



Estado de Santa Catarina
MINISTÉRIO PÚBLICO

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

v. 7, n. 17, julho/dezembro 2010

Florianópolis

ISSN 1981-1683

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 1 - 288	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	------------	----------------

Atuação

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Francisco Bissoli Filho

Helen Crystine Corrêa Sanches

Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães

Eduardo Sens dos Santos

Henrique da Rosa Zieseimer

As opiniões emitidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: revistajuridica@mp.sc.gov.br

Catálogo na publicação por: Solange Margarida José (CRB 14/122)

Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense/
publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça de
Santa Catarina e da Associação Catarinense do Ministério
Público.- v. 1, n. 1 (set./dez. 2003) - . - Florianópolis: PGJ:
ACMP, 2003 - .

Quadrimestral: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral,
2009.

v. 7, n. 17, jul./dez. 2010.

ISSN 1981-1683

I. Direito – Periódico. I. Santa Catarina. Ministério Público.
II. Associação Catarinense do Ministério Público.

CDDir 340.05

CDD 34(05)

Revisão: Lucia Anilda Miguel e Rosemeri Aparecida Zulian

Estagiárias: Josiane de Freitas e Tainá Fabrini de Castro

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: junho de 2012

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar

Centro - Florianópolis - SC

CEP 88015-240

(48) 3224.4600 e 3224.4368

imprensa@acmp.org.br

www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva - R. Bocaiúva, 1.750

Centro - Florianópolis - SC

CEP 88015-904

(48) 3229.9000

pgj@mp.sc.gov.br

www.mp.sc.gov.br



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Lio Marcos Marin

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Antenor Chinato Ribeiro

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos e Institucionais

José Galvani Alberton

Secretário-Geral do Ministério Público

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Walkyria Ruicir Danielski

Luciano Trierweiller Naschenweng

Abel Antunes de Mello

Fábio Strecker Schmitt

Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt

Paulo Antonio Locatelli

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Lio Marcos Marin

Anselmo Agostinho da Silva

Paulo Antônio Günther

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jaçon Corrêa

Anselmo Jeronimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco Jose Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Ricardo Francisco da Silveira

Gercino Gerson Gomes Neto

Francisco Bissoli Filho

Newton Henrique Trennepohl

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Fábio de Souza Trajano

Norival Acácio Engel

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Ivens José Thives de Carvalho



Walkyria Ruicir Danielski
Alexandre Herculano Abreu
Durval da Silva Amorim
Ernani Guetten de Almeida
Vânio Martins de Faria

Américo Bigaton
Eliana Volcato Nunes
Sandro José Neis
Mário Luiz de Melo - *Secretário*

Conselho Superior do Ministério Público

Membros Natos

Presidente: Lio Marcos Marin - *Procurador-Geral de Justiça*
Gladys Afonso - *Corregedora-Geral*

Representantes do Colégio de Procuradores

Humberto Francisco Scharf Vieira
Jacson Corrêa

Representantes da Primeira Instância

Pedro Sérgio Steil
Antenor Chinato Ribeiro
Narcísio Geraldino Rodrigues
Vera Lúcia Ferreira Copetti
Paulo Cezar Ramos de Oliveira
Secretário: Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Corregedora-Geral do Ministério Público

Gladys Afonso

Subcorregedor-Geral

Newton Henrique Trennepohl

Promotora de Justiça Secretária da Corregedoria-Geral

Thais Cristina Scheffer

Promotores de Justiça Assessores do Corregedor-Geral

Amélia Regina da Silva
Rafael de Moraes Lima
Wilson Paulo Mendonça Neto
Alan Boettger

Coordenadoria de Recursos

Aurino Alves de Souza - Coordenador-Geral da área criminal
Fábio de Souza Trajano - Coordenador-Geral da área cível

Promotores Assessores do Coordenador de Recursos

Marcelo Gomes Silva
Gustavo Wiggers



Ouvidor

Guido Feuser

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Helen Crystine Corrêa Sanches - Diretora

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações

Luis Suzin Marini Júnior - Coordenador

Caroline Moreira Suzin - Coordenadora-Adjunta

Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade

Walkyria Ruicir Danielski - Coordenadora-Geral

Mauy Roberto Viviani - Coordenador

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Marcelo de Tarso Zanellato - Coordenador

Centro de Apoio Operacional Criminal

Onofre José Carvalho Agostini - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Priscilla Linhares Albino - Coordenadora

Centro de Apoio Operacional de Informações e Pesquisas

Odil José Cota - Coordenador-Geral

Adalberto Exterkötter - Coordenador de Inteligência e Dados Estruturados

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - Coordenador de Contra-Inteligência e Segurança Institucional

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - Coordenador do GAECO da Capital

Fabiano David Baldissarelli - Coordenador do GAECO de Chapecó

Marcelo Mengarda - Coordenador do GAECO de Joinville

Eduardo Paladino - Coordenador do GAECO de Criciúma

Joel Furtado Júnior - Coordenador do GAECO de Lages

Jean Michel Forest - Coordenador do GAECO de Itajaí

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Júlio Fumo Fernandes - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Vera Lúcia Ferreira Copetti - Coordenadora-Geral

Davi do Espírito Santo - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Murilo Casemiro Mattos - Coordenador



ACMP
Associação
Catarinense
do Ministério
Público

Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Andrey Cunha Amorim
Presidente

Rosa Maria Garcia
Vice-Presidente

Diego Rodrigo Pinheiro
1º Secretário

José Renato Côrte
2º Secretário

Gilberto Polli
Diretor Financeiro

Milton Pascoto
Diretor de Patrimônio

Oswaldo Juvêncio Cioffi Júnior
Diretor Cultural e de Relações Públicas

Benhur Poti Betiolo
Diretor Administrativo

Jorge Orofino da Luz Fontes
Diretor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina

Conselho Fiscal

Analú Librelato Longo
Aurino Alves de Souza
Cid Luiz Ribeiro Schmitz
Luciano Trierweiller Naschenweng
Valberto Antonio Domingues

Conselho Consultivo

Marcus Vinicius Ribeiro de Camillo
Fabiano David Baldissarelli
Luís Susin Marini Junior
Jean Pierre Campos
Andrey Cunha Amorim
Havah Emília Mainhardt
Gustavo Mereles Ruiz Diaz
André Braga De Araújo
Alexandre Herculano Abreu
Raul de Araujo dos Santos
Ruy Wladimir Soares De Sousa
Fábio Fernandes De Oliveira Lyrio
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese
Márcia Denise Kandler Bittercourt Massaro

PENAL

A Revogação Total da Prescrição Retroativa pela Lei no 12.234, de 5 de maio de 2010, e crítica a esse instituto..... 9

Francisco Bissoli Filho

Um ano de Lei 12.015/2009. Crítico a Lei e as críticas à Lei. Capítulo I - Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual 53

Pablo José Depiné

Um ano de Lei 12.015/2009. Crítico a Lei e as críticas à Lei. Capítulo I - Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual 81

Pablo José Depiné

INFÂNCIA E JUVENTUDE

O Sistema de Garantia de Direitos da Infância e Juventude de Chapecó: desafios e perspectivas na atuação em rede 107

Ana Soraia Haddad Biasi

Liane Keitel

Vânia Augusta Cella Piazza

Da impossibilidade jurídica da “adoção intuitu personae” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988..... 131

Murillo José Digiácomo

Liberdade, privacidade e sexualidade de crianças e adolescentes na Internet: uma rede de desafios para a defesa e promoção de direitos. 157

Rodrigo Nejm

CONSTITUCIONAL

- A Concepção de Constituição na obra de Lenio Luiz Streck..... 173
Alice Francisco da Cruz Salles
Henrique Rosa Ziesemer

PROCESSUAL

- O Mandado de Segurança Coletivo como instrumento de tutela de direitos difusos e o artigo 21 da Lei 12.016/2009..... 189
Vitor Silveira Pargendler

ADMINISTRATIVO

- Cumulação de sanções na pluralidade de atos de improbidade administrativa..... 211
Eduardo Sens dos Santos
- Agentes Políticos Eletivos e Direitos Sociais..... 221
Renato Franco de Almeida

INSTITUCIONAL

- O Conselho Superior do Ministério Público, e a necessidade premente da remodelação de suas decisões em sede de arquivamentos de procedimentos administrativos e inquéritos civis 251
Juliano da Silva

PEÇA PROCESSUAL

- Parecer Mandado de Segurança - Multa Ambiental..... 265
Pedro Roberto Decomain

PENAL

A REVOGAÇÃO TOTAL DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA PELA LEI N. 12.234, DE 5 DE MAIO DE 2010, E CRÍTICA A ESSE INSTITUTO

Francisco Bissoli Filho

Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

Doutor em Direito (UFPR)

SUMÁRIO

Introdução - 1 A prescrição retroativa 1.1 Aspectos históricos
1.2 Aplicações do instituto da prescrição retroativa - 2 A revogação
total da prescrição retroativa pela Lei n. 12.234, de 5 de maio de
2010 2.2 O processo legislativo que resultou na Lei n. 12.234/10 2.2
A exclusão da prescrição retroativa do Código Penal 2.2.1 *Argumen-
tos favoráveis à revogação apenas parcial da prescrição retroativa* 2.2.2 *A
refutação da tese da revogação parcial e a demonstração da ocorrência da
revogação total da prescrição retroativa* - 3 Crítica à prescrição retroativa
3.1 Os fundamentos do instituto da prescrição penal 3.2 A dissonância
da prescrição retroativa em relação aos fundamentos do instituto da
prescrição penal - Conclusões - Referências.

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 9 - 52	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	-----------	----------------

RESUMO

A prescrição retroativa, após a vigência da Lei n. 12.234/10, foi totalmente excluída do Código Penal, não somente porque o artigo 1º dessa Lei menciona expressamente ser esse o seu propósito, como, também, porque a modificação imprimida no § 1º do artigo 110 do Código Penal não teve o condão de criar novo termo inicial para a prescrição da pretensão punitiva do Estado, o que inviabilizou a tese de que a prescrição retroativa pode ser contada a partir do recebimento da denúncia ou da queixa. Além disso, a prescrição retroativa é um instituto que se apresenta em desacordo com os propósitos do instituto da prescrição penal, sendo imprópria e desnecessária, já que se opera após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação, prolatada antes do transcurso do prazo prescricional, que se transmuda em face da pena aplicada, tornando sem efeito esse ato judicial. Assim, a prescrição retroativa serve, apenas, para extinguir a punibilidade, tornando a prestação jurisdicional inútil com sérios prejuízos à celeridade da justiça penal.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição penal. Revogação. Impunidade. Celeridade processual.

ABSTRACT

Prescription retroactively, after the enactment of Law n. 12.234/10, was completely excluded from the Criminal Code, not only because the first article of that Act expressly mentions it was his purpose, as also because the amendment printed in § 1 of Article 110 of the Penal Code did not have the power to create new term for the initial prescription claim punitive state, which made the argument that the prescription can be counted backward from receipt of the complaint or grievance. Furthermore, the retroactive prescription is an institute that presents itself at odds with purposes of the institution of criminal prescription, and inappropriate and unnecessary, since it operates after the final and unappealable penal sentence for

the charge, was rendered before the passage of limitations period, which transmutes into the face of the punishment, without giving effect to this judicial act. Thus, the prescription retroactive only serves to extinguish the punishment, making the provision useless court with serious damage to the speed of criminal justice.

KEYWORDS: Prescription criminal - withdrawal - impunity - speedy trial.

INTRODUÇÃO

Apesar de o artigo 1º da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, ter mencionado expressamente que essa lei tem a finalidade de excluir a prescrição retroativa do Código Penal brasileiro, diversos posicionamentos surgiram no sentido de que a revogação desse instituto penal foi apenas parcial, persistindo, em consequência, a possibilidade de haver a retroação da contagem do prazo prescricional à data do recebimento da denúncia ou da queixa, com base na pena aplicada na sentença penal condenatória, desde que tenha havido o trânsito em julgado dessa sentença para a acusação.

O propósito deste ensaio é aprofundar a reflexão a respeito da revogação total da prescrição retroativa foi total e apresentar uma crítica a esse instituto penal. Para tal, dividiu-se a presente abordagem em três momentos, atendo-se o primeiro à configuração do instituto da prescrição retroativa e a um breve histórico do instituto da prescrição retroativa e uma breve aproximação à sua aplicação; o segundo trata, mais especificamente, da revogação total do instituto pela Lei n. 12.234/10, ocasião em que se realiza uma exposição sobre o processo legislativo que resultou na Lei n. 12.234/10, para, em seguida, demonstrar-se que a prescrição retroativa foi excluída do Código Penal pela referida lei, trazendo-se à baila as posições favoráveis à revogação apenas parcial da prescrição retroativa, as quais são refutadas, demonstrando-se a ocorrência da revogação total do referido instituto penal; e o terceiro momento, que busca realizar uma crítica à prescrição retroativa, demonstrando-se que esse

instituto está em desacordo com os fundamentos do instituto da prescrição penal, sendo, portanto, imprópria e desnecessária, porquanto serve, apenas, para a extinção da punibilidade e, conseqüente, para realizar, despropositadamente, a ideia de impunidade. Conclui-se expondo uma preocupação no sentido de que a revogação total da prescrição retroativa possa vir de encontro à garantia da celeridade da justiça penal.

1 A PRESCRIÇÃO RETROATIVA

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Enquanto a prescrição penal, de modo geral, é um instituto que se faz presente no Direito Penal da maioria dos países, a prescrição retroativa é própria do Direito Penal brasileiro, pois, como diz Cezar Roberto Bitencourt, “é produto de uma construção pretoriana”, surgida, em 1961, por meio da Súmula n. 146 do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte teor: “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada, quando não há recurso da acusação”.¹ Para chegar a esse entendimento, a referida Corte de Justiça partiu da redação original do artigo 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940, segundo a qual “a prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”. Assim, explica Bitencourt, “a nossa Corte Suprema passou a admitir que a prescrição incidisse sobre lapso temporal anterior à sentença condenatória e, inclusive, antes mesmo do recebimento da denúncia ou queixa”.²

Com o advento da reforma penal de 1984, implementada por meio da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, a prescrição retroativa passou a constar expressamente do Código Penal, mais precisamente do seu artigo 110, § 2º, com o seguinte teor: “a prescrição, de que

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 777.

2 BITENCOURT, C. R. *Op. cit. idem.*

trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa”. É importante ter em mente que, nos termos do § 1º do mesmo artigo, “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”. Portanto, em sede de prescrição retroativa, resultante da combinação dos §§ 1º e 2º do artigo 110 do Código Penal, ficou estabelecido que a contagem do prazo prescricional deveria retroagir aos termos iniciais da prescrição antes de transitar em julgado a sentença, os quais estão previstos no artigo 111 do Código Penal, de modo a deixar bem claro que, apesar de prevista no artigo 110 do Código Penal, a prescrição retroativa era forma de prescrição da pretensão punitiva e não de prescrição da pretensão executória.

1.2 APLICAÇÕES DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Uma vez incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, a prescrição retroativa passou a ter ampla aplicação, de modo que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, fazia-se uma recontagem do prazo prescricional, desta vez com base na pena aplicada, o que, em regra, implicava mudança do prazo prescricional. Isso significa dizer que, enquanto a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, prevista no artigo 109 do Código Penal, levava em consideração a pena máxima cominada, a prescrição retroativa levava em consideração a pena aplicada, desde que a sentença penal condenatória houvesse transitado em julgado para a acusação.

Assim, com uma nova base de referência para a estipulação do prazo prescricional, fazia-se uma nova análise da prescrição, partindo-se dos termos iniciais previstos no artigo 111 do Código Penal.

Apesar de os §§ 1º e 2º mencionarem que a prescrição retroativa somente se verifica com a pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para a acusação, a doutrina e a jurisprudência encarregaram-se de construir a figura da prescrição

antecipada, por estimativa ou pela pena em perspectiva, possibilitando-se, assim, por meio de um pré-julgamento e da estimativa da pena a ser aplicada na futura sentença penal, o cálculo da prescrição com base nessa pena e não com base na pena máxima cominada, cujo termo inicial, conforme previsto no artigo 111 do Código Penal, era data anterior, portanto, ao recebimento da denúncia ou da queixa. Assim, a prescrição da pretensão punitiva passou ter maior amplitude que a prevista no § 2º do artigo 110 do Código Penal.

2 A REVOGAÇÃO TOTAL DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA PELA LEI N. 12.234, DE 5 DE MAIO DE 2010

No dia 5 de maio de 2010, entrou em vigor a Lei n. 12.234, que, como se sustentará neste breve ensaio, revogou totalmente o instituto da prescrição retroativa. No entanto, quando se esperava, apenas, a exclusão de um instituto penal questionável, iniciou-se uma nova discussão, em face dos entendimentos de que a revogação operada pela citada lei foi apenas parcial. Em face da polêmica e da importância da temática para todos que operam no campo do Direito Penal, sobretudo devido aos seus reflexos no âmbito processual penal, impõe-se uma análise mais aprofundada do alcance da Lei n. 12.234/10, além dos argumentos invocados pelos defensores da revogação parcial da prescrição retroativa, com vistas a que se conclua de maneira diversa, ou seja, de que essa revogação foi total e não apenas parcial.

2.1 O PROCESSO LEGISLATIVO QUE RESULTOU NA LEI Nº 12.234/10

Por meio do Projeto de Lei n. 1.383, de 2 de julho de 2003, buscou o Deputado Federal do Partido dos Trabalhadores do Rio de Janeiro e ex-Procurador-Geral de Justiça desse mesmo Estado, Antônio Carlos Biscaia, a exclusão da prescrição retroativa do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

A redação inicial do referido Projeto de Lei era a seguinte:

Art. 1º - No Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, ficam introduzidas as seguintes alterações:

I - O artigo 109 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no parágrafo único do artigo 110 deste código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:” (NR)

II - O § 1º do art. 110 passa a vigorar com a redação seguinte:

“Art. 110 -

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão.”

III - Revoga-se o § 2º do art. 110 do Código Penal.³

Fazendo referência a ser o instituto da prescrição retroativa uma iniciativa genuinamente brasileira, que não encontra paralelo em qualquer outro local do mundo, o Autor do Projeto de Lei apresenta, como justificativas da iniciativa, o fato da prescrição retroativa ser “um competentíssimo instrumento de impunidade, em especial daqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração”.

Segundo o Autor do referido Projeto de Lei, crimes como o estelionato e o peculato

reclamam uma difícil apuração, em regra exigindo que as autoridades se debruçam sobre uma infinidade de documentos, reclamando, ainda, complexos exames periciais, o que acaba redundando, quase sempre, em extinção da punibilidade, mercê da prescrição retroativa, que geralmente atinge justamente o período de investigação extra-processual.

3 BISCAIA, Antônio Carlos. Projeto de Lei n. 1.383/2003.

Explica o Deputado Antônio Carlos Biscaia, na exposição de motivos do citado Projeto de Lei, que a prescrição retroativa tem beneficiado

o grande fraudador ou o criminoso de alto poder aquisitivo, capaz de manipular autoridades e normas processuais, por meio de infundáveis recursos. Ademais, o instituto da prescrição retroativa, além de estar protagonizando uma odiosa impunidade, cada vez mais tem fomentado homens mal intencionados a enveredarem pelo ataque ao patrimônio público, cômicos de que se eventualmente a trama for descoberta a justiça tardará e, portanto, não terá qualquer efeito prático.

Em seu parecer, emitido em 31 de maio de 2005 e apresentado em 1º de junho desse mesmo ano, o relator do citado Projeto de Lei, deputado Roberto Magalhães, do então Partido da Frente Liberal (hoje Democratas) do Pernambuco, procurou ressaltar que o projeto procura “restabelecer a lógica do ordenamento jurídico, rompida com a introdução de um instituto cuja existência depende de ato posterior”, de modo que “essa prescrição torna um processo válido, se considerado à luz da prescrição comum, em inválido, em razão dos efeitos da prescrição nele reconhecida”, o que “é ilógico, porque condiciona antecipadamente a existência do processo a algo que só pode ser verificado após a sua existência”. Para ilustrar, citado Relator faz referência a uma ironia de Damásio de Jesus, citado por Fábio Guaragni, dizendo que “Isso lembra a história de um sacerdote que, na missa de sábado à noite recomendou aos fiéis que a procissão do dia seguinte seria às quatro horas da tarde, salvo se viesse a chover, caso em que ela seria realizada às nove horas da manhã”. Para esse Relator, “o projeto é conveniente e oportuno”, pois, “para iniciar um processo, deve-se ter certeza de sua utilidade, considerando a onerosidade para as partes e o incômodo causado ao réu”. É por isso, explica o Relator, que “vem se reconhecendo a existência de uma prescrição antecipada ou virtual”, que se opera, entre outras, quando, “ao preparar a denúncia, convencendo-se o promotor de que o réu será condenado próximo ao mínimo legal, desde já verifica a possibilidade de estar prescrita a ação, em razão da pena que deverá ser aplicada, pois não faz sentido fazer a denúncia com fundamento na prescrição comum e na pena máxima, se provavelmente o juiz

aplicará uma pena mínima ou próxima”.⁴

Assim como o Autor do Projeto, o Relator afirma que

o reconhecimento da ocorrência da prescrição com termo anterior à sentença (prescrição retroativa), ou o pedido de arquivamento de um processo que provavelmente se mostrará inútil (prescrição antecipada) têm como consequência uma sensação de impunidade.⁵

Aprovado, por unanimidade, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 1.383/03 foi ao Plenário, onde, após o deferimento do pedido de urgência,⁶ formulado pelo Deputado Federal Antônio Pannunzio, líder do Partido da Social Democracia Brasileira, e por outros Deputados Federais, foi discutido, recebendo 6 (seis) emendas de plenário⁷. Dessas, é

4 MAGALHÃES, Roberto. Substitutivo do Projeto de Lei nº 1.383/03.

5 MAGALHÃES, R. *Op. cit.* O relator Roberto Magalhães propôs, também, um substitutivo com intuito de transformar o inciso I do art. 110 do Código Penal em parágrafo único, e, por fim, corrigir distorção relacionada, também, ao instituto da prescrição na redação do inciso I do art. 112 do mesmo Código. No entanto, esse projeto foi rejeitado, em face da aprovação da Emenda n. 5, de autoria do Deputado Federal Guilherme Campos, do então Partido da Frente Liberal (hoje Democratas) de São Paulo, que buscava a supressão da modificação imposta pelo substitutivo da relatoria ao inciso I do artigo 112 do Código Penal, no que diz respeito ao termo inicial da prescrição da pretensão executória.

6 PANNUNZIO, Antônio. Pedido de urgência ao trâmite do Projeto de Lei n. 1.383/03.

7 A *Emenda n. 1*, datada de 6 de março de 2007, de autoria do Deputado Federal Flávio Dino, do Partido Comunista do Brasil do Maranhão, que buscava modificar a redação do artigo 109 do Código Penal, estabelecendo, como prazo mínimo da prescrição, 4 (quatro) anos (DINO, Flávio. Emenda de Plenário n. 01/2007 ao Projeto de Lei nº 1.383/03); a *Emenda n. 2*, datada de 6 março de 2007, de autoria do Deputado Federal Márcio França, Líder do Bloco PSB, PDT, PCdoB, PMN, PAN e PHS, que buscava dobrar os prazos prescricionais estabelecidos no artigo 109 do Código Penal (FRANÇA, Márcio. Emenda de Plenário n. 02/2007 ao Projeto de Lei n. 1.383/03); a *Emenda n. 3*, datada de 6 de março de 2007, de autoria também do Deputado Federal Flávio Dino, do Partido Comunista do Brasil do Maranhão, que buscava a revogação do inciso VI do artigo 109 e do § 2º do artigo 110, ambos do Código Penal (DINO, Flávio. Emenda de Plenário nº 03/2007 ao Projeto de Lei n. 1.383/03); a *Emenda n. 4*, tratada no corpo do artigo; a *Emenda n. 5*, datada de 5 de março de 2007, e apresentada no dia 6 desse mesmo mês, de autoria do Deputado Federal Guilherme Campos, do Partido da Frente Liberal (hoje Democratas) de São Paulo, que buscava a supressão da modificação imposta pelo substitutivo da relatoria ao inciso I do artigo 112 do Código Penal, no que diz respeito ao termo inicial da prescrição da pretensão executória (CAMPOS, Guilherme. Emenda de Plenário n. 05/2007 ao Projeto de Lei n. 1.383/03); e a *Emenda n. 6*, datada de 6 de fevereiro de 2007 e apresentada em 6 março desse mesmo ano, de autoria do Deputado Federal Flávio Dino, do Partido Comunista do Brasil do Maranhão, que buscava modificar a redação do artigo 109 do Código Penal, estabelecendo, como prazo mínimo da prescrição, 3 (três) anos (DINO, Flávio. Emenda de Plenário n. 06/2007 ao Projeto de Lei n. 1.383/03). Consoante o Parecer do Relator, Deputado Federal Roberto Magalhães, do então Partido da Frente Liberal (hoje Democratas) do Pernambuco, apresentado em 6 de março de 2007, foram rejeitadas as Emendas n. 1 e 2, resultando prejudicada a Emenda n. 3, e aprovadas, apenas, as Emendas n. 4, 5 e 6 (MAGALHÃES, Roberto. Parecer sobre as emendas de Plenário ao Projeto de Lei n. 1.383/03). Houve, ainda, uma Emenda de Redação, apresentada, também, em Plenário, no dia 6 de março de 2007, pelo Deputado Federal Willian Woo, do Partido da Social Democracia Brasileira de São Paulo, para que fosse incluído no *caput* do

importante ressaltar a Emenda n. 4, datada de 6 de março de 2007, de autoria do Deputado Federal do Partido Popular Socialista de Santa Catarina, Fernando Coruja, que buscava dar nova redação ao parágrafo único do artigo 110 do Código Penal, alterado pelo artigo 2º do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.383/03, a fim de que passasse a ter a seguinte redação: “Art. 110 [...] Parágrafo único. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.⁸

Segundo a justificativa dessa Emenda, “a redação original do Projeto de Lei desloca o termo inicial da contagem do prazo prescricional da data do fato para a data da publicação da sentença trântita em julgado”. A Emenda procura inovar, fazendo “com que o Estado, a despeito de sua ineficiência para o julgamento dos réus que processa, retire o benefício da prescrição da defesa, apoderando-se dela como dono do tempo do réu”. Para o Autor da Emenda, “atualmente, por exemplo, há previsão de 20 anos para que o Estado profira decisão sobre um crime cuja pena máxima seja de 12 anos”. No entanto, explica, “a despeito da longevidade, este tempo não tem sido suficiente para que o Judiciário dê uma resposta ao caso *sub judice*”. Assim, “com a aprovação do Projeto de Lei, este mesmo Estado se serviria de uma fórmula para mascarar sua ineficiência, elastecendo o prazo prescricional e, dessa forma, garantiria, a prolação da sentença em tempo legal”, razão pela qual “este artifício não garante a agilização do procedimento, o que faz o Código Penal perca um dos seus objetivos: o caráter pedagógico pela contemporaneidade da pena aplicada”. Para o Deputado Fernando Coruja, “o escopo desta emenda serve à amenização deste critério de contagem para a prescrição, considerando o seu termo inicial como o dia da denúncia ou queixa, a fim de que se garanta ao réu a segurança jurídica devida”.⁹

artigo 1º do projeto a referência ao artigo 112, em face da proposta inicial do substitutivo do relator, que alterava o citado artigo, proposta esta que não foi aprovada, ficando prejudicada, também, a referida emenda de redação (WOO, Willian. Emenda de Redação n. 01/2007 ao Projeto de Lei n. 1.383/03).

8 CORUJA, Fernando. Emenda de Plenário n. 04/2007 ao Projeto de Lei n. 1383/03.

9 CORUJA, Fernando. Emenda de Plenário n. 04/2007 ao Projeto de Lei n. 1383/03.

Aprovadas as Emendas n. 4, 5 e 6, o Projeto de Lei n. 1.383/03 foi encaminhado, em 19 de março de 2009, para a revisão do Senado Federal, com a seguinte redação:

Art. 1º Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, para excluir a prescrição retroativa.

Art. 2º Os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

[...]

VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.”(NR)

“Art. 110. [...]

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

§ 2º (Revogado).”(NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revoga-se o § 2º do art. 110 do Código Penal.¹⁰

Deve-se ressaltar que, apesar da aprovação da Emenda n. 4 antes referida, nenhuma alteração foi procedida ao artigo 1º do Projeto de Lei n. 1.383/03, permanecendo expressamente a menção à finalidade desse projeto, como sendo “excluir a prescrição retroativa”. Além disso, o mencionado projeto não propôs nenhuma modificação no artigo 111 do Código Penal, que dispõe sobre os termos iniciais da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

No Senado Federal, o projeto foi identificado como Projeto de Lei da Câmara n. 19/07, tendo o Senador Demóstenes Torres, do então Partido da Frente Liberal (hoje Democratas) de Goiás, no dia 28 de março de 2007, como Relator, após ter considerado a proposta

¹⁰ MAGALHÃES, Roberto. *Redação Final do Projeto de Lei n. 1383/03*.

oportuna e importante, ressaltado que o referido projeto de lei da Câmara (PLC) prevê que a modalidade retroativa da prescrição “tem beneficiado muitos réus em razão das incontáveis manobras jurídicas e da morosidade do Poder Judiciário”. Lembrando que “essa prescrição afasta todos os efeitos penais da condenação, e impede o Estado de executar a pena”, o Relator, no entanto, faz questão de destacar que a redação vinda da Câmara dos Deputados apenas resolveria a prescrição retroativa entre a data do crime e a data do recebimento da denúncia, isto é, quando ela ocorre durante a investigação criminal, continuando a existir na fase de instrução processual (entre o recebimento da ação penal e a sentença de 1º grau), porque não houve alteração no § 1º do art. 110 do Código Penal. Assim, “com o objetivo de acertar esse deslize”, o Relator apresentou a Emenda n. 1 da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), dando ao § 1º do artigo 110 do Código Penal, de que trata o Projeto de Lei da Câmara n. 19/07, a seguinte redação: “Art. 110 [...] § 1º A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória para acusação e defesa regula-se pela pena aplicada, não podendo em nenhuma hipótese ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão. § 2º (Revogado) (NR)”.¹¹

O parecer e a emenda da Relatoria foram aprovados, em 28 de março de 2007, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado¹², e, no Plenário dessa mesma Casa, no dia 24 de outubro de 2007, tendo a sua redação final sido aprovada nessa Casa no dia 5 de dezembro de 2007,¹³ retornando, nesta data, à Câmara dos Deputados.

Na Câmara dos Deputados, a Emenda ou o Parecer Substituto do Senado Federal foi rejeitado já na Comissão de Constituição e Justiça, no qual o Deputado Federal Eduardo Cunha, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro do Rio de Janeiro, novo relator do Projeto, emitiu, no dia 24 de novembro de 2009, parecer contrário à emenda do Senador Demóstenes Torres, por considerar equivalentes “as expressões depois de transitar em julgado a sentença condenatória e depois de transitar em julgado a sentença condenatória para

11 TORRES, Demóstenes. **Parecer do Relator ao Projeto de Lei da Câmara nº 19/2007.**

12 Parecer e a Emenda da Relatoria ao Projeto de Lei da Câmara n. 19/2007.

13 Redação Final da Emenda aprovada ao Projeto de Lei da Câmara n. 19/2007.

a acusação e defesa”, de modo a que o *caput* e o § 1º do artigo 110 do Código Penal se aplicam aos mesmos casos. Além disso, explicou o Relator, “como a norma do parágrafo da Emenda é mais rigorosa, aplicar-se-á sempre a norma do *caput*, tornando inútil o parágrafo. Então, cabe demonstrar que a norma do parágrafo é mais severa”, ressaltando, ainda, que, “caso o Poder Judiciário passe vinte anos para julgar um caso, não poderia reconhecer a prescrição ocorrida durante o processo, porque o parágrafo primeiro estaria vedando”, de modo que “haveria uma espécie de suspensão do prazo prescricional durante o processo penal”. Para o Relator, “a identidade dos fatos previstos no *caput* e no parágrafo primeiro, proposto pelo Senado, faz a Emenda injurídica”. Além disso, “a suspensão do prazo prescricional, em situações em que o Estado deveria e poderia agir, além de inconstitucional e antijurídica quando analisada quanto a prazos longos, deve ser rejeitada, no mérito, quanto aos prazos curtos”.¹⁴

Assim, sem que houvesse modificação na redação do artigo 1º do citado Projeto de Lei, que manteve a menção expressa à finalidade desse projeto, como sendo excluir a prescrição retroativa, e sem que o projeto propusesse qualquer modificação na redação do artigo 111 do Código Penal, foi aprovado o parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados no dia 10 de março de 2010,¹⁵ retomando o Projeto de Lei n. 1.383/03 a redação anterior à do Senado Federal, sendo remetido à sanção presidencial no dia 14 de abril de 2010, e sancionado em 5 de maio de 2010, transformando-se na Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, conforme a Mensagem n. 208, da Presidência da República, sendo publicada no Diário Oficial da União de 6 de maio de 2010, entrando em vigor nesta data, conforme dispõe o seu artigo 3º. É este o teor da citada Lei:

Art. 1º Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, para excluir a prescrição retroativa.

Art. 2º Os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

¹⁴ CUNHA, Eduardo. Parecer relativo à emenda do Senado Federal ao Projeto de Lei n. 1383/03.

¹⁵ Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n. 1383/2003.

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

[...]

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.”(NR)

“Art. 110. [...]

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

§ 2º (Revogado).”(NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revoga-se o § 2º do art. 110 do Código Penal.¹⁶

2.2 A EXCLUSÃO TOTAL DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA DO CÓDIGO PENAL

Com a vigência da nova Lei, surgiram problemas em relação à sua aplicação, sobretudo no que diz respeito a ter ela revogado ou não, integralmente, o instituto da prescrição retroativa. Para uma corrente, o artigo 1º da Lei n. 12.234/10 teria obstado a ocorrência da prescrição retroativa, somente, entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa.

Não obstante a existência dessa corrente de pensamento, procura-se sustentar, neste ensaio, que a prescrição retroativa está, de fato, integralmente revogada. Antes disso, no entanto, serão expostos os argumentos dos autores que sustentam o contrário, para se apontarem os equívocos desse raciocínio.

¹⁶ Mensagem n. 208 relativa à sanção da Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010.

2.2.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À REVOGAÇÃO APENAS PARCIAL DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Para os defensores da revogação parcial da prescrição retroativa, entre os quais estão Luiz Flávio Gomes, “só não é possível agora (na prescrição retroativa) contar o tempo entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa”. Para esse Autor, no entanto, “é possível ocorrer a prescrição entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença”. Dito de outra forma, para esse Autor, “não é possível contar (para a prescrição retroativa ou virtual) o prazo pré-processual (ou extraprocessual)”, ou “só é possível contabilizar o prazo processual (a partir do recebimento da peça acusatória)”. Além disso, Gomes afirma que o projeto inicial do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia acabava definitivamente com a prescrição retroativa, quando dispunha que a prescrição “não pode, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão”. No entanto, enquanto o texto do projeto original falava em “data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão”, a redação final sancionada e publicada, constante da Lei n. 12.234/10 diz que a prescrição “não pode, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”, o que significa dizer que, enquanto o projeto inicial eliminava *totalmente* a prescrição retroativa, a lei publicada e vigente derogou a prescrição retroativa, apenas, *pela metade*. Explica Gomes que “a prescrição retroativa, como sabemos, pressupõe sentença condenatória publicada e é contada para trás, com base na pena em concreto fixada”, de modo que “havia dois períodos prescricionais possíveis (na prescrição retroativa): 1º) da data do fato até o recebimento da denúncia ou queixa; e 2º) da data do recebimento da denúncia ou queixa até a publicação da sentença”. Para Gomes, esses “eram períodos prescricionais autônomos (não podem ser somados)”. O projeto do Deputado Antônio Carlos Biscaia “eliminava a possibilidade de contagem dos dois períodos prescricionais descritos”, mas “a lei publicada (*diferentemente*) só proibiu a contagem do tempo que vai da data do fato até o recebimento da denúncia ou queixa”, o que significa dizer que “eliminou

a possibilidade de prescrição retroativa *em parte*".¹⁷

Também Valter Kenji Ishida sustenta que, com o advento da Lei n. 12.234/10, a prescrição retroativa somente foi revogada entre a data da consumação do fato criminoso e o recebimento da denúncia ou queixa, de modo que "o juiz ou tribunal só admite a extinção da punibilidade entre esses dois termos com base na *pena máxima* a ser aplicada", o que significa dizer que, "depois de aplicar a pena em concreto, o juiz não pode mais considerar a prescrição entre esses dois termos, com base na pena aplicada na sentença por expressa disposição do § 1º do art. 110". Para esse Autor, o juiz ou o tribunal

poderá, contudo, considerar entre a data da denúncia ou queixa e a data da decisão de pronúncia e entre esta e a data da publicação da sentença a prescrição retroativa, de modo que é "incorreto o texto do art. 1º da Lei n. 12.234/10 que fala em "excluir a prescrição retroativa". Deveria ter falado em "excluir a prescrição retroativa entre a data do fato e do recebimento da denúncia ou queixa". Se o escopo fosse o banir totalmente a prescrição retroativa, deveria ter copiado a redação do CP de 1969, incluindo a expressão 'daí por diante'.¹⁸

Diferente não é o entendimento de Marcelo Yukio Misakia, segundo o qual "a lei em comento extinguiu parcialmente a prescrição retroativa da pretensão punitiva", isso porque "eliminou a possibilidade da prescrição retroativa em data anterior ao recebimento da denúncia ou queixa (art. 110, § 1º, do CP). Portanto, antes desse marco [*sic*] não há que se falar em prescrição retroativa". Para esse Autor, "a Lei n. 12.234/2010 não proibiu a prescrição em abstrato antes do oferecimento da denúncia. Já para o período posterior ao oferecimento da denúncia, a prescrição retroativa poderá incidir". Para Misakia, "a norma ratificou entendimento de inexistência da prescrição virtual ou antecipada, questão também pacificada no STJ com a súmula 438 recentemente editada". Explica esse Autor que "a prescrição antecipada era utilizada como fundamento para que o titular da ação penal deixasse de propor a denúncia ou queixa", isso porque, "com a pena provavelmente a ser aplicada, já se antevia o transcurso do prazo prescricional entre a data do fato e o

17 GOMES, Luiz Flávio. Prescrição retroativa e virtual: não desapareceram completamente.

18 ISHIDA, Valter Kenji. Primeiras reflexões sobre a prescrição retroativa e a novíssima Lei 12.234, de 5 de maio de 2010.

recebimento da inicial acusatória”, de modo a deixar evidenciada “a inutilidade da ação e a ausência de interesse de agir”. Doravante, explica Misakia, “como não se pode aplicar a prescrição retroativa antes do oferecimento da denúncia ou queixa, s.m.j., não há mais fundamento à prescrição virtual”.¹⁹

2.2.2 A REFUTAÇÃO DA TESE DA REVOGAÇÃO PARCIAL E A DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DA REVOGAÇÃO TOTAL DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Sustenta-se, no presente ensaio, que as posições referidas anteriormente são equivocadas e que a prescrição retroativa está de todo excluída do ordenamento jurídico-penal brasileiro, não somente porque o artigo 1º da Lei n. 12.234/10 assim o estabelece expressamente, mas, principalmente, porque o texto da nova legislação penal que regula a matéria não comporta interpretação diversa, se observada a melhor técnica jurídica, sobretudo a interpretação que deve ser realizada de forma sistêmica com os artigos 111 e 117 do Código Penal.

Cabe ressaltar, primeiramente, que o artigo 1º da Lei n. 12.234/10 estabelece, claramente, que “Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para excluir a prescrição retroativa” (o grifo não está na redação original). Portanto, não há dúvida que a citada Lei tem como finalidade, indicada pela preposição “para”, a exclusão da prescrição retroativa do Código Penal.

Deve-se destacar que essa especial finalidade não constou do texto do artigo 1º do Projeto de Lei n. 1.383/03, de autoria do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, mas foi mencionada na justificativa do citado projeto, quando o referido Parlamentar fez questão de assinalar que o referido projeto de lei “propõe a revogação do disposto no artigo 110, § 2º, do Código Penal, dispositivo legal que consagrou o instituto da ‘prescrição retroativa’”.²⁰ A incorporação desse especial propósito da referida disposição legal ocorreu por meio do

19 MISAKA, Marcelo Yukio. Lei 12.234/2010. Prescrição retroativa.

20 BISCAIA, Antônio Carlos. Projeto de Lei n. 1.383/03.

substitutivo do relator, Deputado Federal Roberto Magalhães,²¹ que se manteve na redação final e constou do texto da Lei n. 12.234/10.

Para Valter Kenji Ishida, no entanto, conforme já mencionado no subitem anterior, o texto do artigo 1º da Lei n. 12.234/10 é incorreta, pois, em vez de mencionar a exclusão da prescrição retroativa, deveria ter mencionado a exclusão da prescrição retroativa entre a data do fato e do recebimento da denúncia ou queixa.²²

O raciocínio realizado por Ishida, no tocante à incorreção do texto do artigo 1º da Lei n. 12.234/10, parte da interpretação realizada do novo texto do artigo 110 do Código Penal, invertendo-se, assim, o sentido sobre o teor do citado artigo 1º, de modo a se desprezar o sentido claro presente no neste artigo, em face do sentido atribuído na interpretação da nova redação do § 1º do artigo 110 do Código Penal.

Cabe destacar, no entanto, dois aspectos: primeiramente, a clareza do artigo 1º da Lei n. 12.234/10, quanto ao propósito de o legislador de excluir a prescrição retroativa do Código Penal, cujo sentido não pode ser alterado por qualquer interpretação que se faça da nova redação do § 1º do artigo 110 do Código Penal, atribuída pela mesma Lei; e o segundo, que a interpretação atribuída ao novo texto do § 1º do artigo 110 do Código Penal, desde que observada a técnica jurídica, não comporta sentido diverso que não o de que a prescrição retroativa foi, de fato e de direito, revogada integralmente, sendo, como determina o artigo 1º da Lei n. 12.234/10, excluída do Código Penal.

Quanto ao primeiro aspecto, deve-se ressaltar que, se é claro o artigo 1º da Lei n. 12.234/10, quanto ao propósito de excluir a prescrição retroativa do Código Penal, não pode o intérprete inverter ou desconsiderar esse propósito na sua interpretação, até mesmo porque, como é sabido, no meio jurídico, as palavras da lei não podem ser desprezadas, pois não estão no texto da lei sem finalidade, porquanto, se aí estão é porque são úteis à sua aplicação.

No entanto, por estar tal entendimento relacionado com a in-

21 MAGALHÃES, Roberto. Substitutivo do Projeto de Lei n. 1.383/03.

22 ISHIDA, Valter Kenji. *Primeiras reflexões sobre a prescrição retroativa e a novíssima Lei 12.234, de 5 de maio de 2010.*

interpretação realizada acerca da nova redação do § 1º do artigo 110 do Código Penal, atribuída, também, pela Lei n. 12.234/10, deve-se adentrar no segundo aspecto, a fim de demonstrar que a técnica jurídica comporta, somente, interpretação no sentido de que a prescrição retroativa está, de fato, excluída do Código Penal.

Conforme já mencionado, Luiz Flávio Gomes procura sustentar que, enquanto o projeto inicial do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia eliminava totalmente a prescrição retroativa do Código Penal, quando dispunha que a prescrição “não pode, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão”, a redação final sancionada e publicada, constante da Lei n. 12.234/10, ao dispor que a prescrição “não pode, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”, derrogou apenas parcialmente a prescrição retroativa, isso porque essa modalidade de prescrição “pressupõe sentença condenatória publicada e é contada para trás, com base na pena em concreto fixada”. Assim, “havia dois períodos prescricionais possíveis (na prescrição retroativa): 1º) da data do fato até o recebimento da denúncia ou queixa; 2º) da data do recebimento da denúncia ou queixa até a publicação da sentença”, os quais “não podem ser somados”, de modo que a lei publicada “só proibiu a contagem do tempo que vai da data do fato até o recebimento da denúncia ou queixa”, o que significa dizer que “eliminou a possibilidade de prescrição retroativa *em parte*”.

Há, no entanto, equívoco nesse raciocínio, uma vez que esse não levou em consideração a totalidade das regras que regulam o complexo instituto da prescrição penal, em especial, as que dispõem sobre os termos iniciais e sobre os marcos interruptivos dessa causa de extinção da punibilidade. Na realidade, mencionado articulista confundiu termos iniciais com marcos interruptivos da prescrição, o que afronta a técnica jurídica, pois não se pode negar que esses marcos temporais da prescrição penal são, de fato, distintos, tanto que previstos em dispositivos diversos, isto é, no artigo 111 e no artigo 117 do Código Penal.

Na realidade, a lei penal, mais especificamente a Lei nº 7.209/84, ao dispor sobre a prescrição penal nos artigos 109 a 119 do Código Penal, além de distinguir a prescrição antes de transitar em julga-

do a sentença penal condenatória (artigo 109 do Código Penal) e a prescrição depois de transitar em julgado essa sentença (artigo 110 do Código Penal), dispôs, também, entre outros, sobre os termos iniciais de cada uma dessas espécies de prescrição; os seus marcos interruptivos; os seus marcos suspensivos; os prazos prescricionais; e as causas de redução e de aumento desses mesmos prazos.

A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, foi denominada, na Dogmática Penal, de prescrição da pretensão punitiva do Estado, enquanto que a prescrição, depois de transitar em julgado essa mesma sentença, foi denominada de prescrição da pretensão executória do Estado. São espécies de prescrição que produzem efeitos distintos, de modo que, enquanto a primeira – a prescrição da pretensão punitiva – alcança a pretensão punitiva e todas as consequências que possam advir de eventual condenação, tais como: a pena em seu sentido estrito, os efeitos secundários e a perda da primariedade do condenado, a segunda – a prescrição da pretensão executória – alcança, apenas, a pena *stricto sensu*, permanecendo os demais efeitos da condenação. A prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória são espécies de prescrição que têm seus próprios termos iniciais, marcos interruptivos e suspensivos e particularidades de contagem do prazo prescricional.

Deve-se ter em mente, ainda, que a prescrição da pretensão punitiva, até o dia 6 de maio de 2010, data da vigência da Lei n. 12.234/10, dividia-se em prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, em prescrição da pretensão punitiva intercorrente, subsequente ou superveniente e em prescrição da pretensão punitiva retroativa.

A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, que permanece em vigor no Código Penal, está regulada no artigo 109 do Código Penal, sendo o prazo prescricional calculado com base na pena máxima cominada no tipo penal, levando em consideração os diversos prazos estabelecidos nos incisos desse mesmo artigo. Essa prescrição pode ocorrer antes da prolação da sentença penal condenatória ou depois desta, desde que antes do seu trânsito em julgado para a acusação.

A prescrição da pretensão punitiva intercorrente, subsequente ou superveniente, que também persiste no Código Penal, consoante a regra do artigo 110, § 1º, do Código Penal, é a que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, sendo calculada com base na pena aplicada na sentença, também levando em consideração os prazos estabelecidos no artigo 109 antes referido. Essa prescrição é assim denominada, por ocorrer após a publicação da sentença penal condenatória e por ter como pressuposto o trânsito em julgado dessa mesma sentença somente para a acusação. Trata-se de hipótese possível de ocorrer quando somente a defesa recorre da sentença penal condenatória e a tramitação do recurso se estende no tempo, ou quando, por algum problema, não se consegue concretizar a intimação da defesa ou do acusado. É uma modalidade da prescrição da pretensão punitiva, pois o seu termo inicial está previsto no artigo 111 do Código Penal, com uma particularidade, pois, quando transitada em julgado a sentença penal condenatória para a acusação, o prazo prescricional deixa de ser regulado pela pena máxima cominada e passa a sê-lo pela pena aplicada na sentença penal condenatória. Há, assim, apenas, uma mudança da base de aferição do prazo prescricional, que passa a ser regulado pela pena aplicada na sentença penal condenatória transitada em julgado para a acusação e não mais pela pena máxima cominada no tipo penal.

Por fim, havia a prescrição da pretensão punitiva retroativa, que foi excluída do Código Penal por força da Lei n. 12.234/10 e era regulada pela pena aplicada na sentença condenatória, desde que transitada esta para a acusação, retroagindo a contagem do prazo prescricional, por força do § 2º do artigo 110 do Código Penal (revogado pela referida Lei) aos termos iniciais anteriores à data do recebimento da denúncia ou da queixa.

Como se pode perceber, a prescrição da pretensão punitiva retroativa, assim como a prescrição da pretensão punitiva intercorrente, subsequente ou superveniente, eram modalidades de prescrição da pretensão punitiva, apesar de estarem previstas no artigo 110 do Código Penal, que trata da prescrição depois de transitada em julgado a sentença penal condenatória. Portanto, não se pode perder de vista que, apesar de estar prevista nesse artigo, a prescrição

retroativa, a exemplo da prescrição intercorrente, subsequente ou superveniente, era modalidade de prescrição da pretensão punitiva e não de prescrição da pretensão executória, pois ocorria antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exigindo-se, apenas, o trânsito em julgado para a acusação.

Para os propósitos deste ensaio, é necessário sublinhar que o Código Penal mencionou expressa e separadamente os termos iniciais e as causas ou os marcos interruptivos da prescrição penal, pois, ao contrário do que sustentam alguns, são marcos temporais distintos relacionados a esse instituto. Os primeiros, ou seja, os termos iniciais, são marcos a partir dos quais se *inicia* a contagem do prazo prescricional. Os segundos, isto é, as causas ou os marcos interruptivos da prescrição, por sua vez, *interrompem* a contagem do prazo prescricional *já iniciado*, reiniciando-se nova contagem. Em suma, nos termos iniciais, inicia-se a contagem o prazo prescricional, enquanto que, nas causas impeditivas ou interruptivas, *reinicia-se* a contagem desse mesmo prazo.

Os termos iniciais da prescrição da pretensão punitiva estão previstos no artigo 111 do Código Penal, podendo ser: o dia em que o crime se consumou; no caso da tentativa, o dia em que cessou a atividade criminosa; nos crimes permanentes, o dia em que cessou a permanência; e, nos crimes de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, a data em que o fato se tornou conhecido. Os termos iniciais da prescrição da pretensão executória, por sua vez, estão relacionados no artigo 112 desse mesmo diploma legal, quais sejam: o dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; e o dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

As causas ou os marcos interruptivos da prescrição penal, diferentemente, estão previstos no artigo 117 do Código Penal e consistem no recebimento da denúncia ou da queixa, na pronúncia, na decisão confirmatória da pronúncia, na publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, no início ou na continuação do cumprimento da pena e na reincidência.

Tais causas ou marcos *interruptivos* da prescrição penal se distinguem das causas ou marcos *suspensivos* da prescrição, pois, enquanto aqueles implicam em *recomeço* da contagem do prazo prescricional, desprezando-se o prazo já transcorrido antes da ocorrência do respectivo marco temporal, estes, apenas, *suspendem* a contagem desse prazo, continuando-se a sua contagem do momento da suspensão, somando-se, portanto, o prazo anterior à suspensão ao posterior. As causas impeditivas ou suspensivas da prescrição penal estão previstas no artigo 116 do Código Penal, consistindo, antes do trânsito em julgado da sentença final, na instauração de outro processo que discuta questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime e no cumprimento de pena pelo agente no estrangeiro. Depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, constitui causa impeditiva ou suspensiva da prescrição o fato de estar o condenado preso por outro motivo.

Em face das diferenças existentes entre os termos iniciais e as causas ou marcos interruptivos da prescrição penal, esses marcos temporais mereceram, também, tratamento jurídico distinto. É que, como já dito, o termo inicial faz *iniciar* a contagem do prazo prescricional, enquanto que a causa interruptiva faz *reiniciar* essa contagem. O termo inicial marca, portanto, o *início* da contagem do prazo para o exercício da pretensão punitiva, sem o qual não há punibilidade, e, por isso, a pretensão punitiva não pode ser exercida. Já a causa interruptiva é um marco temporal do *reinício* da contagem desse prazo, o que deixa evidenciado que, antes desse marco, a punibilidade já existia, de modo que a pretensão punitiva já podia ter sido exercida. A ocorrência do recebimento da denúncia ou da queixa, a prolação de decisão de pronúncia ou mesmo a sua confirmação, ou, ainda, a publicação da sentença ou do acórdão condenatório recorrível, como, também, o início do cumprimento da pena ou, por fim, a reincidência são acontecimentos que recarregam o prazo prescricional, fazendo com que a pretensão punitiva do Estado crie fôlego, com o recomeço da contagem do prazo prescricional, uma vez que, reiniciada a contagem desse prazo, despreza-se o tempo transcorrido antes do surgimento da causa interruptiva. Já a ocorrência de um marco suspensivo ou impeditivo da prescrição apenas impede a contagem do prazo prescricional durante certo período.

É importante, portanto, para os propósitos do presente ensaio, que se tenha em mente, com a devida clareza, que nenhum prazo prescricional pode ser interrompido, se não houver ocorrido o início da sua contagem, pela existência de um termo inicial, não se podendo confundir as duas espécies de marcos temporais, até mesmo porque termos iniciais e causas interruptivas da prescrição estão previstos em artigos distintos do Código Penal.

Assim, enquanto a contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva sempre se inicia com base em um dos marcos previstos no artigo 111 do Código Penal, a sua interrupção, depois de iniciada essa contagem, pode ocorrer nas hipóteses previstas no artigo 117 desse mesmo diploma legal.

É exatamente essa distinção que permite classificar a prescrição retroativa como modalidade de prescrição da pretensão punitiva, pois, em que pese estar prevista, antes da vigência da Lei n. 12.234/10, no artigo 110, § 2º, do Código Penal, dispunha este parágrafo que o seu termo inicial podia ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Tratava-se, portanto, de uma norma que, na realidade, impedia o Estado-Juiz de continuar exercendo a pretensão punitiva, por ter sido extinta a punibilidade pelo transcurso do tempo.

