posterior, pois, embora não sejam aptas a gerar a reincidência, nos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal, são passíveis de serem consideradas como maus antecedentes no sopesamento negativo das circunstâncias judiciais.

2. Na hipótese dos autos, ainda que condenações anteriores possam, em princípio, caracterizar os maus antecedentes do paciente, tenho que a peculiaridade de terem sido os delitos cometidos em sua forma culposa mostra-se suficiente para infirmar o entendimento consolidado nesta Corte, pois que a sua adoção no caso em exame afrontaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação da pena privativa de liberdade, com o aumento da pena do crime doloso por crime culposos cometido em passado distante.

Ainda com relação à existência de prazo limite para utilização de uma sentença condenatória definitiva como mau antecedente, esse tema foi afetado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 593818 RG²⁰⁹ e encontra-se pendente de julgamento.

²⁰⁸ STJ. HC 198557/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 16/04/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=198557&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC2>. Acesso em: 22 nov. 2013.

Os defensores da tese de que o prazo previsto no art. 64, I, do Código Penal, deve ser aplicado também a título de maus antecedentes afirmam que essa seria a interpretação mais razoável, tendo em vista que evitaria que os efeitos de uma condenação se propagassem por toda a vida do agente, além de não haver justificativa lógica para que cessem os feitos da condenação com relação à reincidência e não com relação aos maus antecedentes.²¹⁰

4. Concurso entre a agravante da reincidência e eventuais causas atenuantes

Em havendo concurso entre agravantes e atenuantes no mesmo caso concreto, aplica-se o critério da preponderância expresso no Código Penal:

Art. 67 No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas **circunstâncias preponderantes**, entendendo-se como tais as que resultam dos *motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência*.

Com base nesse artigo, orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "a atenuante da menoridade relativa prepondera sobre qualquer outra circunstância, inclusive sobre a reincidência"²¹¹.

Através de análise jurisprudencial com relação ao concurso de agravantes e atenuantes, a doutrina indica uma ordem de preponderância:

²⁰⁹ STF. RE 593818 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 26/02/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-06 PP-01118. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28maus+antecedentes+5+anos%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/py3f4go>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

²¹⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. 2012, p. 124-125.

²¹¹ STJ. HC 267.361/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 23/08/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=267361&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 22 nov. 2013.

1ª - atenuantes da menoridade e da senilidade;

2ª - agravante da reincidência;

3ª - atenuantes e agravantes subjetivas;

4ª - atenuantes e agravantes objetivas.²¹²

Especificamente com relação ao concurso entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, faz-se imprescindível analisar a divergência de posicionamento entre o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Segundo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea. Entende que "a reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea."²¹³

Ainda com base no mesmo julgado, o STF entende que a confissão espontânea é ato posterior ao cometimento da infração penal, não apresentando relação com o ilícito, sendo tão somente circunstância de interesse pessoal que demonstra "conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente."²¹⁴

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, apresenta entendimento diverso, ao passo que aplica a tese de que a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea. Recentemente, essa questão foi decidida sob a sistemática do recurso repetitivo²¹⁵.

²¹² CUNHA, Rogério Sanches. 2013, p. 398.

²¹³ STF. RHC 115994, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 02/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 16-04-2013 PUBLIC 17-04-2013. Acesso em: 22 nov. 2013.

²¹⁴ *Idem, Ibidem.*

²¹⁵ STJ. 3ª Seção. REsp 1.341.370–MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 10/4/2013 (Recurso Repetitivo - EREsp nº 1.154.752/RS pela Terceira Seção. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?>

[tipo_visualizacao=null&livre=1341370&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1341370&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC)
O. Acesso em: 22 nov. 2013.

Da leitura dos Informativos nº 656 e 522 do Superior Tribunal de Justiça, depreende-se que a justificativa para a mencionada compensação entre a reincidência e a confissão espontânea é que esta também está prevista no rol das circunstâncias preponderantes, considerando que é um aspecto relacionado com a personalidade do agente.²¹⁶

5. Reincidência, proibição do *bis in idem*

Como já analisado em tópico anterior, em respeito ao princípio do *non bis in idem*, uma mesma condenação penal definitiva não pode ser valorada negativamente nos antecedentes criminais (1ª fase) e também justificar a incidência da reincidência (2ª fase). Nesse sentido, inclusive, existe Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

STJ Súmula nº 241 - 23/08/2000 - DJ 15.09.2000

Reincidência - Circunstância Agravante - Circunstância Judicial

A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

Situação distinta é quando o réu apresenta mais de uma condenação definitiva e o magistrado, ao aplicar a dosimetria da pena, considera uma condenação como maus antecedentes e outra como hipótese de reincidência - nesse caso, cada fato só foi valorado uma vez e, portanto, não se configura *bis in idem* a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para caracterização de maus antecedentes e reincidência."²¹⁷

²¹⁶ STJ. HC 226.446/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2013, DJe 05/11/2013. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=226446&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 22 nov. 2013.

²¹⁷ STJ. HC 170.860/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 08/03/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=maus+antecedentes+reincidencia+fatos+distintos&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC2>. Acesso em: 22 nov. 2013.

Caso interessante foi o exposto no Informativo nº 506 do Superior Tribunal de Justiça, situação em que o réu possuía 02 (duas) condenações definitivas e anteriores, e o magistrado, ao analisar a nova infração penal praticada pelo agente, utilizou uma condenação como maus antecedentes e a outra como reincidência; porém, novamente utilizou essas condenações criminais para justificar que o agente possuía "personalidade voltada ao crime." O STJ declarou que houve *bis in idem* porque os fatos utilizados para negatar a personalidade do agente foram os mesmos que foram analisados com relação aos maus antecedentes e à reincidência.²¹⁸

Ocorre que, além dos casos acima já expostos, há doutrinadores que defendem que o instituto da reincidência, por si só, já caracterizaria *bis in idem*. Alegam que, quando se majora a pena em razão da reincidência, o agente novamente está sendo apenado pelo fato anteriormente cometido - seria uma segunda punição pelo mesmo crime e, por isso, representa violação aos princípios constitucionais da legalidade e da proporcionalidade.²¹⁹

Não é essa a tese que prevalece nos Tribunais Superiores; inclusive, merece destaque o Informativo nº 700 do Supremo Tribunal Federal, o qual ilustra um julgado em que a Corte Suprema reconhece a constitucionalidade do instituto da reincidência (art. 61, I, CP), justificando-o como forma de efetivar o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), ao passo em que possibilita a punição mais severa ao réu reincidente se comparado com o réu primário²²⁰. Também é possível perceber respeito ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), no sentido de que os iguais devem ser tratados de modo igual, e os desiguais, de modo desigual, na medida de suas desigualdades.

²¹⁸ STJ. HC 165089/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 23/10/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=165089&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 22 nov. 2013.

²¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches. 2013, p. 404-405.

²²⁰ STF. RE 453000, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>.

6. Espécies de reincidência e documentos aptos à sua comprovação

A doutrina distingue algumas espécies de reincidência²²¹:

- a) *reincidência real*: ocorre quando o agente comete nova infração penal após ter efetivamente cumprido a totalidade da pena imposta pelo crime anterior (e antes do período depurador de cinco anos);
- b) *Reincidência ficta*: essa hipótese ocorre quando a nova infração penal é cometida após o agente ter sido condenado definitivamente, mas antes de ter cumprido a totalidade da pena imposta pelo delito anterior - nesse caso, o prazo da caducidade da reincidência sequer começou a correr;
- c) *reincidência genérica*: configura-se quando os crimes praticados pelo agente são de espécies distintas;
- d) *reincidência específica*: quando os crimes praticados pelo agente são da mesma espécie.

Nesse tópico, interessante mencionar o que representa o termo "tecnicamente primário", o qual é rotineiramente empregado. Segundo Ricardo Augusto Schmitt, o termo decorreu de uma construção jurisprudencial, sendo utilizado para caracterizar 2 (duas) situações distintas:

1ª - agente que cometeu nova infração penal somente após o período depurador da reincidência;

2ª - quando o agente possui várias condenações definitivas, mas nenhuma delas gera reincidência, em razão do fato de não ter sido condenado por novo crime *após* o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (Cf. SCHMITT, Ricardo Augusto. 2012, p. 205).

Com relação ao meio de prova apto a comprovar a agravante da reincidência, em regra o instrumento hábil a ser citado pelo magistrado na sentença é a certidão cartorária, a qual deve indicar a data do fato e do trânsito em julgado da condenação, além das demais informações necessárias.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal admitiu a utilização da folha de antecedentes criminais para comprovar o instituto da reincidência, alegando que a legislação não indicou taxativamente qual

²²¹

CUNHA, Rogério Sanches. 2013, p. 403-404.

a documentação necessária à sua comprovação. Segue a ementa do mencionado julgado, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA COMPROVADA. VALIDADE DA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS EXPEDIDA PELO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL PARA ESSE FIM. PRECEDENTE DA CORTE. ORDEM DENEGADA.

I - Neste writ, alega-se que a folha de antecedentes expedida pelo Departamento da Polícia Federal não é documento hábil para comprovar a reincidência do paciente, o que somente poderia ser atestado mediante certidão cartorária judicial. II - **A legislação estabelece apenas o momento em que a reincidência pode ser verificada (art. 63 do CP), sem, contudo, exigir um documento específico para a sua comprovação. Precedentes.** III - A sentença condenatória ora em exame é de 3/9/2008 e a certidão indica que o trânsito em julgado da condenação anterior ocorreu em 2/12/2003. Portanto, na data da nova condenação, o paciente ainda era tecnicamente reincidente, nos termos da legislação penal aplicável. IV - **A folha de antecedentes criminais expedida pelo Departamento de Polícia Federal no Estado de Mato Grosso do Sul é formal e materialmente idônea para comprovar a reincidência do paciente, porquanto contém todas as informações necessárias para tanto, além de ser um documento público, com presunção *iuris tantum* de veracidade.** V - Ordem denegada..²²²

7. Efeitos da reincidência

No decorrer deste artigo, foi dado destaque ao fato de a reincidência ser uma agravante genérica prevista na parte geral do Código Penal e, como efeito dessas circunstâncias legais, a pena-base deve ser agravada, em regra, no patamar de 1/6 - desde que devidamente cumpridos os requisitos exigidos para a sua incidência.

Ocorre que os efeitos da aplicação da reincidência vão além da capacidade de agravar a pena-base. Este instituto é apto a produzir

²²² STF. HC 103969, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 21/09/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28103969%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q42m3cv>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

inúmeras outras consequências negativas ao réu, as quais apresentam expressa previsão legal. Dentre as possíveis consequências, destaca-se que:

- a) o regime inicial de cumprimento da pena se torna mais gravoso (art. 33, §2º, do CP);
- b) o reincidente em crime doloso não tem o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (art. 44, II, do CP);
- c) o reincidente em crime doloso também não tem direito à suspensão condicional da pena - *sursis* (art. 77, I, do CP), exceto se a condenação do réu aplicar-lhe exclusivamente pena de multa (art. 77, §1º, do CP);
- d) o réu reincidente não poderá ser beneficiado com o privilégio do furto (art. 155, §2º, do CP) e, consequentemente, esse privilégio também não será aplicado aos crimes de apropriação indébita (art. 170), estelionato (art. 171, §1º, do CP) e receptação (art. 180, §5º, do CP);
- e) o fato de o réu ser reincidente também impede a concessão da transação penal e da suspensão condicional do processo (arts. 76, §2º, I, e 89, *caput*, ambos da Lei nº 9.099/95);
- f) a reincidência influencia no tempo necessário para a concessão do livramento condicional - ampliando a fração necessária de cumprimento da pena (art. 83 do CP);
- g) o prazo da prescrição *executória* aumenta em 1/3 se o condenado é reincidente (art. 110 do CP);
- h) a reincidência também é hipótese de causa interruptiva da prescrição executória (art. 117, VI, do CP);
- i) configurada a reincidência, esta é causa de revogação do *sursis* (art. 81, I e §1º, do CP), do livramento condicional (arts. 86, I e II, e 87, do CP) e da reabilitação, salvo se a pena imposta pela condenação seja unicamente de multa (art. 95 do CP).