Assim, transitada em julgado a sentença penal condenatória para a acusação, retroagia-se a contagem da prescrição penal ao termo inicial, agora, no entanto, regulando-se pela pena aplicada, o que implicava alteração do prazo prescricional, isso porque, a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita leva em consideração a pena máxima cominada no tipo penal, enquanto que a prescrição da pretensão punitiva retroativa, assim como ocorre, ainda, com a intercorrente, subsequente ou superveniente, levava em consideração a pena aplicada na sentença penal condenatória, desde que transitada esta para a acusação.

A Lei n. 12.234/10, por meio do seu artigo 2º, revogou expressamente o § 2º do artigo 110 do Código Penal, excluindo, assim, do Código Penal o instituto da prescrição retroativa, cujo propósito da referida Lei está expressamente anunciado no seu artigo 1º. Esse é o

ponto crucial que deve ser ressaltado no referido diploma legal, com vistas à revogação do instituto da prescrição retroativa.

Não se pode esquecer que o § 2º do artigo 110 do Código Penal dispunha que “a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa”.

Como se não bastasse, essa mesma Lei modificou a redação do § 1º do artigo 110 do Código Penal, que resultou na seguinte redação: “§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo ter como termo inicial data anterior a do recebimento da denúncia ou da queixa ” (o grifo não está na redação original). O que a nova Lei estabeleceu foi uma proibição, exatamente inversa à permissão contida na redação do § 2º do artigo 110 do Código Penal, que foi revogado pela Lei n. 12.234/10, ficando claro, assim, que a contagem do prazo prescricional da prescrição intercorrente, subsequente ou superveniente não podia sofrer uma recontagem do prazo prescricional, transformando-se em nova prescrição retroativa.

Era dispensável essa norma proibitiva, pois a prescrição intercorrente, subsequente ou superveniente, conforme já salientado, não é modalidade de prescrição retroativa, mas sim de prescrição da pretensão punitiva que somente se opera após a publicação da sentença penal condenatória, desde que haja o trânsito em julgado para a acusação e com base na pena aplicada nessa mesma sentença.

É conhecida, no entanto, conforme já mencionado, a redação original do Projeto de Lei n. 1.383/03, no sentido de que a proibição da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva intercorrente, subsequente ou superveniente não podia ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão. Por força da Emenda n. 4 ao referido Projeto de Lei, apresentada pelo Deputado Federal Fernando Coruja e que foi aprovada sendo incorporada ao texto da lei, a proibição passou a referir-se ao termo inicial anterior à data do recebimento da denúncia ou da queixa e não mais à data da publicação da sentença ou do acórdão.

Para alguns, essa divergência entre o projeto original e a emen-

da mencionada implicou apenas a revogação parcial da prescrição retroativa, que continuaria possível entre os marcos ou as causas interruptivas e não mais entre o termo inicial e o recebimento da denúncia ou da queixa.

Essa, no entanto, não é a interpretação que possa ser considerada tecnicamente mais adequada, pois vem *de* encontro aos propósitos tanto do projeto original quanto da lei finalmente aprovada, que buscou, acima de tudo, excluir a prescrição da pretensão punitiva retroativa, como, de fato, ocorreu, mediante a revogação do § 2º do artigo 110 do Código Penal.

Deve-se ressaltar que a divergência entre o projeto inicial e a Emenda n. 4, quanto à proibição da retroação da contagem do prazo prescricional a termo inicial, se anterior à data da publicação da sentença ou do acórdão, conforme o projeto original, ou se anterior à data do recebimento ou da denúncia, conforme a redação final, não justifica nenhuma interpretação que possa implicar a reinstituição da prescrição retroativa. É que, qualquer que seja a hipótese, em se tratando de prescrição antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o termo inicial somente se dá em alguma das hipóteses do artigo 111 do Código Penal, que somente pode ocorrer antes da data do recebimento da denúncia ou da queixa e, conseqüentemente, da data da publicação da sentença ou do acórdão. Assim, quando o § 1º do artigo 110 do Código Penal, com a redação imposta pela Lei n. 12.234/10, estabelece que “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo ter como termo inicial data anterior a do recebimento da denúncia ou da queixa”, está, na realidade, proibindo a recontagem do prazo prescricional. Admitir que a contagem do prazo prescricional inicie na data do recebimento da denúncia ou da queixa é transformar uma causa ou marco interruptivo da prescrição em termo inicial, diferente do previsto no artigo 111 do Código Penal. Se assim o quisesse, o legislador teria inserido entre as hipóteses desse artigo o recebimento da denúncia ou da queixa. Se o prazo prescricional não começou a fluir, em face da proibição legal no sentido de que a prescrição, na hipótese do § 1º do artigo 110 do Código Penal, não pode ter por ter-

mo inicial data anterior a do recebimento da denúncia ou da queixa, então não se pode, por meio da interpretação, transformar em termo inicial a data do recebimento da denúncia ou da queixa, considerada pelo legislador, somente, como causa interruptiva da prescrição.

Assim, a inclusão da referida norma proibitiva de retroação da contagem do prazo da prescrição, embora desnecessária, tem, apenas, o propósito de deixar claro que a prescrição retroativa não poderia ser reinstituída, pela via da interpretação, a exemplo do ocorrido por meio da Súmula n. 146 do Supremo Tribunal Federal, e não, como querem alguns, de permitir a prescrição retroativa.

Por isso, está fora do propósito do Projeto de Lei n. 1.383/83 e, sobretudo, da Lei n. 12.234/10, o que contraria, também, a lógica legislativa e, especialmente, a lógica penal, sustentar que essa Lei revogou apenas parcialmente a prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, pois isso significaria dizer que tal lei, ao mesmo tempo em que revogou o § 2º, que tratava especificamente da prescrição retroativa, teria transformado a prescrição da pretensão intercorrente, subsequente ou superveniente em retroativa.

Outro argumento usado para justificar a revogação apenas parcial da prescrição retroativa está relacionado com a prescrição antecipada ou com a prescrição em perspectiva ou pela estimativa da pena. É o que sustenta Misakia, conforme anteriormente já mencionado, segundo o qual, doravante, “como não se pode aplicar a prescrição retroativa antes do oferecimento da denúncia ou queixa, s.m.j., não há mais fundamento à prescrição virtual”.²³

Não merece prosperar, também, essa argumentação, pois, se vingasse a tese de que a prescrição retroativa é possível entre a data do recebimento da denúncia ou da queixa e os marcos que lhe sucederem, a falta de interesse poderia existir e fulminar a ação penal, depois, portanto, do momento em que esta se instaurar. Não faria sentido buscar eliminar a prescrição penal antes da data do recebimento da denúncia ou da queixa e permiti-la depois desse marco temporal, até mesmo porque, como se sabe, é considerável o número de processos penais em trâmite nos quais ocorre a prescrição penal,

23 MISAKA, Marcelo Yukio. Lei 12.234/2010. **Prescrição retroativa.**

sobretudo a retroativa. O que se quis, na verdade, foi eliminar, por completo, a prescrição retroativa, e não apenas em relação ao período que antecede ao recebimento da denúncia ou da queixa.

Em síntese, pode-se afirmar que a Lei n. 12.234/10 revogou totalmente a prescrição retroativa, excluindo-a do Código Penal, tanto porque esse propósito constou expressamente do seu artigo 1º quanto porque a prescrição retroativa encontrava respaldo, somente, no § 2º do artigo 110 do Código Penal, que foi revogado, expressamente, pela Lei n. 12.234/10. Além disso, essa Lei, ao proibir que a prescrição intercorrente, subsequente ou superveniente tivesse por termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa criou óbices à interpretações que pudesse levar à reinstituição da prescrição retroativa, uma vez que a impossibilidade da contagem dessa modalidade de prescrição ter por termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa obsta por completo qualquer tentativa de transformar esse marco temporal, que é típica causa interruptiva da prescrição, conforme o artigo 117, I, do Código Penal, em termo inicial da prescrição retroativa, até mesmo porque esse marco temporal não está previsto, como tal, no rol de hipóteses do artigo 111 do Código Penal.

3 CRÍTICA AO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A revogação do instituto da prescrição retroativa está em consonância com a crítica que se pode realizar a esse instituto penal, exposta, em parte, tanto no Projeto de Lei n. 1.383/03 quanto nas Emendas apresentadas a esse mesmo projeto e na motivação dos pareceres das Relatorias, mas que carece ainda de um aprofundamento.

3.1 OS FUNDAMENTOS E AS CRÍTICAS AO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO PENAL

Qualquer crítica que se faça ao instituto da prescrição retroativa pressupõe os fundamentos do instituto da prescrição penal em seu

sentido mais amplo, os quais estão intimamente relacionados com a ideia de que a punibilidade, ou seja, a possibilidade de aplicação de uma pena ao autor de uma conduta delitiva ou contravencional não pode, em regra, perdurar eternamente, tal qual a *Espada de Dâmocles*,²⁴ sem prazo para ser exercido pelo Estado.

A propósito, o classicismo penal, especialmente a obra de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (1764), já dispunha sobre a necessidade de se limitar no tempo a possibilidade de punir o autor das condutas concretas que se ajustem às hipóteses descritas nos tipos penais, uma vez que “a obscuridade que envolveu por muito tempo o delito diminui muito a necessidade do exemplo, e permite devolver ao cidadão sua condição e seus direitos com o poder de torná-lo melhor”.²⁵

24 Conselheiro da corte de *Dionísio o Velho*, tirano de Siracusa, célebre ao longo da história, pelo lendário episódio da *Espada de Dâmocles*, que se tornou uma expressão que significa perigo iminente. Relatado por Cícero, em *Tusculanae disputationes*, e por outros clássicos, o acontecimento é resumido assim: era uma vez, um rei chamado Dionísio, monarca de Siracusa, a cidade mais rica da Sicília. Vivia num palácio cheio de requintes e de coisas bonitas, atendido por uma criadagem sempre disposta a fazer-lhe às vontades. Naturalmente, por ser rico e poderoso, muitos siracusanos invejavam a sorte do soberano e *Dâmocles*, que era dos melhores amigos de Dionísio, e dizia-lhe freqüentemente: - Que sorte a sua! Você tem tudo que se pode desejar. Só pode ser o homem mais feliz do mundo! Dionísio foi ficando cansado de ouvir esse tipo de conversa e então lhe propôs que ocupasse seu lugar por uma única noite, o que foi prontamente aceito. E então, no dia seguinte, foi levado ao palácio e todos os criados reais lhe puseram na cabeça as coroas de ouro. Ele sentou-se à mesa na sala de banquetes e foi-lhe servida lauta refeição. Nada lhe faltou ao seu bel-prazer. Havia vinhos requintados, raros perfumes, lindas flores e música maravilhosa. Recostou-se em almofadas macias. Sentiu-se o homem mais feliz do mundo. Ocupou, assim, o lugar do tirano, recebendo todas as honras correspondentes ao cargo. No meio de sua euforia, levantou os olhos e viu, assustado, que, presa ao teto apenas por uma linha, uma enorme espada pendia sobre ele. Provavelmente o sorriso fugiu-lhe dos lábios e o rosto empalideceu, suas mãos estremeeceram, esqueceu-se da comida, do vinho, da música. A lâmina brilhava, apontando diretamente para seus olhos. Ele foi se levantando, pronto para sair correndo, mas deteve-se tremendo que um movimento brusco pudesse arrebentar aquele fiozinho fino e fizesse com a espada lhe caísse em cima. *Dionísio*, então, explicou-lhe que via aquela espada todos os dias, sempre pendente sobre sua cabeça, pois sempre haveria a possibilidade de alguém ou alguma coisa partir o fio. Por exemplo, um dos seus conselheiros poderia ficar invejoso do seu poder e tentar lhe matar, as pessoas poderiam espalhar mentiras a respeito do rei para jogar o povo contra ele, um reino vizinho tomasse seu trono etc. E assim, muitas outras situações de risco poderiam acontecer. Para ser rei precisava-se estar disposto a aceitar esses riscos, levar uma vida cheia de ameaças e que, se ele queria exercer tal função, mesmo que por uma só noite, tinha de suportar a presença inquietante da espada durante todo o banquete. Até o fim de seus dias, o conselheiro da corte não voltou a querer trocar de lugar com o rei, nem por um instante sequer (<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/Damocles.html>). O propósito da alegoria, como é fácil notar, não é de retratar, apenas, o perigo iminente, mas sim que esse perigo, muitas vezes, não é percebido por muitos, que, invejosos, visualizam, somente, o lado bom da vida dos outros. Essa alegoria, no entanto, tem sido usada no âmbito do Direito Penal, especialmente para explicar a prescrição penal, uma vez que o direito-dever punir do Estado representa um perigo para o acusado ou condenado, ao qual, todavia, não pode o acusado ou condenado ficar eternamente exposto.

25 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Bauru: Edipro, 1993. p. 41.

Embora propugne que “o transcurso de um tempo determinado não seja por si só nenhuma razão jurídica para anular o crime nem sua pena”, também Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, em seu *Tratado de Direito Penal* (1801), ressalva que, “se o autor permanecer desconhecido para o tribunal ou a investigação ou a resolução resultante é omitida por culpa do juiz, e se desde o momento da prática da infração houver transcorrido o prazo legal”, bem como, se “o infrator houver demonstrado durante esse transcurso uma boa conduta ininterruptamente, deverá, então, ser declarado livre de pena, ressalvados os direitos do afetada à satisfação privada”.²⁶

Fazendo distinção entre a prescrição da ação (ou da pretensão punitiva) e prescrição da pena ou da condenação (ou da pretensão executória), outro grande expoente do classicismo, Francesco Carrara, no seu “Programa do Curso de Direito Criminal” (1859), afirma que “a prescrição da *ação*, segundo a doutrina, é tolerável, porque, faltando o pronunciamento judicial, não há certeza sobre a culpabilidade”. Assim, explica Carrara, “duvidam os cidadãos se aquele homem é um culpado afortunado, ou uma infeliz vítima de suspeita injusta”, de modo que “convém extinguir uma *ação* que por tanto tempo se manteve inerte, e que se desejaria renovar quando o tempo tornou mais árduo o conhecimento da verdade”. Para esse autor, “as razões da prescrição da *ação* são duas: 1º – a *cessação do interesse social* da punição; 2º – o perigo de que o inocente, pelo exercício retardado da *ação*, não se possa defender”.²⁷

No que diz respeito à prescrição da *pena*, afirma Carrara que a sua razão de existir estaria na “*cessação seu fim*”, pois “com boa razão se calcula que o efeito da eliminação de um homem, conquanto culpado, será, no público, a universal piedade, quando o tempo tenha

26 FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 1989. p. 415: “El transcurso de un tiempo determinado no es por si solo ninguna razón jurídica para cancelar el crimen ni pena. [...] se el autor permaneciese desconocido para el tribunal o la investigación o resolución resultante es omitida por culpa del juez, y si desde el momento de la comisión de la infacción hubiessen transcurrido los términos establecidos [...] y además, el infractor hubiese demostrado durante su transcurso una buena conducta ininterrumpida, deberá, entonces, ser declarado libre de pena, quedando a salvo los derechos del afectado a la satisfacción privada”.

27 CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Campinas: LZN, 2002. v II. p. 186 e 193.

enfraquecido o horror pelo delito”.²⁸

Mesmo a escola positiva, que não tem como proposta principal a limitação do poder punitivo, mas, sim, a eliminação ou redução da criminalidade, atribui razão para a existência do instituto da prescrição penal, no entanto, como ressaltado por Rafeale Garofalo, na sua “Criminologia” (1885), esse instituto somente pode ser aplicado “em cada caso”, devendo ser analisadas as “necessidades da tutela social”. Assim, esse Autor “exclui a pena por inútil quando pode adquirir-se a prova da completa emenda do réu; pelo contrário exclui da prescrição todos os delinquentes que pela sua conduta ulterior hajam confirmado o diagnóstico de incorribilidade”.²⁹

Outro grande expoente da escola positiva, Enrico Ferri, nos seus “Princípios de Direito Criminal” (1928), considera o instituto da prescrição penal contrário aos propósitos da defesa social, “que os criminalistas têm copiado mal do direito civil, que tende a precisar e fixar relações jurídicas dos cidadãos, mas não tem por missão a defesa social”. Não obstante sustente que fixação dos prazos prescricionais deva “também ser subordinado à periculosidade do delinquente”, Ferri admite que, caso não se tenha exercido a ação penal ou não executado a sentença penal ou a condenação definitiva, na maior parte dos casos, este tempo decorrido além de diminuir e terminar o alarme social, até mesmo a recordação do crime, dificultando a colheita das provas, pode, também, “demonstrar a cessação da periculosidade por parte do acusado ou do condenado, se este, entretanto, se abstém de praticar outros crimes”.³⁰

Como se percebe, tanto clássicos quanto positivistas admitem que o tempo é o alçó do direito-dever de punir do Estado. Diz-se, assim, que esse direito-dever tem prazo para ser exercido pelo Estado, o que significa dizer que a *Espada de Dâmocles* deve ficar pendente sobre a cabeça do acusado ou do condenado por prazo certo ou determinado. Trata-se, pois, de um fundamento do instituto da prescrição penal que guarda relação com a necessidade de garantir o

28 CARRARA, F. *Op. Cit.* p. 187 e 188.

29 GAROFALO, Rafeale. **Criminologia: estudo do delito e da repressão penal**. Campinas: Peritas, 1997. p. 285.

30 FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. 2. ed. São Paulo: Book-seller, 1999. p. 158.

indivíduo diante do poder punitivo estatal, embora a escola positiva tenha estabelecido que essa garantia não possa prevalecer diante da necessidade de defesa social.

Assim, a partir do momento em que se estabelecem prazos para o exercício da pretensão punitiva, ao tempo em que garante o indivíduo diante da punibilidade, que persiste apenas por determinado tempo, também se cria a possibilidade de não ser punida determinada conduta, se a pretensão punitiva ou a pretensão executória não for exercida no tempo estabelecido. Em outros termos, estabelece-se um conflito entre o indivíduo e o poder punitivo estatal, pois, enquanto a ampliação do prazo prescricional expõe o indivíduo à amplitude do poder punitivo estatal, a diminuição desse prazo garante, cada vez mais, o indivíduo diante desse poder, diminuindo o campo da punibilidade.

Outra razão para a existência do instituto da prescrição penal está relacionada com a necessidade de que a pretensão punitiva ou executória seja exercida o mais rapidamente possível, atendendo-se, assim, ao princípio da celeridade processual, a fim de que não haja prejuízo ao relato das testemunhas e à lembrança social do próprio fato, o que se faz necessário para o restabelecimento da confiança da sociedade lesada pela prática da conduta pelo acusado ou condenado (prevenção geral positiva), ou mesmo para que a pena aplicada concretamente possa efetivamente constituir retribuição lícita ao mal causado com a prática da conduta ou exercer o efeito intimidatório ou de neutralização (prevenção especial negativa) ou, ainda, de ressocialização (prevenção especial positiva). O estabelecimento de prazos para o exercício da pretensão punitiva, portanto, exerce um efeito sobre o Estado, no sentido de que sua ação seja rápida, fazendo com que se ocupe de fatos recentes e que estejam na lembrança das pessoas em geral e não daqueles que ninguém ou poucas pessoas deles se lembram.

Em suma, pode-se dizer que as razões que ensejam ou fundamentam a existência do instituto da prescrição penal são três: 1) o reconhecimento da ausência de interesse social na punição em tempo determinado; 2) o afastamento dos malefícios da demora processual em relação ao acusado, quando não houver uma sentença condena-

tória definitiva; e 3) a preservação da memória das testemunhas e do povo em geral em relação ao fato em si.

Em que pesem as razões a favor do instituto da prescrição penal, não faltam vozes, também, que se levantam contra esse instituto, sobretudo quando se dirigem à prescrição da pena imposta a um condenado, pois, conforme Francesco Carrara, para muitos, é “como se conferisse um prêmio à desobediência, à rebeldia ardilosa ou à fuga do cárcere”. De fato, para esse Autor, “prescrever a *pena* depois que o delito se tornou certo por um decreto de magistrado, é (dizem) transformar em dano irreparável à sociedade a incúria de seus agentes, é confessar a fraqueza da lei, é insulto à moral; é escandaloso triunfo da perversidade”.³¹

3.2 A DISSONÂNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA EM RELAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO PENAL

O instituto da prescrição penal, como já dito anteriormente, apresenta-se em dois grandes grupos, ou seja, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, que se opera antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, alcançando todos os seus efeitos, e a prescrição da pretensão executória do Estado, que alcança, somente a pena imposta, operando-se, pois, a partir do trânsito em julgado dessa mesma sentença penal. Entre as modalidades de prescrição da pretensão punitiva estava a prescrição retroativa, excluída do Código Penal, por meio da Lei n. 12.234/10, conforme demonstrado no item anterior.

A prescrição retroativa constituía, na realidade, em modalidade imprópria de prescrição penal, uma vez que se operava por razões outras que não as anteriormente relacionadas, ou seja, não levava em consideração a presença de interesse social na punição em tempo determinado, nem estava motivada nos malefícios da demora processual em relação ao acusado, pois podia ser reconhecida inclusive

31 CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Campinas: LZN, 2002. v II. p. 185 e 186.

quando já houvesse uma sentença condenatória definitiva, quando já não se faz necessária a preservação da memória das testemunhas e do povo em geral em relação ao fato em si, uma vez que a instrução processual já está concluída.

Além disso, a prescrição retroativa se manifestava, também, como desnecessária, pois se realizava por meio de uma *recontagem* do prazo prescricional que *retroagia*, o que significa dizer que essa recontagem, realizada, inicialmente, com base na pena máxima cominada, agora seja fosse realizada com base na pena aplicada na sentença penal condenatória, caso esta já houvesse transitado em julgado para a acusação.

Como muito bem ressaltado no parecer apresentado pelo relator, Deputado Federal Roberto Magalhães, no Projeto de Lei n. 1.383/03, a prescrição retroativa “torna um processo válido, se considerado à luz da prescrição comum, em inválido, em razão dos efeitos da prescrição nele reconhecida”, o que “é ilógico, porque condiciona antecipadamente a existência do processo a algo que só pode ser verificado após a sua existência”. De fato, como ressalta o mencionado Relator, “isso lembra a história de um sacerdote que, na missa de sábado à noite recomendou aos fiéis que a procissão do dia seguinte seria às quatro horas da tarde, salvo se viesse a chover, caso em que ela seria realizada às nove horas da manhã”.³²

Por isso, a prescrição retroativa era uma modalidade de prescrição penal que incidia no mesmo período de tempo da prescrição da pretensão da pretensão punitiva propriamente dita, com a distinção de que esta é regulada pela pena máxima cominada, enquanto aquela é regulada pela pena aplicada e retroativamente.

A impropriedade da prescrição retroativa era evidente, pois, como já dito, não correspondia aos propósitos do instituto da prescrição penal, isto é dar um comando ao aparato do Estado, no sentido de que exerça a sua pretensão punitiva, em relação a um caso concreto, no prazo previsto, punindo com a devida celeridade a conduta concreta considerada contrária ao ordenamento jurídico

32 MAGALHÃES, Roberto. Parecer apresentado ao Projeto de Lei n. 1.383/03.

penal, definida como crime ou contravenção penal, de modo a evitar que autor da conduta permaneça, de forma perpétua, sujeito a essa pretensão punitiva.

Se, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ressalvada a hipótese do § 1º do artigo 110 do Código Penal, segundo o artigo 109, *caput*, desse mesmo Código, a prescrição se regula pela pena máxima cominada, esse é o comando a ser observado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, quando da vigência da prescrição retroativa, de nada adiantava o aparato Estatal observar os prazos previstos no artigo 109 do Código Penal, se, num momento posterior, a prescrição penal passava a ser regulada pela pena aplicada e não mais pela pena máxima cominada e devia ser recontada retroativamente, alcançando o mesmo período de tempo regulado pela pena máxima cominada. A recontagem retroativa do prazo prescricional, como se vê, nega o comando previsto no artigo 109, *caput*, do Código Penal, sendo imprópria, portanto, para os propósitos da prescrição penal, entre os quais fazer com que o aparato estatal atue nos prazos estabelecidos nesse artigo.

A prescrição retroativa se manifestava, também, desnecessária, pois seu efeito consistia em, apenas, tornar sem efeito a primeira contagem, não dando ao Estado nenhuma maior celeridade do aparato estatal, já que, antes do trânsito em julgado para acusação da sentença penal condenatória, esse aparato orientava-se pelo prazo prescricional regulado pela pena máxima cominada.

A prescrição retroativa tornava sem efeito a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita porque passou a ser aplicada antes mesmo do trânsito em julgado para a acusação da sentença penal condenatória, como prescrição antecipada, forçando o “pré-julgamento” e fazendo com que fosse necessário um exercício de “previsão” ou de “estimativa” da pena a ser aplicada, com base nos indícios colhidos durante as investigações preliminares ou mesmo nos elementos de prova colhidos no curso da instrução processual, o que implicava um juízo tanto sobre as elementares do fato típico quanto sobre as suas circunstâncias, antecipando-se, assim, o momento do julgamento. Assim, se, por um lado, a prescrição penal era uma garantia do indivíduo, por outro, quando retroativa, poderia

se tornar em uma ameaça, embora com resultados benéficos ao acusado, em face do pré-julgamento, que era inevitável, mesmo diante das tentativas de se impedi-lo, como se pode depreender da Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça,³³ pois o interesse de agir da acusação somente surge com a possibilidade concreta do sancionamento, a qual é avaliada, sobretudo, por ocasião da propositura da denúncia ou da queixa, em se de pré-julgamento. Assim, não há como forçar o início da ação penal se, num exercício de previsão, é possível constatar que esse ato processual não terá condição de produzir qualquer efeito, não sendo razoável autorizar a movimentação da máquina judiciária sem que se verifique a possibilidade de se obter um decreto condenatório que implique em sancionamento penal que seja efetivo e eficaz.

A impropriedade e a desnecessidade do instituto da prescrição retroativa, assim, era evidente, uma vez que tornava sem efeito, por meio de criação doutrinária e jurisprudencial, e, face da sua consequência lógica – a prescrição antecipada, pela pena estimada ou em perspectiva – a norma do artigo 109, *caput*, do Código Penal, que dispõe que, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, a prescrição regula-se pela pena máxima cominada. Diz-se que a prescrição retroativa tornava sem efeito essa regra, pois o exercício de previsão ou de estimativa da pena fazia com que, na realidade, a prescrição fosse regulada pela pena a ser aplicada – calculada por estimativa –, e não pela pena máxima cominada.

A prescrição retroativa, por um lado, como já visto, não impunha um comando efetivo ao Estado, para que, durante a investigação criminal ou o processo penal, observasse os prazos prescricionais, pois esses prazos somente podiam ser estabelecidos a partir da pena aplicada na sentença penal condenatória já transitada em julgado para a acusação, portanto, a partir de evento futuro. Em parte, esse caráter da prescrição retroativa era neutralizado pela prescrição antecipada, o que é uma construção doutrinária e jurisprudencial não pacificada, pois, na realidade, a contagem do prazo prescricional, nessa hipótese, era realizada com base na pena estimada e não na

33 “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

pena máxima cominada no tipo penal. Por outro lado, no entanto, a prescrição retroativa produzia outro efeito, que, quando visto somente pela ótica punitiva, era pouco compreendido: o efeito exclusivo de extinguir a punibilidade.

Isso significa dizer que, estando regulada pela pena aplicada na sentença penal condenatória, a prescrição retroativa apenas evita a punição do condenado, fora de qualquer propósito, pois o aparato de justiça criminal, até então, não se excedeu em nenhum prazo prescricional. O que faz com que ocorra a prescrição é uma manobra ditada pelo próprio legislador, que determina a mudança da base de cálculo, passando da pena máxima cominada para a pena aplicada, o que implica, em regra, mudança do prazo prescricional, não se podendo, portanto, imputar a quem quer que seja a responsabilidade pelo descumprimento dos prazos prescricionais.

É, por isso, que, entre as modalidades de prescrição penal, a prescrição retroativa tinha ampla aplicação, pois consistia em instituto penal que causava uma grande “mortalidade” de processos penais, pois extinguiu a punibilidade, sem que resultasse qualquer efeito da condenação.

Não obstante toda a crítica que se possa fazer ao Direito Penal, originária das correntes minimalistas e abolicionistas, para todos quantos atuam no campo punitivo, além das garantias que o processo penal pode representar ao indivíduo, o que se espera do Direito Penal é o sancionamento penal, com propósitos retributivos, prevencionistas ou agnósticos. Diversos são os institutos que venham *ao* ou *de* encontro a esses propósitos, de modo que, simples institutos que, apenas, impeçam a punição, sem uma razão apropriada, têm dificuldades de aceitação por grande parte da comunidade jurídica. É o que ocorre com a prescrição retroativa, pois, enquanto as demais modalidades de prescrição têm um propósito diverso, a prescrição retroativa se apresenta com o propósito de, apenas, evitar a punição, desprovido de um fundamento específico que possa ser aceito pela comunidade jurídica.

Por isso, o Projeto de Lei n. 1.383/03 não encontrou óbices no seu trâmite, uma vez que, em sua justificativa, constou expressamente

que “a prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade”.³⁴

A ideia de impunidade somente pode ser combatida por outra ideia que corresponda uma utilidade para o indivíduo e para o Estado, pois o Direito Penal somente subsiste em face do equilíbrio que deve existir entre o direito à liberdade e o direito-dever de punir do Estado. Quando se verifica um desequilíbrio nesse binômio, o argumento, em regra, não subsiste.

Outro aspecto que deve ser relacionado com a prescrição penal é o da celeridade processual, que passou de meta da Administração da Justiça ao *status* de garantia do indivíduo, conforme se pode depreender do inciso LVIII do artigo 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.³⁵ Antes disso, o Pacto de José da Costa Rica, do qual o Brasil é firmatário, já estabelecia como garantia judicial, no item 8.1, segundo o qual o acusado deve ser ouvido em prazo “razoável”. Também a Lei dos Juizados Especiais – Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 2010 – já estabelecia, no seu artigo 62, a recepção do princípio da celeridade processual.

A celeridade processual constitui-se, de fato, em um valor importante a ser perseguido pela Administração da Justiça, sobretudo pela Justiça Criminal, que trata da liberdade humana. Não pode, portanto, a investigação e o processo criminal se transformar em uma consequência maior que o próprio sancionamento final, daí porque o prazo de encerramento do processo penal deve, efetivamente, ser o menor possível.

O instituto da prescrição penal representa um instrumento para que o Estado seja ágil o suficiente no exercício da pretensão punitiva concretamente, a ponto de afastar o demasiado prolongamento do trâmite processual.

34 BISCAIA, Antônio Carlos. **Justificativa do Projeto de Lei n. 1.383/03.**

35 Segundo o mencionado inciso, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Vista por um lado, a revogação da prescrição retroativa representa um aumento dos prazos prescricionais, pois, com a existência da prescrição antecipada, como já dito, a prescrição era calculada com base na pena estimada ou em perspectiva, fazendo com que o sistema de justiça criminal, tanto na fase investigativa quanto na processual penal estrito senso, agisse com mais celeridade.

Com a revogação da prescrição retroativa, os prazos prescricionais a serem considerados serão efetivamente os previstos no artigo 109 do Código Penal, os quais, uma vez regulados pela pena máxima cominada, serão maiores dos que a prescrição regulada pela pena aplicada. Com isso, o aparato de Justiça Criminal adquire um fôlego maior para o exercício da pretensão punitiva, mas, também, obtém autorização, mesmo que tácita, para que seja mais lento, daí porque, talvez, esse seja o efeito perverso da revogação da prescrição punitiva. É importante, pois, ficar atento ao impacto da revogação da prescrição retroativa na celeridade processual, adotando-se as providências necessárias para que esse aparato estatal não se transforme em mais moroso do que já é. De qualquer forma, com a exclusão da prescrição retroativa, extingue-se a possibilidade de prolação de sentenças inúteis, o que implicava um assoberbamento do aparato judicial, com sérios prejuízos, também, à celeridade processual, pois, enquanto o sistema judiciário se ocupava com feitos que não seriam capazes de gerar consequências úteis, a celeridade de outros feitos resultava também ameaçada.

CONCLUSÕES

Como visto, a prescrição retroativa é uma modalidade de prescrição da pretensão punitiva que ingressou no Direito Penal brasileiro, em 1961, por uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, quando este editou a Súmula n. 146, atribuindo sentido ao artigo 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940, ocasião em que admitiu que a prescrição incidisse sobre lapso temporal anterior à sentença condenatória e, inclusive, antes mesmo do recebimento da denúncia ou queixa.

A partir de 1984, por meio da Lei n. 7.209, de 11 de julho, a prescrição retroativa passou a constar expressamente do Código Penal, mais precisamente do seu artigo 110, § 2º, segundo o qual “a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa”, tratando-se de um instituto penal que não tem correspondente em outros ordenamentos penais.

Pela legislação em vigor antes da Lei n. 12.234/10, a prescrição retroativa poderia ter aplicação, somente, após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, mediante uma recontagem do prazo prescricional, desta vez com base na pena aplicada, que podia retroagir a termo inicial estabelecido no artigo 111 do Código penal, anterior, portanto, ao recebimento da denúncia ou da queixa.

Apesar dos posicionamentos favoráveis apenas à revogação parcial da prescrição retroativa, sustentou-se, neste ensaio, que, com o advento da Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, ocorreu a revogação total do instituto da prescrição retroativa, não somente porque o artigo 1º dessa Lei menciona expressamente que o seu propósito é excluir do Código Penal esse instituto penal, como, também, porque a modificação imprimida no § 1º do artigo 110 do Código Penal não teve o condão de transformar a data do recebimento da denúncia ou da queixa, que é marco interruptivo ou impeditivo da prescrição penal, em termo inicial, o que inviabilizou a tese sustentada por alguns no sentido da possibilidade da prescrição retroativa ser contada a partir do recebimento da denúncia ou da queixa.

Além disso, a prescrição retroativa é um instituto penal que se apresenta em desacordo com os propósitos gerais do instituto da prescrição penal – evitar a punição quando já não há mais interesse social, afastar os malefícios da demora processual em relação ao acusado inocente, quando não houver uma sentença condenatória definitiva e fazer com que o aparato de justiça atue com rapidez, antes que se perca a memória das testemunhas e do povo em geral em relação ao fato em si -, sendo impróprio e desnecessário, já que se opera após o trânsito em julgado da sentença para a acusação e em face da pena aplicada, de modo que, quando ocorre o reconhecimento da prescrição, já há sentença condenatória prolatada, o que

revela, também, a existência de interesse social, não havendo risco para a instrução, que já está encerrada.

Por ser regulada pela pena aplicada, a prescrição retroativa constitui-se em um instrumento que, apenas, evita a punição, tornando inútil a prestação jurisdicional com sérios prejuízos à celeridade da justiça penal de outros feitos penais.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Bauru: Edipro, 1993.

BISCAIA, Antônio Carlos. Projeto de Lei n. 1383/2003. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=122756. Acesso em 3 de janeiro de 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Senado Federal*. Parecer e emenda da Relatoria ao Projeto de Lei da Câmara n. 19/2007. http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80248. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

BRASIL. *Senado Federal*. Redação Final da Emenda aprovada ao Projeto de Lei da Câmara n. 19/2007. <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/11721.pdf>. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

BRASIL. *Presidência da República*. Mensagem nº 208 relativa à sanção da Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010. <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/765941.pdf>. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n. 1383/2003. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=122756. Acesso em 4 de janeiro de 2011.

CAMPOS, Guilherme. Emenda de Plenário n. 05/2007 ao Projeto de Lei n. 1383/03. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343793. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal. Campinas: LZN, 2002. v II.

CORUJA, Fernando. Emenda de Plenário n. 04/2007 ao Projeto de Lei n.

1383/03. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343792. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

CUNHA, Eduardo. Parecer relativo à emenda do Senado Federal ao Projeto de Lei nº 1383/03. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=461004. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

DINO, Flávio. Emenda de Plenário n. 01/2007 ao Projeto de Lei n. 1383/03. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343789. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

DINO, Flávio. Emenda de Plenário n. 03/2007, ao Projeto de Lei n. 1383/03. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343791. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

DINO, Fávio. Emenda de Plenário n. 06/2007 ao Projeto de Lei n. 1383/03. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343794. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

ESPADA DE DÂMOCLES. <http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/Damocles.html>. Acesso em 6 de janeiro de 2011.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 1999.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Hamurabi, 1989.

FRANÇA, Márcio. Emenda de Plenário n. 02/2007, ao Projeto de Lei n. 1383/03. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343790. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

GAROFALO, Rafeale. *Criminologia: estudo do delito e da repressão penal*. Campinas: Peritas, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Prescrição retroativa e virtual: não desapareceram completamente*. <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2181702/artigo-do-dia-prescricao-retroativa-e-virtual-nao-desapareceram-completamente>. Acesso em 4 de janeiro de 2011.

ISHIDA, Valter Kenji. *Primeiras reflexões sobre a prescrição retroativa e a novíssima Lei 12.234, de 5 de maio de 2010*. <http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=26555>. Acesso em 4 de janeiro de 2011.

MAGALHÃES, Roberto. Substitutivo do Projeto de Lei nº 1383/03. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=122756. Acesso em 3 de janeiro de 2011.

MAGALHÃES, Roberto. Parecer sobre as emendas de Plenário ao Projeto de Lei n. 1383/03. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343726. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

MAGALHÃES, Roberto. Redação Final do Projeto de Lei n. 1383/03. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=344559. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

MISAKA, Marcelo Yukio. Lei 12.234/2010. Prescrição retroativa. <http://marcelomisaka.wordpress.com/2010/07/02/lei-12-2342010-prescricao-retroativa>. Acesso em 4 de janeiro de 2011.

PANNUNZIO, Antônio. Pedido de urgência ao trâmite do Projeto de Lei n. 1383/03. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=342215. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

TORRES, Demóstenes. Parecer do Relator ao Projeto de Lei da Câmara n. 19/2007. *Senado Federal*. <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=24141&tp=1>. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

WOO, Willian. Emenda de Redação n. 1/2007 ao Projeto de Lei n. 1383/03. *Câmara dos Deputados*. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343795. Acesso em 4 de fevereiro de 2011.

PENAL

UM ANO DE LEI 12.015/2009 – CRÍTICANDO A LEI E AS CRÍTICAS À LEI. CAPÍTULO I - DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Pablo José Depiné

*Assistente da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina
Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do Ministério
Público do Estado de Santa Catarina*

RESUMO

Em agosto de 2009, a partir de longa atividade de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, o Senado Federal reformou o ultrapassado Título VI da Parte Especial do Código Penal, “Dos Crimes Contra os Costumes”, intitulado-o como “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. A mais significativa das inovações foi a unificação do antigo art. 214 (atentado violento ao pudor) com a conduta prevista no art. 213, diante do que, o crime de estupro, além da conjunção carnal, abrange os demais atos libidinosos, do qual, ademais, pode ser vítima o homem. Eliminou-se, também, a figura da presunção de violência, criando-se o crime de estupro de vulnerável, assim entendidas as pessoas com idade inferior a 14 anos e aquelas que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. Além disso, as figuras típicas passaram a ser “mistas alternativas” ou “de conteúdos variados” e, dessa forma,

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 53 - 80	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	------------	----------------

havendo, na hipótese, conjunção carnal e outro ato libidinoso contra uma vítima e no mesmo contexto e cenário, comete-se crime único. Entre a alteração de outros tipos penais, criou-se causas especiais de aumento de pena para os casos em que resulte gravidez da vítima ou que o agente transmita a ela doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. Modificou-se, por fim, a ação penal, que, em regra, passou a ser pública condicionada à representação.

PALAVRAS-CHAVE: Lei n. 12.015. Crimes sexuais. Dignidade sexual. Estupro. Atentado violento ao pudor. Conjunção carnal. Ato libidinoso. Vulnerável.

ABSTRACT

In August of 2009, after CPMI's long activity, the Federal Senate reformulated the title VI of the Penal Code, Special Part, "Crimes against Custom", now having the title: "Crimes against the sexual dignity". The most significative change was the unification of the old article 214 (violent assault against chastity) with the conduct of the article 213, from now on, rape, besides the carnal conjunction, embrace others libidinous acts, being a man a possible victim. Eliminating the presumption of violence, was created another time of crime, the vulnerable's rape, being the vulnerable a person under the age of 14, and those with infirmity or mental deficiency, that don't have the necessary understanding for practicing the act, or that can't offer resistance. Besides that, the typical figure now is "mist alternative" and, because of that, having, hypothetically, carnal conjunction and another libidinous act against one victim in the same context and scenery, only one crime is committed. Between other alterations in the Penal Code, was establish special causes to increase the sentence when the rape result in the victim's pregnancy, or if the rapist transmits some kind of sexual disease that he knows he has or if, at least, he should know. At least, the rule of the penal action is now public with the condition to have a representation.

KEYWORDS: Law n. 12.015, Sexual crimes, Sexual dignity, Rape, Violent assault against chastity, Carnal conjunction, Libidinous act, Vulnerable.

INTRODUÇÃO

O presente artigo de pesquisa tem como objetivo analisar a Lei n. 12.015/2009, que reformulou os “Crimes Contra a Dignidade Sexual”, e as doutrinas publicadas acerca do tema.

Não se pretende desacatar os entendimentos dos doutrinadores estudados, mas fazer uma comparação crítica entre eles, amoldando-se a conclusão à realidade forense e a todo o contexto do direito penal, tratando a matéria de forma equânime.

No Capítulo “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”, a principal abordagem está no art. 213, que englobou o revogado art. 214, criminalizando, então, num único tipo, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça, sem distinguir vítimas do sexo masculino e feminino

Estudaremos sobre a imprescindibilidade ou não do elemento subjetivo específico, consistente na satisfação da lascívia, e, quanto às formas qualificadas do crime de estupro, se realmente se trata de crime preterdoloso, como afirma parcela da doutrina, permitindo tão somente a culpa na produção do resultado mais gravoso.

Analisar-se-á a controvérsia atinente à sistemática do concurso de crimes, profundamente modificada, porque o legislador se utilizou de tipo misto alternativo na previsão das condutas. A discussão é extremamente importante, pois influenciará sobremaneira na pena de muitos dos condenados antes e depois da entrada em vigor da lei.

Com o mesmo método adotado no crime de estupro, incriminou-se a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte sua livre manifestação de vontade, sob a rubrica “violação sexual mediante

fraude”, unificando-se os ultrapassados crimes de “posse sexual mediante fraude” (art. 215) e “atentado ao pudor mediante fraude” (art. 216), sem tutelar apenas as mulheres, nem com mais rigor as virgens.

Por fim, veremos a inclusão da causa especial de aumento de pena no crime de assédio sexual, que objetiva dar maior proteção aos adolescentes com idade superior a 14 anos nas relações de trabalho.

Este artigo é resultado de pesquisa bibliográfica, visando harmonizar e extrair as melhores teorias das diversas correntes, a fim de facilitar a compreensão do tema, mormente, aos estudantes de direito.

DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Em linhas gerais, a partir de longa atividade da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito instituída por meio do Requerimento 2/2003, assinado pela Deputada Maria do Rosário e pelas Senadoras Patrícia Saboya Gomes e Serys Marly Slhessarenko, objetivando investigar as situações de violência e as redes de exploração sexual de crianças e adolescentes, o Projeto de Lei n. 253, de 2004, do Senado Federal, sancionado e convertido na Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, elaborado pelo Grupo de Estudos de Análise Legislativa com representantes do Ministério da Justiça, Secretaria Especial de Direitos Humanos, Ministério Público Federal, Defensoria Pública da União e Organização Internacional do Trabalho, dando especial atenção aos estudos desenvolvidos pela Associação dos Magistrados e Promotores da Infância e Juventude (ABMP), Organização Internacional do Trabalho, Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CDECA/EMAUS e PESTRAF), e Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes - (CECRIA), em boa hora reformou o ultrapassado Título VI da Parte Especial do Código Penal, “Dos Crimes Contra os Costumes”, intitulado-o como “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES
CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL
TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL
CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

De acordo com a justificação do Projeto, a legislação brasileira não se dispunha “a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes”, o que se buscou atualizar com a reforma, ressaltando, ademais, a importância da nomenclatura que delineia os bens jurídicos a serem tutelados, em virtude do Princípio da Legalidade.

Estupro	
<p>Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:</p> <p>Pena: reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.</p>	<p>Estupro</p> <p>Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:</p> <p>Pena – reclusão, de seis a dez anos.</p>
	<p>Atentado violento ao pudor</p> <p>Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:</p> <p>Pena – reclusão, de seis a dez anos.</p>
<p>§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave [...]</p> <p>Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.</p>	<p>Formas qualificadas</p> <p>Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:</p> <p>Pena – reclusão, de oito a doze anos.</p>

<p>§ 1º [...] ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.</p>	
<p>§ 2º Se da conduta resulta morte: pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.</p>	<p>Parágrafo único. Se do fato resulta a morte: Pena – reclusão, de doze a vinte e cinco anos.</p>

Não obstante as várias inovações, mormente o abandono de expressões como mulher honesta e da superestimação da virgindade – que acabavam por estigmatizar as mulheres –, a mais significativa delas foi a unificação do antigo art. 214 (atentado violento ao pudor) com a conduta prevista no art. 213, diante do que, o crime de estupro, além da conjunção carnal (cópula da vagina pelo pênis – entendimento predominante da doutrina e jurisprudência), abrange os demais atos libidinosos.

O novo art. 213, que não distingue vítimas do sexo masculino e feminino, mantém a pena anterior de 6 a 10 anos de reclusão no caput, comina pena de 8 a 12 anos de reclusão se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima tem idade de 14 a 18 anos, e 12 a 20 anos de reclusão caso ocorra a morte da vítima, incorporando e corrigindo falha do art. 223.

Os professores Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Valerio de Oliveira Mazzuoli fazem importante observação acerca da análise da violência ou grave ameaça empregada pelo agente, que deve considerar as características pessoais da vítima e não o “homem médio”, pois “a idade, sexo, grau de instrução etc. são fatores que não podem ser desconsiderados [...]. Logo, as circunstâncias do caso concreto demonstrarão se houve ou não o delito.” Arrebatam afirmando que “se as penas do Direito penal recaem sobre pessoas concretas, se as ofensas incidem sobre pessoas concretas, o juiz não pode ter por objeto pessoas abstratas (que não vão para a cadeia, que não sofrem o constrangimento, que não possuem carne e osso).”¹

1 CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio Gomes; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira.

A interpretação clássica, tomando o modelo do “homem médio”, talvez por política criminal, para não dizer conveniência na determinação da real violência ou grave ameaça, que deve ser provada na instrução criminal, data venia, fere o Princípio da Legalidade, nos termos elucidativos supracitados.

Outrossim, na atual conjectura da Justiça, não é admissível presunções, tanto que a presente reforma, no art. 217-A, comentado no Capítulo II - Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, abandonou a “presunção de violência” nas práticas sexuais com pessoa “vulnerável”.

Há autores que, reafirmando a convicção gerada pela dicção anterior da lei, a qual tinha como sujeito passivo do crime de estupro exclusivamente a mulher (quando a vítima do ato fosse homem o crime seria, em regra, o de constrangimento ilegal – art. 146 do CP²), lecionam que na “forma típica, o estupro continua classificado como duplamente próprio: sujeito ativo continua sendo somente o homem, admitindo-se que a mulher possa ser coautora ou partícipe do crime, e sujeito passivo da infração só pode ser a mulher.”³

Nesse mesmo sentido, o professor Rogério Greco afirma que “o crime será de mão-própria no que diz respeito ao sujeito ativo, pois que exige uma atuação pessoal do agente, de natureza indelegável, e próprio com relação ao sujeito passivo, posto que somente a mulher poderá figurar nessa condição.”⁴

Com o devido respeito à opinião, conjunção carnal é tanto a união do pênis (do agente) à vagina quanto da vagina (da agente) ao pênis, e não havendo restrição pela letra da lei, o homem pode ser sujeito passivo do crime de estupro.

Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: RT, 2009, p. 38.

- 2 Constrangimento ilegal
Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. [...].
- 3 LEAL, João Jose; LEAL, Rodrigo José. Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 32, p. 52-77, out./nov. 2009, p. 56.
- 4 GRECO, Rogério. Adendo - Lei n. 12.015/2009. Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual. Niterói: Impetus, 2009, p. 11. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/#display=downloads&container=content&module=jpf_file_manager&view=list&find=12.015/2009%20-%20curso&start=0>. Acesso em: 12 de junho de 2010.

Não há dúvida de que a hipótese é mais difícil de ser imaginada, o que, todavia, não afeta a objetividade jurídica do tipo penal.

Exemplo disso, acontecido na Inglaterra no ano de 2009 e noticiado pelos jornais eletrônicos do Brasil, é o caso em que um ladrão adentrou o salão de beleza da vítima, a qual, conhecedora de técnicas de artes marciais, rendeu-o, amarrou-o e o forçou a manter relações sexuais consigo durante dois dias.

Intuitivamente, muitos argumentarão que se o homem consegue ter ereção é porque sente prazer, logo, não é constrangido a manter a relação sexual. No entanto, tal conclusão não é consequência lógica. A agente poderia administrar estimulantes sexuais na vítima ou mesmo, mediante grave ameaça, forçá-la a, voluntariamente, ter ereção. Com a promessa de um mal maior, emprega o popular “se vira!”.

Ademais, a própria justificação do projeto elucida que, “por inspiração da definição ínsita no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, cria novo tipo penal que não distingue a violência sexual por serem vítimas pessoas do sexo masculino ou feminino.”⁵

Ainda, o tipo é composto das elementares *constranger* e *praticar conjunção carnal* ou *ato libidinoso*. Com efeito, o delito não nos parece ser de *mão-própria*, uma vez que admite a *coautoria* tanto na prática de um quanto do outro núcleo. E, assim, o crime pode ser praticado por *omissão imprópria*, na hipótese em que o agente goza do *status* de *garantidor*, nos termos do § 2º do art. 13 do Código Penal.⁶

Exemplo de *coautoria por omissão imprópria*, lamentavel-

5 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado, n. 253 de 2004. Brasília - DF, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034>. Acesso em: 5 de junho de 2010.

6 **Relação de causalidade**

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...]

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

mente comum em nossa sociedade, pouco desenvolvida culturalmente, é o caso em que mães são coniventes com os abusos sofridos pelos filhos, geralmente praticados pelos pais ou padrastos.

O professor Rogério Greco aponta preciso e detalhado exemplo de coautoria por omissão imprópria, na hipótese em que um carcereiro, percebendo que um grupo de presos pretende obrigar outro detento, acusado do estupro de sua própria filha, ao coito anal – essa reação é corriqueira no sistema carcerário –, dolosamente, podendo, nada faz para impedir a agressão, consumando-se o ato libidinoso. Nesse caso, o carcereiro deverá responder pelo resultado que devia e podia, mas não tentou evitar, ou seja, estupro por omissão, pois garantidor da vítima que foi colocada sob a custódia do Estado.⁷

Quanto ao elemento subjetivo, a doutrina diverge acerca da necessidade do dolo específico em satisfazer a lascívia ou somente do dolo em constranger alguém para a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Assim, na mesma corrente em que Julio Frabbrini Mirabete, Guilherme de Souza Nucci entende que “para a configuração do tipo penal do art. 213, diferenciando-o do mero constrangimento ilegal (art. 146, CP), demanda-se o elemento subjetivo específico, calcado na satisfação de libido”. Entretanto, “pouco importa se o prazer sexual é mórbido, como, por exemplo, valer-se do crime para vingança ou outro propósito similar.”⁸

Em palestra sobre os crimes contra a dignidade sexual⁹, a respeito do elemento subjetivo, o professor Nucci citou caso da jurisprudência em que uma mulher amarrou na cama um homem, bem sucedido, e com ele manteve conjunção carnal a fim de engravidar para que o filho, herdeiro, usufruísse do patrimônio da vítima. Conforme disse, o Tribunal competente julgou procedente a denúncia e

7 GRECO, Rogério. Adendo - Lei n. 12.015/2009. Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual. Niterói: Impetus, 2009, p. 15. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/#display=downloads&container=content&module=jpf_file_manager&view=list&find=12.015/2009%20-%20curso&start=0>. Acesso em: 12 de junho de 2010.

8 NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual - Comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009, p. 16.

9 NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. Órgão promotor: Escola do Ministério Público de Santa Catarina, Florianópolis, 21 de maio de 2010.

condenou a agente pelo crime de estupro, na sua opinião, de forma equivocada.

Entretanto, na mesma linha de Fernando Capez, Gomes, Cunha e Mazzuoli entendem que: “A Lei 12.015/2009 não foi capaz de esclarecer a divergência. Mas resulta claro que da noção do dolo, nos crimes sexuais, faz parte a intenção de realizar ato de libidinagem, ou seja, a intenção sexual é inerente ao dolo, nos delitos contra a dignidade sexual.”¹⁰

O art. 213, em sua redação, como era também a anterior, não exige que o constrangimento à prática de ato sexual vise à satisfação da lascívia e, a nosso ver, tal conclusão tem mais razão ao se observar o novo Título e Capítulo aos quais se enquadra esse crime, que tutela a dignidade e a liberdade sexual da vítima.

Embora o exemplo citado, muito específico, realmente suscite dúvida, porquanto a agente não visava à satisfação da lascívia, mas vantagem econômica, o meio eleito para tal objetivo poderia ser outro, e, a conduta, sem dúvida, tolheu a liberdade e feriu a dignidade sexual da vítima.

Como dito alhures, a primeira parte do § 1º e o § 2º do art. 213 incorporaram o revogado art. 223 e seu parágrafo único, corrigindo o termo “violência” previsto no caput, que permitia dúvida acerca da exclusão do constrangimento decorrente de grave ameaça, pois o parágrafo empregava a expressão “fato”. Agora, o dispositivo, em ambos os parágrafos, utilizou-se da palavra “conduta”, que abrange tanto a violência quanto a grave ameaça, encerrando a antiga discussão.

Contudo, perdura divergência a respeito dos citados preceitos – estupro qualificado pelos resultados lesão corporal de natureza grave ou morte –, pois há doutrinadores¹¹ que entendem que, “tratando-se de crime qualificado pelo resultado (preterdoloso) a

10 CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio Gomes; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: RT, 2009, p. 39.

11 NORONHA, Magalhães, apud GRECO, Rogério. Adendo - Lei n. 12.015/2009. Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual. Niterói: Impetus, 2009, p. 16. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/#display=dow_nloads&container=content&module=jpf_file_manager&view=list&find=12.015/2009%20-%20curso&start=0>. Acesso em: 12 de junho de 2010.

lesão ou a morte da vítima não devem ter sido praticadas de forma intencional quanto ao resultado.”¹²

Adotando-se esse entendimento, no caso da primeira parte do § 1º, o agente responderia pelos crimes de estupro e lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, e no § 2º, por estupro e homicídio, hipótese em que o julgamento destes últimos crimes seria de competência do Tribunal do Júri.

No entanto, importante ressaltar-se que, em se tratando de crime qualificado pelo resultado, de acordo com o art. 19 do Código Penal¹³, responde o agente que o causou ao menos culposamente.

A esse respeito, e acompanhando corrente italiana, o professor Cezar Roberto Bitencourt leciona que “no crime, qualificado pelo resultado ao contrário do preterdoloso, o resultado ulterior, mais grave, derivado involuntariamente, da conduta criminosa, lesa um bem jurídico que, por sua natureza, não contém o bem jurídico precedentemente lesado.”¹⁴

Diante disso, refere que, enquanto a lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º) seria “preterintencional”, o aborto seguido de morte da gestante (arts. 125 e 126 combinados com o 127, *in fine*), e acrescentamos, o latrocínio, seriam crimes qualificados pelo resultado.

Nesse contexto, os crimes qualificados pelo resultado caracterizam-se por infrações penais bifásicas, constituindo gênero que se subdivide em três espécies: a) preterdoloso – admite somente o dolo no antecedente e culpa no consequente; b) qualificado pelo resultado *strictu sensu* – dolo no antecedente e dolo no consequente; e c) culposo – culpa no antecedente e no consequente.

Adotando a teoria de BITENCOURT, Nucci explica que a espécie preterdolosa “é, particularmente, caracterizada por admitir

12 LEAL, João Jose; LEAL, Rodrigo José. Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 32, p. 52-77, out./nov. 2009, p. 59.

13 Agravação pelo resultado
Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

14 BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição – Uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47.

somente ‘dolo’ na conduta antecedente (fato-base) e ‘culpa’ na conduta consequente (produtora do evento qualificador), além de exigir que o interesse jurídico protegido seja o mesmo, tanto na conduta antecedente, como na consequente – ou pelo menos do mesmo gênero.”¹⁵

O Professor Paulo Queiroz, que, como a maioria da doutrina Pátria, adota tal entendimento sobre a diferenciação dos crimes qualificados pelo resultado, faz pertinente questionamento acerca da constitucionalidade deste gênero de tipos penais, pois atentam contra os princípios de proporcionalidade, isonomia e culpabilidade, uma vez que a gravidade da pena é desproporcional em relação às punições independentes dos tipos fundamentais, embora os resultados danosos sejam idênticos.¹⁶

De fato, se considerarmos isoladamente os tipos penais que formam os crimes qualificados pelo resultado, veremos a desproporção em relação às punições, ainda que comparemos suas formas mais graves:

Lesão corporal, gravíssima (art. 129, § 2º, do CP):	Reclusão, de dois a oito anos
Homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP): lesão corporal seguida de morte (art. 129 § 3º, do CP):	(+) detenção, de um a três anos três a onze anos reclusão, de quatro a doze anos.
Roubo, circunstanciado (art. 157, § 2º, do CP):	Reclusão, de seis a quinze anos
Homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP): (ou) Homicídio doloso, qualificado (art. 121, § 2º, do CP): Latrocínio (art. 157, § 3º, segunda parte, do CP):	(+) detenção, de um a três anos sete a dezoito anos reclusão, de doze a trinta anos reclusão, de vinte a trinta anos Reclusão, de vinte a trinta anos.

15 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2010, p. 217.

16 QUEIROZ, Paulo. Direito Penal. Parte Geral. 6. ed., rev. e ampl., de acordo com a Lei n. 12.015, de 07 de agosto 09, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 236/237.

Estupro (art. 213 do CP):	Reclusão, de seis a dez anos
Homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP): (ou) Homicídio doloso, qualificado (art. 121, § 2º, Do CP): Estupro seguido de morte (art. 213, § 2º, do CP):	(+) detenção, de um a três anos sete a treze anos reclusão, de doze a trinta anos dezoito a quarenta anos reclusão, de doze a trinta anos.

Ressalte-se que não foram consideradas as penas principais (caput) dos tipos-base tão somente a título de exemplo, valendo lembrar que a qualificadora do resultado que agrava especialmente a pena não pode ser aplicada sobre as majorantes previstas nos parágrafos anteriores do tipo, o que aumentaria ainda mais a desproporção. De qualquer sorte, tratar-se-ia de crimes autônomos, incidindo todas as circunstâncias inerentes a cada um deles, exceto aquelas que caracterizassem *bis in idem*.

Observa-se que no crime de lesão corporal seguida de morte, preterdoloso, a pena cominada, embora maior, é similar à soma das penas correspondentes a cada delito. No entanto, nos crimes de latrocínio e estupro seguidos de morte, qualificados pelo resultado *strictu sensu*, as penas não guardam proporcionalidade.

Data venia os entendimentos diversos, concordamos com o doutrinador Guilherme Nucci quando afirma não ver “sentido em adotar critério dúplice para situações similares. [...] Afinal, o crime qualificado pelo resultado existe como figura autônoma e destacada justamente para permitir ao legislador fixar a pena adequada a esses delitos com resultado duplo, num mesmo contexto, sem que o juiz se valha do instituto do concurso de crimes.”¹⁷

Rogério Greco aborda outra interessante situação, acerca da tentativa, na hipótese do crime de estupro qualificado pelo resultado, em que o agente culposamente causa a morte da vítima ao tentar estuprá-la. Conquanto a maioria da doutrina adote o entendimento

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual - Comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009, p. 26.

de que o crime se consumou pelo exaurimento do resultado mais grave, não há dúvida de que o crime contra a dignidade sexual teve seu curso interrompido, encerrando na forma tentada.

Entendendo tratar-se de crime preterdoloso, aduz não se admitir, como regra, “a tentativa, uma vez que o resultado que agrava especialmente a pena somente pode ser atribuído a título de culpa, e como não se cogita de tentativa em crime culposo, não se poderia levar a efeito o raciocínio relativo à tentativa em crimes preterdolosos. No entanto, quase toda regra sofre exceções.” Salienta que o Código Penal não é perfeito, mas, no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, não se pode permitir que as falhas sejam consideradas em prejuízo do réu.¹⁸

Reafirmamos, contudo, que o estupro seguido de lesão corporal grave ou morte não se trata de crime preterdoloso, pois as elementares do tipo não são do mesmo gênero, e, em sendo crime qualifica pelo resultado, cuja circunstância agravadora é produzida a título de dolo, é perfeitamente possível a tentativa.

Entretanto, a conclusão do citado doutrinador sobre a tentativa, com a qual concordamos, parece-nos contraditória, data venia, a seu entendimento de que a qualificadora do resultado mais grave, dolosa, é crime autônomo, pois, embora a pena do crime de estupro seguido de morte se equipare a do próprio homicídio, qualificado (por exemplo, com emprego de tortura ou outro meio insidioso ou cruel), como disse o autor, o Código Penal não é perfeito e não pode ser interpretado em prejuízo do réu. Seria um peso e duas medidas?

Quanto à qualificadora da segunda parte do § 1º do art. 213, a preposição alternativa “ou” foi equivocadamente empregada no lugar da preposição aditiva “e”, configurando erro material que será suprido por regra básica de hermenêutica.

Autores como Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Valerio de Oliveira Mazzuoli insistem que “se a vítima for violentada

18 GRECO, Rogério. Adendo - Lei n. 12.015/2009. Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual. Niterói: Impetus, 2009, p. 17/19. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/#display=downloads&container=content&module=jpf_file_manager&view=list&find=12.015/2009%20-%20curso&start=0>. Acesso em: 12 de junho de 2010.

no dia do seu 14.º aniversário não gera a qualificadora, pois ainda não é maior de 14 anos. Também não tipifica o crime do art. 217- A, que exige vítima menor de 14 anos. Conclusão: se o ato sexual for praticado com violência ou grave ameaça haverá estupro simples (art. 213, *caput.*, do CP); se o ato foi consentido, o fato é atípico, apurando-se a enorme falha do legislador.”¹⁹

Contudo, tal discussão já foi vencida pela doutrina e jurisprudência pátrias, que, entre outros tipos penais, debateram o assunto quando da análise do revogado crime de sedução.

Observe-se que a Lei n. 810/1949²⁰, que define o ano civil, considera ano o período de 12 meses contados do dia do início ao dia e mês correspondente do ano seguinte, sendo incongruente que alguém tenha 14 anos pela lei civil e ainda não os tenha pela lei penal.

Aliás, o art. 10 do Código Penal²¹ determina que “o dia do começo (dia do nascimento) inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.” O art. 27 do citado Código²² dispõe que “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis”, e a maioridade é atingida no dia em que completa os 18 anos.

Se, aquele que, no dia do seu 14º aniversário não é maior de 14 anos, só o será quando completar o 15º, pois não há determinante lógica ou legal para a escolha do dia como parâmetro para definir quem é maior ou menor de 14 anos. Com efeito, no dia do 14º aniversário a vítima é maior de 14 anos.

Antes da unificação dos arts. 213 e 214, entendia-se, de modo geral, que o estupro e o atentado violento ao pudor deveriam ser considerados crimes autônomos e sujeitos à regra do concurso material

19 CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio Gomes; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: RT, 2009, p. 37.

20 BRASIL. Lei n. 810, de 6 de setembro de 1949. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 set. 1949.

21 **Contagem de prazo**

Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

22 **Menores de dezoito anos**

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

de crimes, ainda que fossem praticados contra uma única vítima e no mesmo contexto.

Assim, quando os atos libidinosos não eram praticados como meio para a consecução da conjunção carnal, deveriam ser considerados crimes autônomos e, porque de espécies diferentes, não podia incidir a regra da continuidade delitiva, conforme pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

Há autores que entendem que “para a hipótese de estupro cometido por meio de duas ou mais ações estupradoras contra a mesma vítima – hipótese, aliás, comum na prática (coito vaginal, anal e/ou oral etc.) – [...] deverá prevalecer a tese da continuidade delitiva.”²³

Já o respeitado professor Vicente Greco Filho leciona que a regra anterior não se alterou e, citando Massimo Punzo, resume a solução do problema, na teoria por ele adotada, em três itens, dentre os quais (2) afirma não ser possível a continuação “em relação aos tipos conjuntos alternativos, porque a realização das figuras, em tal caso, dá vida a um único delito.”²⁴

Esse mesmo entendimento, inclusive citando o referido autor, foi adotado no julgamento do Superior Tribunal de Justiça, HC n. 170.068/SP (2010/0073279-0), Relator Ministro Jorge Mussi, publicado em 30/6/2010.

Todavia, a figura típica passou a ser “mista alternativa” ou “de conteúdo variado” e, dessa forma, havendo, na hipótese, conjunção carnal e cópula anal contra uma vítima e no mesmo contexto e cenário, comete-se crime único. Naturalmente, a multiplicidade de condutas deverá ser considerada na fixação da pena, configurando circunstância judicial (art. 59 do CP²⁵) negativa.

23 LEAL, João Jose; LEAL, Rodrigo José. Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 32, p. 52-77, out./nov. 2009, p. 62.

24 GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. p. 4/5. Disponível em: <http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao_lei_dignidade_sexual.pdf>. Acesso em: 19 de junho de 2010.

25 **Fixação da pena**

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

A exemplo do crime de tráfico (art. 33 da Lei 11.343/06²⁶), tipo misto alternativo, o agente que produz, fabrica, guarda, transporta, expõe à venda e vende droga, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, comete um único delito. Da mesma forma, aquele que submete alguém a prostituição, facilita a atividade e dificulta o seu abandono, comete um único crime de favorecimento à prostituição (art. 218-B do CP).

O professor Greco Filho, baseado na teoria de Delogu (*Le norme penali congiunte*, 1936), afirma que a conjugação de normas é unicamente fruto de considerações de técnica legislativa, devendo ser concebidas como normas autônomas, porque, o contrário, equivaleria a aceitar que violações fiquem impunidas, ou seja, para o legislador é indiferente que um interesse penalmente tutelado seja lesado uma ou mais vezes. Entende que o legislador, ao punir de forma equiparada atos preparatórios ou atos de execução, previu que a consumação representa a violação, também, das incriminações anteriores, daí ter adotado normas conjuntas alternativas ou tipo misto alternativo.²⁷

Observe-se que na justificção do Projeto o legislador frisou que “a nova redação pretende também corrigir outra limitação da atual legislação, ao não restringir o crime de estupro à conjunção carnal em violência à mulher”, pois “esse crime envolveria a prática de outros atos libidinosos”, que “são unidos em um só tipo penal”.²⁸

Adotar o entendimento do citado professor seria dizer, então, que aquele que tem droga armazenada para venda e adquire outro tipo de substância, destinada a outro público consumidor, comete dois crimes de tráfico? A resposta parece-nos negativa.

A configuração da continuidade delitiva ou o concurso de

do crime: [...].

26 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: [...].

27 GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. p. 4/5. Disponível em: <http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao_lei_dignidade_sexual.pdf>. Acesso em: 19 de junho de 2010.

28 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado, n. 253 de 2004. Brasília - DF, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034>. Acesso em: 5 de junho de 2010.

crimes em decorrência da prática de ambos os núcleos do tipo, na espécie, ocorreria caso o dispositivo fosse redigido como “misto cumulativo”, como é o caso do art. 208 do CP²⁹, no qual cada ação configura crime autônomo.

O doutrinador Fernando Tourinho Filho, retratando-se de sua posição anterior, a qual, inclusive, integrou algumas de suas obras, assevera que “os atos de lascívia praticados por força de desordenado apetite sexual que podem preceder a conjunção carnal, inclusive o „cunnilingus., todos eles, incluindo o coito vaginal, formam uma só e única figura delitual, visto que os desígnios guardam a mesma homogeneidade.” E, concordando se tratar de tipo misto alternativo, afirma ser “indiferente para o mundo fenomênico que o agente cometa uma só conduta ou as duas. O núcleo verbal de ambas está em “constranger” (constranger à conjunção carnal e constranger alguém a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso).”³⁰

Nosso entendimento é amparado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça no Ag 991.132/SC (2007/0285425-0), Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, publicado em 27/4/2010, e, assinalando no mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal, conforme HC 99.265/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 2/3/2010, além dos já citados doutrinadores Guilherme de Souza Nucci, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Valerio de Oliveira Mazzuoli, entre outros.

Só haverá crime continuado (art. 71 do CP³¹) se o agente co-

29 Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo

Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. [...].

30 TOURINHO FILHO, Fernando. Crimes contra a Liberdade Sexual, em Face da Nova Lei. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 203-208, fev./mar. 2010, p. 204/205.

31 Crime continuado

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social

meter novamente o delito, em outro cenário, e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e semelhantes, ser o subsequente havido como continuação do primeiro. Em se tratando de vítimas diferentes, incide a regra da continuidade delitiva específica (§ 1º do art. 71 do CP), se cumpridos os requisitos, ou do concurso material de crimes (art. 70 do CP³²).

Note-se que a alteração é benéfica e deve retroagir aos casos em que o réu foi condenado por estupro e atentado violento ao pudor em concurso material, por atos praticados num mesmo contexto. Os fatos em que se impediu a aplicação da regra da continuidade delitiva, por não se tratarem o estupro e o atentado violento ao pudor de crimes da mesma espécie, também serão alcançados pela nova regra.

Todavia, repise-se, não se pode olvidar que a multiplicidade de condutas deverá ser considerada na fixação da pena-base, afastando a razão da crítica de que a novel legislação cria cenário de impunidade. Se o magistrado realizar uma análise profunda e fundamentada das circunstâncias judiciais, o que, infelizmente, há muito não se verifica na prática forense, a pena certamente atingirá o montante necessário para a reprovação e prevenção do crime.

Como visto, a tentativa é admissível, e, para a consumação do tipo, “tratando-se de conjunção carnal, não se exige a completa introdução do pênis na vagina, nem é necessária a ejaculação. No tocante a „outro. ato libidinoso, [...] basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima a se expor sexualmente ao agente para ser atingida a consumação.”³³

e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

32 Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

33 NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual - Comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009, p. 17.

Além disso, agora, o aborto legal, previsto para gravidez resultante de estupro (art. 128, inciso II, do CP³⁴), abrange, expressamente, os casos resultantes de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Por fim, a alteração do inciso V do art. 1º da Lei n. 8.072/90³⁵, inserindo a expressão “*caput*”, encerrou grande discussão e confirmou a posição majoritária da jurisprudência de que o estupro, tanto na forma simples quanto qualificada, é crime hediondo.

Violação sexual mediante fraude	
<p>Art. 215. ter conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.</p>	<p>Posse sexual mediante fraude Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude: Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de dois a seis anos.</p> <p>Atentado ao pudor mediante fraude Art. 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de um a dois anos. Parágrafo único. Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) ano: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.</p>
<p>Parágrafo único. Se o crime é cometido com fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.</p>	

34 Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
[...] Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

35 Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:
[...] V - estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); [...].

Alterou-se também o ultrapassado crime de “posse sexual mediante fraude” (art. 215), deixando de ser sujeito passivo do delito exclusivamente a mulher, eliminando-se, ademais, a qualificadora para os casos em que a vítima fosse “mulher virgem” ou contasse com menos de 18 e mais de 14 anos de idade, cuja pena, inclusive, passou a ser a prevista para o reformulado tipo. Incluiu-se a figura do antigo crime de “atentado ao pudor mediante fraude” (art. 216), tutelando-se, agora, com o mesmo método adotado no crime de estupro, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, sob a rubrica “violação sexual mediante fraude”.

De ressalta-se que a pena foi majorada em relação ao tipo básico do antigo art. 215 e a todo art. 216, não podendo retroagir, conforme o previsto no art. 1º do CP³⁶. Por outro lado, para as condenações anteriores pelos crimes nas formas qualificadas, a alteração é benéfica, porque excluiu as qualificadoras, e, em razão da retroação, a pena restante será a cominada no *caput* dos antigos tipos.

Sobre o referido tipo penal, o professor Guilherme de Souza Nucci critica a inclusão da expressão “ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”, porque, “certamente, haverá confusão com o disposto no art. 217-A, § 1.º. Neste, prevê-se ser estupro de vulnerável ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa que não tenha discernimento suficiente ou que, por qualquer causa, não possa oferecer resistência” e “o tipo penal do art. 215 prevê quase o mesmo”. Diante disso, conclui que “quando a imputação disser respeito a estupro de vulnerável, com fundamento no art. 217-A, § 1.º, pode o magistrado, ao julgar, desclassificar a infração para o tipo previsto no art. 215, consistente em violação sexual mediante fraude ou outro meio, que merece ser considerado subsidiário em relação ao primeiro.”³⁷

A nosso ver, conquanto a similitude possa causar alguns equívocos, a fórmula genérica do emprego de meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima está compreendida no conceito de fraude, cujos elementos podem ser extraídos do

³⁶ **Anterioridade da Lei**

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei n. 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009, p. 28/29.

crime de estelionato (induzir ou manter alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento).

Artifício é o elemento material engenhoso de que se lança mão para enganar alguém. Ex: fantasia, disfarce, documento falso etc.

Ardil é a conversa astuciosa a que se recorre para ludibriar alguém.

A fórmula genérica consistente em qualquer outro meio fraudulento que visa a abranger as condutas que não se amoldam aos conceitos de artifício e ardil, como o silêncio.

A doutrina costuma exemplificar caso em que a mulher, “num baile de máscara, no decorrer da festividade, após separar-se momentaneamente do marido, dirige-se a outra pessoa, pensando tratar-se do cônjuge e, objetivando agradá-lo, convida-o para irem ao motel, sendo que a terceira pessoa, aproveitando-se da situação, não só aceita o convite, como sugere que o ato sexual seja realizado também de máscara e na penumbra.”³⁸

Sem adentrar no mérito da profunda cogitação, porquanto respeitadas autores consideram o exemplo atual, dele se extrai o artifício, melhor imaginado caso o agente, percebendo-se fantasiado de forma idêntica ao companheiro da vítima, engana-a a fim de cometer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, beijando-a e tocando seu corpo lascivamente em espaço reservado da festa.

Verifica-se naquela situação, também, o ardil, quando o agente sugere à vítima que a relação seja consumada sem tirar as máscaras e na penumbra.

Quanto ao ardil, poder-se-ia também imaginar hipótese em que homem ou mulher, sentindo prazer em ver seu cônjuge mantendo relação sexual com outrem, convence-o a, vendado, manter conjunção carnal consigo, mas chama outrem, que consuma o ato.

Exemplo atual a ser citado, ainda, seria o caso em que o rapaz chega em casa cansado e deita na cama de seu irmão gêmeo idêntico, e a namorada deste, querendo fazer uma surpresa ao amado,

38 PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. 2. ed., v.3. São Paulo: RT, 2003, p. 277.

sem perceber, deita na cama com aquele, o qual pratica algum ato libidinoso.³⁹

Nesse caso, a fórmula genérica do meio fraudulento serve como elementar do tipo, uma vez que o agente se omite e, utilizando-se do silêncio, aproveita-se do engano da vítima.

Pode-se imaginar, ainda, situação em que o agente, aproveitando-se de parcial embriaguez da vítima, hipótese em que geralmente há afrouxamento das amarras morais, e empregando ardil, convence-a a com ele praticar ato libidinoso. Todavia, o ato de ministrar psicotrópico (ex: “boa noite cinderela”) e a embriaguez voluntária completa, que privam a vítima de oferecer resistência, configuram o crime de estupro de vulnerável.

Assim, para distinguir os crimes previstos nos arts. 215 e 217-A, § 1º, o legislador empregou como situação menos grave o impedimento ou redução da “livre manifestação de vontade” (impedimento psicológico) pela fraude – “Pretexto de cura e simulação de tratamento de enfermidade para obter a conjunção carnal” (REsp n. 445.881/BA). A vítima “precisa se enganar acerca da identidade do agente ou da legitimidade do ato sexual” (STJ HC 48.901/SC) –, ao passo em que o obstáculo ao oferecimento de “resistência” (impossibilidade física) configura conduta mais lesiva, classificada como estupro de vulnerável – “Vítima com 81 anos de idade. Reconhecimento de fragilidade física caracterizadora da impossibilidade de oferecer resistência.” (REsp 886.841/SC).

Acresceu-se à espécie o parágrafo único, segundo o qual, se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica, incidirá pena de multa.

As observações quanto às regras de concurso de crimes no estupro aplicam-se a esse tipo, em virtude de também se constituir por condutas mistas alternativas.

39 Adaptação de cena da novela “Viver a Vida” de Manoel Carlos, exibida pela Rede Globo de Televisão.

Assédio Sexual	
Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.	Idem.
Parágrafo único. (VETADO)	2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Conquanto o tipo não elucide em que consiste a conduta caracterizadora da ação “constranger”, seu objetivo é vedar a insistência inoportuna de alguém em posição privilegiada, na condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, para obter favores sexuais de um subalterno.

A presente reforma apenas incluiu no tipo referente ao crime de assédio sexual a causa de aumento de pena, para os casos em que a conduta é praticada em detrimento de pessoa com menos de 18 anos de idade, posicionando-a como § 2º, embora o parágrafo único já houvesse sido revogado.

Esse foi um erro cometido em sede de publicação da lei, porquanto o texto aprovado pelo legislativo catalogava a regra como parágrafo único.

O legislador visou dar maior proteção aos adolescentes com idade superior a 14 anos, não só àqueles que exercem profissão de acordo com os preceitos da Constituição Federal (art. 7º, inciso XXIII⁴⁰) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 60⁴¹), mas que se submetem à relação irregular de trabalho infantil, a exemplo do trabalho doméstico. Não se pode olvidar, todavia, em relação a estes,

40 4 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

41 Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.

a tutela do crime de estupro de vulneráveis (ver art. 217-A, Capítulo II - Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável).

Contudo, por evidente falha, o legislador não determinou o patamar mínimo de incidência da causa de aumento de pena, senão apenas a elevação de até um terço, o que deverá ser resolvido pelo magistrado, com vista à proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Conclui-se o artigo de pesquisa acerca da confrontação das teorias sobre os “Crimes Contra a Liberdade Sexual”, buscando adequar o resultado à realidade forense e a todo o contexto do direito penal.

Não se pretende esgotar o assunto, nem desenvolver tese a fim de promover a autoria, mas, sim contribuir para o aperfeiçoamento do conhecimento de acadêmicos de direito, expondo o conteúdo de forma a extrair da batalha entre as correntes existentes a solução legal aplicável na prática jurídica, afastando a perniciosa reprodução de jurisprudências e doutrinas sem uma prévia análise crítica.

Dentre as mudanças no capítulo, a abordagem se concentrou, principalmente, no art. 213, que englobou o revogado art. 214, criminalizando, então, num único tipo, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça, o qual foi descrito de forma mista alternativa.

Assim, havendo, na hipótese, conjunção carnal e cópula anal contra uma vítima e no mesmo contexto e cenário, comete-se crime único. Haverá crime continuado se o agente cometer novamente o delito, em outro cenário, e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e semelhantes, ser o subsequente havido como continuação do primeiro. Por fim, em se tratando de vítimas diferentes, incide a regra da continuidade delitiva específica, se cumpridos os requisitos, ou do concurso material de crimes.

Concluiu-se pela prescindibilidade do elemento subjetivo específico, consistente na satisfação da lascívia, pois, independente-

mente do objetivo secundário do agente, o meio eleito, caracterizado pela violência sexual, sem dúvida, tolhe a liberdade e fere a dignidade sexual da vítima.

Ainda, vimos que as formas qualificadas do crime de estupro não se compreendem no conceito de crime preterdoloso, mas crime qualificado pelo resultado *strictu sensu*, no qual a produção do resultado mais gravoso admite o dolo.

Em relação ao crime de violação sexual mediante fraude, conceituamos as circunstâncias caracterizadoras deste elemento, demonstrando que, embora haja alguma similitude com o crime de estupro de vulnerável, aquele não se trata de tipo subsidiário desse, sendo distintas as hipóteses de incidência.

Assim, elaborou-se artigo confrontando teorias de autores renomados, utilizando linguagem clara e concisa, a fim de facilitar e nortear a pesquisa e os estudos dos acadêmicos de direito acerca deste tema tão atual e controvertido.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição – Uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Código Penal. Vade Mecum: acadêmico de direito. 10 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

_____. Constituição Federal. Vade Mecum: acadêmico de direito. 10 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

_____. Lei n. 810, de 6 de setembro de 1949. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 set. 1949.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 jul. 1990.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 253, de 2004. Brasília – DF, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/>

detalhes.asp?p_cod_mate= 70034>. Acesso em: 5 de junho de 2010.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio Gomes; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: RT, 2009.

GRECO, Rogério. Adendo - Lei n. 12.015/2009. Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual. Niterói: Impetus, 2009, p. 11. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/#display=downlo+ads&container=content&module=jpf_file_manager&view=list&find=12.015/2009%20-%20curso&start=0>. Acesso em: 12 de junho de 2010.

GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. p. 4/5. Disponível em: <http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao_lei_dignidade_sexual.pdf>. Acesso em: 19 de junho de 2010.

LEAL, João Jose; LEAL, Rodrigo José. Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 32, p. 52-77, out./nov. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei n. 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

_____, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. Órgão promotor: Escola do Ministério Público de Santa Catarina, Florianópolis, 21 de maio de 2010.

PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. 2. ed., v.3. São Paulo: RT, 2003.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal. Parte Geral. 6. ed., rev. e ampl., de acordo com a Lei n. 12.015, de 07 de agosto 09, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando. Crimes contra a Liberdade Sexual, em Face da Nova Lei. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 203-208, fev./mar. 2010.

PENAL

UM ANO DE LEI 12.015/2009 –
CRÍTICANDO A LEI E AS CRÍTICAS À LEI.
CAPÍTULO II - DOS CRIMES SEXUAIS
CONTRA VULNERÁVEL

Pablo José Depiné

*Assistente da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina
Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do Ministério Público do
Estado de Santa Catarina*

RESUMO:

Em agosto de 2009, a partir de longa atividade de CPMI, o Senado Federal reformou o ultrapassado Título VI da Parte Especial do Código Penal, “Dos Crimes Contra os Costumes”, intitulado-o como “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. A mais significativa das inovações foi a unificação do antigo art. 214 (atentado violento ao pudor) com a conduta prevista no art. 213, diante do que, o crime de estupro, além da conjunção carnal, abrange os demais atos libidinosos, do qual, ademais, pode ser vítima também o homem. Eliminou-se a figura da presunção de violência, criando-se o crime de estupro de vulnerável, assim entendidas as pessoas com idade inferior a 14 anos e aquelas que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência, cuja objetividade, todavia, entendemos ser relativa. Além disso, as

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 81 - 106	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	-------------	----------------

figuras típicas passaram a ser “mistas alternativas” e, dessa forma, havendo, na hipótese, conjunção carnal e outro ato libidinoso contra uma vítima e no mesmo contexto e cenário, comete-se crime único. Entre a alteração de outros tipos penais, instituiu-se causas especiais de aumento de pena para os casos em que resulte gravidez da vítima ou que o agente transmita a ela doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. Modificou-se, por fim, a ação penal, que, em regra, passou a ser pública condicionada à representação.

PALAVRAS-CHAVE: Lei n. 12.015. Crimes sexuais. Dignidade sexual. Estupro. Atentado violento ao pudor. Conjunção carnal. Ato libidinoso. Vulnerável.

ABSTRACT

In August of 2009, after CPMI's long activity, the Federal Senate reformulated the title VI of the Penal Code, Special Part, “Crimes against Custom”, now having the title: “Crimes against the sexual dignity”. The most significative change was the unification of the old article 214 (violent assault against chastity) with the conduct of the article 213, from now on, rape, besides the carnal conjunction, embrace others libidinous acts, being a man a possible victim. Eliminating the presumption of violence, was created another time of crime, the vulnerable's rape, being the vulnerable a person under the age of 14, and those with infirmity or mental deficiency, that don't have the necessary understanding for practicing the act, or that can't offer resistance. Besides that, the typical figure now is “mist alternative” and, because of that, having, hypothetically, carnal conjunction and another libidinous act against one victim in the same context and scenery, only one crime is committed. Between other alterations in the Penal Code, was establish special causes to increase the sentence when the rape result in the victim's pregnancy, or if the rapist transmits some kind of sexual disease that he knows he has or if, at least, he should know. At least, the rule of the penal action is now public

with the condition to have a representation.

KEYWORDS: 12.015, Sexual crimes, Sexual dignity, Rape, Violent assault against chastity, Carnal conjunction, Libidinous act, Vulnerable.

INTRODUÇÃO

O presente artigo de pesquisa tem como objetivo fazer uma análise da Lei n. 12.015/2009, que reformulou os “Crimes Contra a Dignidade Sexual”, e das doutrinas publicadas acerca do tema.

Como dito no capítulo anterior, não se pretende desacatar os entendimentos dos doutrinadores estudados, mas fazer uma comparação crítica entre eles, amoldando-se a conclusão à realidade forense e a todo o contexto do direito penal, tratando a matéria de forma equânime.

No capítulo “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”, a principal abordagem está no art. 217-A, que tipifica o crime de estupro de vulnerável, substituindo o regime de presunção de violência contra criança ou adolescente com idade inferior a 14 anos e pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência.

Entretanto, veremos que a objetividade fática buscada pelo legislador não afasta a relativização da vulnerabilidade em relação aos adolescentes e enfermos ou deficientes mentais que mantêm parcialmente a consciência para consentir validamente com o ato.

Ainda, em decorrência desse conceito de vulnerabilidade, criou-se tipo autônomo para criminalizar a corrupção de menores, consistente em induzir pessoa com menos de 14 anos de idade a satisfazer a lascívia de outrem, o que, adiantamos, não é exceção pluralística à teoria monística em relação ao indutor, pois a conduta satisfativa não pode ser caracterizada por conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a exemplo do crime de satisfação de lascívia mediante

presença de criança ou adolescente.

Analisaremos, também, o crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, buscando responder os questionamentos e contradições propostos pela doutrina.

Por fim, faremos breve apanhado sobre as novas causas especiais de aumento de pena e a ação penal nos crimes tratados neste e no capítulo “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”.

Este artigo é resultado de pesquisa bibliográfica, visando a conciliar as contradições e a diversidade de correntes, a bem de facilitar a compreensão do tema, mormente aos estudantes de Direito.

1 DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

A Lei n. 12.015/2009 fez significativa reforma no que tange à presunção de violência, introduzindo no sistema penal o conceito de pessoa vulnerável, a fim de criar objetividade fática, cujos crimes serão objeto de estudo no presente capítulo.

CAPÍTULO II	
DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL	
Estupro de vulnerável	
<p>Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.</p>	<p>Estupro Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de seis a dez anos. Atentado violento ao pudor Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de seis a dez anos. Presunção de violência Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos;</p>

<p>§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.</p>	<p>b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra c</p>
<p>§ 2º Vetado</p>	<p>Aumento de pena Art. 226. A pena é aumentada: [...] II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;</p>
<p>§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.</p>	<p>Formas qualificadas Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de oito a doze anos.</p>
<p>§ 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.</p>	<p>Parágrafo único - Se do fato resulta a morte: Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos</p>

Criou-se o delito denominado estupro de vulnerável, situado no art. 217-A, buscando vedar por completo a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos de idade, e com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Esse dispositivo, pretendendo o Projeto “objetividade fática”¹, substituiu o regime de presunção de violência, previsto no art. 224 do Código Penal, e focando a vulnerabilidade das pessoas naquelas situações, estendeu para elas a tipificação do crime de estupro, sem exigir, todavia, o constrangimento mediante violência ou grave ameaça.

1 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, n. 253 de 2004**. Brasília - DF, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034>. Acesso em: 5 de junho de 2010.

Embora a maioria da doutrina e da jurisprudência entendesse ser absoluta a presunção de violência, principalmente contra adolescente com idade inferior a 14 anos, havia parcela dos que advogavam em sentido oposto.

Nada obstante à posição adotada pelo legislador, o professor Guilherme de Souza Nucci leciona que o “nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência”, pois a “lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade”, defendendo, além disso, que somente haverá presunção absoluta nos casos em que as vítimas contarem com menos de 12 anos de idade.²

A estagnação do legislador acerca da idade das vítimas do referido tipo penal permite inusitadas situações jurídicas, facilmente verificáveis no cotidiano.

Observe-se, inicialmente, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/1990, em seu art. 2º, *caput*, estabelece que: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” De acordo com os arts. 103³ e 104, parágrafo único⁴, ambos do referido Estatuto, as condutas descritas como crime ou contravenção penal praticadas por adolescentes são consideradas atos infracionais.

Em sendo assim, imagine-se situação em que um adolescente de 12 anos de idade convence outrem, de 13 anos, a consigo praticar ato libidinoso. Seria ele responsabilizado por ato infracional equiparado ao crime de estupro de vulnerável?

Noutra hipótese, casal de namorados, ambos com 13 anos de idade, com o consentimento dos pais e sob a supervisão deles, na

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual** – Comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009, p. 37/38.

3 4 Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

4 5 Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.
Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

casa de uma das famílias, mantém relações sexuais. Cometeriam os adolescentes, mutuamente, ato infracional equiparado a crime de estupro de vulnerável? Ressalte-se que o Código Penal não admite compensação de culpas. Seriam os pais partícipes em crime de estupro?

Não vemos nessa, e em várias outras situações, “relações assimétricas”⁵ que requeiram a proteção absoluta do direito.

Parece-nos absurdo, mas esta é a situação jurídica presente, face à assimetria do novo tipo penal com os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não acreditamos na possibilidade de que o legislador tenha angariado evidências inarredáveis a comprovar que os adolescentes com menos de 14 anos de idade não têm o necessário desenvolvimento e discernimento para consentir validamente com práticas sexuais.

Entretanto, em sendo a liberdade “um bem jurídico disponível, o consentimento da vítima elimina a tipicidade da conduta”, e, portanto, considerou-se que o “grau de desenvolvimento psicossomático” dos adolescentes com até 14 anos de idade não comporta “capacidade física e psíquica suficiente e com base num razoável espaço de liberdade” para aderir ou não à prática de ato sexual.⁶

Com efeito, fica evidente a dificuldade do legislador e de muitos escritores da área, adaptados à realidade tutelada pelo Código Penal da década de 1940, em acompanharem as evoluções sociais no que concerne à sexualidade dos adolescentes, pois ainda que afirmem que o consentimento é elementar da adequação típica do fato praticado e da culpabilidade, entendem “que o menor amadurecido nas coisas do sexo, seja qual for o motivo que o conduziu a essa lamentável condição, não deixa de merecer a proteção especial do direito.”⁷

Essa posição, que tem nosso respeito, mas nenhuma concordância, tende a olvidar o princípio da intervenção mínima do direito

5 GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Crimes Sexuais e a Pessoa Vulnerável**. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 20-34, fev./mar. 2010, p. 32.

6 LEAL, João Jose; LEAL, Rodrigo José. **Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado**. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 32, p. 52-77, out./nov. 2009, p. 63.

7 *Ibidem*, p. 68.

penal no seio social e, além disso, a valorização da vítima, ampliada até mesmo no processo penal, mormente pela promulgação da Lei 11.690/2008 (art. 201 do CPP⁸), no qual ela “não é mais vista apenas como fonte da prova, preocupando-se o legislador em resguardar a sua integridade física, assim como outros aspectos relacionados à prática delitiva.”¹⁰

Isso porque não é o fato de o adolescente ter iniciado sua vida sexual, o que consideram “triste”, e “aparentar idade superior ou compleição física precocemente desenvolvida” que lhe fará desmerecedor da proteção especial do direito.¹¹¹⁰

Não é aceitável a tese de “merecimento”, porque a pretensão punitiva do Estado é matéria de ordem pública e deve ser exercida indistintamente aos jurisdicionados, por mais negativas que sejam as características das vítimas.

Ademais, não são conceitos estagnados que contêm a definição da capacidade de discernimento e aceitação válida da prática sexual, devendo a lei se amoldar à realidade e às necessidades sociais, e não estas a ela.

Ao passo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, com-

8 Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

9 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Reforma do Código Penal de Processo Penal**. Comentada – artigo por artigo. 2. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2009, p. 184/185.

10 LEAL, João Jose; LEAL, Rodrigo José. **Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável**: Novo Tipo Penal Unificado. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 32, p. 52-77, out./nov. 2009, p. 69.

plexo de normas mais amplo e estruturado que a Lei 12.015/2009, determinou a responsabilidade dos adolescentes pela prática de atos infracionais. reflexamente entendeu que eles têm discernimento para não precisarem da citada “especial proteção do direito”, que, em verdade, tolhe a liberdade de, com o fundamental apoio da família, informações sociais e políticas públicas, escolherem o momento em que iniciarão sua vida sexual, e quais serão os seus parceiros nessa nova experiência.

Assim, perduram o conflito de normas e a antiga discussão acerca da presunção relativa, que entendemos deva prevalecer.

O sujeito passivo do crime é a pessoa vulnerável, ou seja, menor de 14 anos de idade (atentando-se às observações feitas alhures), enferma ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, e sem capacidade de resistência.

Quanto aos enfermos e deficientes mentais, o déficit cognitivo deve reduzir potencialmente a consciência sobre a conotação do ato sexual, de forma a invalidar a aceitação, sob pena de tolher dessas pessoas a liberdade e o desenvolvimento sexual, que são segmentos da fundamental inclusão social.

No mesmo sentido, a impossibilidade de “oferecer resistência” deve ser de tal monta que a vítima esteja obstaculizada fisicamente, pois o legislador empregou como situação menos grave, caracterizadora do crime de violência sexual mediante fraude (ver art. 215, no Capítulo I - Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual), o impedimento ou redução da “livre manifestação de vontade” (impedimento psicológico) da vítima, quando ela é induzida ou mantida por alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci adverte que se a pessoa consome preordenadamente alguma droga, lícita ou ilícita, afastando a inibição pessoal para “manter relação sexual ou participar de qualquer ato sexual grupal”, não pode se valer do efeito causado pela substância para alegar vulnerabilidade, pois “ninguém se exime da responsabilidade penal em caso de embriaguez voluntária ou culposa (art. 28, II, CP), aplicando-se a teoria da ‘actio libera in causa’”.¹²¹¹

11 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual** – Comentários à Lei 12.015

Dessarte, se o direito penal admite a culpabilidade do acusado, por ter consciência no momento em que iniciou a ingestão de substância alucinógena e, assim, assumiu o risco de cometer um crime, por isonomia, deve entender que a vítima que se drogou em local propício à prática de ato sexual também consentiu com o evento.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa conhecedora das circunstâncias da vítima, pois, do contrário, haverá erro de tipo, afastando-se o dolo e, por conseguinte, a tipicidade, por não haver previsão da modalidade culposa.

A partir desse ponto, as considerações devem ser analisadas com vista no art. 213, no Capítulo I - Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual, onde foram feitas de forma mais profunda, de modo a evitar tautologia.

Em relação ao elemento subjetivo, não há exigência de dolo específico, caracterizado pela vontade de satisfazer a lascívia, porque, independentemente da intenção secundária do agente, tutela-se a dignidade e a liberdade sexual da vítima.

A tentativa, embora de difícil comprovação, é possível tanto para a conjunção carnal quanto para os outros atos libidinosos.

No que tange ao concurso de crimes, a figura típica passou a ser “mista alternativa” ou “de conteúdo variado” e, dessa forma, havendo conjunção carnal e cópula anal, por exemplo, contra uma vítima, e no mesmo contexto e cenário, comete-se crime único.

Naturalmente, a multiplicidade de condutas deverá ser considerada na fixação da pena, configurando circunstância judicial negativa (art. 59 do CP¹²).

Outrossim, haverá crime continuado (art. 71 do CP¹³) se o agente

de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 40.

12 Fixação da pena

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

13 14 Crime continuado

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso,

cometer novamente o delito, em outro cenário, e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e semelhantes, ser o subsequente havido como continuação do primeiro. Em se tratando de vítimas diferentes, incide a regra da continuidade delitiva específica (§ 1º do art. 71 do CP), se cumpridos os requisitos, ou do concurso material de crimes (art. 69, do CP¹⁴).

Frise-se que a alteração é benéfica e deve retroagir aos casos em que o réu foi condenado, diante da presunção de violência, por estupro e atentado violento ao pudor em concurso material, por atos praticados num mesmo contexto fático. Os fatos em que se impediu a aplicação da regra da continuidade delitiva, por não se tratarem o estupro e o atentado violento ao pudor de crimes da mesma espécie, também serão alcançados pela nova norma.

O art. 217-A elevou as penas do art. 213 e do revogado art. 214, cominando 8 a 15 anos de reclusão no *caput*, 10 a 20 anos de reclusão se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave e 12 a 30 anos de reclusão caso ocorra a morte da vítima. Com isso, encerrou-se a discussão consistente na incidência ou não do aumento determinado pelo art. 9º da Lei 8.072/1990, quando fosse aplicável o art. 224 do CP, pois agora a pena é autônoma e superior ao crime de estupro comum, caracterizando, a controvertida causa especial de aumento de pena, *bis is idem*.

Acerca do crime qualificado pelos resultados lesão corporal grave e morte, ratificamos não se tratar de crime preterdoloso, mas

de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

14 15 Concurso material

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

qualificado pelo resultado *stricto sensu*, que admite a realização dolosa.

Ainda, o Presidente da República vetou o § 2º do dispositivo, constante do Projeto aprovado e remetido para sanção, segundo o qual a pena seria aumentada de metade se houvesse concurso de quem tenha o dever de cuidado, proteção ou vigilância. Arrazoou-se, acertadamente, que a causa de aumento de pena é prevista no diploma legal (art. 226, inciso II) e que sua aplicabilidade ensejaria controvérsias.

Isso porque aquele que tem o dever de cuidado, proteção e vigilância, por força da norma integradora do § 2º do art. 13 do CP, sabendo do crime e não tomando as medidas necessárias, torna-se partícipe, e em decorrência da mesma circunstância teria a pena aumentada de metade pela vetada causa especial, ferindo o princípio do *ne bis in idem*.

Ademais, o inciso II do art. 226 prevê o mesmo aumento de pena se o agente for, “ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”, dentre os quais certamente se encontram aqueles que têm o dever legal de cuidado.

Corrupção de menores	
	Mediação para servir a lascívia de outrem
Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.	Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de um a três anos. § 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:

	<p>Pena - reclusão, de dois a cinco anos.</p> <p>§ 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:</p> <p>Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.</p> <p>§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.</p> <p>Art. 232 - Nos crimes de que trata este Capítulo, é aplicável o disposto nos arts. 223 e 224.</p>
--	--

Esse dispositivo nos parece o mais controvertido da reforma. Tanto pela interpretação dada por doutrinadores, quanto pela omissão que permitirá impunidade para reiterada prática criminosa contra crianças e adolescentes, cometida, especialmente, por meio da *Internet*.

Sobre o primeiro aspecto, Guilherme de Souza Nucci se posiciona no sentido de que “o legislador, possivelmente por falta de orientação, criou a figura do art. 218, excepcionando o indutor e concedendo-lhe a pena de reclusão, de dois a cinco anos”, nada obstante “aquele que instigar ou auxiliar um menor de 14 anos a praticar ato sexual com outrem seria considerado partícipe de estupro de vulnerável”.¹⁵

Por conseguinte, ter-se-ia criado uma exceção pluralística à teoria monística.

Data venia o entendimento do ilustre professor, não nos parece que o dispositivo se preste a criminalizar conduta idêntica àquela do crime de estupro de vulnerável. Basta analisar, para tal conclusão, o emprego, pelo legislador, da expressão “*satisfazer a lascívia*” como menos grave que a conjunção carnal e os demais atos libidinosos. Tanto é assim que “**praticar, na presença** de alguém menor de 14 (catorze) anos, **ou induzi-lo a presenciar**, conjunção carnal ou outro

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual** – Comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009, p. 45/46.

ato libidinoso, a fim de **satisfazer lascívia** própria ou de outrem” (art. 218-A – grifos apostos), tem pena cominada de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de reclusão.

Como ensinam Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Valerio de Oliveira Mazzuoli, a conduta descrita no art. 218 “limita-se, portanto, às práticas sexuais meramente contemplativas, como por exemplo, induzir alguém **menor de 14 anos** a vestir-se com determinada fantasia para satisfazer a luxúria de alguém.”¹⁷¹⁶

O art. 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente, no *caput* e inciso II, incrimina a conduta de quem alicia, assedia, instiga ou constringe, “por qualquer meio de comunicação, **criança, com o fim** de com ela praticar **ato libidinoso**” ou de fazer com que se exhiba “**de forma pornográfica ou sexualmente explícita**”, cominando pena de 1 a 3 anos de reclusão. [sem grifo no original]

Assim, criminaliza-se a comunicação, geralmente ardilosa, que ocorre principalmente em salas de bate-papo da *Internet*, objetivando a prática de ato libidinoso ou a exposição pornográfica ou sexualmente explícita de criança. Pune-se o ato preparatório da conduta mais grave.

Se o agente atingir sua finalidade, praticando ato libidinoso ou a criança se expondo de forma pornográfica ou sexualmente explícita, o crime será o de estupro de vulnerável.

A satisfação da lascívia, objeto do novo tipo penal, não pode se dar por conjunção carnal, outro ato libidinoso, e exposição pornográfica ou sexualmente explícita.

Dessarte, induzir alguém com menos de 14 (catorze) anos de idade a satisfazer a lascívia de outrem não configura participação no crime de estupro de vulnerável, nem é exceção pluralística à teoria monística.

Mesmo porque, exceção à teoria monística não poderia trazer conseqüências tão diferentes, bastando ver a homogeneidade das

16 CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio Gomes; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009** e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: RT, 2009, p. 53.

penas cominadas aos crimes de corrupção passiva (art. 317) e corrupção ativa (art. 333) – reclusão, de dois a doze anos.

Um exemplo facilita a compreensão do enquadramento do discutido dispositivo, que não teve sua motivação justificada pelo Projeto: os pais induzem um filho a trocar de roupas, a se apresentar com fantasia ou outra forma sexualmente atrativa, sabendo que outrem está ocultamente observando, a fim de satisfazerem a lascívia deste.

É a colaboração ao *voyeurismo*.

Contudo, o maior problema do art. 218 é a impunidade do destinatário da conduta, daquele que tem satisfeita a lascívia. Isso porque, não pode ser responsabilizado, nem com a utilização da norma de integração do art. 29 do CP, pois uma das elementares do tipo é a satisfação da lascívia de outrem, e não a própria. Também não incidirá o art. 241-D, inciso II, do ECA quando a conduta não visar ato libidinoso ou exposição pornográfica ou sexualmente explícita, a exemplo da supracitada, além das conversas de conteúdo libidinoso travadas com crianças por meio de salas de bate-papo na Internet.

Enquadra-se ao tipo em análise a indução que seja, como dito, para satisfazer a lascívia de outrem, inclusive de alguém que acompanhe o indutor, fisicamente, ou em outro lugar, recebendo as imagens ou sons em tempo real, o que é raro, pois os crimes desta espécie, na maioria das vezes, são cometidos na clandestinidade.

Assim, o indutor e, concomitantemente, destinatário exclusivo da conduta, ficará impune. Impune porque, ademais, tal prática não se amolda à descrita no citado art. 218-A, comentado a seguir, pois a vítima não presencia conjunção carnal ou ato libidinoso e, quiçá, o próprio indutor. Não se enquadra no art. 218-B, porque “submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual” visa satisfazer a lascívia de pessoas indeterminadas, de formal geral e habitual.

De observar que a conduta agora criminalizada pelo art. 218 se subsumia ao § 2º do art. 227, diante da presunção de violência prevista no art. 224, alínea “a”, ambos do CP, e a reforma, além de não corrigir as deficiências acima apontadas, manteve o vetusto crime de

induzir alguém com idade superior a 18 anos a satisfazer a lascívia de outrem, sem violência ou grave ameaça.

Ainda, conquanto a pena mínima tenha sido mantida em 2 anos de reclusão, a máxima, de 8, foi reduzida para 5 anos.

A esse tipo penal pode incidir a causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, inciso II, do CP.

O Chefe do Executivo vetou o parágrafo único do dispositivo, constante do Projeto aprovado e remetido para sanção, segundo o qual, se o crime fosse cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplicar-se-ia também multa. Justificou que a conduta com o fim de vantagem econômica já estava abrangida pelo tipo penal previsto no art. 218-B, § 1º, do CP, olvidando-se, todavia, tratar este de conduta diversa, que não abarca situações de eventualidade, tuteladas pelo art. 218.

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente	
<p>Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:</p> <p>Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.</p>	<p>Corrupção de menores</p> <p>Art. 218 - Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:</p> <p>Pena - reclusão, de um a quatro anos.</p>

A figura típica de satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente guarda correspondência com o antigo crime de corrupção de menores, previsto no art. 218 do CP.

Na conduta descrita nesse tipo, o agente não tem ~~nenhum~~ contato físico com a vítima, nem há exposição dela de forma pornográfica ou sexualmente explícita, o que caracterizaria o crime de estupro de vulnerável, e, se ela for contemplada, por exemplo, vestida normalmente ou fantasiada, para satisfazer a lascívia de quem pratica o ato,

haverá, para o indutor, concurso formal¹⁸ com o crime previsto no atual art. 218, supra referido.

Isso porque, a presença física da vítima não é elementar do tipo e, caso ocorra, havendo sua contemplação, fere-se duas condutas juridicamente incriminadas.

Com efeito, o verbo “presenciar” foi empregado no sentido de “assistir a”, “ver”, o que, diante da evolução tecnológica e da ampliação de seu acesso, inclui a visualização da conjunção carnal ou outro ato libidinoso em tempo real por mídia eletrônica.

O presente tipo, além de incriminar aquele que pratica o ato sexual na presença da vítima, visa punir quem a induz a presenciar aquele ato, ainda que dele apenas outros participem, satisfazendo, com isso, a lascívia própria ou de outrem.

Logicamente, o termo *induzir*, que significa fazer surgir a ideia ou incutir, abrange as condutas de instigar e auxiliar, as quais, de todo modo, como alerta Guilherme de Souza Nucci, tornam “viável inserir o autor como partícipe”¹⁹.

Observe-se que antes a lei incriminava as condutas praticadas contra pessoa com mais de 14 e menos de 18 anos de idade, deixando lacuna quando a vítima contasse com idade inferior a esta e a ação consistisse em induzi-la a presenciar o ato de libidinagem, tornando o fato um indiferente penal.

Quanto à prática de “ato de libidinagem”, nesse caso, não era considerada crime de estupro com presunção de violência, pois o sujeito passivo do crime era pessoa com mais de 14 anos de idade.

¹⁷ Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual** – Comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009, p. 50.

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável	
<p>Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:</p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.</p>	<p>Lei 8.069/90 (ECA)</p> <p>Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2o desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:</p> <p>Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.</p> <p>[...]</p> <p>Favorecimento da prostituição</p> <p>Art. 228 - Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone:</p> <p>Pena - reclusão, de dois a cinco anos.</p> <p>§ 1º. Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do artigo anterior:</p> <p>Pena - reclusão, de três a oito anos.</p>
<p>§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.</p>	
<p>§ 2º Incorre nas mesmas penas:</p>	<p>Lei 8.069/90 (ECA)</p> <p>Art. 244-A. [...]</p> <p>§ 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário,</p>
<p>I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;</p> <p>II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.</p>	<p>o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no caput deste artigo.</p>
<p>§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2o, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.</p>	<p>§ 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.</p>

O art. 218-B compilou o art. 244-A do ECA e o art. 228 do CP, acrescentando a figura do vulnerável.

Na justificação do Projeto, o legislador aduziu admitir “certa liberdade sexual de adolescentes entre 14 e 18 anos, mas os protege conta [sic] aliciamento ou perversão que mine tal liberdade”. Além de tutelar as crianças e os adolescentes, incluiu “entre os vulneráveis, no crime de estupro e no de favorecimento da prostituição, as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenham o necessário discernimento [sic] para a prática do ato.”¹⁹

Com isso, o legislador criou dois grupos de pessoas tuteladas no crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, quais sejam, das pessoas que, independentemente da idade, por enfermidade ou deficiência mental, não tenham o necessário discernimento para a prática do ato e das com menos de 18 anos de idade.