8. Conclusão

O instituto da reincidência apresenta expressa previsão legal (arts. 61, inciso I, do CP e art. 7º da Lei nº 3.688/41) e, segundo corrente majoritária, é constitucional - inclusive há recente posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. O fato de a pena-base ser agravada em razão da reincidência não viola a vedação do *bis in idem* e, no caso concreto, reflete

aplicação dos princípios constitucionais da individualização da pena e da isonomia (art. 5º, *caput*, e inciso XLVI, da CF/88).

Em resumo, os requisitos necessários à caracterização da reincidência são: a) existência de condenação penal anterior transitada em julgado; e b) cometimento de nova infração penal após a condenação definitiva anterior.

Interessante analisar o quadro de estudo:

1º Momento:	2º Momento	Consequência:
Condenação penal definitiva por crime no <u>Brasil ou no estrangeiro</u>	Cometimento de um novo crime	Reincidência (art. 63, CP)
Condenação penal definitiva por crime no <u>Brasil ou no estrangeiro</u>	Cometimento de uma contravenção penal	Reincidência (art. 7º, LCP)
Condenação penal definitiva por contravenção penal praticada no <u>Brasil</u>	Cometimento de uma nova contravenção penal	Reincidência (art. 7º, LCP)
	Cometimento de crime	NÃO gera reincidência: ausência de previsão legal. Contudo, <u>gera Maus Antecedentes</u>
Condenação penal definitiva por contravenção penal praticada no <u>estrangeiro</u>	Cometimento de crime ou contravenção	Não gera reincidência (art. 7º, LCP).

PRINCÍPIO DE JUSTIÇA

Maria Cecília Pontes Carnaúba

Promotora de Justiça do Ministério Público de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Delimitação da Abordagem. 3. Intercessão do princípio da justiça e a ideia de igualdade. 4. Formas de violação do princípio constitucional da justiça. 5. Desvalorização da virtude. 6. Desvalorização da verdade. 7. Parresia. 8. Reflexos das agressões à verdade. 9. Enfraquecimento da coragem. 10. Desestímulo ao desenvolvimento das potencialidades individuais. 11. Concentração de riqueza como finalidade das violações ao princípio da justiça. 12. Conclusão.

1. Introdução

O princípio de justiça está inserto no inciso I, artigo 3º, da Constituição Federal, sob o título de fundamento do Estado Brasileiro, e se constitui em elemento do princípio maior da beleza da existência. É objeto deste estudo em virtude da importância que desempenha para o direcionamento das atividades dos poderes do Estado e de sua força vinculante para o sistema normativo.

O conceito de justiça deve ser entendido como garantia de equitativa distribuição dos insumos necessários à vida minimamente segura e confortável para todos os cidadãos, vinculada ao propósito de promoção do bem de todos. A promoção da justiça envolve a concretização de elementos materiais e imateriais indispensáveis à sobrevivência e ao desenvolvimento das potencialidades individuais, inclusive o direito ao lazer, o reconhecimento e a valorização da meritocracia.

É semente do bem viver individual e social, pois se constitui em fonte de equilíbrio entre as forças construtivas do bem comum e as destrutivas, na sociedade, que possibilita o surgimento da solidariedade social. Talvez, por essa razão, tenha sido definida por Aristóteles como

o conjunto de ações tendentes à preservação da felicidade²²³, inclusive porque estimula o respeito à meritocracia como fator de *descrimen* das ações estatais e particulares, para construção do bem de todos.

A justiça tem como um dos pilares a busca de universalização da garantia de oportunidades de desenvolvimento das potencialidades individuais, para crescimento comunitário através do reconhecimento e da valorização do empenho de cada cidadão na melhoria de suas próprias condições de existência.

Busca equilibrar a distribuição de comodidades materiais e prestigiar a vivência de valores éticos, de colaboração na obra do bem comum, como forma de estímulo ao empenho e esforço pessoais. É fundamento para o reconhecimento e a contraprestação do esforço individual, bem como estímulo à liberdade e à autodeterminação.

O princípio de justiça fortalece as condições externas para o crescimento individual, como elemento colaborador da autorrealização,

223

A relação entre justiça e felicidade pode ser aprofundada em: ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**, Trad. Mário da Gama Kury, 4. ed. Brasília, ed. UNB, 2001, p.19.

com o objetivo de harmonizar a sociedade, inclusive com a supressão das dificuldades externas que podem causar, ou aumentar, as disparidades de classes sociais. É instrumento constitucional indispensável à materialização dos objetivos e fundamentos do Estado brasileiro.

2. Delimitação da abordagem

A justiça nasce da realidade de que os bens exteriores necessários ao conforto da vida são insuficientes para atender a todos os seres humanos, com a abundância que alguns desejam²²⁴. É um dos elementos do princípio constitucional da beleza da existência e tem vinculação direta com a ideia de proporcionalidade, correspondência entre ações ou omissões e o resultado auferido pelo agente - este deve ser equitativamente meritocrático.

Esse fato impõe a necessidade de se administrar a distribuição das conveniências exteriores para que se alcance a melhor equivalência possível entre os cidadãos, sem desconsiderar o esforço pessoal de cada um. Essa é tarefa do Estado de Direito: garantir que o fator de discriminação, entre maior ou menor dotação de bens e conveniências exteriores, seja o empenho individual de cada cidadão em favor de seu próprio crescimento, dentro do direcionamento de colaboração com o bem de todos.

A justiça não se resume à distribuição das conveniências materiais; reclama, também, percepção, valorização e contraprestação dos bens imateriais, como os profissionais e espirituais, de cada ser humano e das ações ou omissões por eles empreendidas. O indivíduo precisa sentir que o trabalho que desenvolve e o modo de vida que escolhe têm utilidade e colaboram para a harmonia e o crescimento sociais. É importante para a justiça que o cidadão tenha direito de auferir o reconhecimento social de seu empenho. Por outro lado, é igualmente justo que esta mesma comunidade, expressa e praticamente, repudie valores destrutivos que violam o direcionamento da construção do bem de todos.

²²⁴ Essa idéia pode ser melhor detalhada no texto de Hume. Consultar: HUME, David. **Uma Investigação Sobre os Princípios da Moral**, 2. ed. Campinas: Unicamp, 2013, p.35.

O sistema normativo dos Estados de Direito reconhecem e tutelam não somente a face material da justiça, mas, também, o fazem em relação à justiça imaterial, para que a tutela seja completa. A face imaterial se constitui no direito ao desenvolvimento das potencialidades intelectuais e habilidades de cada cidadão, tanto para o trabalho - inclusive realização pessoal - quanto para colaboração na obra do bem comum. Ademais, esse tipo de justiça também alcança o reconhecimento dessas atividades praticadas na formação da imagem de cada cidadão.

Para concretização da justiça sob sua face imaterial, a Constituição Federal insere entre os fundamentos do Estado brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana, o estímulo ao trabalho e à livre iniciativa. A associação desses dois fundamentos mostra que o Estado se estrutura sobre o respeito pelo cidadão e sobre a valorização de seu esforço pessoal de crescimento. Esses ideais pressupõem o reconhecimento do esforço de cada um e a equitativa distribuição dos méritos pelos resultados produzidos, tomando-se como norte a obediência ao fundamento estatal de produção do bem comum.

Todo o ordenamento jurídico é condicionado pelo princípio de justiça e se reflete em todos os dispositivos legais. Merecem nota, além da legislação que protege a integridade física e moral do cidadão, ainda as normas que regulam as marcas e patentes, os direitos autorais, a imagem e, sobretudo, a tutela Constitucional do direito à educação.

É nítida a proteção do sistema normativo ao bem estar emocional e intelectual do cidadão, para que este encontre no Estado um ambiente propício ao crescimento individual e social, ao acolhimento de sua pessoa e o respeito e valorização de sua contribuição para o bem comum. Essa tutela do Estado constitui o conteúdo do princípio da beleza da existência, inserto nos artigos 1º e 3º da Carta Federal, do qual é parte integrante o princípio de justiça. Este direciona à avaliação justa da imagem de cada cidadão, de seus méritos no trabalho em sociedade e individuais.

A justiça se vincula à proporcionalidade, ao empenho de cada um. Sua vinculação à ideia de igualdade somente pode ser entendida no sentido de que não se materializem interferências decorrentes de discriminações sem base em justificativas razoáveis, tomando-se por finalidade o propósito de construção do bem de todos.

O tratamento igual, que deve ser a base da justiça, se refere apenas aos pressupostos ético/ideológicos, mas exige que os pressupostos fáticos sejam considerados individualmente. Não impõe tratamento igual quando os destinatários dela são essencialmente diferentes. Pede um procedimento de conciliação dos pressupostos ético/ideológicos com as circunstâncias peculiares de cada caso específico, e precisa considerar a essencial diversidade humana, inafastavelmente, sob o pálio da solidariedade e dignidade da pessoa humana.

3. Intercessão do princípio da justiça e da idéia de igualdade

A concretização da justiça é necessária, a todo momento, nas ações cotidianas mais simples, pois se aprende a ser justo desde a infância; é valor ensinado ao indivíduo durante sua formação, a partir dos primeiros anos de vida, para que se torne espontâneo nas atitudes da vida adulta. A criança que é ensinada a enxergar o outro e a si mesmo como iguais absorve, com naturalidade, a ideia de respeito e afasta espontaneamente as mensagens discriminativas. Entende que a defesa de seus interesses individuais precisa se conciliar com o propósito de construção do bem todos, portanto, não justifica a subjugação dos interesses alheios.

O ponto de partida de todas as violações ao princípio de justiça é o pensamento de que os interesses alheios devem se submeter aos interesses próprios, é postura avessa à conciliação de interesses. Sem consciência de igualdade de dignidade entre os seres humanos e respeito pelo outro, como decorrência inafastável dos princípios de dignidade humana e de solidariedade, encontram-se sempre razões para que as pretensões próprias justifiquem a afronta aos interesses do outro e sirvam de estímulo para que este seja visto como um inimigo. Talvez seja esta a ideia que produziu o aforisma: “O amor à Democracia é o amor à igualdade”²²⁵.

Nesse contexto, a igualdade está intrinsecamente ligada ao princípio de justiça como garantia de oferta, para todos, de oportunidades de desenvolvimento das potencialidades individuais e distribuição equitativa dos recursos externos e internos à sobrevivência, de acordo com o esforço e as opções de cada um. Ademais, a noção de

²²⁵ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p.54.

igualdade pressupõe o respeito pela diferença, para que se possa concretizar o objetivo estatal de produção do bem de todos.

O ideal de justiça tem como elemento basilar a visão do outro como igual e aliado na obra coletiva da construção do bem estar de todos. Fomenta o entendimento de que os indivíduos se complementam em suas qualidades, tanto positivas quanto negativas, e é justamente esse fenômeno social que harmoniza e torna mais criativa a sociedade.

É produtiva a convivência comunitária quando se aceita a ideia de complementariedade do individual, ao invés de se cultivar a destruição do diferente. A destruição do outro é expressão de corrupção da escala de valores do ser humano e infração ao princípio da beleza da existência, regido pelos artigos 1º e 3º da Constituição federal. Essa violação se torna mais grave quando se destina a assegurar ganhos individuais indevidos.

A tendência de eliminação do diferente resulta da falta de visão de contexto: o indivíduo imagina que precisa vencer seus semelhantes para ser bem sucedido. Essa imagem empobrece o ser e, em consequência, a comunidade - não somente se perde a força decorrente da união, mas, sobretudo, a destruição, como ato de força cega, alcança indiscriminadamente todos os indivíduos, inclusive os que têm potencialidades produtivas acima da média, bem como os próprios agentes da destruição.