A priori, poder-se-ia interpretar que o legislador, ao instituir o crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, não se atentou que a vulnerabilidade das vítimas em decorrência de enfermidade ou doença mental, que retire o necessário discernimento para a prática de ato sexual, é elementar do comentado crime de estupro de vulnerável.

Há autores que, observando o possível contrassenso, questionam se a intenção do legislador foi “punir mais brandamente a conduta de quem mantém conjunção carnal ou pratica ato libidinoso com pessoa já prostituída, mesmo que deficiente mental, ou simplesmente criminalizar” a conduta praticada “com maior de 14 e menor de 18 anos, mentalmente são e prostituído, mesmo sem violência ou grave ameaça”.²⁰

Entretanto, importante observar que “nas modalidades ‘submeter’, ‘induzir’, ‘atrair’ e ‘facilitar’ consuma-se o delito no momento em que a vítima passa a se dedicar à prostituição, colocando-se, de forma constante,

19 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, n. 253 de 2004**. Brasília - DF, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034>. Acesso em: 5 de junho de 2010.

20 GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. **O Novo Estatuto Legal dos Crimes Sexuais: do Estupro do Homem ao Fim das Virgens**. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 7-16, out./nov. 2009, p. 12.

à disposição dos clientes, ainda que não tenha atendido nenhum."²¹

Quando na justificação o legislador tratou da punição do destinatário da prostituição infantil, explicitou "que alguém que mantenha relações sexuais com pessoa menor de 14 anos cometeria estupro de vulneráveis (novo art. 217), em situação de prostituição ou não"²², sem se referir aos enfermos e doentes mentais.

Nada obstante, no inciso I do § 2º do art. 218-B excepcionou que incide nas mesmas penas tão somente aquele que "pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo".

Por conseguinte, o legislador não fez exceção, de nenhuma forma, à punição pelo crime de estupro de vulnerável (art. 217-A) daqueles que mantiverem conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa que, em decorrência de enfermidade ou doença mental, não tenha o necessário discernimento para a prática de ato sexual ou que conte com menos de 14 anos de idade.

Por outro lado, a nosso ver corretamente, criminalizou a conduta de favorecer a prostituição ou outra forma de exploração sexual de pessoas com idade inferior a 18 e superior a 14 anos e vulneráveis.

Com efeito, havendo a prática de ato libidinoso com vulnerável prostituído, o agente responderá por estupro de vulnerável, enquanto aquele que levou a vítima à prostituição, por ambos os crimes, na condição de partícipe em relação àquele, em concurso com este.

Ainda, a prática sexual com pessoa com mais de 14 e menos de 18 anos de idade, mentalmente sã e prostituída, deve ser sem violência ou grave ameaça, porque, do contrário, haverá crime de estupro, pois a pessoa prostituída tem o direito de escolher quando e com quem se relacionar sexualmente.

A vulnerabilidade deve ser relativizada aos adolescentes com idade inferior a 14 anos, assim como aos enfermos e deficientes mentais, que mantêm condição para aceitar validamente o ato, nos

21 CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio Gomes; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009** e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: RT, 2009, p. 61.

22 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, n. 253 de 2004**. Brasília - DF, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034>. Acesso em: 5 de junho de 2010.

termos do exposto nos comentários ao art. 217-A do CP.

Também incorre nas penas cominadas no *caput* o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que houver prostituição de adolescentes ou vulneráveis (§ 2º, inciso I), constituindo efeito obrigatório da decisão (§ 3º) a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento, desde que aqueles tenham conhecimento de tal circunstância.

Se o crime for cometido com intuito de lucro, como normalmente ocorre, incidirá também pena de multa (§ 1º).

CAPÍTULO IV DISPOSIÇÕES GERAIS	
Ação penal	
Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.	Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.
Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos	§ 1º. Procede-se, entretanto, mediante ação pública: I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;
§ 1º [...] ou pessoa vulnerável.	II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.
	§ 2º. No caso do n. I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Antes da reforma, a regra era de que a ação penal fosse privada, excetuando-se os casos em que a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo, hipótese em que a ação penal seria pública condicionada à representação, e quando o crime fosse cometido com abuso do poder familiar ou da qualidade de padrasto (madrasta), tutor(a) ou curador(a), que seria pública incondicionada.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal sumulou que a ação

penal também seria pública incondicionada nos casos em que o crime fosse cometido mediante violência real.

Agora, a regra é de que a ação penal é pública condicionada à representação, a não ser que a vítima seja adolescente ou vulnerável, ocasião em que a ação será incondicionada.

Portanto, não há mais falar em ação penal privada, salvo se subsidiária da pública.

Ressalte-se que, por estarmos diante de norma processual penal material ou mista, incide o preceito da retroatividade e ultra-atividade da lei penal mais benéfica.

Assim, em relação aos fatos praticados na vigência da lei anterior, se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, continua a exigência de que haja representação.

Nos fatos denunciados em que os crimes foram cometidos com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto (madrasta), tutor(a) ou curador(a), cuja ação era pública incondicionada, caso as circunstâncias, diante da lei atual, determinem a condição da representação, a vítima não precisará ser chamada para autorizar a instância penal, pois trata-se de condição de procedibilidade, presente no momento da denúncia, e não prosseguibilidade da ação, constituída de atos jurídicos perfeitos.

Da mesma forma, a Súmula 608 do STF, nos termos da reforma, perdeu sua razão de ser, porque, ainda que o crime seja cometido mediante violência real, as vítimas, adultas, têm direito de demonstrarem ou não interesse na persecução criminal, mormente em virtude da preservação da intimidade, hipótese em que, entretanto, aplicar-se-á a conclusão do parágrafo anterior.

Todavia, importante observar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.301, proposta pelo Procurado-Geral da República, pugnando pela inconstitucionalidade do *caput* do art. 225 do CP, "para excluir do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, de modo a restaurar, em relação a tais modalidades delituosas, a regra geral da ação penal pública incondicionada

(art. 100 do Código Penal e art. 24 do Código de Processo Penal).”²³

CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES GERAIS	
Aumento de pena	
Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:	Aumento de pena Art. 226. A pena é aumentada:
I - (VETADO)	I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;
II - (VETADO)	II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;
III - de metade, se do crime resultar gravidez; e	III - (VETADO)
IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.	

O inciso I do art. 234-A previa causa de aumento idêntica à constante do inciso I do art. 226, e, por esse motivo, foi vetado.

O inciso II acrescia as figuras do enteado e daquele que assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância da vítima, eliminando, todavia, o preceptor e o empregador, além da fórmula genérica daquele que por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

Veja-se que o preceptor (professor) não tem o dever de cuidado dos alunos adultos, nem o empregador em relação aos empregados, salvo os com mais de 14 e menos de 16 anos de idade (art. 69 do ECA²⁴),

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4.301 de 2009**. Brasília - DF, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3758530>>. Acesso em: 9 de agosto de 2010.

24 Art. 69. O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:

I - respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;

razão pelo que não se enquadrariam, em regra, no conceito de quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância da vítima.

Ademais, essa nova fórmula traria controvérsia quando o dever de garantidor servisse como integrador do tipo, como abordado nos comentários ao art. 217-A.

Quanto às novas causas de aumento, o inciso III determina a majoração da pena em metade se do crime resultar gravidez da vítima, a qual terá que suportar os gravames de decidir em manter a vida que está gerando ou abortar. Além disso, se optar por manter a gravidez, haverá o possível inconveniente de contatos com o agressor, pai da criança.

Justificou o Projeto que o estupro, nessas circunstâncias “se aproxima conceitualmente do crime contra a humanidade ou crime de guerra de gravidez forçada, incidente em situações em que se apregoa a limpeza étnica”²⁵, demandando punição mais severa.

De se observar, todavia, que, nos casos de estupro de vulneráveis, quando a relação sexual é consentida, mormente nas situações em que a vítima é adolescente, a tipicidade, e ainda mais a majorante, significará óbice à família que poderá ser constituída.

Por fim, o inciso IV, que aumenta a pena de um sexto a um terço se o agente transmite à vítima doença venérea de que sabe ou deveria saber ser portador, não havendo dúvida do risco representado pelas doenças sexualmente transmissíveis, nem do desconforto em buscar tratamento, especialmente decorrente de relação indesejada, que reclama ainda mais a preservação da intimidade.

CONCLUSÃO

Conclui-se o artigo de pesquisa acerca da confrontação das teorias sobre os “Crimes Sexuais Contra Vulnerável”, buscando adequar

II - capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

25 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, nº 253 de 2004**. Brasília - DF, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034>. Acesso em: 5 de junho de 2010.

o resultado à realidade forense e a todo o contexto do direito penal.

Como explicitado no capítulo anterior, não se pretende esgotar o assunto, nem desenvolver tese a fim de promover a autoria, mas sim, contribuir para o aperfeiçoamento do conhecimento de acadêmicos de direito, expondo o conteúdo de forma a extrair das divergentes correntes existentes a solução legal aplicável na prática jurídica, afastando a perniciosa reprodução de jurisprudências e doutrinas sem uma prévia análise crítica.

Quanto ao crime de estupro de vulneráveis, declinamos fundamentos a defender a relativização da vulnerabilidade em relação aos adolescentes e enfermos ou deficientes mentais que mantêm parcialmente a consciência para consentir validamente com as relações sexuais.

Ainda, diferentemente do que defendem alguns autores, o crime de corrupção de menores, consistente em induzir pessoa com menos de 14 anos de idade a satisfazer a lascívia de outrem, não é exceção pluralística à teoria monística do crime de estupro de vulnerável em relação ao indutor, pois a conduta satisfativa não pode ser caracterizada por conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a exemplo do crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, não havendo sentido para que se estabeleça situação de desigualdade e, por conseguinte, injustiça.

Ainda, a reforma legislativa permitiu lacuna que deixará impunes os autores de reiterada prática libidinoso contra crianças, especialmente por conversas em salas de bate-papo da Internet.

Outrossim, o crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável não afasta a gravidade das relações sexuais praticadas com os que se enquadram nesse conceito, não se podendo confundir a submissão à prostituição com o ato libidinoso em si.

Por fim, dentre outros aspectos dos crimes, analisou-se as novas causas especiais de aumento de pena e a ação penal nos crimes tratados neste e no capítulo “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”.

Assim, elaborou-se o artigo confrontando teorias de autores

renomados, utilizando linguagem clara e concisa, a fim de facilitar e nortear a pesquisa e os estudos dos acadêmicos de direito acerca deste tema tão atual e controverso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. *Vade Mecum*: acadêmico de direito. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

_____. **Código Penal**. *Vade Mecum*: acadêmico de direito. 10 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, nº 253 de 2004**. Brasília – DF, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034>. Acesso em: 5 de junho de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4.301 de 2009**. Brasília – DF, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3758530>>. Acesso em: 9 de agosto de 2010.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio Gomes; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009** e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: RT, 2009.

GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. **O Novo Estatuto Legal dos Crimes Sexuais**: do Estupro do Homem ao Fim das Virgens. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 7-16, out./nov. 2009.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Crimes Sexuais e a Pessoa Vulnerável**. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 20-34, fev./mar. 2010.

LEAL, João Jose; LEAL, Rodrigo José. **Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável**: Novo Tipo Penal Unificado. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 32, p. 52-77, out./nov. 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Reforma do Código Penal de Processo Penal**. Comentada – artigo por artigo. 2. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2009.

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

INFÂNCIA E JUVENTUDE

O SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE CHAPECÓ: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA ATUAÇÃO EM REDE

Ana Soraia Haddad Biasi

*Assistente Social do Ministério Público de Santa Catarina
Mestre em Educação (UNISINOS, RS)*

Liane Keitel

*Psicóloga
Mestre em Psicologia Clínica e Psicopatologia (ISPA/Lisboa – PT)*

Vânia Augusta Cella Piazza

*Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Mestre em Direito Público(UFSC)*

RESUMO

Este artigo constitui-se em um relato histórico das ações que têm definido a organização da Rede de atendimento à criança e ao adolescente (RAIA), de Chapecó, SC. Traz discussões e encaminhamentos metodológicos que têm sido construídos a partir de uma postura capaz de *promover a articulação de pessoas/profissionais em torno de um objetivo comum que viabilize a solidariedade coletiva permanente* (TURK, 2002, p. 24). Discute, a partir das experiências vividas, a sustentação teórico-metodológica que vem se afirmando como desafio no processo de construção, amadurecimento e consolidação de uma

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 107 - 130	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

proposta interdisciplinar de ruptura às condutas que violam direitos, reproduzem a exclusão e precarizam, cotidianamente, o desenvolvimento integral de centenas de crianças e adolescentes do município de Chapecó, SC. Essa proposta se assenta na perspectiva filosófica do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, que dispõe no seu art. 86: “A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. O trabalho de construção de rede de atendimento à criança e adolescente como um conjunto articulado de ações é um processo em construção. Trabalhar em rede implica em um profundo exercício de conhecimento e reconhecimento do outro, de troca de experiências, de aprendizado mútuo, para buscar, de forma integrada com o sujeito e os demais personagens envolvidos, as respostas aos problemas afetos à infância e juventude. Significa superar a solidão profissional, partilhar as situações, refletir de forma a possibilitar as análises amplas e contextualizadas no tempo e na história, articulando os sujeitos envolvidos na construção da solidariedade voltada a um objetivo comum. Os encontros de rede têm sido também importantes para explicitar e compreender ações excludentes que geram impactos negativos na vida pessoal e social desses sujeitos infantis e seus familiares. Essa proposta nos tem possibilitado uma reflexão, social e política do Estatuto da Criança e do Adolescente, que reconhecem a todas as crianças e os adolescentes o direito ao desenvolvimento pleno em todas as dimensões da vida desses jovens, e tem sido um movimento importante de reflexão sobre posturas, comportamentos, práticas sociais e políticas públicas vigentes.

PALAVRAS-CHAVE: Rede. Família. Infância e Adolescência.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 adotaram, a exemplo de documentos internacionais, a doutrina da proteção integral, que reconheceu crianças e adolescentes como cidadãos, “merecedores de direitos próprios e

especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral” (VERONESE, 1997, p. 15). Isso cria uma nova ordem jurídica que se sobrepôs às leis anteriores e que passou a exigir de todos aqueles que atuam na esfera da infância e juventude, mormente os operados jurídicos e em especial no que se refere às práticas adotadas neste campo, a necessidade de ver a criança e o adolescente com um “novo olhar”, como “sujeitos de direitos”, cuja defesa só pode ser alcançada a partir da adoção de novas práticas de trabalho.

No entanto, a legislação que envolve a doutrina da proteção integral à infância e à juventude no Brasil está longe de ser efetivada na sua dimensão política, ideológica e filosófica. De acordo com a realidade apresentada na mídia, nas estatísticas e no cotidiano profissional, grande parcela da população infantojuvenil se desenvolve, ainda, em meio a condições precárias econômicas, sociais e afetivas, em contextos de risco com diferentes formas de violência, exploração e negligência. É comum, nas cidades brasileiras, encontrar crianças e adolescentes vivendo em situação de rua, em contato com drogas lícitas e ilícitas, expostas à exploração do trabalho infantil e sexual, a diversas formas de violência, evadidos e/ou excluídos da escola, envolvidos em atos infracionais, entre outras.

À medida que esses jovens vivem em situações de violação e/ou ameaça dos seus direitos básicos, como a privação do acesso à educação, à saúde, ao lazer, à profissionalização, à convivência familiar e comunitária, potencializam-se vulnerabilidades biopsicossociais. Portanto, não há como tratar dessas questões desconsiderando-se a estrutura e o funcionamento das políticas públicas, o acesso a elas, além da efetividade das práticas em construir ações protetivas e inclusivas com vistas à construção da cidadania infantojuvenil.

Nesse sentido, para além das ações que se dirigem aos violadores de direitos, o Ministério Público tem papel preponderante na defesa dos direitos de crianças e adolescentes, e essa defesa só se concretiza a partir do momento em que seus agentes assumem o papel de articuladores da rede de atendimento da infância e juventude, e, diante da ausência de serviços de atendimento, requisitar ao poder

público a criação desses serviços, de acordo com os princípios da doutrina de proteção integral.

Embora tida por alguns como uma “justiça menor”, cuja atuação demanda apenas uma breve leitura do estatuto legal, a atuação na Justiça da Infância e Juventude traz a possibilidade de intervir em sujeitos em desenvolvimento, e, portanto, ainda com muitas possibilidades de mudanças e resolução de suas dificuldades. Portanto, a implementação de políticas públicas efetivas e orientadas para garantir acesso à educação, à saúde, ao esporte, à lazer, à cultura, e outros se fazem fundamentais para a prevenção da criminalidade, tão em voga pela mídia e sociedade no momento. Parece ser imperceptível, aos olhos de muitos governantes, o poder preventivo das ações voltadas à infância e juventude, tanto que, em muitos dos Municípios, ainda são escassos os programas de atendimento a crianças e adolescentes. Portanto, só pode o operador jurídico exigir determinadas condutas de crianças e adolescentes após ter garantido que esses não tiveram seus direitos violados.

Para fazer frente a essa realidade, na Comarca de Chapecó, a situação da infância e juventude tem sido alvo de grande mobilização social na busca de experiências alternativas de intervenção com o objetivo de construir ações efetivas e coerentes com a doutrina da proteção integral, capaz de superar o atual cenário. O presente artigo constitui-se num relato de experiência do movimento de construção da Rede de Atendimento à Infância e Adolescência de Chapecó/SC – (RAIA), abordando elementos históricos e alguns desafios deste processo, que tem sido vivenciado, desde 2006, pelas autoras deste trabalho.

O relato dessa experiência se fundamenta no “método de pesquisa-intervenção” que “pressupõem uma orientação do trabalho do pesquisador, que não se faz de modo prescritivo, por regras já prontas nem com objetivos previamente estabelecidos” (PASSOS e BARROS, 2009, p. 17). Este artigo é resultado das discussões, problematizações, que foram acontecendo no decorrer desses quatro anos de trabalho no âmbito da Promotoria da Infância e Juventude, articulado com a Universidade Comunitária da Região de Chapeco/SC (Unochapecó) e com os demais atores da rede de atendimento à

infância e juventude de Chapecó. Nesse sentido, a escrita deste trabalho utiliza-se de um conceito do método cartográfico, que segundo os autores supracitados, parte da inseparabilidade entre conhecer e fazer, entre pesquisar e intervir, assumindo que toda pesquisa é intervenção, portanto, essas reflexões se constroem durante o fazer. Este artigo é fruto das discussões das autoras na e com os atores da rede, ao mesmo tempo participantes e implicadas nesse movimento em construção.

Assim, apresentam-se diferentes momentos de produção da experiência, limites e possibilidades de pensar este percurso buscando estratégias para avançar no movimento de articulação dos serviços da rede de atendimento à criança e adolescente. Relata-se a caminhada do processo de construção que passou a se denominar Rede de Atendimento à Infância e Adolescência (RAIA). Optou-se, inicialmente, por relatar o cenário facilitador da problematização das situações que envolvem a infância e juventude, em seguida, os processos de organização da articulação da rede e, por fim, os avanços e desafios na construção da atenção em rede como uma (re)construção de concepções de trabalho, no sistema de garantia de direitos.

1 HISTÓRICO DA REDE DE ATENDIMENTO À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA (RAIA)

1.1 O CONTEXTO DO NASCIMENTO

O Município de Chapecó/SC possui uma estrutura de atendimento em saúde, educação e no âmbito social através das instituições governamentais, não governamentais e representantes da sociedade civil com significativa mobilização visando a diminuir as problemáticas afetas à infância e juventude. Em que pese toda estrutura de atendimento do município, inúmeros problemas sem resolutividade chegam à Promotoria da Infância e Juventude mostrando as mais diversas situações de violação de direitos de crianças e adolescen-

tes. Identifica-se que as dificuldades são inúmeras e a efetividade das ações deixa a desejar. Diferentes instituições atendem, muitas vezes, às mesmas famílias sem trocar informações, realizam ações sobrepostas, com concepções ideológicas diferentes, que transitam desde a repressão, tutela e assistência.

A partir de uma intervenção da Promotoria da Infância e Juventude, em 2006, constataram-se práticas individualizantes, em que a atuação muitas vezes define crianças, adolescentes e suas famílias como culpadas unicamente pelos seus problemas. Isso sugere estratégias de intervenção centradas em atendimentos que entendem e tratam “o problema” – criança ou adolescente – como a causa de todos os males sociais, sem uma efetiva compreensão de que as questões que preocupam a sociedade e ameaçam a ordem vigente, são coletivas, políticas, culturais, econômicas e paradigmáticas¹. São historicamente construídas, referendam desigualdades sociais, refletem-se nos espaços familiares e recaem sobre a infância e adolescência com consequências dolorosas e traumáticas que são testemunhadas cotidianamente.

Do mesmo modo, criam-se círculos viciosos, consolidam-se os problemas e estigmatizam-se os usuários, eximindo o campo das práticas de atendimento, concernentes às políticas públicas, da função de coprodutor dos problemas. Esse cenário reforça a inoperância dos serviços públicos, e por consequência, cria sentimentos de impotência e desesperança nos profissionais que ao atender e buscar alternativas no âmbito da promoção, prevenção e assistência se veem vulneráveis, enfraquecidos e solitários. Ao mesmo tempo, verifica-se uma rotina de práticas centradas no Direito cuja intervenção do Poder Judiciário, Ministério Público e Conselho Tutelar assumem papel hegemônico para garantir direitos e assegurar a proteção integral. Esse processo torna presente no imaginário social, a falsa concepção de que as respostas às demandas sociais estão exclusivamente no campo jurídico.

1 Baseado em Morin e Maturana, tem a ver com a construção do conhecimento, com os modelos que construímos e a partir dos quais entendemos o que é mundo e a vida e pelos quais orientamos nossas práticas profissionais.

Para não perpetuar a criminalização de situações visivelmente contextuais e produzidas pela complexidade das relações socioculturais, a 3^o Promotoria de Justiça em parceria com o Serviço Social das Promotorias da Comarca de Chapecó tomou a iniciativa de promover, em março de 2006, uma Audiência Pública para discutir os problemas da infância e adolescência entre todas as pessoas e instituições com atuação direta e indireta no sistema de proteção integral previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e iniciar um processo de discussão com os diferentes atores desse sistema.

Nessa audiência, entendeu-se que é absolutamente necessário proporcionar discussões coletivas entre as diferentes instituições que atendem a infância e juventude. Esse encontro, por meio do depoimento de diferentes trabalhadores da rede de atendimento a criança e do adolescente, deu uma oportunidade maior visibilidade aos problemas enfrentados, mostrando que o diálogo entre os serviços é fragilizado; os atendimentos ocorrem de maneira fragmentada; a atuação está focada nos problemas ou nas doenças; acontecem ações sobrepostas; há falta de resolutividade com desgaste dos profissionais perante os usuários.

Por consequência, este cenário acaba por sobrecarregar a equipe com sentimentos de frustração e impotência, gerando dificuldades nos vínculos entre serviços e usuários, que ficam presos a mecanismos de culpabilização, ora dos serviços, pela ineficiência, ora às famílias, pela não adesão e não realização das indicações terapêuticas dos serviços. Com isso se rompem os vínculos interpessoais que aqui entendemos como importante propulsor na construção de relações entre usuário e equipe e por consequência na resolução dos problemas favorecendo um ambiente contínuo de começos e recomeços ao atendimento. É indispensável reavaliar o presente cenário e refletir sobre modos de fazer capazes de “promover a articulação dos sujeitos através do diálogo, do respeito, do compromisso e da solidariedade”, objetivando construir alternativas de enfrentamento “às múltiplas expressões da questão social” (TÜRCK, 2002, p. 23).

1.2 A ORGANIZAÇÃO DE AÇÕES DE ARTICULAÇÃO DA REDE DE ATENDIMENTO

Com a assessoria, inicialmente, do Curso de Psicologia² e logo após, o curso de Serviço Social da Unochapecó e contando com a parceria do Executivo Municipal através da Fundação de Ação Social - FASC surgiu a proposta de realização da I Jornada da RAIA, ocorrido em 10 de agosto de 2006. Neste encontro, após debates e discussões, concluiu-se como prioridade essencial, realizar ações articuladas e continuadas com todos os setores de atendimento, inclusive sociedade civil, na busca de soluções para os enfrentamentos dos problemas, entendendo a necessidade de discutir/rediscutir práticas vigentes sendo fundamental transcender modelos lineares e reducionistas das práticas de atendimento.

Podemos perceber que a estratégia de chamar uma audiência pública, para discutir os problemas com os diferentes atores, tornou-se efetiva e colocou a Promotoria da Infância e Juventude num patamar tangível aos demais setores, oportunizando relações horizontais e, conseqüentemente, facilitando uma discussão conjunta dos problemas. Neste contexto, a Promotoria da Infância e Juventude assume um papel de articulador na construção de ações em rede. Assim, no decorrer deste processo foram realizadas diferentes ações de construção e de articulação do trabalho em rede:

- Realização de encontros anuais ampliados para a discussão e avaliação da proposta de trabalho, bem como, proposição de políticas públicas no âmbito municipal.

- Organização de um grupo de trabalho para mapear a rede de atendimento e identificar quanti/qualitativamente os programas, projetos e serviços que desenham a rede de atendimento à infância e adolescência no município de Chapecó.

- Divisão do município em 6 microrregiões com base na divisão político-administrativo dos CRAS - Centro de Referência da Assis-

2 O trabalho coletivo do curso de Psicologia junto a Promotoria da Infância e Juventude acontece desde o ano anterior, em virtude de convenio firmado entre o Ministério Público Estadual e o curso de Psicologia da Unochapecó, com a inserção de estágios curriculares neste espaço.

tência Social, respeitando o princípio da TERRITORIALIZAÇÃO DA REDE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL³;

- A realização de encontros regionalizados, para apresentação de propostas a partir da discussão coletiva da realidade de cada região a fim de se construir ações voltadas às demandas microrregionais;

- Criação de uma coordenação regional no tripé: saúde, educação e assistência social, para a formação de grupos de trabalho locais, com o fim de planejar ações conforme realidades microrregionais, no âmbito municipal;

- A realização de encontros mensais, por microrregião, para o estudo de casos e/ou problemáticas, objetivando o desenvolvimento de ações articuladas, interdisciplinares e intersetoriais, com a respectiva rede de apoio, com vistas ao desenvolvimento de potencialidades das famílias e comunidade;

- A realização anual de encontros ampliados para análise, discussão e avaliação de problemas e fluxos de trabalho, com planejamento coletivo de prioridades e ações para cada microrregião e para o município.

- Mobilização dos gestores dos diferentes serviços no envolvimento com os problemas das regionais e ampliação de ações da gestão para o planejamento do trabalho da rede;

- Divulgação e mobilização para adesão, com as diversas instituições que compõem o sistema de garantia de direitos da infância e juventude;

- Articulação das ações com projeto RAIA de extensão da Unochapecó, com envolvimento de bolsistas de extensão do curso de Psicologia;

- Produção de material com base nos relatos das experiências vividas, a fim de subsidiar as pessoas/profissionais que atuam dire-

3 Oferta capilar de serviços baseada na lógica da proximidade do cidadão; localização dos serviços nos territórios com maior incidência de vulnerabilidades e riscos sociais para a população; garantia do comando único por instância de gestão;

tamente com a população vulnerabilizada, objetivando um suporte teórico-metodológico para futuras intervenções;

- Realização de estágios curriculares, trabalhos de conclusão de curso, articulação com núcleos de pesquisa da Unochapecó;

- Realização de uma pesquisa sobre o Aviso por Infrequência Escolar - APOIA, numa parceria entre Serviço Social das Promotorias e Promotoria da Infância e Juventude, Conselho Tutelar e Curso de Psicologia da Unochapecó. Com discussão dos dados em encontro ampliado da RAIA, com discussão de estratégias quanto a infrequência e evasão;

- Aprovação junto ao MINISTÉRIO DA SAÚDE de recursos no projeto "Pró Saúde - Proposta Integrada Secretaria Municipal da Saúde de Chapecó e Unochapecó", para capacitação sujeitos envolvidos para a construção estratégias que possibilitem o desenvolvimento de ações articuladas, interdisciplinares e intersetoriais;

- Capacitações conjuntas entre diferentes setores de acordo com necessidades levantadas no cotidiano;

- Planejamento e efetivação de ações de capacitação profissional com a mobilização de diversos setores, Executivo Municipal, Gerência Estadual de Educação, Unochapecó e Ministério Público;

- Constituição de um grupo de trabalho da RAIA com uma comunidade indígena.

À medida que avançamos no processo de articulação da rede, diferentes questões foram surgindo. A atenção em rede necessita pensar o campo de práticas profissionais sobre outras dimensões epistemológicas. Os modelos clássicos de atenção e as formas hegemônicas de atuação e organização dos serviços de saúde, educação, assistência social, e demais setores das políticas públicas necessitam ser problematizados e revistos. É fundamental a compreensão de que os atendimentos não se constituem como um fim nas práticas específicas das profissões, nem dos serviços, mas devem configurar-se em possibilidades de troca, continuidade e de responsabilidade compartilhada. Portanto, a atenção em rede exige a reflexão acerca dos fundamentos sobre as quais, as ações dos serviços do sistema

de garantia de direitos se organizam. Trazemos a seguir algumas reflexões importantes nesta dimensão.

2 ATENÇÃO EM REDE – A (RE)CONSTRUÇÃO DE CONCEPÇÕES DE TRABALHO

2.1 A CONCEPÇÃO DE REDE

Para Faleiros (2002), a rede é uma articulação de atores em torno de uma questão disputada e ao mesmo tempo, política, social, profundamente complexa e processual. Trabalhar em rede requer empreender uma mudança de comportamento. Exige do profissional a superação do voluntarismo e do determinismo, como também, da impotência diante da estrutura e da onipotência em face da crença de tudo poder mudar.

Verificamos que diante da articulação da rede o profissional se vê inserido num contexto ampliado de trabalho, de ações em continuidade, nas quais as relações interprofissionais potencializam os fazeres profissionais específicos. Outro aspecto importante a considerar, diz respeito ao deslocamento das ações para as potencialidades dos usuários ao invés de, simplesmente, olhar às suas dificuldades. Compreender os sujeitos inseridos em diferentes realidades, capazes de fazer escolhas. Significa romper com lógica da tutela e construir ações que desenvolvam subjetividades autônomas.

Brandão (2002) define esta atuação, como uma proposta pedagógica reflexiva dirigida ao desenvolvimento dos momentos da vida da pessoa. Uma pedagogia voltada à formação da consciência crítica que busca nas pessoas, independente das opções partidárias, culturais e sexuais, a participação ativa na construção da sociedade, significa pensar a condição humana com possibilidades de fazer escolhas, construir idéias e ter um ideal a buscar.

O trabalho em rede, através do atendimento compartilhado de casos coloca os profissionais num mesmo patamar de importância,

favorece um processo de conhecimento e amadurecimento, exige a construção de entendimentos comuns que possibilitem uma cumplicidade maior entre a equipe e os serviços, pois as intervenções não acontecerão de forma isolada.

Verificamos, no decorrer dos encontros de discussão de casos, e planejamento coletivo de ações, a importância de perceber, que o cotidiano de atuação se definirá a partir dos significados constantemente construídos e reconstruídos entre os profissionais, e destes com os usuários, dos encontros com os potenciais de saúde, dos movimentos resilientes e da história interativa entre caso/rede. Isto implica em movimentos de rupturas, avanços e retrocessos, que vão substituindo paradigmas, construídos a partir de verdades e certezas, por possibilidades encontradas constantemente no decorrer do processo. A partir da prática do diálogo se encontram diferentes saberes que supõe renovação e reciprocidade (FREIRE, 2000). É dialógico, pois implica um movimento de ação – reflexão – ação, e não está em um saber hegemônico, mas no diálogo de muitos saberes inclusive dos usuários.

2.2 OS PROBLEMAS COMPLEXOS E A NECESSIDADE DE AÇÕES INTER E TRANSDISCIPLINARES E INTERSETORIAIS

Segundo o pensamento de Morin (2002), a educação contemporânea necessita ser repensada para ser reformada. A escola tradicional tem reproduzido, em seu cotidiano, a prática do pensamento fragmentado, sendo o conhecimento ensinado em partes, desconectado do todo, fazendo da mente humana um depósito de informações. O autor considera o ser humano como um ser multidimensional e sua correlação com um ambiente histórico e cultural.

Tesser e Luz (2008) relacionam a atenção integral com abordagem multidimensional, o que exige ações articuladas, bem como o fortalecimento do empenho no trabalho, da criatividade na busca de soluções, reconhecimento do papel de cada profissional e consolidação da co-responsabilidade. Pressupõe ainda, interação com troca de saberes, poderes e afetos entre os profissionais, usuários e gestores.

E fazendo com que os próprios trabalhadores percebem-se como produtores de conhecimento numa construção coletiva.

Com base nestes autores, se entende a necessidade de gerar novas racionalidades que possibilitem ao sujeito pensar a sociedade como um todo, relacionando as ciências exatas, as ciências da natureza com as ciências humanas, num contexto único, complexo e interligado. Numa relação que parte do particular para o todo e vice-versa. No entanto, no decorrer da história, assistimos às ciências se constituírem de forma fragmentada, objetiva, construindo compreensões lineares e causalistas dos problemas.

Este modelo de compreensão positivista resultou no desenvolvimento de práticas profissionais disciplinares, especialistas centradas no estudo das partes e que se definem por atuar na origem dos problemas. Segundo Luz e Tesser (2008), esta forma de pensar gera a organização de diferentes setores, como a soma de serviços organizados de forma fragmentada. Cada espaço/serviço é responsável por um determinado tipo de problema ou situação tendo um fim em si mesmo, criando uma redução dos problemas e dos sujeitos. A dificuldade maior que estes autores colocam é que o usuário migra de serviço em serviço, de encaminhamento a encaminhamento para o atendimento à sua problemática. No entanto, não há espaços, na rede de atendimento, que reúnam todas estas informações para ter uma visão integral das dificuldades.

Desta mesma maneira se concebe a infância e juventude, onde os seus problemas são tratados na lógica da recuperação e readaptação aos padrões de comportamento impostos pela sociedade, numa perspectiva que segrega, estigmatiza, marginaliza e desconhece esses sujeitos como seres com possibilidades e potencialidades. Há necessidade de transcender esta formação, conforme Morin (2002) é preciso substituir um pensamento disjuntivo e redutor por um pensamento do complexo, no sentido originário do termo *complexus* (o que é tecido junto).

A compreensão de que os problemas são complexos, mostra que os planos de ações exigem atuação de diferentes profissionais,

portanto inter e transdisciplinares. A perspectiva interdisciplinar⁴ contribuirá na ampliação do olhar do profissional para a problemática, ampliando concomitantemente o olhar para as alternativas de enfrentamento. Além disso, o trabalho interdisciplinar desafia a prática profissional a uma nova postura que requer: compromisso, apoio, diálogo, consenso, articulação, reciprocidade, relações democráticas, dialógicas e solidárias.

No sistema de garantia de direitos à infância e juventude as ações são dirigidas a objetos complexos, portanto inter e transdisciplinares, que para serem abordados necessitam do diálogo interprofissional. O objeto transdisciplinar se constrói na contribuição disciplinar de diferentes profissões, possibilitando a construção de novos níveis de realidade para explicar a realidade complexa. Silva (2000) entende que a metodologia transdisciplinar busca um espaço simultâneo entre diversos níveis de realidade. Isto se constitui num grande desafio que não implica apenas desafios epistemológicos e reorientações conceituais, mas também numa revisão das relações profissionais, institucionais e, portanto na construção de propostas que são objetivas, subjetivas e principalmente intersubjetivas. Não se faz interdisciplinaridade sem relações interpessoais, relações entre as profissões, entre setores, campos de saberes e suas articulações.

A partir do trabalho em rede, verificamos que a institucionalização de práticas interdisciplinares e transdisciplinares significam criar processos de mudança na operacionalização dos serviços em diferentes setores, necessitando de uma participação efetiva também dos gestores. Ações inter e transdisciplinares exigem o diálogo, desafiam, segundo Follmann (2005), o desenvolvimento da participação, da complementaridade entre diferentes áreas do conhecimento pautadas numa cultura de transcendência e complementaridade. Isto põe em cheque a construção de identidades pautadas no EU, substituindo-as por subjetividades construídas na troca, nos significados construídos coletivamente.

Outro aspecto que desafia, tanto as políticas públicas como

⁴ Janete Sá (1990) descreve o princípio da interdisciplinaridade como uma relação de reciprocidade, de mutualidade, um regime de co-propriedade, possibilitando o diálogo, com o qual as diversas disciplinas levam a uma única interação, a uma intersubjetividade.

os operadores da justiça infantojuvenil, está relacionado com o desenvolvimento de coordenações com capacidades de articulação interdisciplinar, institucional e interinstitucional, bem como capacidade administrativa e financeira para administrar a diversidade de agendas, calendários bem como, diferenças de ritmos de trabalho, entre outras. Para tanto, é preciso pensar a formação continuada no âmbito da capacidade técnica e também em termos de competências pessoais relacionais e atuação em grupo com participação ativa, centrada na auto-gestão.

A interdisciplinaridade traz o vínculo de saberes “entre si” numa perspectiva de cumplicidade solidária, em função de uma realidade a ser estudada e conhecida. Exige um perfil pessoal para abertura de trabalho em equipe, com posturas éticas, flexibilidade, alteridade e centradas nas relações de produção coletiva do conhecimento muito mais que na produção individual.

Junto a estas reorientações, verificamos em muitos encontros a importância de rever os conceitos sobre as potencialidades das pessoas, dos grupos e comunidades. As análises pautam-se, muitas vezes, na falta de perspectiva, criatividade e na desesperança, o que faz alimentar jogos de dependência, traduzindo em encaminhamentos com ações meramente paliativas. A intervenção poderá ser decisiva na manutenção ou rompimento do *status quo* em que as pessoas se encontram. O trabalho em rede mostra diferentes desafios, e com isso sugere a importância de apoiar espaços de construção de experiências, de ensaio de alternativas múltiplas para os profissionais e para os sujeitos. É fundamental que se inventem novas formas de saber fazer.

2.3 O MOVIMENTO EM REDE E O TRABALHO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

As questões diariamente enfrentadas exigem comprometimento com a causa da infância e juventude e as mudanças nas práticas de trabalho não são tão simples. Nas áreas tradicionais de atuação do operador jurídico a norma dá o caminho e a maioria das situa-

ções se resolvem no campo processual. Na Promotoria da Infância e Juventude são várias as situações inusitadas que se apresentam no dia a dia e que não tem resposta exclusivamente jurídica. Desse modo, a atuação na área da infância e juventude, com o Promotor de Justiça tendo que enfrentar situações cujas soluções não dependem somente dele ou de sua atuação processual, mas envolvem questões sociais, culturais, psicológicas e que exigem saberes outros que não só o direito, só pode ser minimamente eficaz se for realizada de forma diferenciada.

Por isso, a proposta do trabalho em rede que importa em um estudo mais apurado do Estatuto e dos seus princípios e de uma prática diária de interação com os demais integrantes da rede de atendimento à infância e adolescência tem se mostrado na comarca de Chapecó como uma estratégia para a aplicação da lei e para efetivação dos direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com Carvalho (2008):

Interagir e articular são condições imprescindíveis para o funcionamento da rede. A interação só é possível quando as agências e agentes institucionais estão suficientemente próximos e podem exercer influência mútua. A interação requer, portanto, predisposição, reciprocidade, cooperação e sustentação agregadora de ações. Para tanto, é fundamental que os gestores se coloquem como partícipes de um processo conjunto de ações (p. 116).

É ilusório pensar que o comando da doutrina da proteção integral, acolhida pela legislação pátria, irá garantir o cumprimento de todos os direitos e garantias de crianças e adolescentes como num passe de mágica. Essa condição tem ainda um árduo caminho a trilhar, pois, a despeito da ordem jurídica favorável, ainda são a alienação econômica, social e política as grandes muralhas a manter a imensa população de desassistidos, inclusive crianças e adolescentes, ao largo da proteção que lhes é garantida pela lei. Nesse sentido, o trabalho em rede vem se mostrando como uma possibilidade a mais de garantir a crianças e adolescentes o acesso a justiça, em seu sentido amplo.

Segundo Rodrigues (1994), é preciso que se destaque os dois

sentidos, atribuídos pela doutrina, ao termo acesso a justiça, sendo que o primeiro considera o termo justiça como tendo o mesmo significado de poder judiciário e o segundo, que é mais amplo e engloba o primeiro, considera a expressão acesso a justiça como *acesso a “uma ordem de valores e direitos fundamentais ao ser humano”* (p. 28).

De acordo com Veronese (1997), na obra *Interesses Difusos e Direitos da Criança e do Adolescente*,

[...] o acesso à Justiça, ante as transformações sofridas, é hoje entendido como um dos mais elementares direitos humanos, pois a sociedade passa a entender que não é mais suficiente que a ordem jurídica proclame direitos: é imprescindível que eles sejam efetivados, sendo que a interposição em juízo é, portanto um dos mecanismos que visam sua aplicabilidade prática. [...] O acesso à justiça se coloca como um dos direitos humanos, isto é, consiste num caminho ou numa possibilidade de que os direitos existentes a nível formal, de fato, venham a ter eficácia plena no mundo dos fatos [...]. O tema do acesso à Justiça, o qual não pode ser entendido como mera capacidade de ingressar em juízo tem em seu fundamento a necessidade de uma maior politização por parte das camadas mais populares. Nesse sentido, o entendimento de que toda pessoa humana é sujeito de direitos faz-se imprescindível na formulação do conceito de cidadania, isto é, como a condição que identifica os direitos e garantias dos indivíduos, os quais, já satisfeitos em suas necessidades humanas básicas, tenham condições, quer enquanto indivíduos singularmente considerados quer enquanto organizados em grupos, de participar efetivamente nos destinos da sociedade e da vida política do país. Segundo tal leitura, as inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente devem gradativamente revolucionar o modo da família, da sociedade e do Estado de encararem as questões relativas à infância e juventude brasileira (p. 18).

Assim, a atuação em rede na esfera da Infância e Juventude pode ser considerada como um movimento através do qual o acesso à justiça, entendido como efetivação de direitos proclamados pela lei, pode acontecer.

Insculpido no artigo 227 da Constituição Federal (1988) está o seguinte enunciado:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na esteira do que dispõe a lei maior, o Estatuto da Criança e do Adolescente relaciona direitos a serem protegidos e informa como deve ser a política de atendimento visando o cumprimento destes direitos.

Segundo Tavares (2010):

Compreende-se, hodiernamente, a política de atendimento, como o conjunto de instituições, princípios, regras, objetivos e metas que dirigem a elaboração de planos destinados à tutela dos direitos da população infanto-juvenil, permitindo, desta forma, a materialização do que é determinado, idealmente, pela ordem jurídica. (p. 305)

É justamente no dispositivo que trata da política de atendimento que o trabalho em rede encontra a base de sua fundamentação legal. Dispõe o artigo 86 da Lei 8.069/90: *“A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios”*. A forma de atuação proposta implica em atuação extraprocessual intensa, em trabalho em outros espaços que não o Fórum e o contato frequente com os demais integrantes da rede de atendimento à criança e ao adolescente do município.

A experiência de construção do trabalho em rede tem sido profundamente instigadora e gratificante porque permite também ao promotor de justiça interagir com outros saberes, e infância e juventude exige interdisciplinaridade, possibilita as ações integradas/articuladas com os demais atores da rede e a formação de parcerias antes não existentes, assim como a visualização das violações e o comprometimento dos atores, com a possibilidade de cada um cumprir o seu papel de forma mais efetiva pelo sentimento de solidariedade que nasce do trabalho conjunto. A melhoria no atendimento pelos integrantes da rede se torna visível, pois a capacitação dos sujeitos

passa a ser uma exigência, gerando inclusive o fortalecimento dos órgãos de proteção. Tudo isso, possibilita a resolução de vários conflitos fora do âmbito do poder judiciário ou através dessa via quando necessário.

Alguns resultados antes não vistos e que sempre geraram no operador jurídico com atuação na área da infância e juventude a sensação de desilusão, desagrado e impotência, principalmente por reconhecer a impossibilidade das questões a serem solucionadas no campo jurídico, começam a aparecer no trabalho em conjunto o que faz com que o operador jurídico se reconheça como parte importante da rede. As ações compartilhadas pelos atores da rede afastam os sentimentos tão comuns de impotência diante das dificuldades encontradas ou a falsa noção de poder resolver sozinho. Este é um dos maiores ganhos para quem precisa lutar diariamente na proteção e defesa dos direitos infantojuvenis previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quanto ao Ministério Público que teve com a Constituição de 1988 sua esfera de atuação ampliada e que segundo o artigo 127 da carta magna é instituição permanente e autônoma destinada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais e indisponíveis seu papel nesta proposta de trabalho é fundamental.

Segundo Pacheco (1982):

O Ministério Público tem papel relevante no que se refere à efetividade do acesso à justiça à sociedade, através de sua atuação prática, agindo como órgão garantidor desse acesso seja na preservação dos valores democráticos, na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (p. 124).

Mazzilli (1988), por sua vez, ao tratar da defesa de interesses difusos e coletivos na área de proteção à infância e à juventude afirma:

Examinando os principais direitos ligados à proteção da infância e juventude, enumerados pelo art. 227, *caput*, da Constituição vemos que a indisponibilidade é a sua nota predominante, o que torna o Ministério Público naturalmente legitimado à sua defesa (p. 7).

Em outro momento, esse mesmo autor afirma que

[...] é fundamental deixar claro que, por paradoxal que possa parecer, seu mister acusatório já constitui o primeiro fator de proteção das liberdades individuais, por presença de um juiz imparcial porque desvinculado do ônus de acusar.

Assim, o papel do Ministério Público é fundamental seja na defesa, na proteção ou na promoção de direitos de crianças e adolescentes. A atuação do Promotor de Justiça na rede é importante como articulador e motivador do trabalho desenvolvido, como agente fiscalizador da lei (o que se torna mais fácil interagindo com os atores da rede) e, diante da não efetivação das determinações legais no que se refere aos direitos de crianças e adolescentes, como agente que busca o seu cumprimento pela via judicial.

À medida que integram a rede atores do executivo e do legislativo, a via judicial deixa de ser o principal caminho para a concretização de direitos, pois a circulação das informações, sua socialização permite uma maior cooperação, participação de todos os atores da rede na busca de soluções e a cooperação em relação a serviços que se mostram necessários ao cumprimento da lei, restando apenas as questões não atendidas espontaneamente pelos responsáveis para serem discutidas em juízo.

A implementação de políticas públicas voltadas para infância e juventude se mostra mais eficaz quando quem tem o poder de criá-las e executá-las, ao participar ativamente da rede de atendimento à criança e adolescente, se compromete com a causa da infância e juventude. Por isso, o Ministério Público em virtude até dos poderes que lhe são conferidos pela lei tem legitimidade para chamar a participar do trabalho em rede com todos os atores, inclusive aqueles que têm o poder de decisão e de execução das políticas públicas, garantindo a adesão e a aproximação de todos os integrantes da rede de proteção à infância e adolescência.

A experiência que se encontra ainda em andamento faz perceber a importância fundamental do trabalho interdisciplinar, da promoção dos direitos seja na área social, da saúde, da educação e em outras e também de se ingressar com ações e responsabilizar os violadores de direitos a fim de que a lei seja cumprida. Assim, é sem dúvida, um desafio para o operador jurídico, e para os demais

profissionais, a atuação na seara da infância e juventude, mormente em decorrência da luta constante que se é preciso travar não só para a mudança de antigos conceitos consolidados no que se denomina como *sensu comum*, mas também pela exigência constante de reflexão sobre os próprios conceitos e práticas.

CONCLUSÕES

A experiência aqui abordada serve para reflexão, pois se acredita que À medida que se busca o fortalecimento do sujeito, iniciando pelos profissionais, estar-se-á contribuindo para o rompimento de situações presentes buscando novas posturas, novas trajetórias. É um trabalho amplo e, por isso, exige parcerias fortalecidas para as ações, soma de esforços e conhecimentos nas diversas frentes de atuação. É fundamental a participação dos sujeitos sociais, e é na relação e na troca que se cresce e que se encontram caminhos e formas diferentes de existir no mundo.

O trabalho com a rede de atendimento à infância e juventude tem possibilitado a reflexão, social e política do Estatuto da Criança e do Adolescente, que reconhece a todas as crianças e adolescentes o direito ao desenvolvimento pleno em todas as dimensões e tem sido um movimento importante de reflexão sobre as práticas e políticas vigentes.

A atuação em rede requer reorientações conceituais e metodológicas. Há necessidade de uma revisão acerca da compreensão sobre as situações/problemas, bem como os planos de intervenção. Também é fundamental investimentos das políticas públicas na criação de espaços para o desenvolvimento e problematização de experiências de cooperação entre diferentes setores, para que se possa avançar nestas reorientações conceituais e, portanto na atenção em rede. É preciso romper com formas reducionistas de análise e avançar para uma compreensão complexa das problemáticas que se constituem como objeto de atenção do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, criar fluxos de trabalho compartilhados facilitadores da integração profissional e dos serviços.

Os direitos e as garantias de crianças e adolescentes estampados no Estatuto da Criança e do Adolescente não surgiram por si só, mas nasceram da luta incessante de muitos, em busca de mais civilização e humanidade. Entretanto, a luta não terminou e ainda resta, a todos aqueles que entendem o espírito da lei e os princípios que a norteiam, a difícil tarefa de transformação do Estatuto em uma lei viva de modo que possa alcançar os objetivos para os quais foi criada.

Nesse sentido vale lembrar que:

A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àquelas que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou o direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza. O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança. (IHERING, 1997, p. 1)

A legislação assegura a crianças e adolescentes a condição de “sujeitos de direitos”, mas, para a concretização dos direitos previstos na lei, é preciso que os atores que formam a rede de proteção à infância e juventude possam trabalhar de forma integrada, diminuindo a distância entre si.

Todos os integrantes do Sistema de Garantia de Direitos fazem parte da rede, e a aproximação dos diferentes atores se faz necessária a fim de que a rede cumpra o seu papel e o acesso à Justiça, em seu sentido amplo, de crianças e adolescentes, seja uma realidade.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **A Educação Popular na Escola Cidadã**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. *Redes de atendimento para proteção integral de adolescentes em conflito com a lei – Justiça Juvenil sob o marco da proteção integral – caderno de textos – ABMP – São Paulo -2006-2008*.

Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, In.: Coletânea de Leis. 2. ed. Santa Catarina, CRESS, 2001.

FALEIROS, Vicente de Paula. **Estratégias em serviço social**. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

FOLLMANN, José Ivo. O desafio transdisciplinar: alguns apontamentos. **Revista Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 53-57, jan. abril 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da indignação**. São Paulo: Unesp, 2000.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. João de Vasconcelos. 16 ed. Rio de Janeiro, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução Eloá Jacobina. 6.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MORIN, Edgar. Epistemologia da complexidade. In: SCHNITMAN, Dora Fried (org.). **Novos paradigmas, cultura e subjetividade**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1996, p. 274-286.

_____. A noção de sujeito. In: SCHNITMAN, Dora Fried (Org.). **Novos paradigmas, cultura e subjetividade**. Tradução: Rodrigues, Jussara Haubert. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 45-55.

_____. **O Método 5: a humanidade da humanidade**. Porto Alegre: Sulina, 2002.

_____. **A Cabeça bem-feita: repensar e reformar, reformar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2000.

_____. **O problema epistemológico da complexidade**. Portugal: Publicações Europa-América LDA, 2002.

PACHECO, Maria do Carmo Rodrigues Andrade. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. V. XIII/XIV. N.1/2 - 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SCHNITMAN, Dora Fried (org.). **Novos paradigmas, cultura e subjetividade**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1996.

SILVA, D. J. O paradigma transdisciplinar: uma perspectiva metodológica para pesquisa ambiental. In: PHILLIPPI JR. C. E. M. TUCCI, D. J. HOGAN, R. NAVEGANTES. (orgs). **Interdisciplinaridade em ciências ambientais**. Signus Editora, 200

STRECK, Danilo R. **Educação para um novo contrato social**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

_____. **Pedagogia no encontro de tempos. Ensaio inspirados em Paulo Freire**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

TAVARES, Patrícia Silveira - A política de Atendimento in **CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** - Aspectos teóricos e práticos - 4. ed. - coordenadora Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel - Lúmen Júris - 2010

TÜRCK, Maria da Graça Maurer Gomes. **Rede interna e rede social: o desafio permanente nas teias das relações sociais**. 2. ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1997.

_____. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA “ADOÇÃO INTUITU PERSONAE” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA LEI N. 12.010/2009 E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Murillo José Digiácomo

Promotor de Justiça no Estado do Paraná

A evolução do Direito exige também uma mudança de concepção e de postura por parte de seus operadores, que muitas vezes demora a ocorrer na prática.

Há mais de 20 (vinte) anos, o ordenamento jurídico brasileiro sofreu uma verdadeira *revolução* na forma de como crianças e adolescentes (até então chamados genericamente de “menores”) eram vistos, compreendidos e tratados.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, crianças e adolescentes deixaram a condição de meros “objetos” de intervenção estatal para se tornarem *sujeitos de direitos* e destinatários da *proteção integral e prioritária* por parte da *família*, da *sociedade* e do *Estado (lato sensu)*, tornando imprescindível a edição de novos marcos normativos infraconstitucionais, vez que boa parte dos até então existentes não foi recepcionada pela ordem Constitucional recém instituída.

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 131 - 156	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

Foi neste contexto histórico que surgiu a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o chamado “*Estatuto da Criança e do Adolescente*”, que, como a conjugação de seus arts. 1º e 4º, *caput*, desde o início, já evidenciava, tinha - e logicamente *ainda tem* - por objetivo *precípua* a plena efetivação de todos os direitos fundamentais assegurados à criança e ao adolescente, antes de mais nada - e acima de tudo -, pela Constituição Federal¹.