Cultivar a eliminação do adversário é perda irreparável para o crescimento social, já que a contribuição que cada ser pode agregar a essa estrutura é insubstituível. Parece que a ideia de vencer o outro é o elemento marcante do individualismo exacerbado, desequilibra a balança que pesa o privado e o público, pois resulta na supervalorização do individual e desvalorização do comum.

Os comportamentos orientados pela ideia de destruição do diverso rompem a estrutura do princípio de justiça, porque desacatam o direito do outro de ser e pensar diferente do agente discordante, e de receberem ambos o mesmo respeito normativo e social, desde que se vinculem ao acolhimento do direito positivo. Respeitar e reconhecer a importância das diferenças para a construção do bem comum é conteúdo do princípio da justiça.

A supervalorização do individualismo fere a ideia de igualdade, porque parte da premissa de que o outro tem direito menor. É esse o elemento justificante da desonestidade, dos ardis e dos subterfúgios para garantir o sucesso individual injusto, que viola o princípio de justiça como distribuição equitativa dos recursos exteriores e interiores à existência, com o propósito da construção do bem de todos.

O excesso de individualismo se instala, também, nas estruturas administrativas, com a mesma força que se firma na esfera individual. Não poderia ser diferente, uma vez que as organizações são formadas por indivíduos; logo, serão injustas quando seus membros, individualmente, não enxergarem o outro como um aliado igualmente digno de respeito e não conseguirem conciliar seus interesses individuais com interesse de construção do bem comum. Essa conduta fatalmente viola os deveres impostos aos poderes públicos de tratamento igual para todos, temperado, unicamente, pela meritocracia, nos termos do direito positivo.

É essa conciliação de interesses diversos, às vezes antagônicos, que exige mais fortemente a regência do princípio da justiça, e o excesso de individualismo viola essa norma. É importante o entendimento de que o cultivo da ética, da solidariedade e da humanidade é um valor transmitido de gerações para gerações, como escolha de vida produtora da paz e do bem estar. Envolve a noção de que o homem é parte de um todo, que somente está em equilíbrio e crescimento com a aceitação de todos os focos de força existentes em cada cidadão desse sistema e de seu direcionamento para a cooperação.

As forças excessivamente individualistas tendem à destruição, precisam ser redirecionadas, trabalhadas, através da educação, para serem reduzidas em quantidade e delimitadas em qualidade. Somente assim a sociedade poderá vivenciar o princípio de justiça e terá como resultado a sobrevivência harmonia, capaz de possibilitar o pleno desenvolvimento das potencialidades de cada um.

Muito mais do que valorização do sucesso, as sociedades que têm o objetivo de vivência do princípio de justiça precisam trabalhar a valorização do caminho que conduz a ele, através da lealdade como limite de respeito pelo outro e como materialização do princípio da igualdade e da justiça. Estimular o redirecionamento dos meios sempre que o alcance dos fins exigir o desrespeito ao justo direito do outro é

elemento do princípio de justiça e vivência do princípio de igualdade. Parece ter fundamento no dito popular “vencer sim, sozinho nunca.”

Prestigiar mais o caminho do que o resultado revela amadurecimento social, e parte do entendimento de que ser justo não é sacrifício, nem altruísmo: é vontade interna de tratar e ser tratado com a dignidade devida ao ser humano; por isso não se impõe, se aprende. É decorrência direta da visão do outro como igual e do objetivo de assegurar que essa conduta se concretize que a Constituição federal insere o princípio de Justiça entre os fundamentos do Estado e o associa a outros mandamentos éticos integrantes do princípio da beleza da existência.

Seria mais adequado dizer que respeitar o outro, como elemento do princípio da igualdade, se reaprende, pois a acentuação da competitividade individual no seio social é decorrência direta da perda do sentido de grupo. Nesse ponto da história, parecem ter surgido as dificuldades decorrentes da desigualdade da dignidade dos seres e das classes sociais, ao menos como um problema que produz efeitos de desagregação e periclitado da estabilidade social. O princípio de justiça, como elemento de equilíbrio na distribuição dos recursos materiais e imateriais necessários à vida, para possibilitar a realização do bem comum, refreia o excesso de individualismo para harmonizar a convivência social.

O modo de vida baseado na justiça é valor que se introjeta, aos poucos, e deve ser cultivado desde o interesse por coisas mínimas, para que possa, com a mesma naturalidade, se fazer presente nas grandes ações dos adultos, inclusive, nos atos de governo. O adulto que trabalha precisa ser a mesma criança que aprendeu a respeitar o outro tanto quanto a si mesmo, porque o enxerga como um igual e compreendeu, com base na falibilidade humana, que a opinião e modo de vida alheios podem ser até mais produtivos do bem estar social do que seu próprio modo de determinar-se na vida. Só assim será capaz de viver a justiça com naturalidade, de conduzir-se com ética e afastar as discriminações injustas.

É esse o direcionamento dos fundamentos estatais insertos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, através da associação de diversos princípios com a mesma posição na hierarquia normativa. Sobretudo, marca esse direcionamento a associação do princípio da

dignidade humana ao objetivo de construção de uma sociedade justa. Tal circunstância conduz ao entendimento de que o princípio da beleza da existência somente é alcançável através da meritocracia, do estímulo ao pleno desenvolvimento das potencialidades individuais, da valorização do trabalho e da livre iniciativa, como justa retribuição ao empenho de cada cidadão. É postura francamente oposta à coação e ao assistencialismo.

Viver cotidianamente a justiça não é fruto da coação, é escolha pessoal de quem foi ensinado desde a infância a respeitar o outro como igual e a apreciar os valores éticos. Se não for um trabalho desenvolvido ao longo da existência, as ações de justiça mostram-se como perdas ou sacrifícios para quem as pratica, pois não se consegue enxergar o benefício comum que delas advém, e equivocadamente se imagina que a sua esfera individual sofre prejuízo sempre que se precisar agir, ou omitir-se, dentro dos limites do princípio da justiça. Sem o alicerce ético da justiça, a sociedade, o setor público especialmente, se revela tirana, no sentido exato de que oprime pelo poder ao invés de regar pela justiça²²⁶.

4. Formas de violação do princípio constitucional da justiça

As ações e omissões de violação ao princípio de justiça, tanto pelos poderes públicos quanto pelos particulares, podem garantir diretamente rentabilidade financeira indevida. Muitas vezes, está associada a prêmios imateriais, igualmente indevidos, e, nesses casos, há grande probabilidade de estarem associados a uma estrutura de facilitação de transferências indevidas de verbas públicas para o patrimônio particular. Tais honrarias funcionam como mecanismo de sustentação e concretização de vantagens financeiras injustas e servem para diminuir a capacidade perceptiva e reativa da comunidade, pois passam a mensagem de que, quem as recebe, presta um bom serviço ao bem todos.

Para assegurar a materialização de atitudes injustas, os poderes do Estado desenvolvem estratégias paralelas que estruturam a cultura do engano. A primeira delas tem a finalidade de que a população não perceba o propósito de auferimento indevido de vantagens, em prejuízo do bem comum, ou que essa percepção seja bastante minimizada. A

²²⁶ AQUINO, Tomás de. **Do Governo dos Príncipes ao Rei de Cipro**. São Paulo, Edipro, 2013, p.30.

segunda estratégia objetiva induzir a população a acreditar que não tem instrumentos para enfrentar, com sucesso, as violações ao princípio constitucional da justiça. Essa metodologia de ação envolve o ataque simultâneo e permanente a cinco valores que têm vínculo direto com a autoestima do cidadão. São eles a coação, a desvalorização da virtude, a intimidação da verdade, o demérito da coragem e, sobretudo, o desestímulo ao crescimento e à liberdade individuais.

5. Desvalorização da virtude

A virtude, quando se mostra evidente em determinado meio social, ressalta com maior força as condutas opostas; não é possível evitar o contraste que ela provoca com as condutas violadoras do princípio de justiça. As afrontas ao princípio de justiça se tornam mais ostensivas quando há comportamentos virtuosos no mesmo espaço social. Por isso, o costume de afrontar o princípio de justiça traz consigo o artifício de minimização das virtudes, para anuviar o contraste que provoca com as condutas injustas.

Quanto mais mediano o comportamento da comunidade, em termos de virtudes, mais se disfarçam as condutas ofensivas à justiça no sentido de distribuição equitativa das vantagens externas e internas. A virtude mostra que há caminhos de crescimento que trazem utilidade ao bem comum, de modo destacado, e que estão ao alcance de todos, desde que se empenhem neste direcionamento. Ademais, o desenvolvimento da virtude traz realização pessoal e fortalece a autoestima, que são dois importantes elementos para materialização do princípio de justiça.

Para que a comunidade autorize a reiteração de condutas injustas, é preciso que esse valor tenha sido esquecido pela educação, e que os que vivem a justiça se sintam enfraquecidos, impotentes para impedir tais violações. Nesse caminho, é importante que os agentes violadores do princípio de justiça aparentem superioridade e força coativa em relação à população. Esta precisa imaginar que não há recursos disponíveis para evitar e punir as condutas violadoras da justiça. É a disseminação da ideia de impotência para trabalhar contra as agressões a esse princípio.

Nas comunidades onde há costume de violações reiteradas ao princípio de justiça, a desqualificação da virtude é método de facilitação das violações, é ação sistêmica que chega a produzir forte insegurança nos indivíduos que têm por prioridade o respeito pelo ser humano e

trabalham para revigorar os valores da distribuição equitativa e proporcional dos bens materiais e imateriais na sociedade.

As circunstâncias de intimidação são impactantes, visam criar dúvida sobre capacidade pessoal dos inconformados com as afrontas ao princípio de justiça. O objetivo é que estes esqueçam quem são, desacreditem do valor de sua essência e tornem-se menos fortes aos próprios olhos. O ataque à virtude afeta diretamente a estimativa que o indivíduo faz de si mesmo nos instantes em que precisa decidir-se sobre as provas da vida.

Os virtuosos representam grande ameaça à cultura do engano, por isso devem ser eliminados pela estrutura que sustenta as injustiças, no sentido de violação ao dever de distribuição equitativa dos recursos materiais e imateriais necessários à vida e à promoção do bem de todos. Para tanto, usa-se do ardil de desconstrução da imagem dos focos de virtude, sobretudo através de críticas lançadas sobre eles.

É comum que se lhes atribuam fins injustos às ações ético-reativas, ou falta de habilidade no trato de questões públicas, além de lhes imputar equívocos de natureza técnica. Chega-se mesmo a comentários negativos sobre a vida privada de quem se opõe ao sistema de violação reiterada ao princípio de justiça. Frequentemente, quem pretende frustrar os objetivos e fundamentos estatais para auferimento de vantagens individuais indevidas, acusa os defensores do princípio de justiça de condutas de afronta aos objetivos e fundamentos do Estado que aqueles costumam praticar. Esse método pretende desconstruir a imagem da virtude.

Todos esses subterfúgios têm a finalidade de desacreditar o cidadão que, não fossem os comentários destrutivos, poderia ganhar muito apoio dos que o cercam para concretização da justiça no seio social, e até mesmo estimular outros tantos a adotarem conduta semelhante. Tal possibilidade, fatalmente, comprometeria a continuidade da estrutura de sustentação das violações sistemáticas ao princípio de justiça.

A virtude é exemplo que brilha por si, convida os que a presenciam ao mesmo proceder, é exemplo com forte capacidade atrativa de adeptos e admiradores. Por isso, ameaça a segurança e a perenidade do sistema de violações reiteradas ao princípio de justiça.

O ataque às condutas eticamente corretas amedronta os inconformados com as afrontas à justiça no seio social, de modo que, se não possuírem uma personalidade instigada pela resistência e pelo apreço aos desafios, irão se acomodar e propagarão a ideia de que o princípio constitucional de justiça inserto no artigo 3º da Constituição Federal, sob a forma de objetivo estatal, não possui instrumentos de concretização. Essa imagem precisa ser vencida, para que o Estado efetivamente construa um ambiente social capaz de produzir o bem de todos através do estímulo ao crescimento individual de toda população.

A desvalorização da virtude é forma de violação da justiça, pois o indivíduo que consegue desenvolver um modo de vida ético, solidário, produtivo do próprio crescimento e de colaboração na obra do bem comum é digno de reconhecimento, apoio e estímulo; entretanto, a reiteração de práticas violadoras do princípio da justiça busca desprestigiar-lo e diminuir sua imagem e a beleza de sua existência.

6. Desvalorização da verdade

A verdade é pressuposto da concretização dos princípios da beleza da existência e da Justiça. As violações ao princípio de justiça buscam a desconstrução da verdade, como método de auto sustentação. Atingem tanto o direito de dizer a verdade sobre si e sobre a realidade, quanto o direito de ver reconhecidas, com base na verdade, as ações e aspirações individuais, especialmente as que são direcionadas ao bem comum.

Viola-se o direito à imagem, à ideia que a comunidade faz sobre seus integrantes individualmente, descumpre-se o dever de avaliação justa da essência de cada um. Para o indivíduo, a imagem é muito importante, porque serve de base para sua aceitação e prestígio sociais, que são elementos de auto realização.

7. Parresia

A sistemática violação ao princípio de justiça transmite a ideia de que se constitui em estrutura de domínio das funções estatais. Busca a destruição da parresia, a que o grego Eurípedes já se referia no século V a.C. O poeta trágico já tratava do direito/dever que assistia a alguns indivíduos de dizer a sua palavra sobre o bem da *polis*, e dessa palavra resultavam riscos à comodidade e à segurança de quem a pronunciasse. É preciso coragem para enfrentar os que enganam. Enganar é o uso de

palavras injustas, com o objetivo de tutelar interesses individuais predatórios do bem comum, que usam o falso discurso da promoção do bem de todos.

É elemento do princípio de justiça que o indivíduo seja livre para dizer a sua verdade sobre o bem viver da comunidade na qual se insere, e que sua fala seja considerada na condução das ações estatais. Entretanto, essa conduta contraria interesses individuais predatórios do bem comum; por isso, dizer a sua verdade sobre o bem da comunidade, a parresia, exige força e coragem para materializar-se.

A evidência de riscos decorrentes da parresia, demonstrados pela história, conduziu os sistemas normativos à proteção do direito de ser verdadeiro. A legislação nacional cuida para que essa verdade seja dita no parlamento e cria até imunidades para assegurar o direito dos representantes do povo e dos Estados de dizer a verdade sobre o que consideram melhor para a elaboração das leis e para a comunidade.

Há outras profissões que também contam com o cuidado constitucional, como o Ministério Público e a Magistratura, para minimizar os riscos e os perigos decorrentes da fala franca no exercício de suas atribuições funcionais. Para que possam dizer a sua verdade sobre o bem comum, recebem as garantias de inamovibilidade, irredutibilidade de remuneração e vitaliciedade. Esses são instrumentos constitucionais de estímulo e proteção ao direito à verdade.

Parresia é a revelação pública do que o orador entende como verdade para construção do bem viver da urbe. Na época dos grandes filósofos ocidentais, se exercitava, geralmente, durante as assembleias, onde se tomavam as decisões públicas. Essas falas eram revestidas de alto grau de sinceridade; provavelmente a sinceridade era reforçada, nesse período, pela solidariedade guerreira²²⁷, decorrente das constantes ameaças de batalhas que envolviam as cidades e exigiam de seus habitantes grande esforço conjunto para afastar esse mal, e, assim, auxiliava a coesão social.

A quantidade de guerreiros e a obediência aos comandos dos dirigentes eram de fundamental importância para a sobrevivência do povo. A existência de constantes ameaças à subsistência do todo

²²⁷ O termo solidariedade guerreira é usado por Tomás de Aquino, op.cit. p.31.

favorecia a sinceridade, pois mesmo que essa palavra desagradasse alguns, como é costume da verdade, estava fortemente amparada pela necessidade de apoio mútuo para sobrevivência.

O interesse comum era acentuadamente prioritário, sob pena de destruição de todos; por isso se cuidava tanto para garantir a suficiência dos elementos necessários à vida, e os braços existentes eram de fundamental importância para esse intento, pois os indivíduos se complementavam em força física e se submetiam às ordens dos escolhidos para o comando, como estratégia de sobrevivência. A valorização das qualidades individuais e intelectuais era importante para livrar a comunidade dos ataques externos.

Apesar da existência de divisão de classes sociais nessa época, era forte o interesse de garantia de sobrevivência às guerras e de garantia de segurança mínima de produção dos insumos indispensáveis à vida e ao conforto do grupo, que funcionava como elo de união. Todos precisavam de todos, era marcante a sensação de indispensabilidade do auxílio mútuo contra os inimigos e em favor da produção dos insumos indispensáveis à sobrevivência e ao conforto mínimos da comunidade. Essa realidade funcionava como mecanismo de reforço à verdade: para sobreviver, era preciso ser leal. Hoje, os elementos sociais de união são mais fracos, sobretudo nos espaços onde há divisão de classes fundada na diferença de poder aquisitivo. A união é enfraquecida e a verdade perde esse importante foco de força.

Nas sociedades onde se tem o hábito de violação do princípio de justiça, é comum o uso de recursos para desacreditar socialmente o orador da fala franca. O custo pessoal do ato de dizer a verdade será tanto mais alto quanto mais forte e amplo for o sistema de violação do princípio de justiça. A busca de perenização das ações injustas usa como instrumento a cultura do engano; é efetivamente uma estrutura de encobrimento da verdade, porque tende a aparentar uma imagem de poder e força absolutamente desvinculada da realidade, que funciona como fator de intimidação para o povo.

O exercício da parresia, de início, poderia resultar na condenação à morte quando desagradava aos gestores injustos e violentos. Hoje, ele pode resultar na injusta hostilização popular, na aversão a ideias capazes de trazer reais melhorias à comunidade, em injusto exercício das atividades da jurisdição e na vulnerabilização da imagem e do

espaço a ser ocupado pelo indivíduo na sociedade onde se insere. É um processo de descredenciamento social da verdade.

Os riscos da parresia, atualmente, são muito graves para quem a pratica. Nos Estados onde há o hábito de violação ao princípio de justiça, exercê-la é sempre muito caro para o orador. A palavra justa lançada em meio onde se está preso à prática da injustiça, como recurso para benefício indevido de alguns, em prejuízo do bem de todos, atrai para quem a profere o antagonismo ferrenho dos ouvintes: ou por falta de alcance do seu real significado ou pelo propósito determinado de desacreditar a verdade, para auferir favorecimento injusto.

O exercício da parresia envolve o risco de desagradar fortemente ao comando da coisa pública que não se pauta pela justiça, de modo que o receio de represálias, tendentes à diminuição do conforto financeiro do agente justo, constitui desestímulo à sua prática nos ambientes em que não se cultiva adequadamente o respeito pelo ser humano.

Dizer a verdade sobre os danos causados, injustamente, ao objetivo de promoção do bem de todos, e sobre os caminhos a serem seguidos para construção de uma sociedade justa e solidária é a forma mais perigosa e cara de exercício da parresia. Os riscos se agravam se quem exerce a parresia tem um histórico de vida conforme o princípio da justiça, que confira credibilidade à sua fala.

A parresia é golpe forte sobre a estabilidade da pretensão de violações constantes ao princípio de justiça e, inafastavelmente, quem a profere recebe reação proporcional. Os interessados em auferir benefícios pessoais, ao custo do sacrifício do princípio de justiça, irão utilizar-se da palavra injusta para eliminar os opositores. Nesse trabalho, não há espaço para escrúpulos mínimos, efetivam-se ações de desrespeito absoluto pelo outro, pelos deveres de lealdade, que são a mais viva violação dos ditames do princípio da justiça.

O exercício de vigorosos ataques à verdade criou um certo esvaziamento do conteúdo da palavra sobre o bem comum, há uma certa dificuldade de distinção entre o efetivo exercício da parresia e a concretização da arte do engano. O discurso deixou de se vincular às ações concretas que materializem esse intento e à expressão do pensamento autêntico do orador.

A desvinculação da fala à verdade se deve, essencialmente, à falta de cultivo do valor de respeito pelo outro, que traz consigo a falta de cultivo do respeito por si mesmo, no sentido de autenticidade de suas próprias opiniões e atos.

As aparências assumiram maior valor social do que a expressão real do ser; por isso, as pessoas buscam tanto mostrar uma realidade que não corresponde ao seu interior, imaginam que esse interior pode não lhes assegurar as vantagens indevidas que buscam obter através da violação do princípio da justiça. Talvez seja essa uma das causas de tantos males do espírito que afligem a humanidade atualmente: não ser o que realmente se é, não expressar os valores que realmente acalentam sua alma, por estar escravizado pelo interesse de auferimento de vantagens indevidas, injustas.

A dificuldade imposta à verdade é uma das formas de violação do princípio da justiça e é marca indicativa das sociedades que burlam o fundamento estatal de promoção do bem de todos. Essa metodologia destrutiva de ação, nos setores público e privado, cria sério entrave à concretização do princípio da beleza da existência, do qual é elemento integrante o princípio de justiça.

8. Reflexos das agressões à verdade

Nas comunidades onde se pratica, frequentemente, a violação ao princípio da justiça, se observa que a palavra não corresponde à essência do ser e não retrata a realidade das coisas. O que se doutrina e propaga não é o que realmente se materializa. Em muitas situações, a fala está a serviço de interesses individualistas, predatórios, de exclusão do outro. Essa mesma mácula - da palavra - se faz presente no exercício das profissões e das atividades funcionais.

Os agentes públicos, que têm a conduta de reiteradamente violar o princípio de beleza da existência, usam a palavra injusta como instrumento de desacato à justiça, através da desobediência ao dever de verificação. A injustiça da palavra se consuma tanto porque é destrutiva do bem comum quanto porque lhe falta o aval da verdade.

Nas administrações em que se costuma violar o princípio de promoção do bem de todos, a maioria dos cargos e funções públicos não são preenchidos com base na meritocracia; ao contrário, são preenchidos com base no comprometimento do beneficiado com a

manutenção de injustiças. Entretanto, os interessados na permanência do sistema de reiteração da injustiça procuram passar a imagem de que esses postos de trabalho são ocupados por pessoas com competência técnica superior à dos demais, em franca violação ao dever de verificação e ao princípio de justiça.

É a manutenção das práticas injustas que assegura o auferimento de vantagens indevidas e tem como método a ocultação da verdade. Isso se faz através da ocultação dos benefícios indevidos, bem como da identidade das pessoas que os auferem. Ademais, disfarçam-se os instrumentos utilizados para auferimento destes benefícios injustos e também a estrutura de sustentação dessas injustiças no poder público.

Para continuidade do hábito de violação do princípio de justiça, a verdade é afrontada na esfera individual, e o reflexo dessas violações se materializa na esfera social. A palavra, nos ambientes públicos, não corresponde à expressão da vontade e da realidade. A fala é totalmente desvinculada de seus reais propósitos, sobretudo, é violadora do princípio de justiça. Nota-se o aperfeiçoamento da arte de enganar, com o objetivo de encobrimento do demérito dos favorecimentos indevidos. A palavra injusta busca disfarçar e justificar a tutela predatória de interesses particulares. É golpe desleal sobre a força da verdade e marca o interesse de violação dos princípios de justiça e de beleza da existência.