Com o advento da Lei n. 8.069/90 procurou-se abolir inúmeras práticas até então consagradas pelo ordenamento jurídico que, de forma absolutamente *incompatível* com a nova ordem Constitucional, reduziam crianças e adolescentes à condição de *objetos de livre disposição de seus pais*, como não passassem de uma espécie de “bem” a estes “*pertencente*” que, como tal, podiam ser “*transferidos*” a terceiros, não raro, sem qualquer controle judicial do respectivo “ato negocial”.

Assim é que a Lei n. 8.069/90 deixou de contemplar a possibilidade da chamada “*delegação do pátrio poder*”, prevista pelos arts. 21 a 23, do revogado “Código de Menores” de 1979², instituto segundo o qual, como o *nomen juris* sugere, os pais podiam transferir a terceiros (de forma *irretratável*) os direitos e deveres inerentes ao hoje chamado poder familiar, sendo apenas exigida a “*homologação judicial*” do ato.

Também *aboliu* a possibilidade da adoção de crianças e adolescentes por intermédio de *escritura pública* (que, até o advento do Código Civil de 2002, continuou sendo válida para adoção de adultos), passando a aplicação da medida à esfera de *competência (exclusiva) da Justiça da Infância e da Juventude* (cf. arts. 39 e 148, inciso III, da Lei n. 8.069/90), evidenciando assim a necessidade de submetê-la a um *rigoroso controle judicial* (efetuado por um *Juízo especializado* na matéria - além de institucional e ideologicamente *comprometido* com

1 Interessante abrir aqui um parêntese para destacar que, contrariamente ao que muitos pensam, não é a Lei n. 8.069/90 que confere “direitos” a crianças e adolescentes. Estes na verdade decorrem do disposto no art. 227, da Constituição Federal e, acima de tudo, do contido no art. 5º, *caput* e inciso I, da mesma Carta Magna, que asseguram a *todos*, independentemente da idade, *igualdade em direitos* e também em *obrigações* (observadas, é claro, algumas peculiaridades quanto a seu exercício, como consequência natural da condição da criança e do adolescente como *pessoas em desenvolvimento*). A Lei n. 8.069/90, como seu art. 4º, *caput*, evidencia, procurou apenas instituir mecanismos destinados à *efetivação* dos respectivos.

2 Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979.

a mencionada *proteção integral* infanto-juvenil)³.

Indo além, atendendo aos *comandos constitucionais* emanados dos arts. 226, *caput* e §8º e 227, *caput*, primeira parte, da Constituição Federal, que *impõem* ao Estado (*lato sensu*) o *dever* de realizar uma intervenção *protetiva* também junto à *família*, que não por acaso foi a *primeira instituição* convocada a promover a defesa dos direitos infanto-juvenis, a Lei n. 8.069/90 já demonstrava nítida preocupação em estabelecer *mecanismos de proteção à família*, como aqueles relacionados em seus arts. 90, inciso I; 101, inciso IV e 129, incisos I a III. No mesmo diapasão, o art. 19, da Lei n. 8.069/90 já dispunha de maneira expressa que o *direito à convivência familiar* (que nunca é demais lembrar, tem como titular *a criança ou adolescente*⁴), deveria ser exercido *preferencialmente* junto à família de origem, não sendo a falta ou carência de recursos materiais motivo idôneo e/ou suficiente para a suspensão ou destituição do poder familiar (cf. arts. 23 e par. único, da Lei n. 8.069/90). De outra banda, o legislador estatutário desde o início se preocupou em instituir mecanismos destinados a fazer com que os pais cumprissem de maneira efetiva e adequada seus *deveres* (verdadeiro *múnus público*) para com seus filhos (cf. art. 129, incisos IV a VII, da Lei n. 8.069/90) e mesmo fossem *responsabilizados* pelo seu descumprimento injustificado (cf. art. 249, da Lei n. 8.069/90).

Semelhantes disposições, sem dúvida, há muito já deixavam claro que práticas consagradas pelo revogado “Código de Menores”, que acabavam por reconhecer, ainda que de maneira implícita, um

3 Interessante observar que, *tamanha* foi a preocupação do legislador em assegurar a intervenção da Justiça especializada - com toda *estrutura de atendimento* para esta prevista (notadamente a análise do caso por intermédio de uma *equipe interprofissional habilitada, ex vi* do disposto nos arts. 150 e 151, da Lei n. 8.069/90), das 03 (três) modalidades de colocação de crianças e adolescentes em família substituta definidas pelo art. 28, *caput*, da Lei n. 8.069/90, a adoção é a *única* que será *sempre* de competência da Justiça da Infância e da Juventude (a colocação sob *guarda* ou *tutela*, quando não presente a chamada “*situação de risco*” pela presença de uma das hipóteses relacionadas no art. 98, do mesmo Diploma Legal citado, pode ser delegada pela Lei de Divisão e Organização Judiciária local a Juízos diversos). A própria “judicialização” do procedimento de colocação de crianças e adolescentes em família substituta, vale dizer, contraria a sistemática estabelecida pela própria Lei n. 8.069/90 para aplicação das medidas de proteção em geral (conforme se depreende do cotejo entre os arts. 136, inciso I e 101, incisos I a VIII, do citado Diploma Legal), sendo certo que ao estabelecer inúmeras regras específicas para adoção, é porque o legislador quis que houvesse *cautela redobrada* na aplicação desta medida, dadas suas implicações e consequências (cf. arts. 39, §1º e 41, *caput*, da Lei n. 8.069/90), assim como uma *atenção especial* por parte da Justiça da Infância e da Juventude sobre todas as etapas do procedimento, que não podem ser pura e simplesmente ignoradas ou “dispensadas” ao talante da autoridade judiciária.

4 E não seus pais.

suposto “direito de propriedade” dos pais em relação a seus filhos, *não mais tinham lugar* sob a égide da Lei n. 8.069/90, e portanto, não mais poderiam continuar a receber o respaldo do Poder Judiciário.

Infelizmente, no entanto, a verdadeira *mudança de paradigma* provocada pelo advento da Lei n. 8.069/90 (e antes dela, vale lembrar, pelo art. 227, da Constituição Federal de 1988 e pela Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989), não foi suficiente para provocar uma mudança na concepção e na prática de muitos dos operadores do Direito, que embora em muitos casos modificassem seu discurso⁵, continuaram a empregar (ou a permitir/referendar o emprego) da mesma sistemática consagrada pelo revogado “Código de Menores”, contribuindo assim (ainda que involuntariamente) para perpetuação de situações flagrantemente *contrárias* ao ordenamento jurídico vigente, e que há muito deveriam ter sido *erradicadas* do mundo jurídico⁶.

Diante de semelhante descalabro, que acabou gerando um resultado diametralmente *oposto* ao almejado pelo novel ordenamento jurídico⁷, entendeu-se necessário deixar *ainda mais evidente* que tais situações *não mais deveriam continuar a ocorrer* e, muito menos, a receber o “aval” do Poder Judiciário, de modo a romper, em definitivo, os “grilhões do menorismo” que impediam (e em muitos casos ainda impedem) que a Justiça da Infância e da Juventude exercesse, de forma adequada, seu relevante papel dentro do “Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente”.

Foi nesse contexto histórico que surgiu a Lei n. 12.010/2009, que promoveu a primeira grande alteração legislativa no Estatuto da Criança e do Adolescente, na perspectiva *declarada* de *aperfeiçoar* a sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a

5 E muitas vezes nem isto o fizeram em relação à terminologia empregada, posto que referências ao termo “menor”, há muito abolida pelo Direito da Criança e do Adolescente ainda são comuns.

6 Esta evidente contradição entre o discurso e a prática, através da qual a “Doutrina da Proteção Integral” é invocada para justificar a manutenção de práticas próprias da “Doutrina da Situação Irregular”, é chamada pela Doutrina especializada de “*paradigma da ambiguidade*”.

7 Que acabou contribuindo, dentre outras, para o significativo aumento dos casos de retirada arbitrária de crianças e adolescentes do convívio de suas famílias biológicas, assim como para utilização da Justiça da Infância e da Juventude como mero agente “chancelador” de adoções pré-concebidas (as chamadas “adoções *intuitu personae*”), como quando da vigência do famigerado “Código de Menores”.

todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo seu art. 1º, §1º, que “a intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226, da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada”.

O propósito da Lei n. 12.010/2009, portanto, não poderia ser mais explícito, e as inovações legislativas por ela introduzidas no texto da Lei n. 8.069/90, analisadas tanto de maneira individual quanto em seu contexto, sem dúvida foram instituídas com o propósito de erradicar, agora em definitivo, as referidas práticas *contra legem*, que como dito, não mais podem subsistir no mundo jurídico.

E uma das práticas “menoristas”, que se tornaram *contra legem* quando do advento da Lei n. 8.069/90 e que, por continuarem a ser utilizadas receberam especial atenção (visando sua mencionada erradicação *ad eternum*), foi justamente a chamada “adoção *intuitu personae*” (ou “adoção dirigida”)⁸, que além de *subverter* toda sistemática instituída para a efetivação dos vínculos parentais por intermédio do instituto da adoção, transforma a criança (invariavelmente recém nascida ou de tenra idade), em mero “objeto de livre disposição” de seus pais, afrontando assim, como visto, tanto os princípios que norteiam o moderno Direito da Criança e do Adolescente, como o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que como tal não pode ser violado por qualquer dos Poderes instituídos.

A aceitação da “adoção *intuitu personae*” após a promulgação da Lei n. 8.069/90, vale dizer, decorria não apenas da mencionada consolidação de uma concepção e prática “menoristas” que ainda impregnavam a Justiça da Infância e da Juventude, mas também da interpretação equivocada do sentido (e da própria natureza jurídica e do alcance) do disposto nos arts. 45, *caput* e 166 estatutários, que

⁸ Assim chamada aquela na qual os pais “entregam” seus filhos à adoção por determinada pessoa ou casal, submetendo posteriormente o ato à pura e simples “homologação” da Justiça da Infância e da Juventude.

eram indevidamente analisados de forma isolada, fazendo com que o intérprete desavisado concluísse, de maneira flagrantemente *contrária* ao que preconizava toda sistemática instituída pela Lei n. 8.069/90 e pela Constituição Federal para efetivação dos direitos infanto-juvenis, que ao “consentirem” com a adoção de seus filhos, os pais teriam o suposto “direito” de indicar ou mesmo “escolher”, de forma aleatória e arbitrária, as pessoas que iriam adotá-los.

Ora, com a devida vênia, o legislador estatutário *jamais conferiu* aos pais qualquer “direito de escolha” em relação às pessoas que irão adotar seus filhos⁹, pois esta é uma *prerrogativa exclusiva* da Justiça da Infância e da Juventude que, ainda assim, para seleção dos adotantes de crianças e adolescentes está sujeita à *estrita observância* das *normas e princípios* inerentes à matéria, devendo agir com cautela extremada, na perspectiva de aferir a *motivação, idoneidade e preparo* dos candidatos à medida, de modo a se certificar de que esta, de fato, atende aos interesses dos adotandos.

Como dito anteriormente, não foi por acaso que a Lei n. 8.069/90 colocou a adoção de crianças e adolescentes sob a esfera de *competência exclusiva* da Justiça da Infância e da Juventude (sendo a constituição do vínculo adotivo decorrente do exercício do *poder jurisdicional* do Estado, após uma análise cautelosa e criteriosa de todos os parâmetros normativos aplicáveis¹⁰); que *não contemplou* a possibilidade da realização de “atos de disposição” do poder familiar ou mesmo da paternidade (a exemplo do que fazia o revogado “Código de Menores”); que instituiu os cadastros de pessoas e casais interessados em adotar, com obrigatória intervenção da equipe técnica a serviço da Justiça da Infância e da Juventude no processo

9 O *consentimento* dos pais com a adoção, na verdade, apenas torna dispensável o ajuizamento de ação destinada à prévia destituição do poder familiar (cujo decreto - desde que é claro preenchidos os requisitos legais respectivos - constitui-se verdadeira *conditio sine qua non* ao deferimento da adoção, quando os pais forem conhecidos, estiverem vivos e não manifestarem concordância com o pedido), não importando, por si só, em “renúncia” ao poder familiar nem acarretando sua “extinção” imediata (como de forma equivocada por vezes se vê decretada). A extinção do poder familiar exercido pelos pais biológicos, na verdade, em tais casos apenas ocorrerá no momento em que a adoção passa a produzir seus efeitos). Interessante observar, ademais, que a Lei n. 12.010/2009 previu a necessidade da observância de cautelas adicionais quando da coleta do consentimento (cf. art. 166, §§2º a 7º, da Lei n. 8.069/90), e *em momento algum* fez qualquer referência à possibilidade de “indicação”, por parte dos pais, dos adotantes de seus filhos (o que seguramente teria feito fosse esta a intenção do legislador).

10 Não dependendo assim da vontade dos pais e dos pretensos adotantes.

de habilitação (cf. art. 50, §1º, da Lei n. 8.069/90), e que chegou a considerar *crime* a conduta de “*prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa*” (cf. art. 238 estatutário).

Toda sistemática concebida pela redação original da Lei n. 8.069/90 para efetivação da colocação de crianças e adolescentes em família substituta, notadamente na modalidade adoção, portanto, já deixava claro que a Justiça da Infância e da Juventude não poderia continuar a agir como fazia a “Justiça de Menores”, sob a égide do revogado Código de 1979, pois não lhe cabia pura e simplesmente “homologar” “atos de disposição” do poder familiar e/ou da paternidade¹¹ (que como dito, reduzem crianças e adolescentes à condição de meros “objetos”, em total afronta à disposições estatutárias e constitucionais aplicáveis, bem como ao referido princípio da dignidade da pessoa humana), mas sim garantir a efetivação de seu direito à convivência familiar da forma mais adequada, em respeito às normas e princípios vigentes.

Neste contexto, claro está que a indicação, por parte dos pais, dos adotantes de seus filhos, não era contemplada em tal sistemática e nem se mostrava relevante para a decisão judicial a ser tomada, não sendo admissível a mera “homologação judicial” de uma situação jurídica pretensamente já consolidada, nem sendo razoável que o Juiz ficasse adstrito ao “acordo” celebrado entre os pais e os pretensos adotantes de seus filhos, que muitas vezes poderia ocultar a prática de um *crime*, como o tipificado no referido art. 238, da Lei n. 8.069/90.

Se este entendimento já era válido *antes* do advento da Lei n. 12.010/2009, com as inovações legislativas por esta introduzidas ao texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, o mesmo ficou *ainda mais consolidado*, como melhor veremos a seguir.

Tamanha foi a preocupação da Lei n. 12.010/2009 em abolir, em definitivo, a concepção e prática “menoristas” que ainda subsistem no meio jurídico, que suas disposições não se limitaram a tratar da adoção, mas sim de toda sistemática destinada à plena efetivação do direito à convivência familiar, contemplando desde a orientação das

¹¹ Em momento algum o legislador estatutário faz referência a esta simples atividade “homologatória” da autoridade judiciária, que era prevista expressamente pelos arts. 22 e 23, do revogado “Código de Menores”.

gestantes (inclusive daquelas que manifestam interesse em entregar seus filhos para adoção¹²), até a responsabilização dos gestores públicos que se omitem em implementar políticas e programas destinados a prevenir o afastamento de crianças e adolescentes do convívio familiar e a evitar ou abreviar o período de acolhimento institucional¹³.

A sistemática instituída pela Lei n. 12.010/2009 para efetivação do direito à convivência familiar e outros direitos fundamentais assegurados a crianças e adolescente também prevê a obrigatória observância de inúmeros *princípios*, relacionados no art. 100, par. único estatutário, que analisados de maneira conjunta com as disposições específicas relativas à adoção, visam *sepultar*, de uma vez por todas, qualquer possibilidade de *arbitrio* na escolha dos adotantes, quer por parte dos pais (aos quais, como dito e repetido, não é reconhecido tal “direito”), quer por parte da Justiça da Infância e da Juventude, que deve *estrita observância* às normas instituídas tanto para *moralizar* o instituto da adoção, quanto para *assegurar* que a medida, *de fato*, atende aos interesses *das crianças/adolescentes adotandas*, e não (apenas) dos adotantes, como se verifica no caso das “adoções *intuitu personae*”.

Mas não foi só ao tratar do instituto da adoção que a Lei n. 12.010/2009 deixou claro que “atos de disposição” dos pais em relação a seus filhos não podem ser pura e simplesmente acatados pelo Poder Judiciário, como ocorria no passado. Semelhante preocupação é também constatada em relação ao instituto da *tutela*, pois a partir de uma alteração promovida no art. 37 e par. único, da Lei n. 8.069/90, restou consignado de maneira expressa que a autoridade judiciária não é obrigada a “homologar” a chamada “tutela testamentária” (ou de última vontade), ou seja, não é obrigada a acatar a *indicação* do tutor efetuada em disposição de última vontade dos pais, dependendo o deferimento da tutela à pessoa indicada da análise da presença dos requisitos previstos nos arts. 28 e 29 estatutários, bem como da *comprovação* de que “*a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la*”.

Nada mais correto, na medida em que a simples (e desavisada) análise das disposições relativas à tutela contidas na Lei Civil, poderia

12 Cf. art. 8º, §§4º e 5º, da Lei n. 8.069/90.

13 Cf. arts. 87, inciso VI e 88, inciso VI c/c 208, inciso IX, da Lei n. 8.069/90.

levar à conclusão - logicamente *equivocada* - de que a autoridade judiciária, quando da nomeação de um tutor para crianças/adolescentes órfãos, estaria adstrita à disposição de última vontade dos pais, como fossem estas bens de sua “propriedade”, passíveis de serem “legados” a terceiros, sem qualquer possibilidade de controle judicial quanto à adequação do ato aos interesses dos destinatários da medida.

A mencionada inovação legislativa, embora aparentemente singela, na verdade é deveras *emblemática*, posto que evidencia o fato de a vontade dos pais quanto à colocação de seus filhos em família substituta *não possuir caráter “vinculante”* para respectiva decisão a ser tomada pela autoridade judiciária competente, e se isto já é válido em relação à *tutela*, medida de caráter *transitório* por excelência, *com muito mais razão* se aplica à *adoção*, diante de sua *irrevogabilidade* e das *cautelais adicionais* exigidas pelo ordenamento jurídico para seu deferimento.

Se ficássemos apenas por aqui, já teríamos argumentos mais do que suficientes para concluir pela *impossibilidade jurídica* da efetivação de “adoções *intuitu personae*” tanto à luz da redação original da Lei n. 8.069/90 quanto a partir das alterações a esta promovidas pela Lei n. 12.010/2009, mas esta *constatação elementar* decorre ainda de inúmeras outras disposições estatutárias, notadamente aquelas aplicáveis especificamente à adoção.

Com efeito, importante jamais perder de vista que a adoção é medida que visa atender aos interesses das crianças e adolescentes adotandos (e não dos adultos que pretendem adotá-los), que deve ser aferido não a partir do *arbítrio* da autoridade judiciária¹⁴ (ou da pura e simples afirmação de que a medida tomada atenderia a seu “*superior interesse*”¹⁵), mas a partir de uma *análise criteriosa* (e *respon-*

14 A exemplo do que ocorria sob a égide do revogado “Código de Menores”, que na ausência de parâmetros legais a serem seguidos, condicionava a decisão ao “prudente arbítrio” da autoridade judiciária.

15 A propósito, não podemos deixar de anotar que, embora logicamente deva a Justiça da Infância e da Juventude sempre agir na busca da melhor solução para a situação da criança ou adolescente atendida, não mais é admissível invocar o “*princípio do melhor interesse da criança*”, como justificativa para a inobservância das normas e princípios estatutários aplicáveis, pois foram estes definidos precisamente para *servir de parâmetros à atuação dos órgãos de defesa dos direitos infanto-juvenis*, que não mais podem usar das práticas autoritárias e arbitrárias comuns ao modelo anterior, em que a ausência de tal regulamentação acarretava inúmeras situações problemáticas - em especial a médio e longo prazos - em prejuízo direto (e por vezes irremediável) daqueles que são os destinatários da medida - e da proteção integral por parte do Estado

sável) de *cada caso*, à luz das normas e princípios contemplados pelo ordenamento jurídico vigente, partindo da mencionada constatação elementar de que foram estas instituídas com o nítido propósito de *erradicar* práticas consagradas pelo “menorismo”, como é precisamente o caso das “adoções *intuitu personae*”.

Preocupou-se o legislador não apenas em “encontrar pais para crianças e adolescentes em condições de serem adotadas”¹⁶, mas também em assegurar que fossem aqueles *selecionados com rigor* e de forma *criteriosa* pela Justiça da Infância e da Juventude (e não “escolhidos” aleatoriamente pelos pais biológicos), tendo inclusive de passar por um “período de preparação psicossocial e jurídica” (cf. art. 50, §3º, da Lei n. 8.069/90), que deve contemplar “preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos” (cf. art. 197-C, §1º, da Lei n. 8.069/90).

A habilitação à adoção (que passou a contar com um procedimento específico destinado à sua efetivação, previsto pelos arts. 197-A a 197-E, da Lei n. 8.069/90), não se constitui numa mera “formalidade” (como supõem alguns desavisados), mas sim é *fundamental* para aferição do preenchimento, por parte dos pretendentes à adoção, das *condições éticas, morais e emocionais*, bem como dos *demais requisitos* necessários ao deferimento da medida. Por intermédio do referido procedimento é possível avaliar a *idoneidade, motivação* e, acima de tudo, o *preparo* dos pretendentes à adoção para assumir os encargos (perpétuos) da medida, assim como fazer com que os pretendentes à adoção, a partir da frequência a um curso preparatório, reflitam melhor a respeito e mesmo considerem a adoção de crianças maiores, adolescentes, grupos de irmãos e outros que representam o maior contingente de acolhidos em instituições em todo o Brasil, para os quais a rigor não há interessados em adotar. Longe de ser menosprezado ou negligenciado, portanto, o procedimento destinado à habilitação de pessoas ou casais interessados em adotar deve ser bem instruído, não apenas com documentos, mas fundamentalmente com a realização de entrevistas, visitas domiciliares e avaliações técnicas

(inclusive do “Estado-Juiz”).

16 Invertendo assim a “lógica” até então vigente de “encontrar crianças (de preferência recém-nascidas) para pessoas interessadas em adotar”.

critérios realizadas por equipe interprofissional habilitada (arts. 50, §1º e 151, da Lei n. 8.069/90).

Ao disciplinar o procedimento de habilitação à adoção, o legislador procurou acabar com o descaso e com o “improvisado” que até então imperavam em relação à matéria, passando a *exigir* do Poder Judiciário a oferta dos referidos cursos preparatórios (cf. art. 197-C, §1º, da Lei n. 8.069/90), assim como a seleção *critérioria* e *responsável* dos adotantes, como forma de evitar possíveis problemas futuros.

De acordo com a lei, portanto, a *prévia habilitação* à adoção (que como visto *pressupõe* a *preparação psicossocial e jurídica* dos aspirantes à medida), torna-se a *regra absoluta*, que somente poderá ser dispensada nas *hipóteses restritas* expressamente previstas pelo art. 50, §13, da Lei n. 8.069/90, que merece ser abaixo transcrito:

Art. 50. (...).

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei (grifei).

Além de encerrar uma *norma cogente*, com um *comando normativo expresso*, a indispensável análise criteriosa do dispositivo nos leva a concluir, logicamente, que o legislador não quis dar margem para adoções realizadas ao arpejo da lei e do controle jurisdicional *ab initio*.

Com efeito, além de a análise do disposto no art. 50, §13, inciso II, da Lei n. 8.069/90 deixar claro que a presença da relação de afinidade e afetividade entre o adotando e os pretendentes à adoção seja analisada *sob a ótica da criança ou adolescente* (a quem a medida visa

aproveitar)¹⁷, por força do contido no inciso III, do mesmo dispositivo, apenas a tutela ou guarda LEGAL de criança ou adolescente maior de 03 (três) anos dispensa a prévia habilitação¹⁸. Quis o legislador, de um lado, privilegiar a tutela ou guarda legal em detrimento da guarda de fato, assim como criar entraves às “adoções *intuitu personae*”, que como acima mencionado, em regra envolvem crianças recém nascidas ou de tenra idade, que são confiadas pelos pais à guarda de terceiros de forma completamente irregular¹⁹, não raro à custa de paga ou promessa de recompensa²⁰.

O mesmo dispositivo também faz expressa alusão à necessidade de aferição da inexistência de “*má-fé*” por parte dos pretendentes à adoção, notadamente quando da obtenção da guarda da criança ou adolescente que pretendem adotar.

Tal norma visa *impedir* que pessoas ou casais interessados em adotar, estejam ou não previamente habilitados à adoção, tentem BURLAR a ordem de inscrição no cadastro de adoção existente na comarca (que por força do disposto no art. 197-E, §1º, da Lei n. 8.069/90, deve ser respeitada quando da convocação dos interessados em adotar, ressalvada a comprovada existência de situação peculiar que justifique plenamente solução diversa), por intermédio do ajuizamento de pedidos unicamente de guarda, tendo por objetivo formar

17 Estando assim em consonância com o princípio relacionado no art. 100, par. único, inciso IV, da Lei n. 8.069/90.

18 Importante destacar que o disposto no art. 50, §13, da Lei n. 8.069/90 não proíbe a adoção de crianças menores de 03 (três) anos por aquelas pessoas regularmente habilitadas e cadastradas, que já demonstraram ter plenas condições de adotar e que, portanto, devem ter PREFERÊNCIA ABSOLUTA na adoção, em detrimento daqueles que se propõem a obter crianças (geralmente recém-nascidas) por meios ilícitos.

19 Sem controle judicial e sem qualquer garantia quanto à idoneidade e preparo dos pretendentes adotantes para assumir as responsabilidades inerentes à medida, especialmente a médio e longo prazos, colocando assim o adotando em grave risco. Jamais podemos esquecer que a adoção não visa apenas atender a uma situação “de momento”, mas sim estabelecer uma relação que se estenderá para além da infância e da adolescência do adotado, com todas as consequências (por vezes desagradáveis) e ônus daí decorrentes (algo por vezes não cogitado por pessoas que se propõem a adotar por mero impulso, indulgência ou outros sentimentos menos nobres). Uma relação que começa mal, tem de tudo para terminar mal (não são poucos, infelizmente, os casos de rejeição ou mesmo de abandono de filhos adotivos, especialmente diante de situações problemáticas surgidas sobretudo na adolescência, como resultado do despreparo dos adotantes, que ao concretizar a medida idealizavam a “criança perfeita”, como se o adotado jamais fosse crescer e/ou apresentar os problemas - absolutamente comuns - próprios do desenvolvimento humano), e como estamos lidando com vidas humanas, é preciso ter em mente que os erros cometidos hoje irão trazer sérias consequências para todos os envolvidos para o resto de suas vidas.

20 Caracterizando assim o crime tipificado no citado art. 238, da Lei n. 8.069/90.

vínculos com a criança (e pedidos desta natureza, como anteriormente mencionado, invariavelmente envolvem crianças recém-nascidas ou de tenra idade), que serão posteriormente invocados como pretexto para não observância da ordem cronológica do cadastro²¹.

O sentido da lei é claro, e dispensa maiores comentários: se os interessados em adotar agem de má-fé, buscando obter a guarda de crianças para fins de adoção por meios escusos e/ou ao arrepio da sistemática estabelecida pela legislação, ou pior, chegam ao ponto de praticar *crimes* para obtenção da criança adotanda, *não podem ter sua conduta “chancelada” pelo Poder Judiciário*.

Pessoas interessadas em adotar devem ter a consciência de que o *único* caminho a seguir é o caminho da *adoção LEGAL*, com a prévia habilitação (e preparação) à adoção, não podendo a Justiça da Infância e da Juventude ser complacente com aqueles que agem de má-fé e/ou usam de meios escusos para obtenção da guarda ou adoção de uma criança.

Assim sendo, a Justiça da Infância e da Juventude deve *coibir*, com *rigor*, práticas abusivas e/ou ilícitas de qualquer natureza em matéria de adoção e seus incidentes, primando pela *moralidade* do instituto, que não pode servir para satisfação dos interesses (não raro inconfessáveis) de adultos.

21 Em relação à guarda, aliás, a própria Lei n. 8.069/90 procura enfatizar seu “caráter *excepcional*”, fora dos casos de tutela ou adoção (cf. art. 33, §2º, do citado Diploma Legal), bem como a *preferência* para seu deferimento a *familiares* das crianças e adolescentes que, por qualquer razão plenamente justificável (e devidamente justificada) não possam ficar na companhia de seus pais (cf. arts. 19, *caput* e §3º, 28, §3º etc., todos da Lei n. 8.069/90), razão pela qual não seria razoável deferir-las a pessoas que, a rigor, não possuem relação de parentesco e mesmo de amizade (salvo em caráter “ocasional” e/ou por “interesse” ou “conveniência”) com a família da criança (quase que invariavelmente recém nascida ou de tenra idade) e com esta própria. Assim sendo, se não há margem legal para as “adoções *intuitu personae*”, o mesmo se pode dizer em relação às “guardas *intuitu personae*”, utilizadas como simples (e desleal) “manobra jurídica” destinada a, como dito, *burlar* a sistemática instituída pela Lei n. 8.069/90 (especialmente após o advento da Lei n. 12.010/2009), para *adoção LEGAL*. Vale lembrar que, na forma da lei, a criança deve ser criada e educada preferencialmente junto à sua família natural ou, na comprovada impossibilidade desta, deve ser colocada sob a guarda (excepcional e temporária) de parentes próximos, de modo que não haja o rompimento dos vínculos parentais. Em casos extremos, se isto tiver de ocorrer, e a criança tiver de ser colocada em adoção, esta deverá ser deferida a pessoas ou casais regularmente habilitados e cadastrados, observados os requisitos e cautelas legais previstos no ordenamento jurídico vigente. Importante também mencionar que o disposto no art. 50, §13, da Lei n. 8.069/90 não se constitui, propriamente, numa “novidade”. A lei sempre estabeleceu condicionantes à adoção, como é o caso da *idade mínima*, da exigência de uma *motivação idônea*, da comprovação de que os interessados em adotar *estão preparados*, *sob o ponto de vista ético, moral e educacional para assumir as responsabilidades e ônus da adoção*, em caráter *permanente etc.* O contido neste dispositivo apenas *reafirma* tais condicionantes, que *já existiam* na sistemática anterior e *também se fazem presentes na normativa internacional*.

Nesse sentido vale transcrever os seguintes arestos oriundos dos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná e de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. REVOGAÇÃO DA LIMINAR DE GUARDA PROVISÓRIA DE RECÉM-NASCIDA CONCEDIDA A TERCEIROS. CRIANÇA ENTREGUE A ELES PELA MÃE BIOLÓGICA, LOGO APÓS O NASCIMENTO, POR NÃO TER CONDIÇÕES DE CRIÁ-LA. IRREGULARIDADE QUE LEVOU A INSTAURAÇÃO DE MEDIDA DE PROTEÇÃO DA INFANTE. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR E DETERMINAÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DA INFANTE. GUARDA DE FATO EXERCIDA DE FORMA IRREGULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. MENOR EM SITUAÇÃO DE INDEFINIÇÃO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO DEFINITIVO ENTRE O BEBÊ E O CASAL. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE IMPÕE A MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

(TJPR. 11ª C. Cível. A.I. n. 0548300-9, de Londrina. Rel. Des. Augusto Lopes Cortes. Unânime. J. em 02/09/2009);

Agravo de instrumento. Ação de adoção. Recém-nascido entregue pela genitora aos autores. Despacho que determina o abrigamento do menor. Finalidade de obstar a criação de vínculo afetivo com os requerentes. Adequação. Pleito de manutenção do infante sob a guarda dos agravantes. Impossibilidade. Ausência de situação excepcional que autorize o deferimento da tutela requerida. Recurso desprovido.

(TJPR. 12ª C. Cív. A.I. n. 478.931-1, de Ipiranga. Rel. Des. Clayton Camargo. J. em 10/09/2008); e

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE GUARDA PROVISÓRIA DE CRIANÇA. INDEFERIMENTO DA LIMINAR REQUERIDA PELOS AUTORES, COM FUNDAMENTO NA AUSÊNCIA DE SEU CADASTRAMENTO NA LISTA DE ADOÇÃO DO MUNICÍPIO E DE PARENTESCO COM A INFANTE. RECOLHIMENTO DESTA AO ABRIGO MUNICIPAL. GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA A OUTRO CASAL. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA

MENOR NO ATUAL LAR EM QUE RESIDE. PRESERVAÇÃO DA SUA INTEGRIDADE PSÍQUICA. Tendo sido a criança retirada, por força de decisão judicial, da guarda de fato dos autores, com fundamento na ausência de cadastramento destes na lista de adoção do Município, e colocada, posteriormente, sob a guarda provisória de outro casal, com o qual ela convive atualmente, recomenda-se a manutenção da decisão que indeferiu a liminar na ação de guarda movida por aqueles, até o julgamento definitivo da demanda, para que reste preservada a integridade psíquica da criança, cujos interesses devem preponderar acima de quaisquer outros.

(TJMG. 1ª C. Cív. A.I. n. 1.0079.09.922957-1/001. Rel. Des. Armando Freire. J. em 6/10/2009).

E nem seria razoável (além de juridicamente admissível) solução diversa, pois toda vez que a Justiça da Infância e da Juventude, *abrindo mão de suas prerrogativas legais e constitucionais* (e mesmo de seu *poder jurisdicional*), se limita a “homologar” situações pretensamente já consolidadas (concedendo “adoções *intuitu personae*”, notadamente a pessoas não habilitadas previamente²²), mas que traduzem um “ato de disposição” dos pais em relação a seus filhos, *não previsto e nem admitido pelo ordenamento jurídico vigente*, que representa evidente burla à *sistemática legal* para adoção, está *desestimulando* e mesmo *desrespeitando* (e assim *lesando*, de forma absolutamente injustificada e injustificável) todos aqueles que confiaram no Poder Judiciário e se submeteram ao procedimento de habilitação à adoção, alimentando assim uma “espiral de ilegalidade” que já existe desde tempos imemoriais e que, a persistir tal mentalidade, jamais terá fim.

Como dito e repetido, a Lei n. 12.010/2009 quis *abolir*, de uma vez por todas, semelhantes práticas, a bem da *moralidade* do instituto da adoção e da própria *credibilidade* do Poder Judiciário.

Por intermédio do art. 50, §13, da Lei n. 8.069/90 acima transcrito e de outros dispositivos (como é o caso dos arts. 13, par. único e 258-B, do mesmo Diploma Legal²³), o legislador procurou *coibir*

22 Que assim sequer demonstraram estarem *de fato preparadas* para adoção e/ou que oferecem um ambiente familiar adequado para criança que pretendem adotar.

23 Que preconizam a necessidade de encaminhamento *obrigatório* de gestantes ou mães que manifestam interesse em entregar seus filhos para adoção à Justiça da Infância e da Juventude, sob pena da prática de *infração administrativa* (sem prejuízo, é claro, de eventual responsabilidade

práticas ilegais, abusivas e mesmo criminosas como a “adoção *intuitu personae*”, a “adoção à brasileira” e a entrega de filho com vista à adoção mediante paga ou promessa de recompensa.

Vale lembrar que as gestantes que manifestam interesse em entregar seus filhos para adoção devem receber a devida orientação psicológica e também jurídica (além da inserção em programas de assistência social, sempre que necessário - cf. arts. 19, §3º, 87, inciso II, 90, inciso I, 101, inciso IV e 129, inciso I, da Lei n. 8.069/90), de modo que a criança tenha identificada sua paternidade (nos moldes do previsto na Lei n. 8.560/1992²⁴) e lhe sejam asseguradas condições de permanência junto à família de origem ou, se isto por qualquer razão não for possível, seja então encaminhada para *adoção legal*, junto a pessoas ou casais *regularmente habilitados e cadastrados* (cf. art. 50, §3º e 197-A a E, da Lei n. 8.069/90)²⁵, procurando-se respeitar, como *critério básico*, a *ordem de inscrição no cadastro existente na comarca* (cf. art. 197-E, da Lei n. 8.069/90), ressalvada a existência de situação *excepcional, plenamente justificada*, que autorize solução diversa.

Neste sentido, interessante transcrever os seguintes arestos:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CRIANÇA ENTREGUE PELA MÃE BIOLÓGICA À AUTORA NÃO HABILITADA NO CADASTRO DE ADOTANTES. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 50 DA LEI 8.069/90. CARÊNCIA DE AÇÃO. INTERESSE DE AGIR. CONDIÇÕES DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267 CPC. ABRIGAMENTO DE CRIANÇA. INVIABILIDADE. RETORNO AO CONVÍVIO DA MÃE MATERNA. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE ALTERADA DE OFÍCIO. É de rigor a fiel observância da sistemática imposta pelo art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, somente se deferindo a adoção a pessoas previamente cadastradas e habilitadas. Não tendo a apelante realizado o cadastro prévio, nem atendido aos procedimentos de adoção na Vara da Infância e Juventude, o processo

criminal, no caso de eventual “intermediação” na prática do citado *crime* tipificado no art. 238, da Lei n. 8.069/90).

24 Cf. art. 102, §3º, da Lei n. 8.069/90.

25 A atuação *preventiva*, a ser desenvolvida pelas maternidades e hospitais que atendem gestantes e mães é *fundamental*, seja na orientação, seja no encaminhamento daquelas que manifestam interesse em entregar seus filhos para adoção à Justiça da Infância e da Juventude, e se constitui num dos mais importantes aspectos da *política de atendimento* a ser implementada no sentido da plena efetivação do direito à convivência familiar de todas as crianças e adolescentes.

deve ser extinto sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir. Negado o pedido de adoção, deve a criança retornar à guarda da mãe biológica, enquanto não houver motivos para sua extinção (artigo 1635 do Código Civil) e for isso declarado em decisão fundamentada, proferida sob o crivo do contraditório.

(TJPR. 11ª C. Cível. Ac. n. 0541417-1, de Ponta Grossa. Rel. Juiz Subst. 2º G. Luiz Antônio Barry. Unânime. J. em 27/5/2009);

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. GUARDA E ADOÇÃO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOÇÃO. Em que pese a possibilidade de se superar os requisitos formais da adoção (Lista de Habilitados), isso só se dará em situações especialíssimas, quando se puder verificar inequivocamente o laço de afetividade formado entre a criança e os pais substitutos, o que não ocorre no caso dos autos. Recurso improvido.

(TJRS. 8ª C. Cív. Ap. Cív. n. 70024692675. Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda. J. em 14/8/2008); e

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA PROVISÓRIA. OBSERVÂNCIA DA ORDEM DOS HABILITADOS PARA ADOÇÃO. Mesmo que “os agravante têm todos os pressupostos exigidos para dar o ambiente familiar perfeito à criança abandonada”, não pode ser desrespeitada a “lista de habilitação existente no juizado”. Existe a casa de passagem justamente para, com a maior celeridade possível, colocar a criança em um seio familiar adequado à sua proteção integral. É bem de ver que o julgador já determinou “a colocação da criança em família substituta, obedecendo-se à lista de habilitados”. Verifica-se que no caso não se desenvolveu nenhuma relação de afetividade entre o casal agravante e a criança. NEGADO SEGUIMENTO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) - DECISÃO MONOCRÁTICA”.

(TJRS, 8ª Câm. Civ, n. 70008477275, Rel. Dês. Rui Portanova, j. 5/4/2004).

O objetivo da Lei é claro e dispensa maiores comentários. A necessidade de respeito à ordem de inscrição no cadastro de pretendentes à adoção existente na comarca, diante da falta de *comprovação*

da ocorrência de uma *situação concreta* que *justifique plenamente* solução diversa, à luz das normas e princípios que norteiam o Direito da Criança e do Adolescente se constitui, portanto, num *requisito legal* que se mostra fundamental ao resguardo da *moralidade* de todo o processo de adoção, bem como, em igual proporção, da indispensável *credibilidade* que a Justiça da Infância e Juventude e que a sistemática instituída para *adoção legal* deve inspirar junto aos jurisdicionados.

Uma vez instituído o cadastro de pretendentes à adoção, a rigor nada justifica que, em situações normais, a ordem nele estabelecida não seja respeitada pela Justiça da Infância e da Juventude, daí decorrendo a conclusão lógica de que o mais antigo inscrito terá sempre preferência para adotar a primeira criança ou adolescente em condições de ser adotado na comarca, e assim sucessivamente, ressalvada, é claro, a possibilidade de a pessoa ou casal há mais tempo habilitado não demonstre interesse em adotar aquela criança ou adolescente em particular, que não seja tal solução recomendável por qualquer razão plenamente comprovada (e justificada) e/ou em virtude de situações outras, expressamente contempladas pelos citados arts. 197-E e §1º c/c 50, § 13, da Lei n. 8.069/90²⁶.

Tal sistemática, de exigência de prévia habilitação à adoção como *regra absoluta* e de respeito à ordem de inscrição no cadastro de pretendentes à adoção existente na comarca, é sem sombra de dúvida a mais justa, pois coloca todos os interessados em adotar em absoluta igualdade de condições, sem a possibilidade de favorecimento de um em detrimento dos demais, o que serve até mesmo para preservar a imagem da Justiça da Infância e Juventude contra acusações de privilégio para os mais favorecidos economicamente.

Dar guarida a uma “adoção *intuitu personae*”, por outro lado, é subverter toda sistemática idealizada pelo legislador estatutário, e consolidada pela Lei n. 12.010/2009, para efetivação de adoções por intermédio da Justiça da Infância e da Juventude, importando numa solução flagrantemente *contra legem*, que representa um *retrocesso* à sistemática anterior ao advento até mesmo do art. 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que a colocação de crianças e adoles-

26 O que mais uma vez enfatiza a necessidade da intervenção - também criteriosa (e não meramente “formal”) - de uma *equipe interprofissional habilitada*, nos moldes do acima mencionado.

centes em adoção ficava sujeita ao puro arbítrio dos pais (e/ou da autoridade judiciária) e o poder econômico sempre falava mais alto, sendo a medida aplicada muito mais em proveito dos adotantes do que dos adotandos.

Se não bastasse a constatação que o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente após o advento da Lei n. 12.010/2009, tornou *proscrita* a prática “menorista” da chamada “adoção *intuitu personae*”, não podemos deixar também de registrar que esta a rigor *não traz qualquer vantagem para criança adotanda*, para qual apenas interessa sua colocação em família substituta *idônea*, que se encontre *comprovadamente apta* à adoção e tenha sido devidamente submetida à *preparação jurídica* e psicossocial a que se referem os arts. 50, §§3º e 4º e 197-C, §§1º e 2º, da Lei n. 8.069/90, tendo assim demonstrado que sua *motivação* para adoção é adequada, e que reúne as condições necessárias ao *êxito* da medida, não apenas enquanto a criança é de tenra idade, mas para toda a sua vida.

Muito pelo contrário. Pessoas que utilizam de meios *escusos e contra legem* para adotar (aproveitando-se da fragilidade emocional e/ou da condição de miséria dos pais biológicos), *burlando* a sistemática instituída pelo ordenamento jurídico para concretização da medida (que nunca é demais lembrar, visa atender aos interesses *das crianças e adolescentes* adotandas, e não dos adultos adotantes), sem dúvida *demonstram claramente que não são as mais indicadas*, notadamente sob o ponto de vista *ético e moral*, para assumirem as responsabilidades inerentes à medida.

Pior. Em alguns casos (não poucos, infelizmente), as adoções *intuitu personae* escondem a prática de verdadeiros *crimes*, como o tipificado no citado art. 238, da Lei n. 8.069/90, pois a entrega da criança pelos pais (e geralmente apenas pela mãe, pois sequer há a cautela de instauração de procedimento destinado à averiguação da paternidade, nos moldes do previsto na Lei n. 8.560/92²⁷), acaba sendo precedida da paga ou promessa de vantagens, que vão desde o custeio do pré-natal até a compra de imóveis e oferta de dinheiro em espécie.

²⁷ Em violação não apenas a esta *norma cogente*, mas também ao disposto no art. 102, §3º, da Lei n. 8.069/90.

Desnecessário falar da *aberração jurídica* (ou verdadeiro *disparate*) que é a “homologação judicial” de uma *conduta criminosa*, que como dito anteriormente, além de *subverter* toda sistemática concebida pelo ordenamento jurídico para efetivação do instituto da adoção, reduz a criança adotanda à condição de mero “objeto” passível de ser “negociado” por seus pais com terceiros, que ao invés de serem *responsabilizados criminalmente* por sua conduta ilícita²⁸, acabariam sendo por ela “premiados” com o deferimento da adoção, em evidente afronta aos *princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos* e de tantos outros contemplados no ordenamento jurídico Pátrio e na normativa internacional correlata.

Como visto anteriormente, a possibilidade jurídica do *consentimento* dos pais com a adoção de seus filhos, *de maneira alguma* os autoriza a “escolher” a pessoa ou casal adotante, ficando tal tarefa *unicamente* a cargo da Justiça da Infância e da Juventude, observadas todas as *cautelas e critérios* para tanto estabelecidos pela Lei n. 8.069/90.

Fundamental, portanto, que a Justiça da Infância e da Juventude *respeite e faça respeitar o comando normativo* decorrente da aplicação dos dispositivos estatutários acima referidos, de modo a *não permitir*, salvo em situações excepcionalíssimas, nos moldes do mencionado, que uma criança ou adolescente seja adotado por pessoa ou casal que não esteja previamente habilitado (e/ou que, entre pessoas habilitadas que não possuem qualquer relação com a criança adotanda²⁹, seja desrespeitada a ordem cronológica de inscrição no cadastro respectivo), não lhe sendo também lícita a pura e simples “homologação” de verdadeiros “atos de disposição” dos pais em relação a seus filhos, por intermédio de “adoções *intuitu personae*” (ainda que “travestidas” de singelos pedidos de guarda), prática *banida e repudiada* pelo ordenamento jurídico vigente que, como dito, além de colocar em “xeque” a *moralidade* do instituto da adoção e a própria *credibilidade*

28 Que longe de ser motivada por sentimentos “nobres” ou “altruístas”, como por vezes se tenta argumentar, é na verdade resultante do puro *egoísmo* e do *descaso* para com a lei (que nunca é demais lembrar, além de ser bastante clara, presume-se do conhecimento de todos) e para com o próprio Poder Judiciário.

29 Assim considerado *sob a ótica desta*, vale lembrar.

do Poder Judiciário, pode esconder, dentre outras condutas ilícitas, o crime previsto no art. 238, da Lei n. 8.069/90.

Neste contexto, pedidos de adoção (ou mesmo de guarda) “*intuitu personae*” devem ser coibidos, assim como devem ser tomadas as providências necessárias para impedir a constituição (ou consolidação) de vínculos entre a criança e os pretendentes adotantes³⁰, devendo ficar claro que práticas ilícitas ou manobras destinadas a burlar a sistemática legal instituída para colocação de crianças e adolescentes em adoção não mais receberão o respaldo do Poder Judiciário.

Evidente que semelhante postura institucional, por parte da Justiça da Infância e da Juventude (e não se espera do Poder Judiciário menos que o fiel cumprimento da lei e dos princípios a ela inerentes), deve ser acompanhada de uma campanha de esclarecimento à população, bem como de medidas complementares a serem tomadas por outros órgãos encarregados da elaboração e implementação de uma política pública especificamente destinada à garantia do direito à convivência familiar, nos exatos moldes do disposto nos arts. 86; 87, inciso VI, e 88, incisos VI e VII, todos da Lei n. 8.069/90, compreendendo a mencionada atuação preventiva junto às maternidades, hospitais e estabelecimentos de atenção à saúde, onde ocorre boa parte dos casos de “intermediação” de adoções ilegais.

Assim procedendo, com certeza haverá um significativo ganho de qualidade na prestação jurisdicional em matéria de colocação em família substituta na comarca, trazendo inegáveis benefícios a todos os jurisdicionados³¹, em especial para as crianças e adolescentes em condições de serem adotados, cujos interesses, observados os parâmetros e princípios de Direito da Criança e do Adolescente, devem sempre prevalecer em detrimento dos interesses dos adultos.

Para concluir e ilustrar (assim como abrilhantar) a presente exposição, transcrevo abaixo o corajoso e emblemático voto proferido pelo Des. Breno Moreira Mussi, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgado relativo aos Autos n. 849, do Juizado Regional da

30 Devendo ser promovida a imediata busca e apreensão da criança que se encontre irregularmente sob a guarda de terceiros.

31 Que passarão a ter igualdade de condições, seja qual for sua situação socioeconômica e/ou seu “grau de influência” junto aos órgãos públicos e entidades privadas.

Infância e Juventude de Osório (n. 598089506, da 8ª Câmara Cível e n. 5984701540, do 4º Grupo Cível, ambos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), em que de forma magistral discorre sobre a responsabilidade do Sistema de Justiça da Infância e da Juventude em matéria de adoção, deixando claro que, diante de uma “adoção dirigida” ou “*intuitu personae*”, não mais pode o julgador assumir um papel meramente passivo, limitando-se a “homologar” o acordo celebrado entre os pais (e não raro, como dito acima, apenas a mãe) e os pretensos adotantes, fazendo da criança um simples “objeto” do qual aqueles podem dispor livremente³².

“Todavia, ouvindo o parecer do Ministério Público e, principalmente, o voto da eminente Relatora, com a devida vênia, parece-me que a situação merece um exame mais profundo e abrangente.

Aqui, fico no dever de decidir o caso e, também, na responsabilidade política do Poder Judiciário como um todo, em termos comportamentais, tentando evitar procedimentos que, de longa data, vêm sendo praticados.

O Judiciário brasileiro, mais em 1º grau e menos em 2º grau, começa a se dar conta de que mudou o sistema adotivo. O Estatuto, proveniente das grandes normativas internacionais dos últimos tempos, a respeito dos direitos da criança, alterou as regras antes vigentes. Depois, na Convenção de Haia (1994), em matéria de adoção, um dos pontos fundamentais é a vedação do intercâmbio entre adotante e a família do adotado. Salvo se existir, efetivamente, uma relação anterior dentro do conceito de família ampliada, as situações efêmeras, ou de mera oportunidade, não devem ser abrigadas.

As relações dos regularmente habilitados, nos Juizados, em decorrência da Consolidação Normativa da Corregedoria, não constituem mera ordem administrativa de se chamar o primeiro da fila. Isso é, com a devida vênia, o mais absoluto desconhecimento do sistema de trabalho do Juizado. Não se manda comparecer o primeiro da fila e se lhe entrega uma criança, aleatoriamente, como dito pela Relatora. Há, insisto, um desconhecimento de como se procede no Juizado. Talvez uma preocupação maior

32 Embora o referido voto lamentavelmente tenha sido vencido no caso concreto, merece ser transcrito quase que em sua integralidade, por bem espelhar a postura que se espera da Justiça da Infância e da Juventude (e do Poder Judiciário em geral) diante de situações similares, sendo certo que a nova “Lei de Adoção” dá amplo respaldo e reafirma semelhante entendimento, na perspectiva de romper, em definitivo, com práticas equivocadas consagradas pelo revogado “Código de Menores”, que foram banidas pelo ordenamento jurídico vigente.

com este tema mostrasse que, no Juizado, funciona de outra maneira.

Por meio das habilitações, reconhecem-se as reais potencialidades dos futuros adotantes. Habilitação também é para isso. O trabalho da equipe técnica do Juizado é, justamente, possibilitar a adequação entre os casais já constantes da lista e as crianças em situação de adotabilidade. A própria adotante de fato deixou claro, nos autos, ter deixado de lado o caminho da habilitação, porque temia não deter as condições.

A prática brasileira de doação de crianças é antiga, porém continua persistindo. Embora se diga na Constituição, na lei, nas normativas, que criança é sujeito de direito, a criança é tratada como se fosse um objeto que a mãe dá: a mãe quis, a mãe deu e pronto.

Depois, há outro aspecto, que é muito importante, que atua no plano internacional. Por essas razões, o Brasil entrou, por meio do Estatuto, nessa normatividade internacional, trazendo para o plano judiciário o sistema da adoção. Toda a adoção de menores ficou judicializada, tendendo a eliminar o tráfico. E, quando digo tráfico, não é só o tráfico de dinheiro, é, também, o tráfico de influências e outros, porque nós fomos criados sob a égide do Código de Menores, em que a criança era um objeto que a mãe dava.

Por essa razão é que as equipes do Juizado trabalham num conceito de família ampliada. Daí porque se tenta a manutenção do vínculo, dentro da família ampliada, e se evita as tratativas das pessoas entre si, à margem do Judiciário, para resolver o assunto. Isto foi tentado, sem êxito, no caso concreto.

E o que acontece conosco, Juízes? Temos o dever de decidir as adoções, porque são judicializadas. E na prática? As pessoas terminam resolvendo a questão e, depois, levam ao Judiciário, apresentando-a como fato consumado, impossibilitando ao Juiz possa determinar o contrário.

Ontem aconteceu, na 8ª Câmara, o caso de uma adoção efetivada por norte-americanos, que, agora, está aguardando o voto do Dr. Alzir, em face da divergência entre eu e o Des. Stangler. Os interessados criaram a situação, à margem do Judiciário, "adotando" a menina ainda no ventre da mãe biológica, tanto que já registrada com o prenome da genitora do futuro pai.

Referi, no meu voto: a adoção é judicializada, mas os

particulares, agindo diretamente, retiram-me o direito de ser Juiz. As pessoas resolvem entre elas as questões, com ou sem dinheiro. E frustam-se, com isso, aquelas pessoas honestas, sinceras e de bons costumes, que vão ao Juizado arriscar-se, expor suas vidas, expor suas vidas, abri-las aos assistentes sociais e psicológicos, mostrar sua documentação, para ver se têm condições de adotar.

Se isso não é necessário, então vamos lavar as mãos, deixar que as pessoas resolvam tudo por fora, e depois nós homologamos. Contudo, seria mais honesto mandarmos publicar um edital, para conhecimento dos que seguem as regras existentes, no sentido de evitarem as habilitações.

Recuso-me a exercer a função de simples homologador, e abdicar da posição de Juiz, porque esta é indelegável.

Ao aceitar o fato consumado, criado indevidamente, em nome do superior interesse da criança, estamos, pura e simplesmente realimentando essa prática perniciosa que, lamentavelmente, ora vem por dinheiro (cash), como vantagens paralelas, de cunho patrimonial ou pessoal.