Esse comportamento é fruto da ideia de que a vitória individual deve ser alcançada a qualquer preço. Nesse contexto, o descumprimento dos preceitos da verdade ofende o princípio da dignidade humana e impede a concretização do objetivo estatal de promoção do bem de todos.

A sistemática ofensa ao princípio de justiça no setor público, através da violação da verdade, geralmente tem o propósito de transferir recursos do patrimônio comum para o patrimônio privado, indevidamente. Tal fato dificulta a concretização de todos os objetivos e fundamentos do Estado, sobretudo os princípios da dignidade humana e o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A transferência indevida de recursos públicos para o patrimônio privado agrava as dificuldades impostas à equitativa distribuição dos recursos interiores e exteriores à existência e, para se materializar, utiliza-se da ocupação injusta de postos de trabalho da Administração, e

do exercício deles, em desacordo com o merecimento individual e com o propósito de colaboração com o bem de todos.

O enfraquecimento do dever de veridicação afeta o princípio de beleza da existência, pois alcança os fatos e circunstâncias do dia a dia, tanto na esfera pública quanto na privada. A falta de cultivo do comportamento ético e respeitoso com o ser humano diminui a força individual para falar a verdade, consequentemente diminui a força social da fala franca.

O desprestígio da veridicação diminui as possibilidades de concretização do princípio de justiça. Esse empobrecimento da veridicação é reforçado pelo sentimento de solidão que circula na esfera social, nos locais onde se viola reiteradamente o princípio de justiça. Nesses espaços, os indivíduos sentem a quebra da solidariedade, e disso nasce o sentimento de abandono, no sentido literal da palavra: aquele que não tem bando ou dono.

A perda de força do dever de veridicação é estímulo à covardia, sobretudo no trato dos interesses públicos e também na defesa dos direitos próprios e de terceiros, quando aviltados pelos que enganam. A covardia recrudesce em virtude do aprisionamento da alma aos interesses de auferimento indevido de recursos financeiros. Casa Nova espelha bem essa circunstância, quando considera que “os homens parecem ter perdido o interesse pela verdade em face da ideologia desumanizante do capital, do mundo sem experiência do sentido de terra e do homem sem morada”.²²⁸

A consciência social de um povo é muito semelhante à consciência individual que cada um faz de si mesmo e do mundo. Para concretização do princípio constitucional de justiça, é preciso trabalhar a coragem de ser diferente, de ser verdadeiro, ter consciência de que a verdade é reparadora dos males e deve ser exercida, intransigentemente, em associação eterna com a solidariedade. É forma de garantia do respeito pelo outro e da dignidade humana; e, também, é o único modo de superação da cultura do engano, que se materializa através da palavra injusta. Ademais, essencialmente, é esse um dos elementos

²²⁸ NOVA, Marco Antônio dos Santos Casa. **O sentido da Herança**, in SCHELER, Max, **Da Reviravolta dos Valores**, Rio de Janeiro, Editora Vozes, 2012, p. 12

constitucionais que integram o princípio da beleza da existência, normatizado através dos artigos 1º e 3º.

9. Enfraquecimento da coragem

Todas as sociedades possuem circunstâncias atávicas que as condicionam e marcam a realidade atual. Dentre estas, uma das mais salientes é a desigualdade social, que assumiu contornos destrutivos a partir do surgimento do excedente de produção. Este alterou o fundamento das desigualdades internas dos grupos sociais que, antes dele, eram meramente funcionais e, depois dele, passaram a ser fundadas na riqueza.

A mudança de fundamento da desigualdade de classes instituiu-se de modo contrário ao princípio de Justiça no sentido de distribuição equitativa dos recursos exteriores, com o objetivo de promoção do bem de todos, em virtude da maneira como se estruturou a distribuição dos lucros dessa atividade.

É justo que o empenho de esforços em adquirir os meios de produção do excedente receba a contraprestação financeira adequada; mas não é justo que utilizem esses meios como instrumento de tiranização dos que têm o trabalho de produção. Essa forma de relacionamento entre o titular dos meios de produção e os produtores conduziu estes últimos à situação de extrema dependência daqueles, o que resultou no desequilíbrio entre a força de trabalho e a respectiva remuneração. Esta é a violação do princípio de justiça

Esse funcionamento da estrutura de produção acirrou a concentração de riqueza e solidificou, de modo antagônico, a formação de classes sociais, dispare em qualidade de vida. Essa circunstância criou também a disparidade de oferta de condições externas de desenvolvimento das potencialidades individuais. Esse desconforto social se tornou mais forte com o desenvolvimento do capitalismo e o fortalecimento das ideias individualistas, absolutamente desvinculadas do propósito de construção do bem comum, o que se constitui em franca ofensa ao princípio da justiça.

Em face dessa realidade, o Estado brasileiro precisou inserir, em seus objetivos estatais, o fundamento de redução das desigualdades sociais. Ocorre que somente o trabalho integralmente focado na materialização da justiça e do respeito ao ser humano será capaz de

restabelecer o equilíbrio social, que é forma de concretização do princípio da beleza da existência, resultante da normatividade dos artigos 1º e 3º da Constituição. Ademais, é requisito indispensável para o progresso e a paz.

A desigualdade de classes, com todas as dificuldades existenciais que impõe aos menos favorecidos, e o acirramento dessa diferença de poder aquisitivo, em virtude da frustração das oportunidades de crescimento individual dos que integram as classes prejudicadas com essa circunstância social, produzem um crescente mal estar comunitário.

A convivência, no mesmo espaço social, de pessoas com poderes aquisitivos muito dispares, gera desconforto e grande animosidade, que se externam através de violência social sempre que essa diferença é notável e foi produzida, ou ampliada, pela falta de universalização das oportunidades de crescimento individual.

Os recursos capazes de solucionar a tendência de atrito entre as classes sociais são estruturantes da sociedade, exigem organização, planejamento e execução eficientes; estão voltados à garantia de universalização das oportunidades de desenvolvimento individual e crescimento dos cidadãos. Esse é um dos regramentos extraídos do princípio da justiça.

Ocorre que, nas sociedades onde se costuma violar o princípio da justiça como método para assegurar a transferência indevida de verbas públicas para o patrimônio particular, as providências estruturantes são pouco aplicadas, fato que tende a recrudescer o mal estar entre as classes sociais e resulta em violência. Para sua contenção, o recurso prioritariamente escolhido é o uso da força, sobretudo através da interferência das polícias.

O princípio da justiça exige que se materializem ações estruturantes adequadas, em qualidade, às necessidades sociais; e progressivas, em quantidade, até que se alcance a universalização. Se o Estado não as providencia ou diminui o alcance e a qualidade dessas providências, viola o princípio da justiça, e, em alguns casos, viola, inclusive, o princípio da proibição de retrocesso.

Para controlar a população insatisfeita com a inadequação das providências estruturantes, é comum o uso da força por parte o Estado.

Este recurso sempre gera revolta social, por evidente violação ao princípio de justiça, pois não se destina à correção da desigualdade, mas somente busca impor a conformação dos menos favorecidos às dificuldades que a situação de poucos recursos financeiros lhes impõe. Não tem a menor eficácia estruturante, logo, os índices de violência social e comprometimento da segurança pública tendem a aumentar. A coação social não consegue destruir o sentimento de injustiça que habita o cotidiano coletivo: ao contrário, o faz aumentar, e este é mola propulsora das reações sociais violentas.

Através do princípio da dignidade da pessoa humana, associado aos valores do trabalho e da livre iniciativa, a legislação constitucional expressa orientações às ações estatais para que se encontre a solução mais eficiente à construção do bem comum, em face de cada limitação imposta pela realidade. O objetivo dessa orientação é estimular o progresso e o crescimento coletivos. Esses princípios estatais repudiam a coação, estimulam o respeito e o apoio ao desenvolvimento individual e social.

O uso da coação é um dos elementos de violação do princípio da justiça, pois pretende, de modo agressivo, subjugar os inconformados com a ilegitimidade da distribuição das conveniências externas e internas à existência, sem lhes assegurar qualquer oportunidade de crescimento individual que possa transformar sua realidade de sacrifícios, para provimento da própria sobrevivência. Pretende que os indivíduos se conformem com a falta de oportunidade de mudança da realidade tirana que os oprime, ao custo do flagelo da ameaça de maiores dores, como prisões, espancamentos e registros de eventuais ilegalidades que lhes dificultem a absorção pelo mercado de trabalho etc.

Nas comunidades onde se tem o hábito de violação do princípio da justiça, o recurso à coação é notavelmente solicitado e aumenta a instabilidade social. Dificulta a concretização dos fundamentos e objetivos estatais, pois discrimina os coagidos e os afronta como cidadãos, o que compromete o objetivo de redução das desigualdades sociais, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

É flagrante a violação ao princípio de justiça, inserto no artigo 3º da Carta Constitucional, através do uso da coação como recurso de contenção da violência social e da sensação de insegurança pública.

Esse mal estar social decorre da frustração do dever estatal de promoção do bem de todos, sobretudo do dever de universalização das oportunidades de desenvolvimento individual. A infração ao princípio da justiça, nessas circunstâncias, se torna ainda mais intensa nas comunidades onde há o costume de frustração do dever de construção do bem comum com o propósito de auferimento de vantagens individuais indevidas.

A coragem, no sentido de força para ver concretizados os direitos individuais, inclusive de crescimento e aperfeiçoamento das próprias habilidades, alcança também a força de realização dos fundamentos e objetivos estatais. É uma das virtudes mais atacadas nas sociedades onde se pretende frustrar a concretização do princípio de beleza da existência, através da violação do princípio da justiça. Essa infração resulta no descumprimento do dever de promoção do bem de todos.

Nos espaços públicos, onde se tem o costume de frustração dos fins e objetivos do Estado, através da transferência de recursos públicos para o patrimônio particular, indevidamente, é importante diminuir a capacidade reativa da população. Tanto quanto o desprestígio da virtude e o encobrimento da verdade, o enfraquecimento da coragem é instrumento de violação do princípio da justiça.

A coragem de um povo é enfraquecida através do uso de diversos métodos, inclusive do estímulo ao distanciamento do poder aquisitivo entre as classes sociais, que se concretiza por meio da negativa de oportunidade de crescimento individual associada a favorecimentos indevidos.

Naturalmente, há indivíduos que têm como prioridade a aquisição de poder econômico; e outros que preferem uma vida com menos posses. Essa diferença é salutar e merece ser respeitada pelo Estado, uma vez que é resultado da opção consciente de cada cidadão; por isso, não causa problemas de estabilidade social.

O que traz prejuízos ao bem estar de todos é a formação ou recrudescimento da diferença, entre essas classes, em virtude de violações ao princípio de justiça. Estas findam por negar oportunidade de crescimento a muitos cidadãos que, por essa razão, não conseguem obter um poder aquisitivo adequado ao esforço despendido nesse sentido. A infração ao princípio de justiça, nesses casos, produz

desequilíbrio social e gera revolta popular, que será tanto mais forte quanto maior a disparidade social.

Essa espécie de diferença social enfraquece a coragem do povo para fazer realizar os objetivos e fundamentos do Estado, porque o convívio diário de classes muito díspares produz, inafastavelmente, uma comparação das condições de existência de cada uma. Os mais pobres se sentem diminuídos em dignidade, frustrados em aspirações e revoltados com os mais bem sucedidos, pois a riqueza tende a lhes instigar sentimentos destrutivos. São enfraquecidos pelo sentimento de menos valia, humilhação, relativamente às prioridades dos poderes públicos e dos agentes que, aparentemente, os representam, bem como pelo olhar de menos valia que a comunidade lhes dispensa. Essas circunstâncias favorecem a diminuição do sentido de unidade do povo e, consequentemente, a solidariedade.

Mesmo que muitos não tenham consciência dos fins e objetivos do Estado, juridicamente fixados, sentem a frustração do princípio da promoção do bem de todos, ao se verem vitimados pela violação ao princípio de justiça. Sobretudo, percebem que tal violação tem como objetivo garantir a transferência indevida de verbas do patrimônio público para o particular; por isso, usa o enfraquecimento da coragem como método para diminuir a capacidade reativa da população.

Os que não tiveram oportunidade de desenvolvimento de suas potencialidades perdem a coragem de materializar os objetivos e fundamentos do Estado em virtude da humilhação. Os favorecidos pelas violações ao princípio da justiça perdem a coragem de fazê-lo, pois sabem que, se o fizerem, serão prejudicados pela supressão das benesses indevidas que os favorecem.

A expectativa de represálias, por parte dos beneficiados pelas violações ao princípio de justiça, contra os prejudicados por essas ações também enfraquece a coragem de realização dos fundamentos e objetivos estatais nos locais onde há o costume de frustração do fundamento de promoção do bem de todos para garantia de benefícios particulares indevidos. As represálias assumem formas diversas, de acordo com a posição do agente na estrutura estatal.

O uso da força de opressão é forma de represália que intimida a coragem da comunidade para reagir à situação social que a desfavorece. Esse instrumento pode causar reações extremas e opostas, ou seja, o

enfraquecimento da coragem ao ponto da apatia ou o excesso de ação, que se materializa através da violência. Ambas decorrem do subdimensionamento da força e da capacidade de articulação individuais para reversão das insatisfações e aflições vivenciadas pelo cidadão, vitimado pela infração ao princípio da justiça.

A opressão, numa fase inicial, faz o enfraquecimento da coragem, pois induz o oprimido a desacreditar de si mesmo como agente capaz de interferir na realização dos fins do Estado e, sobretudo, de materializar a mudança de sua condição pessoal de existência. O cultivo do medo é um dos recursos utilizados para assegurar a frustração dos fundamentos e objetivos estatais por meio da violação ao princípio da justiça. Pode levar o cidadão a se sentir derrotado pela falta de coragem antes de praticar atos de reação à realidade que o subjuga.

O enfraquecimento da coragem arruína o crescimento espiritual humano e conduz os homens à servidão, o que se constitui em forte dificuldade à materialização dos fins e objetivos do Estado. É a materialização da assertiva de que “Quando os injustos imperam, todo o mundo se esconde”. Por isso, “Quem rouba seu país, e diz que não é pecado, é cúmplice de bandidos”²²⁹.

O uso da coação como recurso para manutenção de violações ao princípio da justiça sempre gera violência, mas não se pode olvidar o fato de que a continuidade da coação, a depender da intensidade, da forma e da quantidade de pessoas atingidas, pode suscitar reação oposta ao enfraquecimento da coragem: a revolta.

A força de mudança social é o somatório de todas as posturas individuais em um Estado; é esse conjunto que tem a capacidade de pacífica ou belicosamente estabelecer a administração pública a que pretende se submeter. É essa realidade que a cultura do engano pretende encobrir através de diversos recursos, como o desprestígio da virtude, a ocultação da verdade e o enfraquecimento da coragem. No Brasil, é de se ressaltarem situações de coragem popular que resultaram na efetiva materialização do princípio da justiça.

No movimento da independência, a população se fez representar contra a classe senhorial; no movimento abolicionista, a resistência dos escravos foi decisiva para a abolição; a resistência dos índios à

²²⁹ Fala atribuída a Salomão no livro dos provérbios 28:24.

escravidão foi determinante para que estes fossem considerados inservíveis para o trabalho com a lavoura. Receberam, inclusive, a pecha de preguiçosos, quando a recusa de realizarem esse trabalho era apenas de origem cultural, pois, nas aldeias, a lavoura era trabalho feminino, e os índios se recusaram a executar a tarefa das mulheres apenas para atender ao comando e beneficiamento dos brancos.

Merece nota de coragem da população brasileira a força popular que derrubou as ditaduras do Séc. XX. Há, ainda, conquistas populares, mais atuais, como os movimentos sociais, que impediram agressões ao Poder Legislativo e ao Ministério Público. Estas objetivavam reduzir o poder investigatório da Instituição para enfraquecer os processos de responsabilização de agentes culpados pela frustração dos objetivos e fundamentos estatais, sobretudo dos responsáveis por relações de enriquecimento/empobrecimento ilícitos.

Não obstante essa histórica realidade, é inegável que a repressão enfraquece a coragem e consegue, por muito tempo, autorizar a prática de violações ao princípio de justiça, com o objetivo de assegurar a transferência indevida de recursos públicos para o patrimônio particular, o que compromete a realização dos fins e objetivos estatais.

A carga tributária também é usada como forma de coação do povo e revela grande ofensa ao princípio da justiça, pois exerce pressão excessiva sobre o povo quando os valores cobrados estão em desacordo com os benefícios correspondentes conferidos à população.

No Brasil, a cobrança excessiva de impostos tem referência histórica na época da colonização, quando tinha o objetivo de enriquecimento do Reino Português à custa do trabalho dos integrantes das colônias, que eram obrigados a destinar a Portugal um quinto do valor de seu próprio trabalho, em ouro, e nenhuma contraprestação recebiam relativamente a esta providência.

“O quinto”, inicialmente, se materializava através da cobrança de 20% sobre o valor da extração do ouro; depois, estendeu-se à venda de escravos e ao comércio²³⁰, o que deixou a população em polvorosa. Para manutenção dessa circunstância de exploração, era fundamental que a

²³⁰ RODRIGUES, Geferson Ramos. Ordem na Baderna, Dossiê Revoltas Coloniais, in **Revista de História da Biblioteca Nacional**, ano 9, nº 99, dez. de 2013, p.31-32.

população não tivesse conhecimentos intelectuais suficientes para se organizar em resistência efetiva à exploração portuguesa.

O objetivo de transferência indevida de verbas do patrimônio público para o patrimônio particular usa o ataque à coragem como instrumento de violação ao princípio de justiça e comprometimento do dever de promoção do bem de todos.

10. Desestímulo ao desenvolvimento das potencialidades individuais

A forma mais prejudicial de violação do princípio da justiça é a imposição de dificuldades externas para o desenvolvimento das potencialidades intelectuais de cada cidadão; entretanto, é um dos recursos utilizados pelos que buscam fraudar os fundamentos e objetivos do Estado, em benefício próprio. É a forma mais danosa de obstar a construção do bem de todos e a concretização do princípio de beleza da existência, para garantir a transferência indevida de recursos públicos para o patrimônio privado.

A causa principal do uso deste instrumento é o fato de que o conhecimento permite a percepção sistêmica do que realmente se passa no corpo social, possibilita a visualização das causas e consequências, próximas e remotas, de cada fenômeno público. Somente essa forma de percepção é capaz de provocar a estruturação de articulações efetivas para mudança da realidade. Por isso, há tanto interesse dos que buscam frustrar o fundamento estatal de promoção do bem de todos em dificultar o acesso aos meios de desenvolvimento das potencialidades individuais.

A aquisição de conhecimentos e o desenvolvimento das habilidades individuais pressupõe técnicas de educação para o pensar autônomo, que conduz à visão complexa dos fenômenos sociais, permite enxergar as ações públicas que violam o princípio de justiça e percebem a frustração do fundamento de promoção do bem de todos. A visão crítica que o conhecimento proporciona é condição básica para que se estruture uma reação capaz de alterar a realidade pública desconfortante, capaz de concretizar a mudança desejada. “Entender o

que se passa é indispensável para que se possa transformar a política e a qualidade de vida para todos”²³¹.

O desenvolvimento destas habilidades intelectuais exige um complexo educacional de qualidade que esteja ao alcance de toda a população, de modo uniforme, para inseri-la no mercado de trabalho que lhe garanta uma qualidade de vida minimamente confortável. A população com conhecimentos limitados é fácil de ser envolvida pela cultura do engano e fica vulnerável às artes de encobrimento da verdade, enfraquecimento da coragem e desprestígio das virtudes, que são recursos utilizados para violação do princípio de justiça.

Quanto mais arraigado o costume de violação do dever de construção do bem comum, maior a resistência dos poderes públicos ao desenvolvimento intelectual. Até se fazem leis tendentes a garantir o progresso do conhecimento, mas, na prática, os investimentos são desviados ou mal geridos e não produzem a formação mínima necessária ao preparo da comunidade; sobretudo, não se estende a população uniformemente.

O despreparo técnico para o mercado de trabalho acentua a diminuição da autoestima das pessoas; conseqüentemente, aumenta a timidez em relação ao desempenho de seu papel cívico de interferência positiva na concretização do bem de todos. Por outro lado, facilita a implantação da ideia de que os objetivos e fundamentos do Estado não competem à população e devem ser deixados a cargo dos agentes públicos. É a busca de afastamento da participação popular na construção da realidade social justa e adequada para todos, como elemento facilitador das violações ao princípio de justiça.

A obstrução ao desenvolvimento intelectual é realizada sistemicamente pelos interessados na frustração da concretização do bem de todos e desconstrói os fins do Estado. As práticas de violação do princípio de justiça buscam aumentar o despreparo técnico da população, e esta, despreparada, não percebe essas violações ou, quando as percebe, não encontra meios de corrigi-las. Nesse sistema de funcionamento, a obstrução ao desenvolvimento intelectual e o efetivo despreparo intelectual dele decorrente se complementam de forma

²³¹ WILSON&PICKETT, Richard/Kate. **The Spirit Level – Why Equality is Better for Everyone**. London: Penguin Books, 2010, p. 4.

perfeita para a continuidade do costume de violação do princípio de justiça através da fraude aos objetivos e fundamentos do Estado.

O desestímulo ao desenvolvimento intelectual, como forma de facilitação do costume de violação do princípio da justiça, tem várias constatações históricas: merece nota o caso da reação das monarquias ibéricas ao empenho dos Jesuítas em disseminar o conhecimento através da educação.

O esmero dos Jesuítas relativamente à educação possibilitou aos índios o desenvolvimento da escrita, a ponto de que “muitos deles eram bilíngues inclusive na escrita”²³². Esse fato constituiu-se em forte elemento de oposição efetiva à fixação de fronteiras entre as colônias espanhola e portuguesa na América Latina. Os indígenas reagiram, por escrito, aos limites impostos pelas Coroas através do tratado de Madrid em 1750.

O conhecimento transmitido pelos padres da Companhia de Jesus aos nativos garantiu a estes um efetivo instrumento de reação ao despotismo dos governos português e espanhol. Esse fato desagradou sobremaneira às referidas Coroas. Tanto que se seguiu clara utilização de represália por parte da coroa portuguesa contra os padres Jesuítas, que trabalhavam a educação com prioridade nos locais onde exerciam a catequese. É fato que os resultados da atividade desses missionários foi muito eficiente, graças ao empenho de vários intelectuais dedicados, dos quais é exemplo o Padre Antônio Vieira.

O trabalho de educação realizado pelos Jesuítas conduzia não somente ao esclarecimento intelectual da população, mas, sobretudo, à humanização, como resultado do refinamento dos valores de solidariedade humana desenvolvidos com a ampliação dos conhecimentos e da doutrina cristã. A atividade militava em favor da destruição do olhar preconceituoso de que a cultura europeia era superior às demais, ou mais evoluída do que elas; minimizava a ideia de dominação do homem sobre a natureza e sobre os povos de culturas diversas.

Os Jesuítas disseminavam o ideal da aceitação do diferente como valor de apoio à dignidade humana, de respeito e aceitação do outro.

²³² NEUMANN, Eduardo Santos. Vale o Escrito, in **Revista de História da Biblioteca Nacional**, ano 7, nº 81, junho de 2012, p.19.

Tal prática fomentou o aumento da autoestima dos indígenas, tornou-os mais fortes e independentes emocionalmente, forneceu-lhes poder intelectual adequado para defesa de seus interesses, sobretudo para reação aos ideais despóticos do governo na metade do século XVIII.