A mim me parece que o superior interesse da criança está em que ela seja adotada lisamente de acordo com a regra do jogo, e não por uma ordem paralela, justo o que se procura evitar.

O Judiciário tem dever social na implantação desse novo sistema, função que estamos abdicando, simplesmente, ao lavar as mãos, em razão do fato consumado.

A interpretação do verdadeiro sentido dos votos vencedores não pode ser reduzida, como o foi, no voto da relatora. É preciso ir ao fundo da questão, e não ficar apenas na superfície. Ao contrário do que foi dito, as habilitações, e listas de interessados, devem ficar inseridas na seqüência dos atos, em juízo, para proporcionar adequação entre quem adota e o que vai ser adotado, não podendo ser relegada ao plano de um simples modo de resolver problemas administrativos, e proporcionar aleatória entrega de crianças.

Então, os Colegas me perdoem, mas sou obrigado a fazer esse tipo de manifestação em reforço, porque nós estamos realimentando a corrupção que existe por baixo dessa chamada adoção à brasileira, quando se fazem doações de seres vivos, registros falsos, etc.

Como antes referi, a prática ilícita já evoluiu, até, para a adoção ainda no ventre. Adota-se a grávida, leva-se-a para casa, assiste-se-a e, depois, vai-se a juízo. O Judiciário apenas carimba e homologa, passando atestado de lisura ao que foi feito antes, independentemente das circunstâncias em que se desenvolveu.

Daí a nossa responsabilidade, e vislumbrei, na posição da Juíza na Comarca, a difícil tarefa de impor na comunidade, a erradicação de prática nefasta e centenária, acolhendo a ação proposta pelo Ministério Público. Retirou a criança, como quem estava, e a colocou com um casal habilitado, com quem se encontra, deste março do corrente ano. Alterar o estado de fato seria premiar a prática ilícita, em detrimento da lisura dos procedimentos judicializados, em matéria de adoção.

Atitudes como a da Juíza trazem os jurisdicionados para o cumprimento da lei, o respeito das instituições, tornando vivos os princípios e valores que fazem do Estatuto um diploma ético e socialmente justo.”

E é precisamente esta a postura *firme e corajosa* que se espera da Justiça da Infância e da Juventude, que especialmente após o advento da Lei n. 12.010/2009, não mais pode continuar a agir de forma similar à antiga “Justiça de Menores”, dando guarida a “adoções *intuitu personae*” e a outras práticas ilícitas consagradas pelo “menorismo” que, apesar de *juridicamente inadmissíveis* à luz do moderno Direito da Criança e do Adolescente, ainda hoje são verificadas, sendo que por não trazerem benefício algum aos adotandos, e ainda servirem de *desestímulo à adoção legal*, devem ser *erradicadas*, agora em definitivo do mundo jurídico, permanecendo apenas nos livros de história, como uma triste lembrança dos tempos em que crianças eram tratadas como simples *objetos* por seus pais, pelo Poder Judiciário, e pela própria sociedade.

LIBERDADE, PRIVACIDADE E SEXUALIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET: UMA REDE DE DESAFIOS PARA A DEFESA E PROMOÇÃO DE DIREITOS

Rodrigo Nejm

Psicólogo

INTRODUÇÃO

A democratização do acesso à *Internet* está em destaque na agenda das principais políticas públicas do País e também em muitos países do mundo. No Brasil, precisamos destacar as dimensões do Plano Nacional de Banda Larga e do Projeto de Banda Larga nas escolas. Essas duas ações governamentais estão trazendo milhões de novos internautas para a *Internet* brasileira, potencializando com muita velocidade as novas possibilidades de relacionamento social, comercial, científico, cultural e político na sociedade contemporânea. Essas políticas, somadas aos projetos de ampliação de telecentros públicos e formalização de milhares de *Lan Houses* no Brasil, estão construindo uma nova realidade social no Brasil. Sabemos que as tecnologias mudam com muita velocidade e também são incorporadas à vida dos brasileiros com muita rapidez, surpreendendo constantemente nas estatísticas nacionais. Presenciamos profundas mudanças psicossociais na infância, na adolescência e na juventude contemporâneas, mudanças produzidas por muitos fatores, dentre

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 157 - 172	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

eles, mas não apenas, pelo uso intenso e diverso das TIC. Certamente as TIC desempenham um papel de destaque na transformação do lazer, do estudo, do comunicar e do brincar das novas gerações, mas as mudanças também são radiciais no âmbito do universo de consumo, no conflito entre gerações, no mundo do trabalho, na conquista de direitos civis e mesmo políticos em algumas sociedades. Como aponta Sonia Livingstone em seu recente livro "*Children and the Internet*" (2009) não podemos centrar a reflexão nas tecnologias sem levar em conta outras transformações no mundo do trabalho, da estruturação da família e do universo de consumo infantojuvenil.

Os recursos tecnológicos têm sido incorporados intensamente no cotidiano das novas gerações de crianças e adolescentes, de forma acelerada e progressiva. Mesmo as classes sociais menos favorecidas possuem cada vez mais acesso à *Internet*, celulares e equipamentos eletrônicos para comunicação e entretenimento. Infelizmente ainda não é clara a noção de que a *Internet* configura um novo tipo de espaço público, que precisa receber os cuidados e a atenção sobre questões de segurança e cidadania tanto quanto outros espaços. Um dos primeiros desafios nesse contexto é conseguir fazer com que as pessoas entendam o ciberespaço como um espaço público, no qual as pessoas, e não apenas os computadores, relacionam-se socialmente. Ao usar a *Internet*, por exemplo, uma criança acessa um espaço público planetário e imensurável, que possui todo tipo de informação e pessoas, com todos os benefícios e perigos que outros espaços públicos podem oferecer. Assim como em todo espaço público amplo e movimentado, no ciberespaço também há crimes, golpes e violações aos Direitos Humanos em diferentes graus.

Nesse contexto, é vital orientar e conscientizar a população brasileira para que esses novos milhões de usuários, que incluem milhões de crianças e adolescentes, possam desfrutar da *Internet* tendo sempre em mente a prioridade absoluta que a Constituição Federal (CF) garante (art. 227) para a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Além do previsto no art. 227 da CF, precisamos sempre ter em mente que crianças e adolescentes são, antes de tudo, sujeitos de direitos e não apenas objeto de ações de proteção. Isso significa que devemos evidenciar também, além das medidas de proteção e

cuidado previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), as leis que garantem às crianças e aos adolescentes os direitos sexuais, o direito à privacidade, à liberdade, direito de acesso ao lazer e à cultura e tantos outros previstos no próprio ECA. Essa observação é vital em toda e qualquer ação que tenha como objetivo o melhor interesse da criança e do adolescente pois, como sujeitos de direitos, eles não deveriam ser apenas receptores passivos de “ajudas”, assistencialismos ou protecionismos dos adultos ou das políticas públicas. Proteger, dentro ou fora da *Internet*, traz à tona o desafio de equilibrar o exercício dos direitos à privacidade, liberdade e ao acesso à informação com os limites previstos, para respeitar a singularidade de cada fase do desenvolvimento das crianças e dos adolescentes. Na *Internet* esse desafio se torna ainda mais complexo, com fronteiras, limites e representações cada vez mais fluídas e dinâmicas.

Considerando as observações acima, este artigo pretende apresentar, resumidamente, os principais riscos e vulnerabilidades de crianças e adolescentes na *Internet* no Brasil, destacando alguns caminhos possíveis para enfrentar e prevenir a violência sexual facilitada pelas Tecnologias de Informação e Comunicação com base na experiência da *SaferNet* Brasil.

1 A SAFERNET

A *SaferNet* Brasil é uma associação civil sem fins lucrativos que atua na promoção e defesa dos Direitos Humanos na *Internet*, incluindo o combate à pornografia infantil e ao aliciamento sexual de crianças na *Internet* e ações para promoção do uso ético e responsável das TIC. A criação da *SaferNet* Brasil se justificou à medida que se mostrou necessário oferecer uma resposta aos graves problemas relacionados ao uso indevido dos serviços da rede *Internet* para a prática de crimes e violações contra os Direitos Humanos, particularmente o aliciamento sexual de crianças e adolescentes, a produção e difusão em larga escala de imagens de abuso sexual (pornografia infantil) por meio da rede, e os crimes cibernéticos como o racismo, neonazismo, intolerância religiosa, homofobia e apologia e incitação a crimes contra a vida que têm afetado, principalmente, os jovens

internautas brasileiros. Por isso o primeiro projeto da *SaferNet* Brasil foi a criação da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos (www.denunciar.org.br), operada em parceria com o Ministério Público Federal, desde 2006, e com a Polícia Federal e Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República desde 2008. O Comitê Gestor da *Internet* no Brasil, o Conselho dos Procuradores-gerais de Justiça (CNPJG), a Petrobrás e o *Childhood Brasil* são alguns dos apoiadores da *SaferNet* para realização de suas atividades, tanto no âmbito do enfrentamento quanto no das ações educativas em todo o Brasil.

Para fortalecer o combate a esses crimes, o projeto da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos contra os Direitos Humanos, criada pela *SaferNet*, recebe, processa e encaminha *online* as denúncias anônimas sobre qualquer crime ou violação aos Direitos Humanos praticado por meio da *Internet*. Mediante o endereço www.denuncie.org.br qualquer cidadão tem a sua disposição um sistema seguro e confiável para fazer denúncias anônimas acerca de crimes como: Pornografia Infantil (artigo 241 do ECA), Racismo, Neonazismo, Intolerância Religiosa (artigo 20, § 1º da Lei 7.716/1989), Apologia e Incitação a crimes contra a vida (artigo 286 e 287 do Código Penal), Homofobia (artigo 3º, XLI e 5º, XLI da Constituição Federal de 1988) e também maus tratos contra os animais (artigo 32 da Lei Federal 9.605/1998), com a garantia de que nenhuma informação pessoal será coletada.

2 ENTRE RISCOS E OPORTUNIDADES NO CIBERESPAÇO

2.1 PORNOGRAFIA INFANTIL, ALICIAMENTO SEXUAL E “PEDOFILIA” NA *INTERNET*

Crimes e violações de direitos aumentam progressivamente, conforme aumenta o número e a intensidade de usuários da *Internet* no Brasil, trazendo mais um grande desafio ao sistema de garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes no presente e no futuro

próximo. Nesse sentido é que a *SaferNet* atua para prestar serviços de utilidade pública, com o objetivo de aproveitar a própria tecnologia para fazer da rede *Internet* no Brasil uma porta de entrada segura para que as nossas crianças, os jovens e adultos criem e desenvolvam relações sociais éticas, seguras e saudáveis. No entanto, a *Internet* brasileira já vem sendo explorada para a prática de vários crimes e/ou violações aos direitos humanos, como a exploração sexual de crianças e adolescentes nas redes de pornografia infantil, a humilhação pública na *Internet* (*Cyberbullying*/Difamação e Calúnia), apologia a crimes contra a vida, manifestação de intolerância religiosa, étnica e de orientação sexual. Mesmo aquelas vítimas que não chegam a ser presencialmente violentadas são seriamente afetadas pela violência da chantagem, dos conteúdos impróprios, da exposição e da autoculpa produzidos após experiências traumáticas vivenciadas pela *Internet*. Salientase que a progressiva popularização do acesso à *Internet*, máquinas fotográficas, celulares e microcomputadores por parte das populações de todas as faixas etárias e socioeconômicas apresenta um grande risco de convergência das práticas de abuso e exploração presenciais, como as cometidas pela *Internet*.

No que diz respeito à violência sexual, várias práticas foram potencializadas com o uso das tecnologias, aumentando ainda mais a necessidade de ações preventivas e de enfrentamento para preservar a dignidade das vítimas reais e potenciais. Há, na realidade, a facilitação do abuso e da exploração comercial presenciais com uso das tecnologias de comunicação para aliciar, registrar e divulgar os materiais ilícitos, ao mesmo tempo em que as tecnologias permitem também novas formas de aliciamento, como as praticadas em salas de bate-papo, com uso de câmeras digitais conectadas. O risco iminente é a fusão das formas de abuso doméstica e das redes comerciais que passam, cada vez mais, a registrar em filme e foto e divulgar os abusos por meio da *Internet*. As práticas de violência sexual que mais se destacam nesse novo cenário digital são: produção, distribuição e consumo de pornografia infantil e aliciamento sexual mediado.

A Pornografia Infantil (PIN) está definida no ECA como:

Art. 241E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou

adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

Na literatura internacional já há grupos que defendem o abandono do termo “pornografia” nos casos que envolvam crianças e adolescentes, pois pornografia em si não é crime e pode ser uma prática realizada voluntariamente por adultos em seu livre exercício da sexualidade. O termo mais adequado para PIN seria “Imagens de abuso sexual de crianças ou adolescentes”. Essa mudança visa enfatizar a dimensão de violência e de crime desse contexto, no qual não se pode atribuir consentimento ou voluntariedade da vítima, na avaliação com base na idade, prevista no ECA. Mesmo que a idade de consentimento para relações sexuais seja bastante mais flexível na avaliação da justiça, caso a caso, o registro e a divulgação da relação ainda mantêm-se como prática criminosa de acordo com o artigo 241E do ECA. Sem aprofundar a importante discussão sobre idade de consentimento, é importante sinalizar a dimensão de violência que as imagens de abuso contêm em um duplo sentido: violência presencial no ato e violência potencialmente eterna da imagem ou do vídeo registrado e divulgado. Com os serviços da *Internet* a troca e difusão desse tipo de conteúdo ilegal foi facilitado e ganhou dimensões cada vez mais globais, seja na propaganda e venda de viagens para turismo envolvendo redes de exploração sexual comercial ou ainda o uso das TIC para aliciar sexualmente crianças e adolescentes. Novas tecnologias de computação permitem produzir e distribuir em grande escala, por meios eletrônicos, mecânicos, ou outros, imagens fictícias de condutas sexualmente explícitas ou pornográficas, que possuem muita semelhança com imagens reais, sendo quase impossível a distinção por um espectador leigo.

No contexto do aliciamento sexual facilitado pelas TIC, os aliciadores podem ter diferentes finalidades (aproximação para abuso presencial, abuso mediado, chantagem ou captura para redes de exploração sexual comercial). Os recursos mais usados no aliciamento *online* são justamente aqueles mais usados pelas crianças e adolescentes. Os aliciadores podem se passar por crianças com idade semelhantes à da vítima ou até apresentarse como adulto carinhoso, acolhedor e protetor para iniciar o contato mediante das

Redes Sociais (*Orkut, Facebook, Habbo, Twitter, Formspring.me* etc.), Salas de bate-papo, Comunicadores Instantneos (*MSN, Gtalk, ICQ, etc.*), *Blog's* temáticos ou jogos que já fazem parte do universo da vítima. Por meio destes recursos o aliciador busca construir uma amizade virtual, com intuito de conquistar a confiança e começar a acessar a intimidade da vítima. É comum a troca de fotos, músicas, comentários, filmes, mensagens de texto no celular e até presentes pelo Correio. Uma das formas mais cruéis de aliciamento pela *Internet* envolve o envio de fotos e filmes dos heróis de desenhos animados infantis, manipulados ilegalmente para compor filmes/fotos de sexo grupal, cenas de incesto, sexo violento e abuso sexual de crianças. As imagens manipuladas são trocadas via *e-mail*, comunicador instantâneo ou redes *Torrent*, com intuito de naturalizar a relação de abuso no imaginário da vítima. Em alguns casos os abusadores estimulam as vítimas à repetirem os comportamentos sexuais dos “heróis” diante de uma *Webcam* ou diante da máquina fotográfica para que ele registre as imagens. Essas situações configuram uma nova forma de abuso sexual de crianças e adolescentes sem contato físico, mas com contatos sensoriais também concretos e com imagens ao vivo e voz. Em alguns casos o aliciamento *online* pode culminar com o encontro e abuso presenciais, quando não sequestro e assassinato. Importante salientar que todas *essas* práticas mediadas pelas TIC já estão contempladas como crime na nova versão do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a saber nos artigos:

Art. 241A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Art. 241B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Art. 241C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Art. 241D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Nos últimos anos, a imprensa brasileira tem dado grande destaque a essas novas formas de violência sexual, facilitadas pelas TIC, mas, equivocadamente, o termo mais usado para definir esse fenômeno é: Pedofilia na *Internet* ou simplesmente Pedofilia. Infelizmente esse termo está sendo largamente utilizado de maneira imprópria, o que dificulta a compreensão do fenômeno e até inibe algumas ações de enfrentamento importantes. É fundamental que educadores e agentes do sistema de garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes usem os termos adequados para lidar com as diferentes formas de violência sexual. Resumidamente, podemos dizer que a palavra Pedofilia vem do grego e é fruto da união de duas palavras: *Pedo* que significa infância, criança, juventude e *Filia* que é a atração, filiação, amizade ou gosto. A Pedofilia é usada cientificamente para definir um tipo de distúrbio do comportamento classificado como uma Parafilia. A característica principal de uma parafilia é a recorrência de comportamentos, anseios e fantasias sexuais intensas, geralmente envolvendo, objetos não humanos, sofrimento e humilhação de si mesmo ou do seu parceiro, crianças ou outras pessoas sem o seu consentimento, dentre outros. A Pedofilia é a atração sexual compulsiva por crianças e adolescentes e está classificada no DSM IV, livro que define os critérios de diagnóstico, no item F65.4 - 302.2. Pedofilia em si não pode ser considerada como crime já que ela é um transtorno da personalidade. O abuso de crianças e adolescentes praticado por pedófilos ou por qualquer pessoa é considerado prática criminosa. Portanto, a prática criminosa é a passagem ao ato: dos desejos impulsivos ao abuso sexual. O crime é a produção de pornografia infantil, aliciamento ou assédio sexual, atentado violento ao pudor ou estupro. Nem todos os sujeitos que têm o transtorno praticam os atos criminosos, mesmo tendo um sofrimento psíquico, e nem todos os sujeitos que praticam violência sexual contra crianças são pedófilos. Além das punições definidas pela justiça, os pedófilos que cometem crime precisam de tratamento médico e psicológico, para evitar que façam novas vítimas ao saírem da prisão. Já os pedófilos que nunca cometeram crime, precisam ter o direito de acessar os tratamentos

e buscar ajuda, sem serem condenados *à priori* simplesmente por terem o distúrbio. Essas considerações sobre a Pedofilia justificam as aspas (“) utilizadas no subtítulo deste artigo pois o termo Pedofilia na Internet pode ser considerado tão incoerente quanto o termo “Pneumonia na Internet”.

3 INTIMIDAÇÃO ENTRE PARES E EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE ONLINE (CIBERBULLYING E SEXTING)

Além da violência sexual, várias outras questões merecem atenção no uso desorientado da *Internet*. Os serviços da Internet também são usados para promover a incitação a crimes contra a vida, ao uso de drogas ilícitas, à tortura e diferentes formas de violência, com dicas e guias práticos para “iniciantes”. São como “clubes” que fazem apologia e estimulam a participação de crianças e adolescentes oferecendo reconhecimento nas comunidades virtuais para aqueles que participam mais ativamente. Destaca-se a incidência de muitos conteúdos racistas e homofóbicos. Os recursos utilizados envolvem jogos, salas de bate-papo, sites de relacionamento, realidade virtual e comunicadores para estimular as fantasias das crianças e forçar a expressão desequilibrada da agressividade, o que pode comprometer o desenvolvimento emocional saudável. Há também sites que vendem produtos ilegais, facilmente acessíveis para qualquer internauta, que pode comprar drogas, armas, remédios controlados e artefatos para fabricação de bombas. A facilidade para trocar informações e se comunicar pela *Internet* potencializa as diferentes práticas sociais já existentes, tanto aquelas que fortalecem a cidadania quanto aquelas que agredem as leis e os direitos fundamentais dos cidadãos.

A sensação de anonimato e a possibilidade de forjar identidades virtuais favorece comportamentos impróprios e perigosos que ganham força com a *Internet*. Exemplo desse fenômeno são as novas dimensões que as antigas práticas de agressão e intimidação entre crianças na escola (*bullying*) ganhou quando as mensagens ofensivas passaram a chegar à milhares de espectadores mediante sites de compartilhamento de vídeos, fotos e textos. Crianças e adolescentes são humilhados diante de um enorme público que envolve familiares,

amigos, vizinhos e um universo quase ilimitado de internautas que podem ter acesso às cenas vexatórias divulgadas por algum “colega”, configurando o chamado *Cyberbullying*. Isso que parece apenas uma brincadeirinha, aos olhos dos que praticam/divulgam/consomem, **pode** produzir graves consequências psicossociais às vítimas e comprometem um desenvolvimento saudável das relações sociais e do próprio uso da Internet. Outro fenômeno recente e preocupante é o *Sexting*, nome dada às práticas de adolescentes que tiram fotos do próprio corpo nu ou seminú e enviam para amigos e pretendentes por meio de mensagens de celular e/ou na Internet. Em muitos casos o(a) adolescente vítima perde o controle sobre a imagem que ganha a rede e pode cair em sites de Pornografia Infantojuvenil. Essa prática viola os artigos 241 -A, B e E, mas traz à tona a carência de educação e a gravidade do uso ariscado que os adolescentes vivenciam quando não recebem orientações adequadas sobre os perigos da exposição *online*.

4 SINAIS DE VULNERABILIDADE E INDICADORES DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS NA INTERNET

Para ilustrar essa realidade, podemos destacar alguns dados de pesquisas realizadas pelo Comitê Gestor da *Internet* no Brasil - CGI em 2009 (www.cetic.br). Pelo último relatório do CGI, 69% da população brasileira na faixa etária de 10 a 15 anos teve acesso à Internet, e em 2008 eram 59%. Na faixa entre 16 e 24 anos o percentual sobe para 78% e a média nacional é de 45% (TIC Domicílios 2009). Importante salientar que na faixa de 10 a 15 anos, 61% usam a *Internet* com frequência nos Centros Públicos Pagos (*Lan Houses e Cybercafés*), espaços geralmente pouco preparados para educar e proteger as crianças e os adolescentes em relação aos perigos *online*. Ainda nesta faixa, 58% gasta entre 1 e 5 horas por semana na *Internet* e 15% gastam de 6h a 10h semanais. Na pesquisa sobre hábitos de segurança *online*, realizada pela SaferNet em 2008 (www.safernet.org.br) com 875 crianças e adolescentes, há indicativos de alta vulnerabilidade desse público na *Internet*. Do total dos participantes da pesquisa 53% informaram já ter experienciado contato com conteúdos agressivos

e que consideravam impróprios para sua idade, 28% informaram já ter encontrado pessoalmente com alguém que conheceram *online* sem que os pais soubessem e 10% informaram já ter sofrido algum tipo de chantagem *online* (SaferNet BR 2008).

Segundo a pesquisa realizada no segundo semestre de 2009 com 732 educadores e 2159 alunos, para 90% dos educadores a *Internet* e demais tecnologias de comunicação tem efeitos positivos na vida de seus alunos. Para 77% dos educadores é comum os alunos comentarem em sala de aula sobre o que fazem na *Internet*, e para 65% dos educadores isso ocorre constantemente. Em relação aos perigos vivenciados por seus alunos, 6% souberam de casos nos quais alunos de sua escola foram vítimas de aliciamento sexual pela *Internet*. Já em relação ao *Cyberbullying*, 26% dos educadores já souberam de casos entre os alunos de sua escola. Em relação ao compromisso da escola com a discussão das medidas de segurança online, 99% consideram este um dever da escola, e 67% consideram esta uma temática urgente que merece trabalhos permanentes de orientação. No entanto, é preocupante o fato de que 50% dos educadores considerem que não há informações suficientes para trabalhar o tema nas escolas, e 24% não conhece nenhum programa que trate do tema. Quando indagados sobre os recursos que tem para levar o tema à sala de aula, 29% diz que não tem nenhum recurso e gostaria muito de ter e outros 9% não têm e nem sabem como buscar este tipo de recurso. Entre os alunos, 69% tem ao menos um amigo virtual (que conheceram pela *Internet*), e 32% tem mais de 30 amigos deste tipo. 12% dos alunos já namoraram ao menos uma vez pela *Internet* e 11% já publicaram na *Internet* suas fotos íntimas e/ou sensuais. No que diz respeito ao *Cyberbullying*, 33% afirmam que algum amigo seu já foi vítima desse tipo de humilhação na rede.

Considerando esse cenário complexo é vital que as organizações da sociedade civil, famílias, empresas e governos somem os esforços para maximizar a promoção dos direitos das crianças e dos adolescentes dentro e fora da *Internet*. Nesse sentido é que a SaferNet atua para prestar serviços de utilidade pública com o objetivo de aproveitar a própria tecnologia para fazer da rede *Internet* no Brasil uma porta de entrada segura para que as nossas crianças, os jovens e adultos criem

e desenvolvam relações sociais éticas, seguras e saudáveis. Além do apoio às ações de enfrentamento realizadas pela Central Nacional de Denúncia de crimes contra os Direitos Humanos na Internet (www.denuncie.org.br) a SaferNet também atua na promoção do uso ético e seguro mediante atividades educativas e campanhas de prevenção.

5 EDUCAÇÃO PARA PROMOÇÃO DE DIREITOS E PREVENÇÃO

Sabendo que as novas gerações estão crescendo habituadas ao uso contínuo dos novos dispositivos tecnológicos, é fundamental que esses dispositivos sejam utilizados para educar, prevenir e orientar. Muitas crianças e adolescentes não encontram espaços suficientes para acolher suas dúvidas, inquietações angústias e problemas relacionados ao uso da *Internet* e a possíveis violações aos seus direitos cometidas *online* e/ou *offline*. Salientase enorme lacuna nas habilidades tecnológicas entre as gerações atuais de educadores, conselheiros e pais e as gerações de alunos/filhos. É urgente que desde o primeiro clique os pequenos internautas brasileiros saibam como manter sua segurança e seus direitos garantidos, para evitar o aumento das vitimizações. Não só as próprias crianças precisam apreender como desfrutar com segurança da *Internet*, mas também é urgente que pais, educadores e agentes do Sistema de Garantia dos Direitos, nas bases e nas organizações centrais, se atualizem-se sobre as novas formas de violações dos direitos, facilitadas pela massificação do uso das novas tecnologias como *Internet*, celular e câmeras. Um caminho que evita o constrangimento de pais e educadores em relação ao conhecimento técnico é focar na dimensão de cidadania e ética que a tecnologia exige quando ela se propõe potencializar relações sociais. Como dito no início, é preciso olhar para a *Internet* como para uma praça pública e, a partir daí, pensar nas orientações, cautelas e nos limites necessários para crianças e adolescentes, de acordo com cada faixa etária e contexto. Não podemos aguardar que os casos de aliciamento sexual pela *Internet*, chantagem virtual, apologia ao suicídio ou *Cyberbullying* aumentem ainda mais em proporções assustadoras para então reagir.

A SaferNet contribui com essa enorme tarefa de educar para o

uso ético e seguro da *Internet* mediante diferentes projetos, dentre eles o que elaborou um *Kit* pedagógico. No *Kit* há recursos multimídia para divulgar dicas de prevenção aos cibercrimes contra crianças e adolescentes e metodologias de oficinas para serem potencializadas no país como tecnologia social aberta para replicação (disponível gratuitamente em: <http://netica.org.br/educadores>). Para orientar os usuários de todas as faixas etárias disponibilizamos *online* cartilhas, histórias em quadrinhos, animações e glossários para promover dicas de segurança e cidadania no: www.safernet.org.br/cartilhas.

CONCLUSÕES PROVISÓRIAS

As crianças e os adolescentes têm direito a se informar, a se divertir, interagir e brincar no ciberespaço com privacidade e liberdade, devendo toda sua singularidade de pessoa em desenvolvimento também ser preservada na *Internet* (artigos 15, 16,17 e 71 do ECA). Por isso, precisamos orientá-las para um uso seguro e saudável da *Internet*, oferecendo condições suficientes para prevenir e garantir a proteção integral daquelas que podem ser vítimas de cibercrimes. Porém, as ações devem estar além da simples proteção já que, como sujeitos de direitos, as crianças e os adolescentes podem participar ativamente na definição do seu próprio “melhor interesse”. Fenômenos como o *Sexting*, descrito anteriormente; trazem à tona um complexo cenário no qual a *Internet* empodera os adolescentes de forma que surpreende familiares, instituições e os “adultos” em geral.

Algumas questões importantes surgem nesse cenário:

- O *Sexting* traz à tona uma condição da sexualidade reificada, petacularizada, midiaticizada ou apenas a livre expressão da sexualidade?

- Em tempos de hiperconexão, quais os critérios para descrever a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que deve ser respeitada para delimitar os direitos de acesso à informação, cultura, lazer e privacidade na *Internet*?

- Em uma sociedade que produz e consome cada vez mais a

erotização precoce da infância, seja na música, na televisão, na moda ou na *Internet*, quais critérios sustentam os limites de idade de consentimento para relações sexuais na adolescência?

Em tempos de imediatismo, de produção, distribuição, consumo e registro instantâneos do dia-a-dia por meio de vídeos, fotos e mensagens eletrônica, tudo é consumido e descartado em poucos segundos, virando passado em 24 horas ou menos, inclusive a própria história de vida. Ao mesmo tempo, esse imediatismo convive com a “eternalização” dessa história de vida registrada no universo digital. Fotos, vídeos, relatos, comentários, mensagens, manifestações... Tudo permanece disponível para a multidão de “amigos desconhecidos” *online*. Quem viu, ouviu ou leu e gostou, pode registrar para sempre. O conteúdo permanece disponível para (re)utilização e (re)publicação mesmo quando “esquecido” pelos próprios protagonistas. Imediatismo e permanência convivem nas relações sociais mediadas pelas TIC e compõem o processo de subjetivação na contemporaneidade. Nesse contexto, nosso maior desafio permanece tão antigo quanto à civilização: como promover educação para projetos de vida que respeitem a dimensão dos Direitos Humanos e favoreçam relações sociais justas e éticas?

Nem sempre as crianças e os adolescentes fazem ideia das consequências de seus comportamentos “atrás da tela”, evidenciando o quão amplo é, por exemplo, o tema dos direitos sexuais na adolescência. Para garantir uma educação que promova a afirmação de direitos, reconhecimento de competências e emancipação, nós “adultos”, precisamos rever reducionismos que desqualificam a voz e a vontade (quando não alguns direitos) de crianças e adolescentes em nome de uma suposta proteção. A *Internet* empodera sim, podese conversar sobre assuntos completamente “secretos”, podese acessar conteúdos de todo tipo, podese brincar quase que livremente com a sexualidade e com a imaginação, podese indagar sem vergonha e responder sem hesitar, mas o grande perigo é considerar que na *Internet* se pode tudo, sem restrições e sem consequências. Ainda é usual considerar a *Internet* como “terra de ninguém”, espaço do “pode-tudo e ninguém me acha”, terra do anonimato e da impunidade. Esse é o grande engano das gerações conectadas: desconsiderar

a dimensão pública da *Internet* e dispensar a ética e a cidadania nas relações mediadas. Se pais e educadores não se apropriarem imediatamente desse processo educativo, também *online*, tanto os direitos os diretos humanos de crianças e adolescentes quanto a própria *Internet* correrão sérios riscos.

REFERÊNCIAS

Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm acesso em 18 de setembro de

IPPOLITO, R.; RODRIGUES, B.; NEUMANN, MM. Guia Escolar: *Métodos para Identificação de sinais de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes*. Brasília: Presidência da República/SEDH/MEC, 2004.

LIVINGSTONE, S. *Children and Internet: Great Expectations, Challenging Realities*. Cambridge, Polity, 2009.

MARTÍNBARBERO, J. *Dos meios às mediações*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2001.

MELO, Eduardo Rezende. *Direito e norma no campo da sexualidade na infância e na adolescência*. In: *Criança e Adolescente. Direitos e Sexualidades*. São Paulo: ABMP, 2008.

SAFERNET BRASIL. Pesquisa, Cartilha Saferdic@s, Rede Social Nética. Disponível em: www.safernet.org.br e netica.org.br. Visualizado em 18 de setembro de 2010.

SALA, X. B. e CHALEZQUER, C. S. (Coords.). *Gerações Interativas na Ibero-América: crianças e adolescentes diante das telas*. Espanha, Fundação telefônica: Ariel, 2008.

CONSTITUCIONAL

A CONCEPÇÃO DE CONSTITUIÇÃO NA OBRA DE LENIO LUIZ STRECK

Alice Francisco da Cruz Salles

Professora do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Mestranda em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Henrique Rosa Ziesemer

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

RESUMO

A dinamicidade do Estado brasileiro, em seu atual estágio, é algo que está em constante pauta na Ciência Jurídica. Como um todo, a Constituição, Lei Maior que rege nossas vidas, enquanto ente e enquanto sociedade atravessa um período de prova, dados os quase vinte e três anos de experiência até então realizados.

Por um lado, a atual Constituição representou um verdadeiro rompimento de paradigmas, considerados os valores jurídicos consolidados em norma, existentes à época de sua promulgação.

Com base na obra de Lênio Streck, pode-se dizer que há uma crise identificada, abrindo caminhos para novos e necessários paradigmas e formas de pensamento a evoluir. O papel da Constituição, assim com seus princípios fundamentais, podem e devem ser constantemente repensados, sob pena de uma severa involução no atual estágio de nosso ordenamento jurídico.

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 173 - 188	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

ABSTRACT

The dynamics of the Brazilian state in its current stage is something that is in constant staff in Legal Science. As a whole, the Constitution, Major Law that governs our lives, while being and as a society going through a trial period, given the nearly twenty-three years experience done so far.

On the one hand, the current Constitution represented a real break paradigms, consider the figures consolidated legal norm, existing at the time of its promulgation.

Based on the work of Lênio Streck, one can say that a crisis is identified, opening the way for new and necessary paradigms and ways of thinking to evolve. The role of the Constitution, and with its fundamental principles can and should be constantly reassessed, under penalty of a severe regression in the current stage of our legal system.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Sentido. Hermenêutica. Eficácia.

KEYWORDS: Constitution. Sense. Hermeneutics. Effectiveness

INTRODUÇÃO

Interpretar a norma jurídica não é uma tarefa fácil. Os diversos ramos e áreas do conhecimento à disposição da humanidade, e, ainda, os que cotidianamente são desenvolvidos tornam esta tarefa ainda mais difícil. Em uma composição bem singela, interpretar pode ser conceituado como dar sentido a algo, e este sentido, por vezes, é dotado de uma tal carga de subjetividade individual, que a interpretação parece não tomar forma.

No campo da Ciência Jurídica, essa tarefa não é diferente, e os contínuos estudos realizados, sejam em nível de mestrado ou

doutorado, revelam, que a fertilidade da hermenêutica pode estar inserida na própria essência desta ciência. Há vários métodos, e formas de interpretação, mas todos permeados pela subjetividade, que não pode ficar à margem da Ciência Jurídica.

Transportando esta premissa para o panorama brasileiro, tem-se que a dificuldade permanece, mormente porque nossa atual Constituição tem pouco mais de vinte e dois anos de existência, e representa uma brusca ruptura de um sistema mais conservador, para um sistema mais democrático e participativo. Em 10 de outubro de 1988, foi promulgada a atual Carta Magna, permeada de princípios dotados de uma carga valorativa intensa, valorizando os direitos e garantias ditos fundamentais. É impossível passar despercebida a carga principiológica inserida no texto, e nos trabalhos que a antecederam.

O papel de uma Constituição na organização de um Estado é fundamental para a saúde social e política da nação. Nela, Constituição, são deflagradas as diretrizes pelas quais o Estado vai ser regido, e a forma como suas atividades vão se desenrolar. Mas, apesar da simplicidade dessa premissa poder ser aceita no senso comum, debater o papel e a função de uma Constituição carece de um estudo mais aprofundado, mormente quando se vive num mundo “transnacionalizado”¹, onde o constante rompimento de barreiras e fronteiras aproxima as diferentes nações, culminando num verdadeiro intercâmbio de idéias, políticas e ciências, aumentando as reflexões e interpretações sobre o tema.

A própria atividade do atual sistema jurídico político traz resultados, e também desgastes. Dentro da hermenêutica constitucional, caminha-se para novos paradigmas, segundo Lênio Streck² O conservadorismo, por vezes, impede a ampliação de horizontes, de maneira que nem o Estado, nem a ciência, devem ficar atrelados à mesmice, utilizando o vicioso modelo positivista como principal tentativa de evolução.

1 CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 21.

2 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m)crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. Ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 290.

Nessa seara, tendo por base a ruptura de Lênio Streck, o presente artigo pretende traçar um esboço do papel de uma Constituição, tendo como base a hermenêutica do autor, de maneira a tentar contextualizar a Carta Magna nos moldes apresentados. Para tal mister, foi utilizado o método indutivo e a técnica da pesquisa bibliografia.

1 AS VÁRIAS CONCEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO

Desde o advento do constitucionalismo moderno, desenvolvido a partir das revoluções liberais do século XVIII, com o surgimento das primeiras constituições escritas, várias concepções de constituição foram elaboradas, cada uma encarando o fenômeno constitucional de uma forma diferente. Adotando como base o apanhado elaborado pelo jurista português Jorge Miranda³, destaca-se as principais concepções “modernas” de Constituição.

Segundo as concepções positivistas, dominantes desde meados do século XIX ao fim da Primeira Guerra Mundial e tendo como principais expoentes, entre outros, Laband, Jellinek e Hans Kelsen, entende-se a Constituição como lei, caracterizada pela forma, independentemente de qualquer conteúdo axiológico, reconhecendo-se entre Constituição e a legislação infraconstitucional uma relação de hierarquia em que a norma inferior encontra seu fundamento de validade na norma superior.

Para as concepções historicistas, defendidas por Burke, De Maistre e Gierke, a Constituição representa a estrutura histórica de um povo e referente de legitimidade de sua organização política. Entende-se a Constituição como lei que deve reger o povo, levando em consideração as suas tradições, a sua religião, a sua geografia e as suas relações políticas e econômicas.

De acordo com a concepção sociológica, defendida por Ferdinand Lassale, a Constituição representa o conjunto dos diversos fatores sociais que condicionam o exercício do poder ou, em outras palavras, a soma dos fatores reais e efetivos de poder que dominem

3 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 341.

essa sociedade. Para Lassale, *“a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que imperam na realidade social”*⁴, ou a única Constituição real é aquela que representa os fatores reais de poder, do contrário, não passaria de uma *“folha de papel”*. Para Lassale, os problemas constitucionais não são efetivamente problemas de direitos, mas problemas de poder.

Para a concepção marxista, tem-se a Constituição como superestrutura jurídica da organização econômica e como instrumento da ideologia da classe dominante.

Na concepção política/decisionista, desenvolvida por Carl Schmitt, a Constituição representa a decisão política fundamental, válida por força de ato do Poder Constituinte. De acordo com essa concepção, todo o ordenamento jurídico seria um sistema de decisões. Carl Schmitt defende que somente as normas decorrentes de uma decisão política fundamental compõem o conteúdo da Constituição propriamente dita, as demais normas inseridas no texto constitucional, mas que não decorrem de uma decisão política fundamental seriam meras Leis Constitucionais, ou seja, matérias que poderiam ser tratadas pela legislação infraconstitucional. Dentro dessa concepção, somente comporiam a Constituição propriamente dita as normas relativas a direitos fundamentais, estrutura do Estado e organização dos Poderes.

São essas, em linhas gerais, as principais concepções clássicas de Constituição, que, por muito tempo, determinaram a realidade dos Estados Constitucionais.

Porém, com a transição do Estado Liberal clássico para o Estado de Bem-Estar Social, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, novos direitos/compromissos foram inseridos nas Constituições, tornando-as não somente um reflexo das reais forças de poder ou o conteúdo de uma decisão política fundamental, mas contendo, também, uma carta de intenções no sentido de criar melhores condições de vida para as classes menos favorecidas.

4 LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 40.

Nesse ponto, destaca-se a concepção de Constituição desenvolvida por Konrad Hesse⁵, para quem:

“A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, principalmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição pode ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.”

De fato, a Constituição continua a organizar a atividade estatal e a prever os clássicos direitos de liberdade tendentes a resguardar o cidadão em face do arbítrio do Estado, mas também assume compromissos com o desenvolvimento econômico, social e chegar a prever o modo como tais objetivos devem ser perseguidos.

2 O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO E A NOVA PROPOSIÇÃO HERMENÊUTICA

Enquanto os países desenvolvidos – leia-se Estados Unidos da América, Inglaterra, Alemanha, dentre outros – pensam em um modelo substitutivo do Estado de Bem-Estar Social, que se revelou, segundo a ideologia dominante nesses países, uma estrutura cara e contrária aos interesses da economia de mercado, o Brasil ainda almeja realizar o Estado Social, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 *“aponta para um Estado Forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito”*⁶.

5 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15. Título original: Die normative Kraft der verfassung.

6 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m)crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, p. 26.

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugura um novo capítulo na história político-constitucional do país, assumindo compromisso com a realização de direitos nunca antes tratados seriamente, como, de modo geral, ocorreu com os direitos de segunda e terceira geração. Além disso, elevou a dignidade da pessoa humano ao *status* de “super princípio” que deve nortear a interpretação de todo o texto constitucional.

Em suma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a instauração de um Estado Democrático de Direito que segundo Lenio Luiz Streck⁷, parafraseando José Luis Bolzan de Moraes:

“teria (tem?) a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao Welfare State neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.

[...]

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um plus normativo em relação ao direito promovedor – intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo) e tantas outras formas, é porque no contrato social – do

7 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m)crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 36.

qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas de realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas.”

No entanto, apesar do denso conteúdo garantidor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, verifica-se, na prática, uma situação bastante contraditória, pois *“de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível efeito, a Constituição Cidadã de 1988”*⁸.

Esse cenário desanimador se deve, em grande parte, à crise que assola os Poderes Legislativo e Executivo que, mais preocupados com a conquista e manutenção do poder, esquecem das promessas pelas quais foram eleitos. As esperanças de mudança e concretização dos direitos – principalmente dos direitos fundamentais sociais prestacionais e dos direitos transindividuais – acabam sendo transferidas para o Poder Judiciário⁹. Este, por sua vez, acostumado a operar com o conhecimento técnico extraído dos códigos (leia-se Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal e Código de Processo Penal), encontra sérias dificuldades em operar como esse “ilustre desconhecido” representado pela Constituição.

Nesse ponto, a moderna hermenêutica constitucional, aqui (muito bem) representada por Lenio Luiz Streck, vai se empenhar em construir um novo arcabouço hermenêutico capaz de operar com eficiência os institutos introduzidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Num primeiro momento, é indispensável compreender o papel de Lei Fundamental que a Constituição deve desempenhar atualmente no ordenamento jurídico (pelo menos naqueles de origem romano-germânica). É que no âmbito do Estado Democrático de Direito, *“[...] a Constituição passa a ser, em toda sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico”*¹⁰. Em outras palavras:

8 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 35.

9 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 52.

10 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da

Sendo o texto constitucional, em seu todo, dirigente e vinculativo, é imprescindível ter em conta o fato de que todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade, devem passar necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional (banho de imersão, se se quiser usar expressão cunhada por Liebman, ou filtragem constitucional, no dizer de Clève)¹¹

E esse novo sentido atribuído à Constituição não poderá ser alcançado se não forem desenvolvidos instrumentos e teorias próprias para a aplicação das normas constitucionais, como bem ressalta Lenio Luiz Streck¹²:

A compreensão do novo modelo de Direito (e de Estado) estabelecido pelo estado Democrático de Direito implica a construção de possibilidades para sua interpretação. Olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo no velho! Interpretar o Estado Democrático de Direito – e seu programa de metas deontológico – a partir do horizonte de sentido proporcionado pelo modelo liberal-individualista-normativista (que o vê como um conjunto meramente axiológico de princípios), redefine e esvazia as possibilidades do novo modelo.

A “importação” de institutos e métodos de interpretação de outros ramos do direito (principalmente do direito privado) para o direito constitucional só tem contribuído para gerar mais confusão quanto ao significado da Constituição e maior ineficácia dos direitos nela previstos. Para reverter essa realidade que impede o “acontecer da Constituição” é necessário compreender que:

Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição com o fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais¹³

construção do direito, p. 252.

11 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 257.

12 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 286.

13 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da

Esse novo “desvelar” da Constituição também requer uma atitude de coragem por parte nos operadores no sentido de esquecer os velhos comportamentos e assumir uma nova postura diante de todo o ordenamento jurídico, como salienta Lenio Luiz Streck¹⁴:

Abrir uma clareira no Direito, des-ocultar caminhos, des-cobrir as sendas encobertas... É este o desafio! É a partir dessa clareira que clareira que aquilo que circunscreve a Constituição poderá vir à tona, buscando o aparecer no coração da presença: o Estado Democrático de Direito, a função social do jurista, o resgate das promessas da modernidade (direitos humanos, sociais e fundamentais), a superação da crise de paradigmas que obstaculariza essa surgência constitucionalizante em toda a sua principiologia. É dessa clareira, desse espaço livre devidamente debastado, que poderemos construir a resistência constitucional, denunciando aquilo que foi (e é) acobertado/entulhado pelo sentido comum da dogmática jurídica.

Assim, para que se tenha um verdadeiro Estado Democrático de Direito no Brasil, é preciso assumir uma postura condizente com as seguintes premissas apontadas por Lenio Luiz Streck¹⁵:

[...] a Constituição constitui (no sentido fenomenológico-hermenêutico); a Constituição vincula (não metafisicamente); a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal. Afinal, como muito bem assinala Miguel Angel Pérez, uma Constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: que a Constituições contém mandatos jurídicos obrigatórios, e que estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios, mas, muito mais que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo o ordenamento jurídico. Para além disso, é preciso comunicar esse óbvio que uma norma (texto) só será válida se estiver em conformidade com a Lei Maior! É, em síntese, o que se pode chamar de validade do texto condicionado a uma interpretação em conformidade com o Estado Democrático de Direito. Esse óbvio, entretanto, é mera aparência, diria Heidegger, isto porque o óbvio, para manter-se “como” óbvio, deve permanecer escondido/ocultado.

construção do direito, p. 296.

14 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 321.

15 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 326.

A obviedade somente exsurgirá “como” obviedade a partir de seu des-velamento (algo como algo). E é, finalmente, esta a nossa tarefa: des-velar as obviedades do óbvio!

Enfim, esse novo despertar hermenêutico só se concretizará se houver uma efetiva “vontade de Constituição”, como bem ressalta Konrad Hesse¹⁶.

3 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Sem adentrar no mérito do histórico constitucional brasileiro, passa-se a tratar apenas da Carta Constitucional promulgada em 5 de outubro de 1988. Isso porque a atual Constituição representa um rompimento com o sistema até então vigente. Este novo paradigma, segundo Streck, é justamente “[...] *defender, hoje, a existência de uma hermenêutica constitucional (repetindo, enquanto “método” autônomo), é perceber a Constituição como uma ferramenta, cujo conteúdo vem/virá a ser “confirmado” (ou não) pela técnica específica de interpretação (denominada de hermenêutica constitucional)*”¹⁷.

Por certo que hoje, passados quase vinte e três anos de vigência da atual Constituição, é natural que a experiência cotidiana acarrete abertura de novos horizontes, novas ferramentas que justifiquem, ou não, sua própria existência. Ultrapassado o romantismo inicial inerente à promulgação daquilo que representa uma abertura de ares, a Constituição vai sendo contestada, debatida e interpretada, incrementando uma verdadeira “crise existencial”, que se torna combustível para a procura de novos rumos.

Ao que se percebe, a Carta vigente trouxe em seu bojo uma enorme carga principiológica, bastante preocupada com a ruptura do regime constitucional anterior, onde as liberdades e garantias eram bem mais restritas. E este ponto é muito importante na análise

16 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, p. 19. Título original: Die normative Kraft der verfassung.

17 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, p. 308.

e hermenêutica, e por que não dizer, na crise apontada por Lênio Streck. Neste particular, com muita propriedade, Streck aduz que “[...] muito embora já tenhamos, desde 1988, um novo modelo de Direito, nosso modo-de-fazer-Direito continua sendo o mesmo antanho, isto é, olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível”¹⁸.

Trilhando caminho semelhante, Ruy Samuel Espíndola explica que:

[...] Esquadrinhando-se no modelo da Lei Fundamental aludido, a vigente Constituição brasileira se adiantou tanto em alguns aspectos normativo-constitucionais (tendo-os captado dos avanços doutrinários do constitucionalismo democrático hodierno), que os estudos nacionais existentes até os dias atuais, não foram suficientes para dar conta de uma série de questões jurídicas, surgidas a partir de sua edição. E um desses inegáveis aspectos é, sem dúvida, a farta e complexa dimensão principiológica da Lei Fundamental¹⁹.

Não se pode olvidar da razão dos autores, mormente quando a dimensão vital prática aponta claramente nesse sentido. É necessário evoluir, e novos caminhos devem ser buscados e explorados na constante construção do Direito.

4 O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO

O papel de uma Constituição é assunto bastante debatido na academia em geral, especialmente nos cursos de pós-graduação. Dependendo da região do globo em que nos encontramos, seja ocidente ou oriente, ou mesmo em razão de crenças religiosas, o fato é que boa parte das nações adota uma espécie de lei superior, que as norteia em sua construção social e jurídica.

E no Brasil, este debate se serve de argumentos sociológicos, jurídicos e interpretativos, e também argumentos comparativos,

18 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 297.

19 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

levando-se em conta a enorme gama de doutrinadores e estudiosos estrangeiros que desenvolvem o tema. Da construção ou definição do papel ou função de uma Constituição, é que depende a organização de um Estado, e a interpretação deste papel tem o poder de traçar e trilhar o destino deste mesmo Estado. Entende-se por Estado, no conceito operacional fornecido por Michel Temer, como a “[...] incidência de determinada ordenação jurídica, ou seja, de determinado conjunto de preceitos sobre determinadas pessoas que estão em certo território [...]”²⁰. Assim, com razão a preocupação de Lênio Streck antes referida, de que apesar dos quase vinte e três anos de vigência da atual Carta, ainda se olha o novo com os olhos do velho.

Destarte, Espíndola²¹, ao adotar a idéia do consagrado constitucionalista Canotilho refere [...] Para Canotilho, a função da Constituição resume-se basicamente, na contemporaneidade, em quatro dimensões: (a) normatização constitutiva da organização estatal; (b) racionalização e limites dos poderes públicos; (c) fundamentação da ordem jurídica e da comunidade; (d) programa de ação [...]. Com a instrumentalização dessas quatro premissas básicas é que a Constituição, segundo o autor, conseguiria dar vida ao Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a contribuição de diversos e renomados autores que tratam de temas envolvendo a Constituição. Digressões históricas e experiências passadas foram de suma importância para a compreensão do tema e formação das bases que o Estado Brasileiro possui atualmente. Muitos autores, com a devida propriedade, estudaram a formação da Constituição, sua aplicação e sua atualidade. Identificaram problemas, avanços e desafios, e apontaram soluções. Mas, a obra de Lênio Streck foi escolhida, porque vai além.

Na obra utilizada como paradigma para o presente Artigo,

20 TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 15

21 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. p. 94.

Lenio Streck identifica a crise, e dá uma nova dimensão ao tema, relatando, dentre outros temas, como enxerga a Constituição. Não a trata simplesmente como Lei Maior, mas sim com uma ponte, que faz com que as duas margens de um rio se comuniquem, o que ao nosso ver se traduz numa verdadeira passagem interdimensional.

O autor confronta a Constituição com a Sociedade para qual é dirigida, justificando, por exemplo, que a inserção de vários direitos sociais em seu conteúdo se dá em virtude de que a maioria da população não os tem, e que desta forma, acaba por expor suas fragilidades.

Por esta razão, Streck entende que da Constituição, em sua essência, deve exsurgir uma nova Sociedade. Com efeito, das mazelas apresentada, é o que experimentamos diuturnamente em nossa Sociedade, sem que, entretanto, sejamos capazes de mudar na mesma velocidade.

Ao compreender, em linhas gerais, a concepção de Constituição no pensamento do autor, está se ampliando os horizontes na busca do cumprimento de sua mais pura essência. Afinal de contas, como o próprio Streck indagou em sua obra “Para que e para quem o Direito tem servido?”²².

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 21

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Título original: Die normative Kraft der verfassung.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Tradução de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. Título original: Uber das Verfassun-

22 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 17.

gswesen.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

PROCESSUAL

O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS E O ARTIGO 21 DA LEI 12.016/2009

Vitor Silveira Pargendler

*Técnico do Ministério Público de Santa Catarina
Especialização em Direito do Consumidor*

SUMÁRIO

Introdução - 1 As origens do mandado de segurança - 2 O objeto do mandado de segurança coletivo: a expressão “coletivo” - 3 O mandado de segurança coletivo como garantia fundamental e instrumento de proteção dos direitos difusos - 4 Posicionamentos contrários ao cabimento do mandado de segurança coletivo para a tutela dos interesses difusos - 5 A legitimação ativa dos partidos políticos para a impetração de mandado de segurança coletivo para proteger interesses difusos - Considerações Finais - Referências.

RESUMO

A Lei n. 12.061/2009, que trata do mandado de segurança, não se refere à possibilidade de tutela de interesses difusos por meio da modalidade coletiva do mandado, o que gera a possibilidade de controvérsia acerca da aplicabilidade do instrumento processual, quando houver direito difuso a ser protegido. Contudo, leis ordinárias

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 189 - 210	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

devem ser interpretadas em consonância com o regime de garantias constitucionais e com as regras pertinentes às ações coletivas e aos interesses transindividuais, princípio que leva o bom intérprete a ver como estão amparados os direitos difusos pela ação constitucional, especialmente levando-se em conta a possibilidade de defesa de ditos interesses por partidos políticos, entes cuja finalidade abrange a defesa dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos e que detêm legitimação ativa para impetrar mandado de segurança coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de segurança coletivo. Ação coletiva. Interesses difusos. Garantia fundamental. Direito líquido e certo. Legitimação ativa. Partidos políticos. Finalidades institucionais.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 12.061/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, vem sendo alvo de análise por parte da comunidade jurídica brasileira, nem sempre com acolhida unânime. Alguns de seus comandos têm gerado controvérsia, especialmente no que diz respeito a limitações de ordem prática aos jurisdicionados.