O empenho pela educação humanista era atitude insuportavelmente ameaçadora do poder de dominação da Coroa e precisava ser eliminado; tanto que, apesar da colaboração dos Jesuítas em diversos projetos do Governo de Portugal, este decidiu expulsá-los de Portugal e de suas colônias através de decreto real editado em 1759²³³.

O trabalho dos missionários dificultava a materialização do costume de violação ao princípio de justiça e de fraude ao propósito de construção do bem de todos. Dessa forma, apesar do imensurável auxílio que a Companhia de Jesus prestou ao reino de Portugal, dentre eles a determinante interferência do Padre Antônio Vieira na causa da restauração portuguesa, quando evitou o domínio do reino pelos espanhóis, a reação de Portugal foi implacável. Em 1640, o reino decidiu expurgar os Jesuítas de seus domínios, para evitar o indesejado crescimento intelectual da população, pois isso punha em risco o costume de violação do princípio de justiça, realizada costumeiramente pela Coroa.

É que a maior ameaça ao costume de violação do princípio de justiça, que prejudica o bem de todos, é o desenvolvimento das potencialidades individuais dos cidadãos, que os torna independentes em pensamento e formas de automanutenção. Portanto, os sistemas de controle social voltados à injustiça não os convence, não funciona relativamente a eles. Essa realidade desestrutura o propósito de frustração dos objetivos e fundamentos do Estado.

Ocorre que, como o direito ao desenvolvimento das próprias potencialidades é valor positivo à vista do estágio atual de desenvolvimento humano, usa-se a palavra injusta para evitar que esse direito se concretize. Não pode ser obstado de modo transparente, pois causaria a perda do apoio popular; portanto, usa-se a palavra injusta para dissimular o propósito de dificultar o acesso ao conhecimento e ao desenvolvimento das habilidades individuais.

²³³ VAINFAS, Ronaldo. Soldados de Cristo, in **Revista de História da Biblioteca Nacional**, ano 7, nº 81, junho de 2012, p. 18.

A prática de desestímulo à educação é um dos recursos usados para dificultar o desenvolvimento das potencialidades individuais, portanto, é instrumento de manutenção do costume de violação do princípio de justiça. É um dos elementos mais utilizados pelos integrantes dos poderes públicos nas sociedades que têm conduta reiterada de frustração do propósito de construção do bem de todos.

O crescimento da qualidade e alcance da educação faz aumentar o nível de instrução da população, portanto, quebra os mitos e chavões usados pela cultura do engano. Dessa forma, constitui o maior risco à desintegração do costume de frustração do princípio de beleza da existência através da violação ao princípio de justiça.

O crescimento financeiro do Estado, dissociado do crescimento educacional, produz ou acentua a disparidade de poder aquisitivo das classes sociais, por isso estimula o mal estar na convivência comunitária. O crescimento de um país, para que cumpra o objetivo estatal de produção do bem de todos, deve ser associado ao proporcional crescimento do nível de educação do povo, tanto em qualidade quanto em abrangência. Somente assim se alcança a estabilidade e a harmonia do grupo social.

Esse entendimento parece ter guiado os passos do governo Kennedy nos Estados Unidos. Esse Presidente deixou registrado, expressamente, que “o crescimento do país como nação não poderia ser mais vigoroso do que seu crescimento em educação, porque o maior legado do Estado é o pensamento humano”²³⁴. Ressalte-se que os EUA, apesar de serem um país rico, são marcados pela disparidade de classes sociais, e o referido presidente parece ter percebido que o equilíbrio social e o consequente bem estar de todos somente adviria do crescimento quantitativo e qualitativo da educação.

As dificuldades impostas ao desenvolvimento das potencialidades individuais, através da criação e do fortalecimento de barreiras ao acesso à educação pelos grupos que pretendem continuar as práticas de violação constante do princípio da justiça, aumentam o estado de penúria das classes de menor poder aquisitivo. Causa despreparo destas para o mercado de trabalho, diminui sua autoestima,

²³⁴ KENNEDY, John Fitzgerald. **Special Message to the Congress on Education**. February 20, 1961. Disponível em: www.presidency.ucsb.edu/ws/?ped=8433.

limita a capacidade de interferência na realização dos objetivos e fundamentos do Estado.

A falta de educação retira a liberdade do povo, é uma das formas de escravidão do ser humano, pois o conduz à pobreza, e esta o força a ações de subserviência e humilhação. O Brasil tem pouco mais de 500 anos, dos quais mais de 300 foram estruturados no regime escravagista, que abrangia a escravidão do corpo e da alma humanos.

Demoramos 300 anos para vencer a escravidão física, mas não conseguimos, ainda, abolir a escravidão do espírito. Palmilhamos esse caminho, mas faz muito pouco tempo que as leis nacionais aboliram a escravatura do corpo (menos de 200 anos), e esse conhecimento atávico ainda deve demorar para se dissipar de nossa cultura, pois vivemos muito mais tempo sob escravatura do corpo do que livres dela, e os reflexos dessa cultura sobre o espírito humano parecem ainda trazer vivas marcas.

É a cultura da escravidão que determina que se imponham dificuldades de desenvolvimento das potencialidades individuais, como forma de controlar o destino da comunidade e condicionar a permanência das violações ao princípio de justiça. A falta de conhecimentos mínimos e de habilidades técnicas é causa direta da dificuldade de inserção no mercado de trabalho, bem como do auferimento de baixíssima renda ao custo de trabalho excessivo. Isso causa a exaustão do corpo e do equilíbrio emocional.

Quem não tem boa educação profissionalizante se vê esgotado em suas energias, em face do esforço de trabalho despendido para garantir sua sobrevivência, e não lhe sobra tempo, nem forças, para participar da vida política do lugar onde vive. Parece que essa é a causa do entendimento de que “a vida pública somente é possível depois de atendidas as muito mais urgentes necessidades da vida”²³⁵, modernamente denominadas de mínimo existencial.

O despreparo intelectual e técnico são úteis ao projeto de frustração dos objetivos e fundamentos do Estado, para garantia de transferência indevida de recursos públicos para o patrimônio privado. É uma das mais vigorosas violações do princípio da justiça, porque

²³⁵ ARENDT, Hannah, **A Condição Humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2010, p. 79.

perpetua a escravidão do espírito, tanto dos vitimados por ela, porque são escravos das dificuldades de sobrevivência, quanto dos violadores, porque são escravos do propósito de auferimento indevido de benefícios que frustram o objetivo estatal de promoção do bem de todos.

O costume de frustração dos objetivos e fundamentos estatais sobrevive através da cultura do engano; usa-se como propaganda fatos que possam transmitir a ideia de que o setor público trabalha em benefício da comunidade. Para isso, é mais útil a realização de obras de engenharia, porque são uma constante propaganda para quem as vê, do que investimento de recursos e trabalho na educação, cujos resultados somente surgem a médio prazo e não são percebidos pela comunidade no dia a dia.

Muitas vezes, os resultados mais expressivos do trabalho voltado para a educação somente se mostram quando agentes públicos que investiram nas melhorias do sistema não estão mais no desempenho de cargos públicos. Por isso, não se propõem a implementar ações de fortalecimento da educação, pois não poderão usar os resultados desse trabalho como propaganda para permanência nos cargos públicos ou para acesso a outros novos, em virtude do descompasso entre o tempo necessário para produção destes resultados e o tempo de permanência nos cargos e funções públicas.

O serviço de educação exige planejamento e execução perseverante, a médio e longo prazo, para que a população possa se beneficiar com os frutos desse trabalho. Esta é mais uma razão para que os agentes públicos, que visam à burla constante ao dever de produção do bem de todos, se desinteressem por esse trabalho. Preferem as atividades mais ostensivas, para auferimento de louros políticos, pois precisam demonstrar a aparência de que trabalham pelo bem comum, e a educação demora a produzir esse resultado.

A limitação ao desenvolvimento intelectual da população é metodologia de ação das comunidades que têm o costume de burla ao princípio de promoção do bem de todos através da violação ao princípio de justiça. A ela, se associam outras técnicas para facilitar a indevida transferência de recursos públicos para o patrimônio privado, dentre essas, a concentração de riqueza nas mãos dos administradores injustos e seus parceiros, que será tratada no próximo item.

11. Concentração de riqueza como finalidade das violações ao princípio da justiça

O costume de frustração dos objetivos e fundamentos estatais, para transferência ilegal de recursos do patrimônio público para o patrimônio particular, é uma das faces da violação ao princípio de justiça, e a reiteração desse procedimento tende a concentrar riqueza, injustamente, na mão de alguns em prejuízo do bem de todos. Provoca a relação enriquecimento/empobrecimento indevidos.

A transferência ilegal de recursos públicos para o patrimônio particular dificulta a libertação econômica da população, não somente porque canaliza recursos públicos para o patrimônio privado de poucos, mas, sobretudo, porque as verbas retiradas do setor público eram destinadas à construção de uma infraestrutura de facilitação do desenvolvimento e enriquecimento de todos. A finalidade inicial das verbas desviadas era o endereçamento à educação, ao acesso ao transporte, ao lazer, à habitação, à saúde etc. Alimentariam uma estrutura de facilitação do crescimento individual, que sofre sérios comprometimentos em razão da perda desses recursos.

A retirada de verbas destinadas a esses serviços públicos reduz as condições da população para o crescimento pessoal, porque aumenta a cota de sacrifícios cotidianos e conduz o ser humano ao cansaço físico e emocional excessivos. Cria dificuldade externa, que diminui as forças que poderiam ser destinadas ao desenvolvimento individual. Tal circunstância reduz o número de pessoas capazes de se tornarem financeiramente independentes de modo seguro, e também reduz as oportunidades de sucesso profissional em virtude do despreparo intelectual por ela fomentado.

Se a população for independente economicamente, terá liberdade e esclarecimento bastantes para dizer a sua verdade em relação ao bem de todos; sua voz terá peso em razão de sua história de sucesso e autonomia. Essa fala põe em risco a prática de frustração do dever de construção do bem comum, para auferimento de vantagens individuais indevidas. Para a continuidade desta forma de violação ao princípio de justiça, é conveniente que a população tenha baixo poder aquisitivo e se ocupe excessivamente com as necessidades de automanutenção; assim, não terá tempo, disposição e nem recursos para evitá-la.

A riqueza precisa ser centralizada no grupo de pessoas que violam o princípio de justiça para auferimento indevido de recursos públicos, tanto quanto possível, para ser usada como símbolo de força e poder. Essa técnica de ostentação de superioridade já era usada pelas tribos indígenas no Brasil e é conhecida sob a denominação de “economia ritual da grandeza”²³⁶. Tem a finalidade de distanciar esse grupo do restante da população, como método de intimidação de eventuais reações de oposição a eles.

Esse recurso foi utilizado, também, contra os Jesuítas, que, além de expulsos dos domínios de Portugal pelo decreto real de 1759, tiveram seus bens confiscados pela Coroa como forma de enfraquecimento da Companhia Jesus. O confisco tinha dupla finalidade: enfraquecia a organização Jesuíta, e, com ela, o trabalho de educação, que concretizava o ideal de desenvolvimento pleno das potencialidades individuais da população. Ademais, fortalecia a autoridade e o poder econômico da administração portuguesa. Os ideais de burla ao princípio da justiça subjugaram o dever de promoção do bem de todos.

No Brasil, o registro dos episódios da Inquisição mostrou que o enfraquecimento financeiro foi usado como estratégia de redução da capacidade reativa dos opositores das práticas de frustração do princípio de justiça, para assegurar as transferências indevidas de recursos públicos para o patrimônio particular.

Durante a atuação do Santo Ofício no Brasil, a grande maioria dos destinatários das punições foram os “cristãos novos”, assim chamados porque eram judeus obrigados pela Coroa Portuguesa a se converter ao catolicismo. Eram muito ligados aos judeus de Amsterdã e suspeitos de auxiliarem os holandeses a invadirem o Brasil, fato que, se ocorresse, causaria grande prejuízo à exploração da Colônia por Portugal.

A invasão realmente aconteceu em 1624. Como os “cristãos novos” eram suspeitos da prática do judaísmo, às escondidas do governo católico, a Inquisição os perseguiu e lhes impôs, como uma das penalidades, o confisco dos bens²³⁷. A providência teve o claro objetivo de enfraquecimento financeiro dos “cristãos novos” e de reforço

²³⁶ FAUSTO, Carlos. *Estudo Estranho*, in Revista de História da Biblioteca Nacional, ano 6, nº67, abril de 2011, p.52.

financeiro do governo, além do efeito de coação para que a população se adequasse às normas estabelecidas por Portugal. A manutenção da religião católica, professada pelos colonizadores, era um dos elementos de controle social para assegurar a dominação da Colônia. Por essa razão, o culto a uma fé diversa era manifestação intolerável de rebeldia; ademais, a ligação com adversários dos colonizadores recrudesceu essa intolerância, porque punha em risco o sistema injusto de exploração do Brasil.

O empobrecimento da população é elemento que favorece sua apatia, em virtude das dificuldades que impõe ao cotidiano, e a conduz à exaustão física e ao enfraquecimento emocional. Essa situação facilita a continuidade das ações de violação ao princípio de justiça.

Em circunstâncias idênticas, o episódio da Inconfidência Mineira reforça, faticamente, a assertiva de que a continuidade das violações ao princípio de justiça usa o recurso do empobrecimento da comunidade para evitar que o poder do dinheiro fortifique movimentos de oposição. A pobreza sugere a imagem do fracasso, da impotência.

Chamou-se Inconfidência Mineira um motim organizado por alguns indivíduos que pretendiam evitar a “derrama”, cobrança sobre cada cidadão mineiro de um valor suficiente para completar cem arrobas anuais de ouro, que deveriam ser repassadas à Coroa Portuguesa como tributo aos colonizadores do Brasil.

As cem arrobas anuais eram quantia que sangrava e empobrecia o Brasil, de modo injusto, porque não servia de fundos para a prestação de serviços públicos à comunidade pagadora: destinava-se à manutenção da Coroa. Era recurso de exclusão dos trabalhadores dos benefícios gerados pela quantia arrecadada, e beneficiamento injusto dos exploradores. Franca violação ao princípio da justiça, pois retirava recursos da população, a título de impostos, que, ao invés de serem usados para financiamento de ações e serviços voltados para o bem de todos os brasileiros, eram destinados ao patrimônio da Coroa Portuguesa.

²³⁷ RAMOS, Gerson; ELIAS, Rodrigo. A Máquina da Fé - Dossiê Inquisição. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, ano 7, nº73, outubro de 2011, pp. 35-36.

Os recursos arrecadados eram retirados da população que os produzia, mas não se revertiam em benefício desses cidadãos, eram enviada para benefício dos dominadores. A injustiça se revelava através do empobrecimento de quem produzia os recursos e do simultâneo enriquecimento dos administradores da coisa pública. Os impostos não eram destinados ao cuidado público da comunidade produtora dos valores.

A riqueza produzida não favorecia o bem de todos, favorecia somente os colonizadores e reforçava o sistema de exploração. A população brasileira era obrigada a doar parte do resultado de seu labor, sem receber qualquer contraprestação. De tão odiada, a cobrança, que era calculada como um quinto da exploração de ouro na colônia, passou a ser denominada de “quinto dos infernos”.

Na época, a título de “quinto”, Minas Gerais devia aos cofres públicos quase oito toneladas de ouro²³⁸. Se a população brasileira conseguisse evitar o pagamento dessa quantia, injustamente cobrada, os empresários conseguiriam sua liberdade comercial, e a riqueza circularia dentro da colônia, produzindo grandes benefícios financeiros. Esse fato representou sério risco ao objetivo de exploração do Brasil por Portugal.

Os opositoristas dessa prática administrativa violadora do princípio de justiça seriam vistos pela população colonial como ídolos da reação nacional e teriam recursos financeiros bastantes para organizar uma resistência forte, capaz de interromper as práticas de violação ao princípio da justiça para manutenção da Coroa portuguesa. É de se observar que as providências de repressão à Inconfidência contavam com a determinação de confisco dos bens dos inconfidentes, com o evidente objetivo de enfraquecê-los financeiramente, retirando-lhes os recursos econômicos capazes de financiar qualquer atividade de oposição a Portugal.

A Inconfidência Mineira é importante registro histórico de que a reiteração de violações ao princípio de justiça pelos poderes públicos conduz à efervescência da insatisfação popular, que somente ao custo do uso da força pode ser, momentaneamente, contida. Nessas

²³⁸ RODRIGUES, André Figueiredo. A Revolução dos Ricos, Dossiê o Negócio da Inconfidência, in: **Revista de História da Biblioteca Nacional**, ano 6, nº67, abril de 2011, p.23.

circunstâncias, a concentração de riquezas nas mãos de quem viola o princípio de justiça, associada ao empobrecimento injusto da população, diminui sua força reativa e favorece a continuidade do costume de frustração do dever de promoção do bem de todos.

A concentração de riqueza entre os que praticam as violações ao princípio de justiça é forma de transmissão da imagem de sucesso e força destes e serve como elemento de intimidação dos mais pobres. Por isso, diminui a capacidade de oposição do povo à injustiça, que se efetiva com transferência indevida de recursos públicos para o patrimônio particular, em flagrante desacordo com o princípio de justiça.

12. Conclusão

O princípio de justiça é elemento indispensável para garantia de concretização dos fundamentos e objetivos estatais no Brasil e vincula todo o ordenamento positivo. Por isso, deve ser tutelado pela administração pública. Esta deve ser composta por cidadãos com dotes especiais, capazes de direcionar-se para além de seus interesses pessoais, com o objetivo de promoção da unidade e paz da comunidade administrada.

A boa administração da coisa pública busca conciliar os problemas e dificuldades do trabalho com a jornada maior de conduzir o corpo social à vivência da justiça. A escolha dos agentes públicos deve recair em cidadãos cuja relação com o dinheiro não seja egocentrista, e cujo relacionamento com o outro seja fonte saudável de crescimento, nunca uma relação discriminativa, invejosa e destrutiva. A relação socialmente saudável com o dinheiro público e com o outro distinguem o indivíduo talhado para o trabalho público.

No Brasil, há o belo exemplo de D. Pedro II, de quem a história revela o cuidado com o patrimônio público e o respeito pelas necessidades sociais. Esse Imperador dirigiu o País por cinquenta anos e, em todo esse período, nunca aceitou aumento de sua dotação, remuneração de seu cargo; outrossim, pagou com recursos próprios as viagens que realizou dentro do País e para o exterior. Logo após sua ascensão ao trono, reduziu marcadamente as despesas administrativas através de medidas de otimização do uso do dinheiro do povo.

Extinguiu cargos que considerou desnecessários e, nessa linha de trabalho, extinguiu a Guarda Imperial. É fato, ainda, que esse administrador financiou, com seus recursos particulares, os estudos de brasileiros no exterior, sob a única condição de que, tão logo concluíssem os estudos de engenharia, artes e medicina, retornassem ao Brasil para aplicar seus conhecimentos no desenvolvimento local²³⁹.

Essa conduta revela vocação para as tarefas públicas, que deve ser buscada nos gestores atuais. Esse gestor percebia e valorizava o empenho de crescimento de cada um e estimulava-o a colaborar na obra do bem de todos. Não os via como ameaça a seu brilho pessoal, mas os enxergava como aliados no projeto maior de construção de um país melhor para todos.

O propósito do princípio de justiça é que a população trabalhe para realização individual e, neste trabalho, use de condutas que colaborem para produção do bem comum, que receba oportunidades adequadas de desenvolvimento de suas potencialidades e tenha capacidade técnica para desenvolvimento de um trabalho de qualidade. Ademais, o princípio busca que este trabalho receba o devido reconhecimento, para que seja meritocraticamente remunerado, e a população possa, ao custo do próprio empenho, garantir vida digna para si e para o Estado.

O princípio de justiça milita contra a exacerbação do individualismo, quando este se torna predatório do bem comum, porque produz inquietações individuais que se projetam sobre o coletivo e produzem desagregação social, que compromete os objetivos e fundamentos do Estado Brasileiro. Para materialização do princípio de justiça, o crescimento individual deve estar indissociavelmente ligado à meritocracia, ao trabalho útil e à cooperação na construção do bem comum.

O sucesso individual, desvinculado do esforço próprio e do propósito de participação na obra do bem estar de todos, é predatório e se constitui em instrumento de violação do princípio de justiça. Justamente por ser ilegítimo, se constitui em veículo do ódio e da intolerância. Os prêmios de crescimento individual sem compromisso

²³⁹

Revista de História da Biblioteca Nacional, O Bolso Furado do Imperador, ano 9, nº 101, junho de 2012, p.85.

com a meritocracia “trazem como resultado a força desagregadora de virtudes, deformam o caráter e o compromisso cívico das pessoas”²⁴⁰.

As violações ao princípio de justiça fazem os cidadãos honestos e de boa vontade com o bem estar de todos desacreditarem da existência de espaço no seio social para vivência dos valores de probidade e civismo; fragilizam a sensação de pertencimento e arrefecem a cultura de participação na coisa pública. Por essa razão, a Constituição Federal inseriu esse princípio entre os fundamentos do Estado, para que tenha força normativa vinculante de todo o ordenamento. Essa posição normativa lhe possibilita garantir efetiva força legal para materialização dos objetivos e demais fundamentos estatais.

²⁴⁰ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Estado Social e Democrático e Serviço Público**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012, p.71.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO DA REVISTA DO MPE–AL

1. A Revista do Ministério Público de Alagoas destina-se à publicação de artigos jurídicos e peças processuais.

2. Ao enviar o artigo ou a peça, o autor, cujo texto for selecionado, renuncia aos direitos autorais em prol da Revista do Ministério Público de Alagoas, especificamente no que se refere à publicação em meio impresso ou divulgação do seu conteúdo pela *internet*.

3. Após as submissões, o Conselho Editorial procederá à pré-seleção dos artigos recebidos com base nos seguintes critérios: atenção ao vernáculo e concatenação das ideias; observância à formatação prescrita; coerência da conclusão com o desenvolvimento; originalidade dos argumentos e da abordagem; grau de reflexividade; consistência técnica e qualidade da pesquisa.

4. O Conselho Editorial notificará os autores de suas decisões por *email*.

5. Os artigos deverão ser inéditos e submetidos segundo as seguintes normas editoriais:

α) Conter, no máximo, 30 laudas (incluídas as referências bibliográficas), em folhas de tamanho A4;

β) Fonte *Times New Roman*, em tamanho 12, com alinhamento justificado, espaçamento entre linhas do tipo “simples” no resumo e nas citações que excedam três linhas, e de 1,5 no corpo do texto;

χ) Título com alinhamento centralizado, em maiúsculas e em negrito.

δ) Na segunda linha após o título deve constar o nome completo dos(as) autores(as), alinhado à direita e seguido do nome da instituição de filiação e *e-mail*;

ε) Margens superior e esquerda de 3 cm; e inferior e direita, de 2 cm;

φ) O documento deverá conter numeração no canto superior direito a partir da primeira página;

γ) A primeira linha de cada parágrafo deve obedecer ao recuo de 1 cm, e as citações que excedam 3 linhas, ao recuo de 4 cm;

η) Eventuais referências, a critério do Conselho Editorial, serão lançadas em notas de rodapé, indexadas numericamente;

1) O trabalho deverá ser enviado em formato compatível com o *Microsoft Word* ou *Libre Office*, observando-se as normas de publicação da ABNT.