O artigo 21 da referida Lei, que, juntamente com o artigo 22, regula a modalidade coletiva do mandado de segurança, já garantido no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição, contém regras que não se coadunam com o tratamento a ser conferido à garantia constitucional fundamental, tampouco com as regras gerais já positivadas para as chamadas ações coletivas.

O presente estudo analisa o parágrafo único do artigo 21 da mencionada Lei – o qual, numa primeira análise, restringiria o objeto do mandado de segurança coletivo, negando sua aplicabilidade aos interesses difusos, de forma avessa ao que prevê a Constituição – e o *caput* do mesmo artigo, que, ao imputar legitimidade ativa aos partidos políticos para a impetração de mandado de segurança coletivo, forçosamente pressupõe, com suporte na finalidade institucional

daqueles, seu cabimento para a tutela jurisdicional dos mesmos interesses difusos.

Mesmo se tratando de tema que vem sendo abordado em monografias sobre a Lei n. 12.016/2009, buscou-se neste escrito não apenas traçar um panorama dos principais entendimentos doutrinários hodiernos – sem descuidar de manifestar a opinião tida por correta –, mas, também, ainda que com comedimento, enriquecer o debate, destacadamente por focar a teoria dos direitos fundamentais e dos critérios que autorizam ou não a limitação desses direitos, e também por revelar descontextualizações em precedentes judiciais que, conquanto antigos e incompatíveis com a presente ordem constitucional, ainda são com frequência referidos em decisões judiciais.

1 AS ORIGENS DO MANDADO DE SEGURANÇA

Em agosto de 2009, houve importante inovação no sistema processual brasileiro, com a edição da Lei 12.016, a qual trouxe novo regramento à ação civil conhecida por mandado de segurança.

O mandado de segurança, por mais que apresente semelhanças com diversos instrumentos processuais estrangeiros, foi criado no Brasil, originando-se da chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, concebida nos primórdios da República, a qual preceituava o cabimento do *habeas corpus* – que era o principal instituto destinado à tutela da liberdade individual – à defesa do cidadão diante de atos ilegais do poder público.

Outros meios processuais que serviram de inspiração aos criadores do mandado de segurança foram a ação anulatória de atos da administração – positivada pela Lei n. 221/1894, e que previa algo semelhante a uma medida liminar cujo efeito era a sustação dos efeitos do ato impugnado – e as ações possessórias, que, na falta de mecanismos processuais específicos, chegaram a servir como instrumento para defesa de diversos direitos individuais alheios à noção tradicional de posse.

A introdução do mandado de segurança no ordenamento

pátrio se deu por ocasião da promulgação da Constituição de 1934, possibilitando seu emprego para o combate de atos de autoridade coatora, afastando a necessidade de emprego do *habeas corpus* ou das ações possessórias.

Embora seja rico o histórico do instituto jurídico em estudo, o estreito escopo deste artigo impõe brevidade, fazendo-se necessário apenas acrescentar que a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, incisos LXIX e LXX¹, prevê o mandado de segurança nas modalidades individual e coletivo, tendo este último por objeto a proteção dos interesses coletivos, os quais, como se verá adiante, devem ser considerados em sua aceção mais ampla.

2 O OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO: A EXPRESSÃO “COLETIVO”

É relevante também esclarecer que, muito embora nosso constituinte originário já tenha feito distinção entre direitos difusos e coletivos ao estabelecer as funções institucionais do Ministério Público² - antes, portanto de o Código de Defesa do Consumidor³ ter estatuído definições legais de cada espécie de direito transindividual -, o qualificador “coletivo”, no que diz respeito ao mandado de

1 LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

2 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

3 Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

segurança, nada tem a ver com a titularidade do direito protegido, e sim com o fato de se tratar de ação coletiva – critério processual, portanto.

A esse respeito, Teori Albino Zavascki⁴, em importante monografia, traça distinção entre “tutela de direitos coletivos” e “tutela coletiva de direitos”.

A tutela coletiva tem origem nas vantagens (seja de ordem meramente prática, seja no tocante ao maior acesso à justiça propiciado a indivíduos que não teriam como pleitear a tutela individualmente) advindas de serem protegidos, em um único processo, direitos individuais similares, originários de lesão voltada a diversos indivíduos.

Antonio Gidi⁵, ao discorrer sobre a distinção, esclarece que

é intuitivo que o termo ‘coletivo’ empregado na denominação do novo mandado de segurança não possui o mesmo sentido em que o empregam os arts. 129, III, da CF, ou 81, parágrafo único, II, do CDC. Da mesma maneira que é incorreto dizer que ‘ação coletiva’ é aquela que defende apenas ‘direito coletivo’, não parece ser adequado vincular o *nomen iuris* do mandado de segurança coletivo ao direito que através dele se pode defender. Mesmo porque seria inconcebível que se criassem, ao lado do mandado de segurança coletivo, um ‘mandado de segurança difuso’, e um ‘mandado de segurança individual homogêneo’!!

Por não caber neste estudo aprofundamento maior nas características das ações coletivas, cumpre realçar que o traço mais significativo dessas ações é a faculdade de, mesmo interessando a diferentes indivíduos, identificáveis ou não, serem ajuizadas por uma só pessoa⁶.

Do exposto, tem-se que a denominação “mandado de segurança coletivo”, por contraintuitivo que seja, não guarda relação com a espécie de interesse a ser tutelado (difuso, coletivo ou individual

4 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

5 GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 80 *apud* TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei 12.026/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, n. 61, p. 187 *apud* DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2009. p. 33.

homogêneo), servindo, basicamente, para diferenciá-lo do mandado de segurança individual e situá-lo como ação coletiva, que deve ser tomada por categoria própria, destinada à tutela de direitos coletivos em sentido amplo.

3 O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL E INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS

Como foi mencionado, o mandado de segurança, em ambas as modalidades, foi posto no rol das garantias fundamentais constitucionais.

Por consequência, trata-se de cláusula pétrea em nossa ordem constitucional, uma vez que o artigo 60, parágrafo 4º, veda inclusive a possibilidade de edição de emendas constitucionais tendentes a abolir direitos e garantias fundamentais.

Trata-se, portanto, do que Paulo Bonavides⁷ denomina “garantia constitucional de primeiro grau”:

A garantia constitucional qualificada ou de primeiro grau garante a inalterabilidade do preceito tanto por via legislativa ordinária como por via constituinte derivada; a regra constitucional é protegida simultaneamente contra a ação de dois legisladores: o legislador ordinário e o legislador constituinte – este último dotado de competência para emendar a Constituição. A garantia constitucional se apresenta tão rígida que não consente sequer seja objeto de deliberação a proposta de emenda sobre a matéria constante da cláusula constitucional de exclusão sobre a qual não incide assim o poder de reforma.

Ao lado da impossibilidade de alteração legislativa, faz-se mister apontar que, em sede de interpretação constitucional, deve ser respeitado o princípio da máxima efetividade, o qual “veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos

7 BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 549.

a interpretações expansivas⁸.”

Por evidente que os direitos fundamentais também são sujeitos a limitações, tal como aquela à qual se submete o bacharel em Direito, quando depende de aprovação em exame promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil para que possa exercer a advocacia, em que pese seu direito assegurado ao livre exercício profissional.

É que, no exemplo trazido, a própria Constituição legitima a barreira ao exercício ilimitado do direito profissional, por meio de reserva legal, exposta no art. 5º, XIII, *in fine*, que prevê que sejam “atendidas as qualificações que a lei estabelecer”. No mais, a doutrina especializada pondera acerca da existência de outras situações em que se considera aceitável a limitação de direitos e garantias fundamentais, como será analisado a seguir.

O artigo 21 da Lei n. 12.016/2009⁹, em seu parágrafo único, reflete uma tentativa de restringir os direitos passíveis de tutela por meio do mandado de segurança coletivo, ao deixar de mencionar os direitos difusos.

Há que questionar se, em se tratando de garantia constitucional que não foi alvo de restrição pelo constituinte originário, pode a lei inferior afastar dita categoria de direitos da incidência do remédio processual em debate. À luz da própria natureza do mandado de segurança coletivo, garantia constitucional que é, forçoso concluir que a resposta é negativa.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹⁰ relacionam quatro possíveis modos de restrição a direitos fundamentais, quais sejam:

O primeiro deles diz respeito aos direitos fundamentais que

8 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111.

9 Art. 21 [...] Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

10 DIMOULIS, Dimitri, e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 138-151.

são mencionados de forma extremamente genérica no texto constitucional. Como exemplo, fala-se no direito à propriedade, em relação ao qual o constituinte deixou até mesmo sua conceituação ao total alvedrio do legislador, dando ensejo a um “amplo poder de definição”. O exercício do direito, na espécie, só é possível com uma lei infraconstitucional regulamentadora.

Acontece que, ao concretizar um direito tão genericamente exposto, o legislador ordinário fatalmente impõe limites não previstos, como quando estabelece a forma de registro da propriedade de bens imóveis, não obstante ser fundamental o direito à propriedade.

A segunda hipótese, já referida supra e referente ao exemplo do exame promovido pela OAB, diz respeito à reserva legal presente na própria Constituição, por meio da qual o legislador comum pode restringir o âmbito de tutela de determinado direito.

A terceira hipótese aventada pelos autores é a de limitação pelo denominado “direito constitucional de colisão”, presente quando há colisão entre direitos fundamentais, quando se torna necessária a estipulação de limites mútuos para que ditos direitos possam conviver da forma mais harmoniosa possível.

Finalmente, os direitos fundamentais podem ser limitados nas hipóteses de estado de defesa e estado de sítio, ou seja, em situações de gravidade excepcional e temporária. Mesmo em situações em que há permissão para limitação de direitos fundamentais, é assente na doutrina a noção de que o núcleo essencial, ou conteúdo essencial do direito, deve permanecer sempre intocado.

No estudo do chamado conteúdo essencial do direito, o posicionamento a ser adotado como paradigmático (mesmo porque a ideia de um “conteúdo essencial relativo” ainda é incipiente na doutrina, e certamente contraintuitiva, dada a proximidade semântica das expressões “essencial” e “absoluto”) é o que o trata como absoluto, vale dizer, o que defende a total intangibilidade de tal núcleo ou conteúdo essencial.

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva¹¹,

11 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 187.

Todas as versões das teorias que defendem a existência de um conteúdo essencial absoluto têm em comum a idéia de que, se fosse possível representar graficamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, deveria existir um núcleo, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição.

À luz das possibilidades trazidas pela doutrina como justificadoras de minoração do alcance de direito fundamental por parte do legislador, passa-se a estudar o preceito legislativo em comento.

A limitação intentada pelo parágrafo único do artigo 21 não se adequa à primeira possibilidade (genericidade do preceito trazido no texto constitucional), por não se tratar de direito abordado sob enfoque tão genérico que permita excluir de sua esfera de atuação todo um universo de situações jurídicas, abrangidas pelo qualificador “coletivo”, na desejável acepção de interesses coletivos *lato sensu*.

Também não se pode falar em reserva legal, segunda hipótese de cabimento da limitação. Os dispositivos constitucionais que tratam do presente tema não fazem quaisquer referências à possibilidade de tamanha limitação *a posteriori* por meio de legislação reguladora.

Quanto à terceira hipótese, colisão de direitos fundamentais também não há, não havendo nada de inconstitucional (ao contrário, cuida-se de importantíssima garantia constitucional) na existência de instrumento processual destinado a tutelar interesses coletivos *lato sensu*, incluídos os difusos.

No concernente à quarta hipótese de limitação, é nítido que a aplicabilidade das garantias fundamentais em regime de exceção refoge ao escopo do presente trabalho, de modo que não há justificativa plausível que guarde respeito ao regime específico dos direitos e das garantias fundamentais e torne aceitável a limitação trazida pela nova lei.

Finalmente, em relação à noção de núcleo essencial do direito, embora não haja consenso quanto à adequada delimitação do que constituiria, abstratamente, tal núcleo essencial, é coerente supor que, se também não há elemento algum que permita concluir que a garantia em estudo estaria excluída do núcleo essencial, e se é certo

que o regramento das ações coletivas e interesses transindividuais permite inferir a inclusão, mesmo essa exceção é inaplicável aqui.

Ora, não pode o legislador comum construir barreiras que restrinjam a aplicabilidade do mandado de segurança coletivo, a seu puro alvedrio e à revelia dos princípios que servem de norte à aplicação e interpretação das normas constitucionais.

Há, inclusive, que ir mais longe: é inadmissível que o legislador, na qualidade de destinatário do mandamento constitucional que dispõe sobre o direito fundamental processual de ação – pois se trata, como preleciona Luiz Guilherme Marinoni¹², de comando voltado não apenas ao juiz –, construa indiscriminadamente obstáculos à efetivação de tais direitos. Na realidade, deve facilitar de forma significativa o acesso ao direito de ação.

Dessarte, o mandado de segurança coletivo, assim como os demais direitos e as garantias fundamentais, não comporta alteração em nosso ordenamento jurídico, seja pelo poder constituinte derivado ou pelo legislador infraconstitucional, e as disposições constitucionais a ele referidas devem ser objeto da leitura mais ampla possível, não cabendo presunções de ordem negativa, que afastem ou minorem sua incidência em situações não explicitadas no texto constitucional.

4 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS AO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PARA A TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS

Não há como negar, contudo, a existência de posicionamentos contrários ao emprego do mandado de segurança para a defesa de interesses difusos.

É essa a opinião de Uadi Lammêgo Bulos¹³, que sustenta já serem os direitos difusos tutelados por outros meios processuais – como a ação civil pública –, além de afirmar que a prova meramente

12 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 210.

13 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 640.

documental exigida para a comprovação do direito líquido e certo é afeita aos interesses difusos, dos quais são titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias variáveis. Entretanto, nenhum dos dois argumentos espostos pelo eminente constitucionalista resiste a uma observação mais atenta.

No que diz respeito à possibilidade de manejo de ação civil pública para defesa dos interesses difusos, tal fato não constitui qualquer óbice ao emprego alternativo do mandado de segurança, visto que a Constituição não veda a utilização de meios processuais diversos para a mesma finalidade, a exemplo do que ocorre com a ação popular e a ação civil pública, cujos objetos se sobrepõem em certas matérias, dentre as quais se encontra aquela regulada pela Lei n. 8.429/92, que cuida dos atos de improbidade administrativa.

A fragilidade do segundo argumento também é evidente, bastando observar que a qualidade de liquidez e certeza do direito não guarda qualquer relação com a indeterminação de seus titulares.

Não é nada tormentoso imaginar um ato administrativo ilegal publicado em órgão de imprensa oficial que contenha potencial altamente lesivo diante da coletividade – como em caso de ato lesivo ao meio ambiente, ou atentatório à moralidade administrativa, a mero título de exemplo.

O que importa para o cabimento do mandado de segurança, individual ou coletivo, é pura e simplesmente a “possibilidade de apresentação de prova documental do que alegado pelo impetrante e a desnecessidade de produção de outras provas ao longo do procedimento¹⁴.”

Ou seja, direito líquido e certo, no correto entender de Bruno Garcia Redondo¹⁵, nada mais é que “a possibilidade de demonstração, em tese, da ilegalidade ou abusividade do ato coator, sem necessidade de dilação probatória, uma vez que esta se revela incompatível com a celeridade do procedimento especial do mandado de segurança.”

¹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de Segurança**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16.

¹⁵ REDONDO, Bruno Garcia; DE OLIVEIRA, Guilherme Peres; CRAMER, Ronaldo. **Mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016/2009**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 42.

Vale afirmar, é perfeitamente possível, em tese, um ato ilegal ou abusivo de autoridade coatora ser demonstrado por prova unicamente documental, seja o ato atentatório a direito individual ou transindividual de qualquer espécie, desde que a documentação trazida aos autos permita cognição exauriente acerca do direito tutelado.

A título exemplificativo, a mera publicação de ato normativo em Diário Oficial pode ser suficiente para demonstrar que determinada autoridade violou direito individual ou transindividual. Ou seja, a possibilidade de comprovação de direito individual e direito transindividual é, muitas vezes, a mesma.

Também no sentido de negar a aplicabilidade do mandado de segurança a direitos difusos, José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo¹⁶ procuram justificar seu ponto de vista afirmando que “é incabível assegurar um direito líquido e certo para um grupo indeterminado de pessoas”.

Para tanto, resumem-se a sustentar que tal posicionamento é assente na jurisprudência, e teve seu ápice com a Súmula n. 101 do Supremo Tribunal Federal, em cujo texto se lê: “o mandado de segurança não substitui a ação popular”.

Resta analisar se subsistem as razões que motivaram a edição da súmula, a qual não é dotada de efeito vinculante, e foi aprovada no mês de dezembro de 1963, ou seja, muito antes da promulgação da atual Constituição.

Parte-se da premissa de que a invocação da súmula em questão só pode ser tomada por coerente com o ordenamento pátrio se a suposta não-fungibilidade entre as ações constitucionais for considerada consentânea com a atual realidade constitucional, e tiver por razão de ser a inadequação do mandado de segurança coletivo como instrumento apto a tutelar interesses difusos.

A Súmula n. 101 teve por precedentes três decisões denegatórias de segurança, cabendo analisar suas justificativas.

O primeiro julgado (MS n. 1.000/1951) cinge-se a invocar o

¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; DE ARAÚJO, Fábio Caldas. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 208.

não-cabimento do mandado de segurança para a defesa de “interesse geral”, eis que se trataria de ação voltada unicamente à defesa de “direitos subjetivos” (leia-se “individuais”):

Mandado de Segurança: não sendo o ato impugnado originário das Mesas da Câmara e do Senado, seria o Supremo Tribunal incompetente para conhecer do mandado. O art. 141, § 38, da Constituição Federal institui a chamada “ação popular”, que não se confunde nem se identifica com o mandado de segurança; traços diferenciais e fundamentais entre ambas. Incabível é o mandado para invalidar ato legislativo que aumentou o subsídio dos deputados e senadores, só o fundamento de ser lesivo do patrimônio da União, por estar em causa, não a defesa de um direito subjetivo dos requerentes, mas de interesse geral.

Da leitura de aresto tão antigo (do qual optou-se aqui por transcrever apenas a ementa, privilegiando a concisão), sobressai a evidência de se tratar de sistema processual diverso do contemporâneo, no qual não havia a possibilidade de defesa de interesse transindividual por meio de mandado de segurança, restando tão somente à ação popular tal utilidade.

O segundo julgado (MS n. 1768 - 1952), que serviu de lastro para a consolidação do precedente, é também elucidativo:

Mandado de segurança. Hipótese de caber o direito violado a várias pessoas. A lei permite a qualquer delas requerer a segurança (art. 3º § 2º da Lei 1.533, de 1951), mas supõe que se trata de um direito e não apenas de um interesse. A ação popular não pode ser substituída pelo mandado de segurança e, além disso, a Constituição a concede para anulação, não de quaisquer atos ilegais mas de “atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (art. 141 § 38). Indeferimento da segurança, uma vez que não invocam os impetrantes um direito mas apenas um interesse.

Chama a atenção, neste caso, a distinção entre “direito” e “interesse”. Isso porque, ao contrário do precedente anterior, a segurança foi negada não por se tratar de interesse transindividual, mas porque os Ministros concluíram não haver direito líquido e certo, visto que o pleito era de anulação de nomeação de professora para lecionar em instituição pública, com vistas à realização de concurso

público – os julgadores entenderam que apenas haveria direito líquido e certo na hipótese de os impetrantes já terem sido aprovados em certame prévio (não o sendo, seriam meros “interessados” na vaga para docente).

A ementa do MS n. 4503/1957 é sucinta: “Inidoneidade do mandado de segurança, para através dele veicular uma ação popular. Const. Fed., art. 141, § 38; idem, § 24. Não conhecimento.”

Vale, porém, transcrever excerto do voto do relator, que representa o pensamento então vigente:

[...] A jurisprudência, concordante com a doutrina, exige para o exercício do mandado de segurança, requisito elementar, por parte do impetrante, de um direito subjetivo, que haja sido violado, ao passo que o objeto da ação popular, visa, não a proteger um direito subjetivo, pessoal, do autor, mas, como ensina Castro Nunes, envolve “o interesse do cidadão em preservar o interesse público que é também um direito subjetivo, de caráter público, exercido *ut civis*. Temos na Constituição um caso típico: “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. [...]

Transparece, mais uma vez, o entendimento de que, naqueles tempos, não se admitia o emprego do mandado de segurança para tutela de interesses que não fossem individuais.

A doutrina brasileira dos direitos transindividuais só foi formulada muito após, sendo inexistente, ao tempo de tais julgamentos, o denominado microssistema das ações coletivas. Portanto, a defasagem do fundamento jurisprudencial é evidente, ao menos no que tange à aplicabilidade da Súmula n. 101 do STF ao atual *status* do mandado de segurança coletivo.

Também cabe apreciar decisão mais recente, da lavra do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 1ª S., MS 11.399/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 13/12/2006, DJ 12 de fevereiro de 2007, p. 216), que extinguiu mandado de segurança sem resolução de mérito, invocando a súmula em questão:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA.

SINDICATO DOS POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS DE MINAS GERAIS. DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. ILEGITIMIDADE ATIVA. SÚMULA N. 101/STF. 1. Evidenciado o caráter difuso da impetração, fulcrada, essencialmente, na defesa dos interesses dos usuários das rodovias federais – universo de pessoas passíveis de ser atingidas pelos supostos efeitos nefastos do ato coator, impõe-se o reconhecimento da incapacidade postulatória do sindicato autor. 2. É vedada a utilização do mandado de segurança como substitutivo da ação popular (Súmula n. 101/STF). 3. Mandado de segurança extinto sem resolução do mérito.

Do confronto entre a análise da súmula e as razões do julgador, vê-se que a aplicação do preceito sumulado, na espécie, restou flagrantemente descontextualizada, diante da já mencionada possibilidade de existência de mais de um remédio processual para situações similares, e, especialmente, à transformação ocorrida a partir da Constituição de 1988 – que criou o mandado de segurança coletivo e não lhe impôs qualquer restrição quanto a seu emprego para a tutela de interesses difusos – e do Código de Defesa do Consumidor, que sistematizou, de forma inédita, a proteção processual dos interesses transindividuais no direito pátrio.

Tal maneira de pensar, ao resgatar posicionamentos calcados em legislação e jurisprudência arcaica no que diz respeito ao parâmetro normativo-constitucional, agride princípios elementares de interpretação da Constituição, conforme os quais, no dizer de Luís Roberto Barroso¹⁷,

as normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.

É indiscutível que a aplicação irrefletida de julgados e leis anteriores à Constituição vigente é defesa, sendo de total irrelevância o momento de promulgação da lei – se antes ou depois da superveni-

17 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 70.

ência da ordem constitucional que tornou inaplicáveis os precedentes jurisprudenciais e normativos.

Logo, deve prevalecer o entendimento de que o mandado de segurança coletivo continua dotado do alcance previsto pela Constituição, sem limitações injustificadas; ou seja, é instrumento apto à defesa de interesses transindividuais de qualquer tipo.

5 A LEGITIMAÇÃO ATIVA DOS PARTIDOS POLÍTICOS PARA A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PARA PROTEGER INTERESSES DIFUSOS

Questão interessante se coloca quanto à análise dos legitimados ativos para a impetração de mandado de segurança coletivo.

O *caput* do artigo 21 da Lei em foco assim dispõe:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

No tocante à legitimação atribuída à organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída, dificuldade não há, visto que a própria Constituição já havia estipulado que a autorização para impetração deve se dar em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Todavia, no que se relaciona aos partidos políticos, a lei ordinária foi além do que deveria, ao exigir pertinência temática para a impetração. A exigência da pertinência temática é sempre vinculada à necessidade de comprovação de interesse de agir, conforme a teoria das condições da ação, adotada pelo sistema processual brasileiro.

O interesse, no caso, é comprovado pela ligação entre os fins institucionais do impetrante e o direito ameaçado ou violado.

E os partidos políticos, pelo que se infere da leitura do artigo 17 da Constituição e do artigo 1º da Lei n. 9.096/1995, têm dentre suas finalidades institucionais a defesa do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defesa dos direitos fundamentais definidos na Constituição.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que os interesses dos integrantes ou a finalidade partidária são irrelevantes para legitimar os partidos políticos para o manejo da ação coletiva¹⁸.

Podem os partidos, portanto, defender direito difuso, em sede de mandado de segurança coletivo, no cumprimento de seus deveres institucionais, a despeito do que diz o *caput* do artigo 21 da Lei em comento.

Reiterando tal enfoque, ao analisar a redação do artigo mencionado, Pedro Roberto Decomain¹⁹ assevera que

este dispositivo deve ter sua aplicação restrita a entidades sindicais ou de classe e associações, não abrangendo os partidos. A legitimidade deles para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo, segundo emana do inciso LXX, do art. 5º, da CF/88, e do próprio *caput* do art. 21 da Lei n. 12.016/09, pode abranger também a defesa de direitos difusos, como tais entendidos, nos termos do art. 81, parágrafo único, I, da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, 'os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato'.

Entender de forma diversa seria atentar contra a própria finalidade dos partidos políticos, que os distingue das demais pessoas jurídicas de direito privado, e que não é zelar unicamente pelos interesses de seus agremiados.

Na mesma linha de pensamento, é de notar que não lhes é exigida pertinência temática nem mesmo para propositura de Ação

18 RE 196184/AM – Amazonas. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 27 de outubro de 2004.

19 DECOMAIN, Pedro Roberto. **Mandado de Segurança (o tradicional, o novo e o polêmico na Lei n. 12.016/09)**. São Paulo: Dialética, 2009. p. 112.

Direta de Inconstitucionalidade, que é ação objetiva – vale dizer, sem partes, o que tornaria ainda mais árdua a tarefa de comprovar interesse de agir para o ajuizamento.

De tudo que se expôs, não há como deixar de notar que, não obstante se possam identificar vícios no sistema eleitoral brasileiro, os partidos políticos são, no dizer de José Jairo Gomes²⁰, “peças essenciais para o funcionamento do complexo mecanismo democrático” e que detêm legitimidade para judicializar demandas no intento de satisfazer interesses difusos, inclusive por meio de mandado de segurança coletivo.

CONCLUSÕES

A Lei n. 12.016/2009, com o intento de estabelecer variadas limitações ao exercício de garantia fundamental (dentre as quais as abordadas no presente artigo), constitui verdadeiro dilema para o operador do direito incumbido de fazer valer o texto constitucional.

O legislador, no artigo 21, parágrafo único, intentou afastar do âmbito de proteção do mandado de segurança coletivo os direitos difusos, abrindo terreno para interpretações que atribuem efeitos distantes do regime previsto para a tutela dos interesses coletivos *lato sensu*, previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Cuida-se de situação a ser vista com aguçada cautela, devendo o intérprete da lei afastar a leitura meramente literal e isolada do texto legal e lançar mão de métodos integrativos, sempre buscando a máxima efetividade do que já fora garantido pelo poder constituinte primário, tal como a proteção de direitos coletivos *lato sensu*, sem distinção.

O intérprete deve fazer uso das regras gerais concernentes aos direitos coletivos, estipuladas no Código de Defesa do Consumidor, as quais oferecem tratamento muito mais apropriado aos interesses

20 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 75.

sob tutela, e conferem efetividade muito maior à garantia fundamental.

Por fim, não se pode olvidar que a legitimidade ativa conferida aos partidos políticos para a impetração do mandado de segurança coletivo pressupõe necessariamente seu cabimento para defesa de interesses coletivos e difusos, uma vez que é intrínseca a tais entes a prerrogativa de defesa das garantias fundamentais constitucionais, e que suas finalidades institucionais vão muito além do interesse de seus filiados.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber Oliveira. Metodologia da Pesquisa Jurídica. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 9 de outubro de 2010.

BRASIL. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm>. Acesso em 9 de outubro de 2010.

BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em 9 de outubro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª S., Mandado de Segurança n. 11.399/DF – Distrito Federal. Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 12 de fevereiro de 2007, p. 216.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 1.000/DF – Distrito Federal. Rel. Min. Edgard Costa. Brasília, DF, DJ 24 de outubro de 1951. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81928>>. Acesso em 9 de outubro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 1.768/DF – Distrito Federal. Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Galotti. Brasília, DF, DJ 10/10/1952. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82151>>. Acesso em 9 de outubro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 4.503/SP – São Paulo, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ribeiro da Costa. Brasília, DF, DJ 11/10/1957. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82763>>. Acesso em 9 de outubro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 101. O mandado de segurança não substitui a ação popular. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 67. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em 9 de outubro de 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de Segurança. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de Segurança (o tradicional, o novo e o polêmico na Lei n. 12.016/09). São Paulo: Dialética, 2009.

DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

DIMOULIS, Dimitri, e MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FUX, Luiz. Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; DE ARAÚJO, Fábio Caldas. Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

REDONDO, Bruno Garcia; DE OLIVEIRA, Guilherme Peres; CRAMER, Ronaldo. **Mandado de segurança: comentários à lei n. 12.016/2009**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

CUMULAÇÃO DE SANÇÕES NA PLURALIDADE DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Eduardo Sens dos Santos
Promotor de Justiça em Santa Catarina

“Parece-te possível que subsista sem arruinar-se aquela cidade em que as sentenças proferidas nada podem, porque são despojadas de sua autoridade e destruídas pelos particulares?” (Platão, Criton. 50b).

INTRODUÇÃO

Talvez seja exagerado afirmar que a improbidade administrativa é o mal brasileiro do Século XXI; certamente não o é, já que outros fenômenos, todos decorrentes da sociedade de massas, são antecedentes lógicos da própria improbidade. O certo, no entanto, é que a corrupção faz apodrecer um dos pilares mais importantes do Estado Democrático de Direito: a moralidade no trato da coisa pública. E se a solidez do Estado Democrático se abala com a improbidade, não restam dúvidas de que a corrosão deve ser pronta e veementemente atacada pelo próprio Estado Democrático de Direito, em um legítimo exercício de defesa de sua existência.

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 211 - 220	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

Com essas premissas, partirá este trabalho de um caso específico para buscar conclusões gerais. Analisar-se-á, tal como se sucedeu em julgamento histórico ocorrido no Estado de Santa Catarina, se a pluralidade de sanções por improbidade administrativa deve ser punida de forma cumulativa ou não. E, mais, buscar-se-á descobrir qual o fundamento jurídico para a resposta em um ou em outro sentido.

2 UM PREFEITO ÍMPROBO

O caso concreto ocorreu numa comarca do interior catarinense. Lá, por obra do Ministério Público, o prefeito municipal foi processado, julgado e condenado por dois atos distintos de improbidade administrativa. As sentenças transitaram em julgado em períodos muito próximos, o que levou o magistrado presidente da causa a entender que a “suspensão dos direitos políticos” dever-se-ia operar de imediato em ambos os casos, causando superposição dos períodos e, na prática, menos tempo de sanção.

Evidentemente, o Ministério Público não concordou com a decisão e dela recorreu. Sustentou-se que, por aplicação analógica das regras de concurso de crimes (concurso material, formal e crime continuado), haveria de se proceder à soma das penas, ou, quando muito, à aplicação da pena mais severa, agravada na medida da culpabilidade do agente (concurso formal).

3 CORRUPÇÃO, DEMOCRACIA E EFETIVIDADE DAS SANÇÕES

Não se é tolo o suficiente para adotar o senso comum e afirmar que a corrupção, atualmente, vem ampliando-se no Brasil. Ao contrário do que pode parecer, o fato de experimentarmos no País uma fase democrática é que faz com que a corrupção esteja mais visível. É só na democracia, ao contrário das ditaduras e dos demais regimes autoritários, que se abre espaço para discussões sobre o comportamento de agentes políticos de alta hierarquia.

A bem da verdade, a corrupção está claramente ligada à fragilidade das instituições políticas e dos padrões éticos de uma dada sociedade¹. Quanto mais frágeis os controles sociais e políticos, mais grassa a corrupção, o adonamento (verificar a existência dessa palavra) do público pelo privado e a improbidade administrativa.

Daí porque se pode afirmar, no que tange à improbidade, que a distinção fundamental entre os regimes ditatoriais ou autocráticos e os regimes democráticos reside justamente na *responsabilização* do agente público. Se, em regimes autoritários, a responsabilização não existe, pela fragilidade de suas instituições, nos regimes democráticos, ainda que no caso brasileiro a democracia engatinhe, a responsabilização é possível e objetivamente alcançável.

Infelizmente, talvez por efetivamente dar a democracia brasileira seus primeiros passos, diferentemente do que se observa em outros países, aqui “responsabilização” ainda não conquistou seu significado completo. Por inúmeras vezes, na prática forense, observa-se que brilhantes atuações ministeriais e firmes posicionamentos jurisdicionais se perdem quando o momento passa da simples declaração para a concreta efetivação da sanção.

Sim, porque, como a criança que dá seus primeiros passos, a democracia brasileira, e aqui me refiro à democracia exercida pelo Judiciário², ainda teme pela firmeza do solo em que pisa: receia exercer seu poder depois de haver *declarado* a responsabilidade; e receia *efetivar* as consequências daquela declaração.

Daí advém o segundo passo necessário nesse crescimento sadio da democracia: a perspectiva de efetividade das sanções aplicadas aos agentes públicos. É por demais evidente que a submissão a julgamento e a condenação formal dos corruptos é um passo em tanto na transição da autocracia para a democracia. É um largo passo, mas ainda não suficiente. A efetiva execução da condenação, com aplicação das multas, a perda de cargos, a suspensão de direitos políticos e até mesmo a prisão é, sem sombra

1 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 7.

2 Sobre política e democracia exercida pelo Judiciário, inspiro-me nos relatos de GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

de dúvida, momento enfim adulto na vida de uma Democracia. Ponto positivo, aqui, para a Lei da Ficha Limpa, que, no entanto, já faz água quando as brechas não são tapadas há tempo por altos magistrados do Supremo Tribunal Federal.

Realmente não parece possível que “subsista sem arruinar-se aquela cidade em que as sentenças proferidas nada podem, porque são despojadas de sua autoridade e destruídas pelos particulares”, como afirmou Platão num de seus diálogos. E de fato: a característica essencial da condenação por improbidade há de ser mesmo a sua efetividade. Sem ela, nada haveria a não ser o simples e tedioso exercício da *jurisdição* (*juris diccere*, ou dizer o direito), como se uma condenação moral, apenas declarada, pudesse gerar algum efeito em quem de forma imoral geriu o patrimônio público. Nesse ponto, o essencial é o exercício do *imperium*, da cogência da declaração judicial, ou, em outras palavras, o exercício legítimo da força estatal para a execução da condenação judicial.

Não é por outro motivo que grandes estudiosos da improbidade administrativa entendem que “o combate à corrupção está diretamente entrelaçado à perspectiva de efetividade das sanções cominadas”, fator que atua como “inibidor da prática de atos de corrupção”³. A todo ato humano decorre uma consequência e, aos atos de improbidade, devem decorrer consequências mais graves ainda, porque, vale repetir, abalam as estruturas fundamentais do Estado Democrático de Direito.

O custo da improbidade ao agente público, portanto, há de ser calculado não somente a partir de um viés atual, mas também futuro. Se o objetivo é inibir totalmente os atos de improbidade, que se obtenha tal efeito da mesma forma que o agente ímprobo calcula as vantagens de seus atos: num cálculo utilitário que relacione custo e benefício. Assim, a condenação deverá não apenas aplicar sanções pecuniárias imediatas mas também refletir nos “ganhos que o agente deixará de receber caso venha a perder o cargo ocupado e a inabilitação para o exercício de outra função no prazo fixado em lei”⁴.

3 GARCIA; ALVES. Ob. cit., p. 17.

4 GARCIA; ALVES. Ob. cit., p. 17.

Diante dessa peculiaridade que tem a corrupção – de folgar somente onde há folga, de aproveitar os baixos custos de seus benefícios –, é que se entende aqui ser possível compreender o sistema de sancionamento da improbidade administrativa como *peculiar e diferente* dos demais sistemas punitivos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

4 O SISTEMA PRÓPRIO DE SANCIONAMENTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Discordando aqui de autores como Fábio Medina Osório, que entendem aplicáveis ao sancionamento dos atos de improbidade administrativa as regras do Código Penal, notadamente no que se referem ao concurso de crimes (inclusive quanto ao máximo temporal da pena, de trinta anos – CP, art. 75), parece que os atos de corrupção, quando examinados sob a ótica civil (Lei n. 8.429/92), têm sistema próprio de aplicação.

Vários são os fundamentos para tanto. Em primeiro lugar, as sanções da Lei de Improbidade Administrativa são nitidamente extrapenais⁵. Não há cominação de penas de detenção ou reclusão, nem tampouco de prisão simples ou multa, de modo que o conceito legal de crime não fica minimamente preenchido (art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal).

Os “tipos” de improbidade administrativa, por outro lado, são todos abertos, já que expressamente admitem a integração analógica ao utilizar a lei o advérbio “notadamente” na enunciação das condutas puníveis. Estivéssemos a tratar de algo semelhante a crime, por aqui deveríamos parar o exame, impedidos pelo princípio da legalidade penal: “Não há crime sem lei anterior que o *defina*”, art. 5º, XXXIX, da Constituição.

A leitura do disposto no § 4º do art. 37 da Constituição da República leva a conclusão idêntica, porque, para o Constituinte,

5 Tampouco são *civis* em sentido estrito, já que o sistema de responsabilidade civil visa apenas a recompor o estado anterior, diferentemente do que postula a Lei de Improbidade Administrativa, que é a aplicação de sanções.

as sanções por improbidade administrativa serão aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”. O mesmo se pode dizer do art. 12 da Lei de Improbidade, que arrola as sanções aplicáveis “independentemente das sanções *penais*, civis e administrativas”.

A menção a inquérito policial no art. 22 da Lei de Improbidade⁶ não exclui a possibilidade de instauração de inquérito civil e, além do mais, deixa suficientemente claro que a requisição do inquérito policial, assim como a requisição de instauração de procedimento administrativo, visa tão somente à ampla punição do agente, em todas as esferas.

O próprio art. 18 da Lei de Improbidade menciona a natureza civil da ação de reparação do dano e da perda de bens e valores, e são legitimados, além do Ministério Público, as pessoas jurídicas interessadas, em franca contrariedade ao princípio da titularidade da ação penal pelo Ministério Público.

Enfim, são tantas e tão veementes as dissonâncias entre a tutela da improbidade administrativa com a tutela *penal* do patrimônio público que equipará-las, ainda que apenas para o efeito de regulamentar o concurso de atos ímprobos, leva a paradoxos insuperáveis e a uma espécie de muleta desnecessária nos passos que o sistema repressivo da improbidade administrativa dá por si só.

Evidentemente, é claro, aos acusados em geral são assegurados princípios constitucionais como o da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). E, por isso, está correta a conclusão de Emerson Garcia, segundo a qual “em que pese à sua natureza extrapenal, a aplicação das sanções cominadas na Lei de Improbidade, não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, o qual sempre assumirá posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado”⁷. No entanto, tal conclusão não chega ao extremo de abrandar a já pouca eficácia das sanções com as regras do concurso formal ou do crime

6 Art. 22. “Para apurar qualquer ilícito previsto nesta Lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo”.

7 GARCIA; ALVES. Ob. cit., p. 434.

continuado; ao contrário, garante apenas os direitos de defesa.

Dito isso, cabe observar, sem qualquer lente corretora civilista ou criminalista, que o sistema de sancionamento da improbidade administrativa, na interpretação que se dá ao disposto no art. 12 da Lei n. 8.429/92, pode ser denominado “cumulativo”. Todas as sanções ali previstas, para cada hipótese, devem ser aplicadas cumulativamente. Assim, no caso de improbidade decorrente de infringência ao art. 9º, caberá cumulativamente a perda dos bens ou valores acrescidos, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por oito ou dez anos, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com a administração pública. Tudo junto, apenas com a gradação da lei.

Note-se bem a conjunção aditiva “e”, também presente no § 4º do art. 37 da Constituição da República⁸ e nos demais incisos do art. 12 da Lei de Improbidade, além da gradação já existente na própria Lei de Improbidade para se ter certeza de que de fato o sistema exige a cumulação de sanções.

A cumulação, de qualquer forma, não escapará de juízo de proporcionalidade entre o fato praticado e as sanções previstas. E, embora o princípio da proporcionalidade não seja expresso na legislação brasileira, vem sendo admitido largamente pela doutrina e jurisprudência. Aliás, vale lembrar que, para o art. 18, 2, da Constituição Portuguesa, “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Mas, de qualquer forma, o abrandamento, por ser excepcional, apenas confirma a regra geral, que é a da cumulação de sanções, e deverá sempre ser feito nos limites da própria lei, ou seja, dentre os patamares previstos no art. 12.

⁸ Art. 37, § 4º: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

CONCLUSÃO

No caso que serviu de base para este estudo, diante do entendimento do Poder Judiciário de que as suspensões de direitos políticos poderiam incidir simultaneamente, o Ministério Público, inclusive em recurso para o Superior Tribunal de Justiça, entendeu aplicáveis analogicamente as regras pertinentes ao concurso de crime do Código Penal na unificação das sanções por improbidade administrativa.

Como se percebe pela argumentação até aqui realizada, do ponto de vista teórico e prático, não parece ser esta a melhor solução.

Em primeiro lugar, por conta da evidente natureza extrapenal das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. Se a elas não se aplicam princípios constitucionais diversos, como a estrita legalidade ou a exclusividade da ação penal pelo Ministério Público, e se a analogia é aplicável a casos semelhantes, dentro de um mesmo *sistema jurídico*, parece inadequado buscar aplicação das regras dos arts. 69, 70 e 71 do Código Penal à improbidade administrativa.

Não bastasse esse argumento, entende-se que a gravidade dos atos de improbidade administrativa (corroem os pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito) e o raciocínio utilitarista realizado pelos agentes ímprobos (atuação facilitada pela certeza da impunidade) exigem a adoção de sanções realmente severas. A aplicação das regras do concurso formal e da continuidade delitiva, portanto, poderiam levar à brandura exagerada da sanção.

Eis o motivo pelo qual se deve buscar, no próprio sistema de sancionamento da improbidade administrativas, as regras norteadoras em caso de omissão legislativa. E, no caso da Lei n. 8.429/92, a cumulatividade das sanções, expressa inequivocadamente no art. 12 da Lei e no art. 37, § 4º, da Constituição, demonstra que os períodos de suspensão dos direitos políticos, em regra, devem ser somados.

Por fim, ainda que não tenha sido abordado durante o transcorrer do estudo, um último argumento impede que a conclusão pela aplicação analógica do Código Penal é de origem política.

Como se sabe, há pouco tempo, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade dos parágrafos do art. 84 do Cód-

go de Processo Penal, incluídos pela Lei n. 10.628/2002. A alteração legislativa equiparava os atos de improbidades a *crimes* para efeitos de definição de competência, o que levava os agentes políticos a julgamento perante os sabidamente ineficientes tribunais superiores.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, decidiu, por maioria de votos, que a ação de improbidade tem natureza civil e que as regras de competência observam as limitações constitucionais. E, assim, desfez o imbróglgio intencionalmente causado pela Lei n. 10.628/2002, que confundiu ato de improbidade com *crime* de responsabilidade.

Pois bem. Nesse cenário, é bastante perigoso buscar analogias com o Direito Penal para justificar uma cumulação de sanções já prevista como regra geral na própria Lei de Improbidade Administrativa. Se o fizer, admitirá, ainda que tacitamente, que se deve tratar da improbidade como se trata do crime, e, portanto, admitirá o foro privilegiado e outras consequências trágicas.

Daí a conclusão: no caso de pluralidade de atos de improbidade, as sanções devem ser cumuladas, executando-se primeiro a mais grave para, na seqüência, passar à execução da menos grave. A execução simultânea, além de negar efetividade à ação de improbidade, permitindo o apodrecimento daquele pilar do Estado Democrático de Direito, consente com a perda de respeito pelas decisões judiciais, outro duro golpe à democracia.

ADMINISTRATIVO

AGENTES POLÍTICOS ELETIVOS E DIREITOS SOCIAIS

Renato Franco de Almeida

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais
Mestre e Doutor em Direito*

RESUMO

Propõe-se averiguar a possibilidade de agentes políticos eletivos auferir direitos sociais inerentes a trabalhadores, à luz do seu caráter histórico e das cláusulas constitucionais de regência.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade. Agentes políticos eletivos. Direitos sociais.

RESUMEN: Se propone averiguar la posibilidad de agentes políticos electivos obtener derechos sociales propios de trabajadores, a la luz del su carácter histórico y de las cláusulas constitucionales de *regencia*.

PALABRAS-LLAVES: *Constitucionalidad. Agentes políticos electivos. Derechos sociales.*

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 221 - 250	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Fundamento histórico dos Direitos Sociais. 3. Agentes políticos eletivos e agentes políticos não eletivos. Distinção essencial quanto ao regime jurídico a orientar tratamento constitucional diverso. 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Conquanto ainda grasse celeuma quanto à natureza do fundamento dos direitos sociais, pensamos não haver possibilidade de ter ele caráter *natural*. Ao revés, sua dimensão histórica pode ser percebida pela própria evolução da humanidade, notadamente, quanto à luta de classes, assim como pela desigualdade que o sistema social, notadamente o liberalismo, engendra. Daí que essa perspectiva histórica de seu fundamento, mais do que uma opção teórica, é uma exigência para a minimização daquela desigualdade. Por consequência, somos do sentir que o âmbito de aplicação dos direitos sociais deve ser paulatinamente alargado, concomitantemente com o andar vago da história e enquanto aquela luta estiver presente.

Não obstante, é indubitoso que a Constituição da República de 1988 -que não deixou de observar o aspecto histórico desses direitos -previu, ao longo do seu texto, formas distintas de pessoas físicas ou jurídicas estabelecerem uma relação com a Administração Pública.

Com efeito, no capítulo da Administração Pública, o texto constitucional previu espécies de cargos distintas, cujos regimes jurídicos se diferenciam, em regra, pela forma de provimento, assim, os cargos de provimento em comissão e de provimento efetivo. Ademais, acolheu maneiras outras de estabelecimento desse vínculo, como as contratações temporárias, o emprego público e o mandato eletivo.

Cada qual se traduz em maneiras totalmente distintas de ligação com a Administração Pública.

Dessa forma, podemos afirmar que cada espécie de vínculo que se estabeleça com a Administração Pública possuirá uma natureza própria, ensejando, por corolário, um regime constitucional próprio.

É verdade que os regimes jurídicos, não obstante distintos na essência, podem ter toques de convergência. No entanto, essas convergências, por constituírem exceções, devem ser expressamente previstas na Constituição, pois que, não sendo assim, não haveria necessidade de diferenciação, transformando a Constituição em um conjunto de letras inúteis e malferindo princípios básicos de hermenêutica jurídica.

Nessa linha de raciocínio, tentaremos demonstrar neste ensaio a impossibilidade jurídico-constitucional de se conferir direitos sociais inerentes aos trabalhadores e aos agentes políticos eletivos, ou seja, aos membros dos Poderes Legislativos e Executivos, de quaisquer entidades federadas, que detêm com o Poder Público tão somente uma relação de *representação popular*, de caráter *político*, a qual não lhes confere o exercício daqueles direitos, em razão da sua gênese.

2 O FUNDAMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS SOCIAIS

Em determinados momentos, ao longo da vida dos institutos jurídicos, perde-se a perspectiva de suas razões históricas, a qual deu ensejo ao seu aparecimento. A ocorrência desse fenômeno do esquecimento, não raras vezes, faz com que os institutos se desnaturem, servindo como postulado de teorias invariavelmente afastadas do desenvolvimento histórico, e, conseqüentemente, ideologicamente “neutras”, como, *v. g.*, a mudança ocorrida com a expressão *dia do trabalhador*, a qual atualmente é escrita e falada como *dia do trabalho*. Como se pode perceber, uma simples letra pode fazer toda diferença se não se tem em mente a respectiva origem histórica.

Não obstante, o resgate dessa perspectiva pode ser rico em meio ao debate sobre seus efetivos limites e suas reais limitações.

Dessa forma, entendemos imperioso buscar os motivos históricos da aparição dos direitos que se tornaram *fundamentais*, especificamente, para este ensaio, os de caráter *social*. Assim, pensamos ser mais adequado precisar seu fundamento, sua origem e, principalmente, seus destinatários. É o que tentaremos fazer.

Da grande dificuldade de se precisar o momento da aparição

de determinado sistema político-econômico, extrai-se dados aproximados para que não se perca o evoluir histórico e para que se possa ter um marco temporal da mudança de paradigma.

Com efeito, poder-se-ia dizer que o sistema econômico capitalista – que Ripert (2002, p. 27) denomina *regime capitalista* – teve seu marco inaugural na França, com a Revolução de 1789, conquanto possuía um passado mais distante, isto é, desde o momento em que o homem acumulou bens que serviam à produção. (RIPERT, 2002, p. 27). Tem-se, pois, inaugurada, como marco temporal, no final do século XVIII, a era da primazia do *interesse individual* – plasmado no princípio da *autonomia da vontade* e da *liberdade contratual* – sobrepondo-se ao interesse público, resultado direto da atrofia do Estado – titular desse interesse – em benefício do indivíduo como centro de toda liberdade e razão até então impensadas.

Em virtude dessa primazia dos interesses individuais, assevera Frias (1941, p. 18), traduzindo as relações sociais então preponderantes, que

El individualismo liberal enraiza en la filosofía kantiana, en que todo se reduce a dos términos: la libertad, objeto propio del derecho y la razón su creadora. Concibe al hombre como un fin en sí, libre respecto de los otros, pero convertido en su propio esclavo; autor de la ley y servidor de la misma, legislador y juez, soberano y súbdito en la república de los seres razonables y libres. En última síntesis, todo se reduce a la autonomía de la voluntad humana [...].

Não obstante, mesmo que não se notasse, a Revolução burguesa, em princípio, não se destinava a criar uma nova ordem, mas destruir a que existia. “Afirmando a liberdade do comércio e da indústria pela Lei dos 2-17 de março de 1791, o legislador não entendia declarar apenas um princípio; queria destruir alguma coisa.” (RIPERT, 2002, p. 26).

Daí que, em seus primeiros atos legislativos, suprimiu os agrupamentos obrigatórios e, logo depois, proibiu os grupos livres. “Uma ordem social, forte em seu longo passado, estava destruída pela onipotência da lei.” (RIPERT, 2002, p. 26).

Não obstante tais atitudes legislativas, reconhece Ripert (2002, p. 30) que, inicialmente,

o que falta ao capitalismo é um conjunto de instituições e regras que permitam reunir e utilizar os capitais, que assegurem ao detentor de capitais a preponderância na vida econômica e mesmo na vida política, que dêem à produção e à repartição das riquezas o primeiro lugar no espírito dos homens.

A primeira via para a concretização desse desiderato importou em manter o Estado, então constituído, no que se refere a sua função legislativa, acantonado em tarefas meramente coercitivas para a manutenção da segurança da sociedade, o que se traduzia, na verdade, em segurança para a classe que alcançava o poder, isto é, a burguesia. Não por outra razão, adverte o provector Bobbio (2003, p. 33) que “com a noção restritiva do Estado como órgão do poder coativo [...] concorre o conjunto das idéias que acompanharam o nascimento do mundo burguês [...]”.

Da mesma forma, Moreira (1987, p. 39) resume o momento liberal clássico: “O crescimento da economia e o maior bem-estar da sociedade assentam no livre empreendimento privado, na autodeterminação individual, na procura da maior vantagem, na defesa do interesse pessoal.” Por isso mesmo, o Estado era dispensável como agente econômico, já que qualquer intervenção estatal mostrar-se-ia inconveniente à luz dessa doutrina, que, ainda nas palavras de Moreira (1987, p. 40-1),

Por isso mesmo, a economia basta-se a si mesma, dispensando a intervenção de quaisquer factores a ela exteriores, nomeadamente, aquela proveniente do Estado. A livre concorrência exige a liberdade económica face ao Estado. Este é a altera pars política da sociedade. Como dimensão diferente, não se confunde com ela nem nela deve intervir. A função do Estado deve limitar-se à defesa da sociedade das ameaças ou agressões que a visem e ao exercício da polícia sobre as perturbações que intentem pôr em causa a sanidade do corpo social.

Para lograr o intento de liberdade, dentre as diversas formas que o sistema econômico capitalista, ao longo da histórica, adotou, *pari passu* com sua vertente política, o liberalismo, a de viés clássico constituiu na atomização dos indivíduos que, acostumados ao sistema grupal familiar feudal, viram-se livres para o exercício de atividades econômicas, sob os ditames da concorrência igualitária, que antes eram realizadas no seio familiar. “A contraposição entre

a sociedade e o Estado que alça voo com o nascimento da sociedade burguesa é a consequência natural de uma diferenciação que ocorre nas coisas [...]” (BOBBIO, 2003, p. 50-1).

Entretanto, lograda a ordem jurídica burguesa em que se garantia a não intervenção do Estado, na seara econômica, e a atomização do indivíduo, no âmbito social, princípios consubstanciados em quase todas as constituições liberais da época, não necessitaram de largo espaço de tempo para que se mostrassem débeis os seus respectivos sistemas econômico e político no exercício de seus próprios fundamentos.

É que a liberdade de comércio e indústria – dogma inafastável do sistema econômico então imperante –, por si só, fez ruir a base, imaginariamente sólida, do sistema, surgindo, em pouco tempo, a necessidade de intervenção de um terceiro ator, antes afastado do campo econômico por constituir-se em ameaça àquela liberdade.

Com efeito, a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico, sob a vertente cronológica, tem como fato político marcante a Primeira Grande Guerra – primeira crise cíclica das muitas que o capitalismo engendra –, isto é, no momento da constatação de ineficácia do modelo liberal clássico, de Estado absenteísta, cuja teoria baseava-se na autorregulamentação da economia por intermédio da *mão invisível* e dos princípios da liberdade de empresa e livre concorrência. Em outras palavras, a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico surge quando o liberalismo – como versão jurídico-política do sistema econômico capitalista – torna-se insuficiente para dar sustentáculo à forma de sistema até então adotada, qual seja, o primeiro capitalismo.

Não obstante esse marco histórico, mister anotar que a crise dos fundamentos do individualismo pôde ser sentida desde os tempos da eclosão da Revolução Francesa até os nossos dias (FRIAS, 1941, p. 22-3), e, principalmente, a partir do século XIX, o interesse individual começa gradualmente a ser limitado pelo intervencionismo estatal.

Concomitantemente aos distúrbios econômicos referidos acima, sob o aspecto sociológico, surgem grupos intermediários de expressão, na defesa de interesses distintos daqueles individuais de atomização, ou seja, grupos situados entre o indivíduo e o Estado,

que possuíam interesses próprios, bem distintos daqueles de aspectos burgueses, tais como, os sindicatos.

É o ressurgimento, *mutatis mutandis*, no âmbito social, dos grupos de indivíduos que a Revolução liberal, ao argumento da instauração de um sistema de liberdade, como vimos, atomizou e que, segundo Frias (1941, p. 34), citando Gurvitch, advém do todo social subjacente: “*El derecho social – según Gurvitch – es un derecho autónomo de comunión, que integra de una manera objetiva cada totalidad activa real, (y) que encarna un valor positivo extra-temporal.*”

Assim, em um real movimento de fluxo e influxo, as comunidades (isto é, os grupos sociais) realizam seus interesses, mesmo que à revelia do Estado legislador. (FRIAS, 1941, p. 35).

Em consequência da necessidade de correção dos distúrbios econômicos sentidos e do surgimento de grupos sociais que reivindicam melhores condições de vida – dentre essas, precipuamente, melhores condições de trabalho –, instaurar-se-á um direito estatal fulcrado nos movimentos sociais subjacentes, é dizer, nos movimentos dos grupos sociais que, como fenômenos sociais, estão alheios, até então, ao direito legislado do Estado. Ou, como anota Frias (1941, p. 35):

el derecho social se dirige, en su capa organizada, a sujetos jurídicos específicos – personas colectivas complejas – tan diferentes de los sujetos individuales aislados como de las personas morales – unidades simples – que absorben la multiplicidad de sus miembros en la voluntad única de la cooperación o del establecimiento.

Surge, assim, a figura do Estado econômico, isto é, aquele que “deixou de funcionar apenas no quadro do político, para exercer a maior parte da sua actividade no quadro do económico, como figura econômica [...]” (MOREIRA, 1987, p. 52).

Com efeito, já no limiar do século XX, com a Primeira Grande Guerra, procedeu-se a certa ruptura com a ideia de liberdade quase total – em razão da desigualdade inevitável que o sistema liberal criava entre as classes sociais – com a profunda ingerência do Estado legislador na proteção dos vulneráveis, devendo-se evidenciar que parte da doutrina chega até se referir ao século XX como “o século dos direitos sociais.” (SAMPAIO, 2004, p. 227). Vislumbra-se, aqui,

uma evidente preocupação da inércia estatal de outrora que, em parte, ensejou as desigualdades atualmente experimentadas. Inaugura-se, em determinados aspectos, a preponderância do *interesse público* sobre o *interesse individual*.

Isso porque, como anota García-Pelayo (1984, p. 203)

en efecto, la experiencia histórica ha mostrado que no es el Estado el único que oprime el desarrollo de la personalidad; que no es la única entidad que impone relaciones coactivas de convivencia, y que las mismas libertades liberales están condicionadas, en su realización, a situaciones y poderes extraestatales. Tales poderes pueden ser de índole muy diversa [...] pero de un modo general y común destacan los poderes económicos.

E conclui (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 203):

Son de estos poderes, o, por mejor decir, de las presiones económicas de estos poderes, de los que interesa en primer término liberarse a los grupos a que estamos aludiendo, pues son a éstos, y no al Estado, a los que sienten como obstáculo inmediato para el desarrollo de su personalidad.

O que, conseqüentemente, resvalaria, no dizer de Silva (2001, p. 136), na evolução do Estado, apresentando-se este, destarte, “[...] justamente como meio apropriado para realizar a libertação dessas pressões, o que, naturalmente, supõe a ampliação de sua atividade e a intervenção na vida econômico-social que permanecia à sua margem.” Deve-se notar, portanto, que a intervenção do Estado no domínio econômico não teve por objetivo tão somente a regulação da economia, senão que também a determinação positiva de direitos cujo fim era reter a liberdade que a mão invisível engendrava.

Em resumo, a separação existente inicialmente entre Estado e economia cedeu progressivamente lugar à imbricação dos fenômenos, num processo de politização do econômico. Ao princípio liberal do primeiro capitalismo e à efetiva, e quase completa, abstenção econômica do Estado, sucede o intervencionismo, seguido de ampla atividade do Estado nos campos econômico e social. “Do Estado-guarda-nocturno, abstencionista e ‘negativo’ passa-se ao Estado afirmativo ou positivo.” (MOREIRA, 1987, p. 52).

A necessidade de intervenção estatal, cada vez maior na economia, resvalava nos aspectos político e jurídico, como não poderia

deixar de ser. Daí que, inicialmente, fez-se mister o Estado lançar mão de instrumentos do modelo jurídico liberal, à míngua de outros mais adequados aos fins econômicos e sociais que então se propunha realizar. Em razão de tal fenômeno, afirma Moreira (1987, p. 66) que a ordem jurídica econômica, isto é, aquela que regulava a economia, espalhou-se para a ordem jurídica da sociedade civil, fazendo-se preponderante até o início do século XX. Em outros termos: a ordem jurídica burguesa expandiu-se para a sociedade civil, a ponto de a primeira englobar a segunda, traduzindo-se em ordem jurídica de toda a sociedade, independentemente da classe social de que se tratava, fenômeno que foi sentido até a primeira crise do capitalismo de então.

Não obstante, mesmo utilizando instrumentos jurídicos cuja origem estava no direito burguês, a crescente intervenção do Estado na economia, corrigindo desvios que o mercado encetava e pressionado pelos grupos sociais existentes, ensejou o dirigismo estatal, o qual, dentre outros fenômenos, fomentou, principalmente, a transformação dos institutos jurídicos que constituíam dogmas liberais. Daí as certeiras palavras de Moreira (1987, p. 50), quando adverte que

Reconhecida definitivamente a incapacidade da economia para se regular a si mesma, em absorver ou neutralizar os conflitos que a dilaceram, em corresponder às exigências que lhe são feitas por uma sociedade que reclama o aproveitamento integral das suas potencialidades, reconhecida essa situação, é sobre o Estado que vem impender a execução de papéis que até lhe estavam defesos. É o Estado que vem reclamar-se de principal responsável pelo curso da economia, instituindo todo um quadro institucional em que ele se move, controlando-o, dirigindo-o ou dedicando-se directamente à produção económica. Para a execução dessas tarefas o Estado utiliza os instrumentos clássicos, adaptados aos novos fins (política fiscal, monetária), faz-se polícia da actividade económica (proibindo e condicionando actividades, fixando preços, etc.), transforma-se em produtor e, finalmente, em administrador e planificador da economia nacional.

Isso porque, em primeiro lugar, a concentração incomensurável das empresas afastou do mercado, e do ordenamento jurídico (já que este é condicionado por aquele), a figura da propriedade individual sobre a empresa, em razão da crescente necessidade de capital. Em segundo lugar, a concorrência – princípio cardeal do primeiro capi-

talismo – foi violentada com o surgimento de cartéis e *trust*, surgindo os preços tabelados e o mercado dominado como remédios a tais mazelas. “Um sector importante do processo económico deixa de estar à disposição da vontade dos contraentes. É o fim do *free market bargaining*.” (MOREIRA, 1987, p. 70).

No intuito de remediar tais desvios econômicos – que também produziam efeitos em outras áreas, notadamente a social, a política e a jurídica –, o campo do direito espalhou-se a domínios econômicos e sociais, a searas inimagináveis na forma do primeiro capitalismo, quando aquele se acantonava no perfil de Estado policial.

Fulcra-se, portanto, esse novo perfil estatal no fato simples de que a ordem jurídica da economia tem assento nas relações de produção que, por seu turno, são atividades de produção e prestação de serviços que não se constituem em atividades aleatórias, mas, a partir de então, em atividades reguladas e, portanto, dirigidas, pelo direito. (MOREIRA, 1987, p. 61).

Entretanto, essa mesma ordem jurídica refletia, apesar disso e como não poderia deixar de ser, a ordem jurídica da burguesia, “que ‘pressupunha a identificação da sociedade económica burguesa com toda a nação’. Do mesmo modo, a ordem jurídica privada pressupunha a identificação da ordem jurídica das relações económicas burguesas com toda a ordem jurídica.” (MOREIRA, 1987, p. 66-7).

Destarte, com a modificação da *forma* do sistema capitalista, ocorre a necessidade de divisar o direito não mais como o direito da burguesia, mas, sim, como direito estatal, no qual sobreleva a supremacia do público sobre o privado, sem que com isso se tenha modificado o sistema de produção e, portanto, tenha havido mutação nesse sistema, que continua sendo o sistema econômico burguês. É que, em virtude das dificuldades apresentadas pelo capitalismo liberal, duas correntes do pensamento jurídico ofertaram as respectivas soluções, como anota Sampaio (2004, p. 218): uma, de caráter revisionista, que defende

mudanças no sistema parlamentar representativo, especialmente por meio da universalização do voto [...] bem como postulava uma atuação mais efetiva do Estado, tanto para gerar oportunidades de igualação social, por meio de políticas públicas de educação, de assistência

e organização de estruturas especializadas na defesa dos trabalhadores, a exemplo da institucionalização da liberdade de associação sindical, quanto para proteger o próprio mercado [...]

A segunda, de feição radical e revolucionária, desejava a mudança não na forma do sistema econômico, mas no próprio sistema, com a

substituição do modo de produção capitalista, essencialmente geradora de crise e de injustiça social, mediante a extinção da propriedade privada, a socialização dos meios de produção e a sua gestão pela nova classe revolucionária: o proletariado. (SAMPAIO, 2004, p. 219)

Como se pode notar, a primeira corrente de pensamento avultou-se no Ocidente, onde, sem que abrissem mão do sistema econômico capitalista, os Estados tomaram a si o ônus de corrigir os desvios detectados na economia do *laissez-faire* e prever melhorias nas condições de vida das demais classes sociais. Em razão de tais circunstâncias, ainda afirma Moreira (1987, p. 75), fomentou um quarto fenômeno, sob o ângulo jurídico. Com efeito,

[...] constata-se um quarto fenômeno: a transplantação do centro de gravidade da ordem jurídica da economia: do direito privado para o direito público. Na medida em que a economia era juridicamente relevante, era-o do direito privado. Ao que se assiste, a partir de certo momento, é ao deslocamento de domínios econômicos que anteriormente relevavam do direito privado para o direito público, ou a complementarização de institutos daquele por institutos deste. Por outro lado, a cobertura pelo direito de domínios até aí ajurídicos ou 'livre do direito' faz-se predominantemente por meio do direito público.

Tal preponderância do público sobre o privado irá levar o Estado a uma legislação de caráter socializante, isto é, a uma preocupação cada vez mais profunda com o aspecto social do direito e da sociedade, surgindo, conseqüentemente, a socialização do jurismo. Isso não importa dizer que o Estado absorveu a sociedade civil (entendida aqui como sociedade burguesa), pois que tal efeito redundaria no Estado totalitário (seja de feição fascista, seja de aspecto comunista), nem que no primeiro capitalismo – como já anotamos – este fora absorvido por aquela, o que significaria uma sociedade sem Estado. (BOBBIO, 2003, p. 51).

Não obstante, a preponderância estatal é sentida em vários ramos do direito privado, mormente no que toca aos vulneráveis, *v. g.*, trabalhadores, locatários, consumidores, idosos e outros, cujas relações jurídicas, hodiernamente, já perderam o princípio fulcral de sua existência, qual seja, a absoluta autonomia da vontade nos contratos, à semelhança do que ocorre, *v. g.*, com as relações contratuais trabalhistas, locatícias, consumeristas, dentre outras, para se tornarem preocupação do Estado e terem tratamento legislativo consentâneo com as diferenças econômicas e sociais existentes entre os envolvidos.

A despeito do giro copérnico que atingiu o jurismo, especialmente o direito privado, tal fenômeno alcançará também a ciência política, como não poderia deixar de ser, notadamente, as vicissitudes pelas quais o sistema democrático de governo passará ao longo desses anos. Como afirma Bobbio (1994, p. 31-2), em sua obra específica sobre o tema, intitulada *Liberalismo e Democracia*,

O que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos, ao menos no julgamento dos que vêm como útil tal contraposição, não é o titular do poder político, que é sempre a 'povo', entendido como o conjunto dos cidadãos a que cabe em última instância o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito: nos mesmos anos em que, através das Declarações dos Direitos, nasce o Estado constitucional moderno, os autores do Federalista contrapõem a democracia direta dos antigos e das cidades medievais à democracia representativa, que é o único governo popular possível num grande Estado.

Outro corolário será o de atingir, também, o direito público (em quantidade e qualidade), mormente o Direito Constitucional, e, como direcionador de todo ordenamento jurídico, esse ramo do jurismo influenciará quase todas as Cartas redigidas a partir de então no mundo Ocidental.

Com efeito, avulta de importância, neste momento, o surgimento da teoria da Constituição, especificamente o seu "bloco" econômico como forma de inserção, no corpo constitucional, de direcionamentos econômicos e sociais vinculativos a todas as funções do Estado, apontados pelo titular do Poder Constituinte Originário, que, nessa fase do desenvolvimento teórico constitucional, consubstanciava-se

no povo como *destinatário de prestações civilizatórias do Estado*, mesmo que, ainda, de caráter embrionário. (MÜLLER, 2003, p. 76).

Assim, nas palavras de Moreira (1987, p. 103), por bloco econômico da constituição entende-se “o conjunto das normas fundamentais, os princípios constituintes da ordem econômica; isto é: que a estruturam num todo, num sistema.” Em outras palavras, as normas fundamentais econômicas são aquelas que a economia diz que o são, institutos que exprimem juridicamente o sistema econômico adotado, ou seja, modo de produção, modo de distribuição do poder econômico e do produto social, ordenação da coordenação da atividade econômica, etc. (MOREIRA, 1987, p. 104).

A inserção, portanto, de institutos de natureza econômica em dispositivos constitucionais, principalmente, no período posterior à Primeira Grande Guerra, como necessidade de mudança na forma do sistema capitalista do século XVIII e XIX, cria direitos antes impensados no âmbito constitucional. Daí surgem as constituições amplas, analíticas, fruto dos constitucionalismos moderno e contemporâneo, cuja principal característica está na vinculação do legislador ao seu discurso -e acrescentamos, do julgador constitucional -que não se restringe à mera organização do Estado e a previsão de determinados direitos de caráter burguês, evoluindo para a caracterização de direitos de viés social, cultural e econômico.

Em uníssono pensamento doutrinário, tem-se como exemplo marcante de constituição com preocupação econômica revisionista a de Weimar, de 1919, precedida em dois anos pela mexicana, ambas de caráter socializante, em face da urgência da melhoria das condições de vida dos indivíduos pertencentes àqueles grupos sociais vulneráveis referidos, assim como no direcionamento da economia pelo Estado, fatores que se tornam suas principais características. Não obstante, forçoso referir, no que interessa a este estudo, que tal caráter foi sentido mais enfaticamente no que concerne à organização da economia, que a partir desse momento, deixará de se autorregular e será direcionada e dirigida pelo Estado, no afã de corrigir os desvios econômicos surgidos pelo liberalismo clássico, assim como de satisfazer às reivindicações dos grupos sociais de pressão. Para conjugar tais fenômenos e resolver os problemas encetados, as Constituições

mexicanas e weimarista, como de resto todas as constituições que adotaram a corrente revisionista, deram ensejo a um Estado prestacionista, de forte caráter interventor, um Estado Social. Daí afirmar Sampaio (2004, p. 223):

Em ambas as Constituições, os direitos econômicos eram definidos a partir de garantias institucionais e das tarefas atribuídas ao Estado [...]. E Weimar, afirmava-se que ‘o regime da vida econômica deve responder a princípios de justiça, com vistas a assegurar a todos uma existência digna’. Dentro desse limite era que se reconhecia ao indivíduo a liberdade econômica (art. 151). Para tanto, o Estado devia planejar, conduzir, coordenar e orientar atividade econômica nacional (México – art. 25.2).

No entre-guerras, a vertente revisionista (social-democrata) angariou adeptos por todo o mundo, a despeito dos movimentos nazi-fascistas terem retardado a adoção do modelo weimariano e ensejado um retrocesso significativo dos avanços auferidos. Daí por que assevera Sampaio (2004, p. 223): “A Alemanha e Itália ensinavam ao mundo como se fazia política econômica supostamente redistributiva com governo totalitário.” Por seu turno, a Polônia adotou modelo constitucional próprio, seguido de perto pelo Brasil, com a Constituição de 1937, que fora apelidada, não por acaso, de polaca. “Sufragara-se uma ‘ditadura constitucional’”.

Pari passu aos retrocessos localizados, os Estados Unidos da América do Norte, por seu turno, enfrentavam grave crise sócioeconômica “com uma política de gastos públicos, de investimento social e de desvalorização da moeda perante o ouro, seguindo o receituário intervencionista e de pleno emprego prescrito por John M. Keynes [...]” (SAMPAIO, 2004, p. 224).

No que se refere, ainda, aos Estados Unidos, importa evidenciar que o constitucionalismo social fora realizado por meio de lei, sem que houvesse modificação formal no texto constitucional de 1787, de nítido caráter liberal. Deve-se isso à interpretação construtivista da Suprema Corte americana que, se num primeiro momento entendeu ser o *New Deal* inconstitucional, cedeu, posteriormente, para afirmar sua compatibilidade com a Constituição, diante das pressões exercidas pelo Poder Executivo no sentido de aumentar o seu número de

juízes e limitar sua competência, dentre outras iniciativas. A mudança operada na mentalidade da Suprema Corte americana – em decorrência, obviamente, dos fatores já mencionados – foi retratado com precisão por Rodrigues (1992, p. 230) que, citando Edward Corwin, esclarece o fenômeno da intervenção do Estado na economia: “[...] o conceito de liberdade econômica, como ausência de qualquer restrição por parte do Governo, foi substituído pelo de liberdade civil, gozada pelo indivíduo em virtude das restrições impostas pelo Governo, em seu favor, aos seus concidadãos.”

No que toca ao bloco econômico das Constituições, é forçoso reconhecer que ele ocorre com a Constituição da República de 1988. Assim, o documento fundamental de 1988 traduz-se em uma Constituição Econômica, por inserir cláusulas de cunho econômico, que têm por escopo uma revisão da forma do sistema liberal clássico. Em outros dizeres, impõe-se reconhecer que a Constituição de 1988 torna claro seu desiderato de modificar a forma do sistema de produção capitalista encontrado na sociedade. Daí afirmar Grau (2003, p. 63) ser explícita a perseguição da Constituição na transformação da realidade econômica, dado que pode ser extraído da simples leitura do primeiro artigo do título referente à Ordem Econômica e Financeira (art. 170): “A ordem econômica (mundo do ser) deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa [...]. A ordem econômica liberal é substituída pela ordem econômica intervencionista.” Como bem percebido pelo professor, desenganadamente a atual Constituição brasileira optou pela teoria keynesiana de intervenção do Estado na seara privada, com o fim de modificar a forma de concretização do sistema econômico que acolhe expressamente (art. 170, *caput*), uma vez que reconhece e assegura a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica que estabelece.

Assim, é forçoso reconhecer que a Constituição de 1988, fruto, desenganadamente, do constitucionalismo contemporâneo, tratou de acolher princípios sem os quais nenhum sistema substancialmente democrático se poria de pé. Dessa forma, principalmente depois dos problemas ideológicos trazidos pela Emenda Constitucional n. 6/95, lícito asseverar que a Constituição Econômica inserida no corpo do diploma constitucional de 1988 dispõe sobre uma ordem

econômica progressista que, sem sufocar a iniciativa privada com intervencionismos primários e populistas, sem objetivos claros, prevê princípios consubstanciadores de uma preocupação patente com o vetor interpretativo da dignidade humana. Tal fato, no entanto, não obsta o aspecto intervencionista antes mencionado, que enseja, ademais, o acolhimento, pelo texto constitucional, da social-democracia, como ideologia adotada.

Das análises históricas empreendidas, percebe-se os motivos pelos quais, na evolução econômica do sistema capitalista, cuja característica primordial é a atomização do indivíduo, a intervenção estatal na economia se fez necessária. Aparentemente, seria um paradoxo que o sistema econômico que mais repugna aspectos sociais tenha dado ensejo ao surgimento do dirigismo estatal.

Como se constatou, o capitalismo, como sistema econômico, engendrou, ao longo da história, várias formas ou regimes econômicos, cujas modificações não tiveram por escopo senão a manutenção do próprio sistema como um todo, mesmo que, a princípio, trouxesse prejuízos relevantes a determinados proprietários de meios de produção. Em consequência, fez surgir a corrente político-jurídica revisionista. Daí que a aparição do Estado no domínio econômico, mediante intervenção, direta ou indireta, não tem outro motivo senão assegurar a sobrevivência do sistema, primeiramente, mesmo que haja necessidade de mutação na sua forma; por segundo, conformar no bloco econômico da constituição as pressões de ordem econômicas, sociais e ideológicas dos grupos ou classes surgidos na sociedade. Como afirma Moreira (1987, p. 94), tanto no que toca às pressões econômicas, “o progresso técnico e o daí emergente nascimento do capitalismo monopolista”; quanto às pressões sociais, “o nascimento do movimento operário e o agravamento dos conflitos de classe”; e às de caráter ideológico, “o aparecimento de ideologias negadoras do capitalismo, ou pelo menos do capitalismo liberal.”

Tais fatores forçaram, segundo, ainda, Moreira (1987, p. 99), a primeira modificação na forma do capitalismo como sistema:

O efeito conjunto dos factores referidos (: económicos, sociais e ideológicos) foi pôr em causa o sistema social (: sistema político) do capitalismo liberal. Isto é: a manutenção do sistema implicou a sua transformação, nomeadamente com a atribuição ao sistema jurídico-político

(: Estado e direito) de uma maior papel na regulação do equilíbrio do sistema social.

Com efeito, as pressões mencionadas impulsionaram uma revisão da doutrina do liberalismo clássico, convergindo para uma gradual ingerência do Estado no domínio econômico, embasado pelos fatores sociais e ideológicos (corrente revisionista). Essa gradual ingerência, por seu turno, direcionou a economia e, conseqüentemente, o direito para uma socialização – e não para o socialismo, como sistema econômico – afetando algumas estruturas fincadas no primeiro capitalismo, em prol de classes sócioeconômicas outras que não a burguesa.

Surge, a outro giro, a primazia, em razão dos fatores já mencionados, dos *interesses sociais*, que terão como titulares aqueles grupos sociais cujos integrantes viviam alheios à proteção do Estado na época do liberalismo clássico.

Frise-se, ademais, que a aparição dos interesses sociais – longe de ser a extinção dos demais – configura a emersão dos direitos sociais inorganizados (FRIAS, 1941, p. 37), como tentativa de se estabelecer um direito organizado com fulcro na natural e espontânea cooperação informal dos indivíduos em sociedade.

Importa evidenciar que o surgimento dos direitos sociais – aqueles que concernem às demais classes existentes em uma determinada sociedade, que não a burguesa – deveu-se à necessidade de mutação na forma do sistema econômico capitalista como meio de sobrevivência do próprio sistema, além das pressões exercidas por grupos intermediários, existentes entre o Estado e o indivíduo, tais como: associações, sindicatos, e outros; e, não, como aparentemente se possa induzir, em virtude de preocupações e interesses da classe vitoriosa em 1789 com aquelas outras.

Daí afirmar Bobbio (2004, p. 38-9) o caráter histórico, e não natural, dos direitos sociais:

[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações

técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. *O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza.* O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação. O relativismo que deriva dessa pluralidade é também relativo. E, além do mais, é precisamente esse relativismo o mais forte argumento em favor de alguns direitos do homem, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamento. (Grifo nosso e do autor)

Não tendo, portanto, fundamento absoluto (natural), os direitos do homem, notadamente, os de caráter social, restringir-se-ão àquilo que previsto em texto normativo dotado de rigidez e supremacia, tal como as constituições modernas e contemporâneas.

Nessa perspectiva, é imperioso afirmar -quanto ao objeto deste ensaio -que a não concessão de direitos sociais a determinados grupos não se traduz na redução de sua abrangência, e sim, em determinar historicamente quem são os efetivos destinatários desses direitos, os quais, como se demonstrou, não surgiram por benevolência da classe sócioeconômica dominante à classe dominada, senão por reivindicações e lutas realizadas por esta. Daí seu caráter histórico. Mesmo porque interessa, no particular, a sua precisa conceituação, que é ofertada por Silva (1994, p. 258), para quem, direito social:

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos

que se connexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (Grifo nosso)

É nessa perspectiva que podemos afirmar que a concessão de direitos sociais a agentes políticos eletivos, não previstos expressamente no texto constitucional, malferir toda a arquitetura da Constituição, assim como sua preocupação com o viés histórico desses direitos, à medida que promove, fomenta a desigualdade que não deve existir entre os indivíduos em sociedade. Isso porquanto se, como vimos, os direitos sociais surgem em um panorama de corrigir desvios entetados pelo sistema econômico capitalista, afagar parte da classe burguesa com tais direitos é inverter a pauta de prioridade ofertada pela história, é dizer, é trabalhar para a majoração da desigualdade social existente.

À luz, portanto, da sua evolução histórica, assim como do caráter do seu fundamento, os direitos sociais possuem destinatários certos e determinados, uma vez que, condicionado historicamente, sua essência não suporta que sua titularidade e seu exercício sejam conferidos a membros da classe dominante, por encerrar, às escâncaras, subversão de seu objetivo histórico.

3 AGENTES POLÍTICOS ELETIVOS E AGENTES POLÍTICOS NÃO ELETIVOS. DISTINÇÃO ESSENCIAL QUANTO AO REGIME JURÍDICO A ORIENTAR TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DIVERSO.

Fruto efetivo da cultura e da história da sociedade brasileira, a atual Constituição da República não escapou ao determinismo histórico que anima a aparição dos direitos sociais, mormente em razão de seu caráter extremamente democrático. Destarte, além de prever em seu texto um rol significativamente extenso de direitos desse caráter, já que não acantonam tão somente no artigo 6º do texto fundamental, direcionou-os a segmentos sociais específicos, titulares de *interesses*

segmentais (ALMEIDA, 2009, p. 133), que, nos períodos políticos de exceção vividos no Brasil, ficaram à margem do direito legislado do Estado ou foram simplesmente arremessados ao *limbo jurídico*.

É com esse sentido de resgate, entendemos, que deve ser feita a leitura (mais apropriada) dos preceitos constitucionais que informam o regime jurídico dos direitos sociais, como de resto de todos os direitos fundamentais, positivados na Constituição, sob pena de contribuirmos para o aprofundamento do abismo entre as realidades constitucional e social, ainda muito sentido pela população brasileira.

É que a análise cuidadosa dos dispositivos constitucionais de regência induzirá à mesma conclusão que acima se chegou, qual seja, a proibição da titularidade e do exercício de direitos sociais pelos agentes políticos eletivos, salvo quando a Constituição os concedeu de forma expressa, sem que deixasse margens a dúvidas, por traduzirem-se em exceção à regra.

Com efeito, a mais adequada atitude interpretativa tangencia a distinção essencial, exposta na Constituição, entre agentes políticos eletivos e os não eletivos, para se concluir que, à luz das cláusulas constitucionais de regência, os regimes jurídicos ofertados diferem radicalmente, precipuamente quanto às vantagens conferidas a uns e a outros.

Pois bem. Se não há proveito algum para a sociedade - na democracia representativa - a gratuidade do exercício do mandato eletivo (SANTOS, 2005, p. 303 *et seq.*), é forçoso reconhecer que não é em razão do pagamento de uma mera contraprestação pecuniária pelo exercício do mandato que os agentes políticos eletivos se transformam, subitamente, em trabalhadores. De efeito, o exercício das atribuições conferidas constitucionalmente ao detentor de mandato eletivo encerra uma *representação popular*, própria dos regimes democráticos indiretos/representativos, instituindo-se, por corolário, uma *relação* de natureza eminentemente *político-jurídica* com o Poder Público, isto é, uma relação de representação política dos respectivos segmentos sociais, a qual não se traduz, portanto, em venda da força de trabalho a terceiros, como elemento integrante da produção. Essa, a seu turno, evidencia uma *relação jurídico-econômica* de trabalho, uma *relação profissional*.

Destarte, cabe lembrar os ensinamentos de João Barbalho (2002, p. 70) que, ao comentar o artigo 22 da Constituição de 1891, expressou-se, no alvorecer da República, da seguinte forma:

Durante as sessões. No recesso d'ellas não ha que subsidiar os legisladores, occupados então em seos proprios negocios ou em seos empregos. Nem durante ellas têm elles direito a receber o subsidio si não comparecerem, sendo méro abuso a concessão de licença comdireito a essa vantagem. É pelo prejuizo que soffre em seos interesses o representante, d'elles afastado para estar presente à sua camara, que a Constituição lhe dá o subsidio, isto é, como a palavra o diz, auxilio, adjutorio (e não ordenado ou pagamento). E pois, si à sessão não vae, si não comparece nem concorre para o trabalho legislativo, não tem direito a esse auxilio, a menos que esteja em alguma commissão gratuita de serviço das camaras ou por ellas consentido, sem preterição dos deveres parlamentares. A percepção de subsidio sem exercicio no parlamento como que faz degenerar o mandato politico em simples emprego publico; é contraria mesmo à natureza e caracter do mandato (o procurador não tem direito a ser pago si não trabalha) e não assenta bem com a qualidade e jerarchia de tam altos gestores dos negocios publicos.

Fixada a natureza de suas atribuições, e, por consequência, do vínculo que se estabelece com o Poder Público, é possível extrair, do escólio doutrinário, a ilação segundo a qual os agentes políticos eletivos deverão ser estipendiados pelo estrito exercício do mandato, já que afastados estarão de seus afazeres e negócios, os quais, sem a menor dúvida, estarão momentaneamente prejudicados.

Com efeito, atualmente, a doutrina não possui divergência relevante do quanto ensinado pelo comentarista da Constituição de 1891.

Assim, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 195) classifica:

Denominam-se servidores públicos todos os indivíduos que estão a serviço remunerado de pessoas jurídicas de direito público. Idéia de extensão mais ampla que a de servidores públicos é a de agentes públicos, que são todos aqueles que, servidores ou não, estão intitulados a agir, manifestando, em alguma parcela, um poder atribuído ao Estado. *Neste sentido, incluem-se os agentes políticos, eleitos ou não [...].* (Grifo nosso)

Por outro lado, embora parta de um conceito reducionista de agentes políticos, Diogenes Gasparini (2006, p. 156) assevera:

São os detentores dos cargos da mais elevada hierarquia da organização da Administração Pública ou, em outras palavras, são os que ocupam cargos que compõem sua alta estrutura constitucional. Estão voltados, precipuamente, à formação da vontade superior da Administração Pública ou incumbidos de traçar e imprimir a orientação superior a ser observada pelos órgãos e agentes que lhes devem obediência. Desses agentes são exemplos o Presidente da República e o Vice, os Governadores e Vices, os Prefeitos e Vices, os Ministros de Estado, os Secretários estaduais e municipais, os Senadores, os Deputados e Vereadores. Não são, como se vê dessa enumeração, pessoas que se ligam à Administração Pública por um vínculo profissional. [...] *O liame que os prende à Administração Pública é de natureza política e o que os capacita para o desempenho dessas altas funções é a qualidade de cidadãos. [...] Não se subsumem, portanto, ao regime de pessoal [...]* (Grifo nosso)

Vale, ainda, transcrever as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 135-7) quanto aos agentes políticos:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. [...]

O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um munus público. (Grifo nosso)

À luz dos ensinamentos doutrinários, é forçoso concluir que a Constituição estabeleceu distinções quanto à natureza das atribuições, ao vínculo estabelecido com o Poder Público e, conseqüentemente, quanto ao regime jurídico estabelecido entre os servidores públicos (agentes administrativos) e os agentes políticos, ambas espécies do gênero *agentes públicos*. E, entre os últimos, há a disparidade constitucional incontornável entre *agentes políticos eletivos* e *agentes políticos não eletivos*. Extremando-se os grupos, é certo afirmar que, no primeiro, encontram-se os membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, de todas as entidades federadas; já no segundo, os integrantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal

de Contas e da Defensoria Pública.

Na realidade, é possível asseverar, sem receio de se cometer qualquer equívoco, que, em virtude da enorme disparidade existente entre os respectivos regimes jurídico-constitucionais, o único toque de interseção passível de observação se consubstancia na forma de remuneração de tais agentes, que, a partir da Emenda Constitucional (EC) n. 19/1998, passou a ter uma única denominação: *subsídio*.

Aí, pensamos, radica o desvio de perspectiva operado pelo intérprete menos avisado.

Com efeito, em virtude desta EC, e para se conferir nomenclatura única aos estipêndios de determinados agentes públicos, espécies de agentes políticos diversas foram acantonadas em um mesmo preceito, surgindo a celeuma no que concerne à titularidade e ao exercício de direitos sociais, já que se pressupõe que o regime jurídico é idêntico para todos aqueles englobados no § 4º do artigo 39 da Constituição da República, na dicção ofertada por aquela Emenda Constitucional.

Entretanto, com uma leitura mais cuidadosa e profunda, é possível perceber que o único objetivo do Constituinte Reformador só poderia ter sido o de criar identidade quanto à remuneração dos agentes políticos ali arrolados, e não igualá-los no que diz respeito aos demais aspectos do tratamento jurídico conferido a cada categoria, pois, se assim o fizesse, a Emenda estaria igualando os desiguais sem que o critério da igualação fosse minimamente razoável, é dizer, a reforma textual malferiria o *princípio da igualdade*, atraindo para si, por consequência, a pecha da inconstitucionalidade.

Para que não ocorra essa incompatibilidade, imperioso desnudar as distinções inerentes sobre a essência de cada grupo de agentes políticos estipendiado por subsídio, e conferir uma interpretação razoável e sistematizada às cláusulas constitucionais de regência, para assim convergir à assertiva que se tocou acima: a única identidade entre esses agentes políticos é a nomenclatura conferida à contraprestação recebida, qual seja, *subsídio*. O próprio texto constitucional nos deixa antever a disparidade existente entre agentes políticos eletivos e não eletivos, exceção feita, repise-se, a nomenclatura da contrapres-

tação. O desvio de perspectiva operado por aqueles que entendem que os agentes eletivos possuem direitos sociais somente pelo fato de serem remunerados por subsídio é incomensurável. Analisemos uma hipótese. A Constituição de 1988 faculta à Administração Pública remunerar seus servidores públicos (agentes administrativos) através de subsídio, faculdade autorizada explicitamente no artigo 39, § 8º. Surge, assim, o seguinte questionamento: concretizada essa faculdade constitucional, e passando os servidores públicos a perceber subsídios, estariam eles proibidos de titularizar e exercer os direitos sociais previstos no § 3º do mesmo artigo 39? Parece-nos claro que a resposta é negativa.

Destarte, e em consonância com o que acima afirmamos, a única coincidência entre os regimes jurídicos dos agentes políticos previstos no § 4º do artigo 39 da Constituição concerne ao nome ofertado à respectiva contraprestação. Vejamos.

Os agentes eletivos exercem mandatos, cuja duração é constitucionalmente determinada, e não, cargos públicos. Essencialmente, a periodicidade dos primeiros concerne, a toda vista, ao regime de governo democrático, o qual exige alternância no poder e nas eleições periódicas. Ademais, ressalte-se ainda que os cargos públicos possuem duração determinável, e não, determinada temporalmente. Os membros dos Poderes políticos, além disso, não são estruturados em carreiras. Por corolário, não obedecem a qualquer hierarquia, nem mesmo daqueles que os elegeram, uma vez que o mandato não vincula a vontade do representante a do representado. Não possuem, da mesma forma, férias (fenômeno reconhecido constitucionalmente é o *recesso parlamentar*, o que não pode ser confundido com aquele direito social, à medida que não há necessidade de período aquisitivo para usufruir daquele recesso). Por não terem direito a férias, não fazem jus, por óbvio, ao acréscimo de 1/3 constitucional sobre esse benefício, uma vez que este se encontra umbilicalmente ligado ao descanso anual remunerado. Quanto aos chefes dos Poderes Executivos, prevê a Constituição os afastamentos autorizados. No entanto, são aposentáveis pelo regime comum da Previdência Social. Impende anotar, no particular, que a aposentação dos agentes políticos eletivos é a exceção que confirma a regra. Isso porquanto a Constituição da

República prevê expressamente tal direito social (CR/88, art. 40, § 13), inclusive com direito de cumular os proventos da aposentadoria com a remuneração de cargo público (CR/88, art. 37, § 10), o que é expressamente vedado aos demais agentes públicos, inclusive aos agentes políticos não eletivos, pelo mesmo inciso constitucional.

De outro lado, no que concerne aos membros dos Poderes Legislativos, notadamente no âmbito da União, a Constituição de 1988 estabeleceu aquilo que doutrinariamente se denomina *estatuto dos congressistas* (CR/88, art. 53 e ss.). No âmbito dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, a Constituição estipulou regras que, embora possuam diferenças periféricas, não destoam no essencial, cuja finalidade é a proteção da liberdade do exercício do mandato. (CR/88, art. 25 e ss.; art. 29, VIII e IX). Deflui dessas regras que os membros dos Poderes Legislativos, em maior ou menor medida, possuem uma relativa responsabilidade penal e civil.

O mesmo ocorre quanto aos membros dos Poderes Executivos em todas as esferas de governo (CR/88, art. 76 e ss.; 28 e 29 e ss.).

No que toca particularmente aos membros dos Poderes Legislativos municipais, é forçoso reconhecer uma faculdade constitucional defesa à grande maioria dos agentes públicos, notadamente, aos agentes políticos não eletivos. Com efeito, podem esses agentes eletivos, cumpridos os requisitos exigidos, cumular a contraprestação recebida em razão do exercício do mandato com a remuneração do cargo público, caso sejam servidores públicos de provimento efetivo (CR/88, art. 38, III). Tal cumulação somente é autorizada constitucionalmente, e por exceção, nas hipóteses previstas no inciso XVI do artigo 37 do texto constitucional.

Como é possível observar, mesmo entre esses agentes eletivos, aspectos pontuais diferem em relação à entidade federada a que pertencem.

A outro giro, se observarmos, porém, as cláusulas constitucionais referentes aos agentes políticos não eletivos, divisaremos que, conquanto sejam remunerados também por *subsídio*, a identidade de tratamento constitucional para por aí, sendo, de resto, totalmente distinto o regime jurídico a eles afetado.

Destarte, os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública possuem cargos nos quais exercem suas atribuições, as quais devem ser previstas em lei como forma de se assegurar a transparência e o controle social do respectivo exercício. À exceção do Tribunal de Contas, são estruturados em carreira, razão pela qual se estabelece hierarquia administrativa, inclusive com a existência de Conselhos Nacionais que detêm caráter e poderes administrativos, como é o caso do Judiciário e do Ministério Público. Não obstante, os membros do Tribunal de Contas, no âmbito da União, são equiparados, para efeito de vantagens e aposentação, dentre outros, aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (CR/88, art. 73, § 3º). Possuem todos, ainda, horário regular de expediente.

Porém, o que releva para este estudo e que definitivamente encerra a diferença essencial é que estes agentes políticos não eletivos mantêm com o Poder Público uma relação de trabalho, profissional, à medida que vendem sua força de trabalho, à símile do que ocorre com os agentes administrativos (servidores públicos). Daí a razão pela qual é-lhes conferidos os direitos sociais descritos no § 3º do artigo 39 da Constituição da República.

Além disso, podemos adicionar a esse rol os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais, uma vez que, embora apareçam no § 4º do artigo 39 da CR/88, inserem-se na categoria de agentes políticos não eletivos, e, portanto, gozam dos direitos sociais relacionados no § 3º do artigo 39, já que exercem cargo público de provimento em comissão, conquanto tenham forte viés político.

A propósito do assunto em tela, vale colher ainda os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 496):

No entanto, embora o dispositivo fale em parcela única, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela emenda. Com efeito, mantém-se, no artigo 39, § 3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isto, o servidor que ocupe cargo público (*o que exclui os que exercem mandato eletivo e os que ocupam emprego público, já abrangidos pelo artigo 7º*) fará jus a: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à do normal, adicional de

férias, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com a duração de cento e vinte dias. (Grifo nosso)

No mesmo sentido, ensina Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 697):

O servidor que ocupe cargo ou emprego público – *excluídos aqueles que exercem mandato eletivo* – fará jus: ao décimo terceiro salário, ao adicional noturno, ao salário-família, ao adicional de férias, à remuneração por serviço extraordinário. (Grifo nosso)

Com efeito, a expressão “servidores ocupantes de cargo público”, a que se refere o art. 39, § 3º, do texto constitucional, não se aplica aos exercentes dos cargos eletivos, e, por outro lado, não fica também restrita aos agentes administrativos. Isso porque o vínculo que eles (agentes eletivos) possuem com a Administração Pública é meramente político e precário, à medida que exercem mandatos, e não cargos, como os servidores administrativos ou membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública.

No mesmo sentido são os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 512) para quem os agentes políticos eletivos não devem ser confundidos com os agentes organizados em carreira. Sobre os primeiros esclarece:

[...] caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere um direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. *Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral.* (Grifo nosso)

Mas as discrepâncias constitucionais concernentes aos regimes jurídicos convergem para que, no tocante ao objeto deste ensaio, os agentes políticos eletivos não possam auferir os direitos sociais próprios daqueles que vendem sua força de trabalho e possuem uma relação profissional com Administração Pública. Para que fizessem jus ao exercício desses direitos, a Constituição da República deveria ter sido expressa, uma vez que o seu silêncio, que se mostra eloquente no particular, deve ser lido como uma proibição *a priori*. Na raiz dessa afirmação está o fundamento histórico, e não natural,

dos direitos sociais, como vimos. Assim, a sua previsão em textos de magnitude constitucional deverá ser lida como o resultado de uma reivindicação -não raras vezes através de luta -de segmento social específico, que, em razão de circunstâncias político-econômicas, auferiu aquele direito.

É o que afirmam, sob o prisma histórico, Bastos e Martins (1989, p. 436), os quais nos dão exemplo evidente da evolução desses direitos para determinado segmento social:

Note-se, entretanto, que ainda antes da atual Constituição esse direito não era extensível a todos os trabalhadores. Colhia, sem exceção, aqueles que fossem tidos como empregados urbanos e rurais. Como, todavia, a Constituição atual estende os direitos dos trabalhadores, ao menos parcialmente, às certas categorias, temos hoje, inequivocamente, o alargamento dos beneficiados por dita vantagem. Cite-se como exemplo os domésticos, que gozam de uma quase-equiparação com os empregados plenos. A esses também é devida a gratificação natalina.

Tal evolução não ficou restrita aos empregados domésticos, houve a necessidade de previsão expressa no texto constitucional para que se procedesse à extensão de alguns direitos sociais aos servidores ocupantes de cargos públicos efetivos (CR/88, art. 39, § 3º). E não poderia ser diferente, à medida que tais direitos eram inexistentes nas Constituições anteriores.

Nessa linha de raciocínio, portanto, afigura-se errôneo equiparar os agentes políticos eletivos, cujo vínculo com o Estado é transitório, aos agentes políticos ocupantes de cargo público, sendo forçoso reconhecer que a Constituição da República estabeleceu regimes jurídicos distintos entre tais agentes, o que enseja a necessidade de que o gozo e o exercício de quaisquer direitos sociais sejam expressamente autorizados pelo texto constitucional.

CONCLUSÃO

Em compêndio, forçoso reconhecer, primeiramente, que os direitos sociais possuem fundamento histórico, e não natural. Daí ser possível afirmar, sob esse prisma, que, não só pelo fato de terem

natureza humana, os agentes investidos em mandatos detêm a titularidade e o exercício daqueles direitos, pois que o seu fundamento histórico direciona a respectiva fruição a segmentos sociais específicos, destinatários determinados, cujo benefício somente é explicável à luz do desenvolvimento histórico de cada sociedade, em cada país.

De outro lado, a adequada interpretação dos dispositivos constitucionais de regência indicará a diversidade existente na essência e, por corolário, nos regimes jurídicos, afetos tanto aos agentes políticos eletivos quanto aos não eletivos, sendo imperioso extrair duas conclusões: a) o único ponto de toque entre os regimes jurídicos concerne à univocidade de nomenclatura da respectiva contraprestação, ofertada pela EC n. 19/1998; b) a fruição de direitos sociais pelos agentes eletivos carecerá, incontornavelmente, de previsão *constitucional* expressa, como ocorreu com a aposentação, isso em razão da qualidade do vínculo estabelecido com a Administração Pública.

Por corolário, a legislação infraconstitucional, de quaisquer entidades federadas, que estabelecer quaisquer direitos sociais não plasmados no texto constitucional para agentes eletivos atrairá para si a pecha de inconstitucionalidade, por contrariar o *silêncio eloquente* da Constituição sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Franco de. **Democracia e constitucionalismo na jurisdição constitucional**. 2009. Tese (Doutorado) - Universidad del Museo Social Argentino. Buenos Aires. (pendente de publicação).

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. V. 2.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo, SP: Saraiva, 2000. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira (1891)**. ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FRIAS, Jorge A. **Lo permanente y lo mudable en el derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Adsum, 1941.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Campinas: Red Livros, 2002.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição brasileira de 1891**. ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

INSTITUCIONAL

O CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, E A NECESSIDADE PREMENTE DA REMODELAÇÃO DE SUAS DECISÕES EM SEDE DE ARQUIVAMENTOS DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS E INQUÉRITOS CIVIS

Juliano da Silva*Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná*

1 INTRODUÇÃO

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Ministério Público consolidou-se de forma destacada como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

Não sem razão, foi alocado no capítulo reservado às funções essenciais à Justiça, e lá permanece desde então cumprindo com maestria o papel que lhe foi outorgado, dinamizando o direito e tornando-o contemporâneo.

Esse papel, contudo, tem sido relegado às vias judiciais, não tendo o papel, na esfera administrativa, recebido a atenção merecida.

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 251 - 264	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

O Ministério Público recebeu da Lei n. 7.347/85 um importante mecanismo de atuação – os procedimentos de natureza administrativa (aqui em sentido amplo, designando não apenas os procedimentos administrativos preliminares, mas também os inquéritos civis), cuja importância tem sido mitigada em razão de sua força restar circunscrita à matiz judicial.

Com o passar do tempo, esses procedimentos administrativos passaram a ser utilizados apenas como cadernos probatórios, que poderiam seguir basicamente três caminhos distintos: o ajuizamento de alguma ação de natureza judicial, a celebração de termo de ajustamento de conduta, ou, mesmo, o arquivamento direto ante a constatação da inexistência da situação objeto da investigação.

Esta tríade, contudo, não encerra em si mesma a função dos referidos procedimentos, ou pelo menos não deveria fazê-lo, afinal, as decisões tomadas em procedimentos desta natureza são verdadeiras “sentenças” decisórias de matérias administrativas e devem receber a importância que merecem, notadamente, dos Conselhos Superiores, que deveriam motivá-las tal como fazem os Tribunais em suas decisões.

Essa mudança de paradigma, na atuação administrativa, traria consigo a força necessária para que tais decisões fossem consideradas fontes mediatas de direito administrativo, ao menos institucionalmente, e servissem de norte orientador para os membros, para a sociedade, e, porque não, num viés inverso, para os Tribunais, que utilizariam tais precedentes em seus julgados.

A tarefa, contudo, como se verá adiante, é árdua, e demanda uma atualização e reestruturação do Colegiado Superior, conferindo-lhe uma roupagem mais condizente com o atual momento institucional, em que o Ministério Público ocupa a vanguarda da defesa dos direitos indisponíveis, notadamente, os das espécies difusa, coletiva e individual homogênea.

2 O PRINCÍPIO INSTITUCIONAL DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A FORÇA DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS EMANADOS PELO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Consoante se depreende da redação inculpada no artigo 127 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Ministério Público se caracteriza por ser “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Outrossim, para que seus membros possam desempenhar suas funções com presteza, segurança e eficiência, são regidos por três princípios institucionais, alinhavados no artigo 127, § 1º, da mesma Carta Política, quais sejam: unidade, indivisibilidade e independência funcional.

O primeiro, consoante lição de Francisco de Salles Almeida Mafra Filho, refere-se “à capacidade e a possibilidade dos membros do Ministério Público agirem como se fossem um só corpo, uma só vontade. A manifestação de um deles vale, portanto, como manifestação de todo o órgão”. (in <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22547>. Acessado em 25/7/2010).

Quanto ao princípio da indivisibilidade, consubstancia-se em corolário do primeiro, permitindo aos membros do Ministério Público que se substituam mutua e reciprocamente, sem prejuízo do exercício do *mister* constitucional¹.

1 A fim de ilustrar o referido princípio, traz-se à colação julgado extraído dos repositórios do Pretório Excelso que consagrou os princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade: ‘HABEAS CORPUS’. TÓXICOS. ALEGAÇÕES CONTRA O PROCESSO, INCONSISTENTES. ART. 12 DA LEI DE TÓXICOS. ALEGAÇÕES DE ILEGITIMIDADE DE MEMBRO DO MP, POR TER APELADO CONTRA DECISÃO QUE, ACATANDO PARECER DE OUTRO REPRESENTANTE DO ‘PARQUET’, ABSOLVEU O RÉU; INCONSISTENCIA PROBATORIA E FLAGRANTE PREPARADO, TESES INVIAVEIS, EM FACE DA INDIVISIBILIDADE E UNIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DA IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PROBATORIO EM ‘HABEAS CORPUS’ E DA INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 145 DO STF AO CASO. ORDEM DENEGADA. HC 67827 / DF - DISTRITO FEDERAL HABEAS CORPUS.

Ambos já foram exaustivamente consagrados pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive como fundamento para afastar do ordenamento jurídico pátrio o princípio constitucional do Promotor Natural. Afinal, considerando que os membros do Ministério Público podem se substituir indiscriminadamente, não há como compatibilizar tal possibilidade com o princípio do Promotor Natural.

No que concerne ao princípio da independência funcional, vale dizer que os membros do Ministério Público não guardam entre si relação de subordinação de natureza intelectual ou ideológica a outros membros da instituição – Promotores ou Procuradores de Justiça.

Cabe lembrar que a referida subordinação, contudo, inexistente apenas no plano jurídico, devendo o membro acatar as decisões de cunho administrativo, oriundas da administração superior, bem como, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, as do Conselho Nacional do Ministério Público.

Dúvida exsurge, contudo, quanto ao alcance do princípio institucional da independência funcional na atuação do Membro do Ministério Público no exercício de sua competência administrativa, em especial, na atuação extrajudicial – instauração de inquéritos civis e procedimentos administrativos preliminares, arquivamento destes, ajuizamento de ações civis públicas e elaboração de termos de ajustamento de condutas.

É cediço que a regulamentação do trâmite dos inquéritos civis e dos procedimentos administrativos preliminares sofreu grande e significativo avanço com a elaboração da Resolução n. 23, de 17 de setembro de 2007, por parte do Conselho Nacional do Ministério Público.

Inegável, porém, que pautados pelo princípio da independência funcional, e calcados no princípio da obrigatoriedade, os órgãos de execução têm utilizado mecanismos jurídicos distintos em procedimentos extrajudiciais que apuram situações semelhantes.

A ausência de parâmetros de consulta, em especial, de jurisprudência administrativa acerca de temas extrajudiciais, tem contri-

buído para a execução de atuações díspares por parte dos membros da instituição.

Não se cogita que os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade das demandas coletivas funcionam como marcos regulatórios do princípio institucional da independência. Não fosse dessa forma, procedimentos que apurassem irregularidades aparentes poderiam ser simplesmente ignorados, ou mesmo arquivados, não havendo meios para insurgir-se contra tais posicionamentos². Uma vez vislumbrada a situação irregular, não há discricionariedade na atuação. Ela deve ser imediata.

Cumpra gizar, entretanto, que mesmo ante a incidência destes princípios, e da presteza, eficiência e boa-vontade dos membros do Ministério Público, situações semelhantes podem vir a receber tratamentos variados em razão da ausência destes reguladores administrativos, que deveriam servir de bússola para orientar a atuação institucional.

Respeitadas as peculiaridades do caso concreto, que muitas vezes, pode ser regularizado em algumas Comarcas mediante a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, enquanto em outras, apenas mediante a propositura de Ações Civis Públicas. Tudo a depender do senso de responsabilidade da parte adversa, principalmente, nos casos envolvendo a administração pública. De uma ou outra forma, tem-se como insofismável que o tratamento conferido a muitas situações investigadas em procedimentos administrativos e inquéritos civis, ainda que respeitado o princípio

2 A propósito, admitindo a incidência dos aludidos princípios nas demandas de cunho coletivo, afetas ao Ministério Público - PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VÍCIO NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA DEMANDA COLETIVA. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. REPERCUSSÃO SOCIAL. CONTROLE INCIDENTAL DA CONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. [...]5. A norma inserta no art. 13 do CPC deve ser interpretada em consonância com o § 3º do art. 5º da Lei 7.347/85, que determina a continuidade da ação coletiva. Prevalece, na hipótese, os princípios da indisponibilidade da demanda coletiva e da obrigatoriedade, em detrimento da necessidade de manifestação expressa do Parquet para a assunção do pólo ativo da demanda. Em outras palavras, deve-se dar continuidade às ações coletivas, a não ser que o Parquet demonstre fundamentadamente a manifesta improcedência da ação ou que a lide é temerária. STJ - Resp 855181/SC.

da independência funcional do membro do Ministério Público, não vem sendo simétrico.

Tal conduta revela inegável violação do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, haja vista que situações semelhantes devem receber tratamento paritário, mesmo na seara administrativa.

Não é outra a finalidade da jurisprudência oriunda dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Superiores, senão a de proporcionar um entendimento sedimentado acerca de questões assemelhadas. Nesse particular, importante ressaltar que a doutrina reconhece a jurisprudência jurídica como fonte mediata de direito, tamanha a sua importância.

Ademais, numa época em que o Poder Legislativo, na sua missão desenfreada de encontrar soluções para toda e qualquer situação fática, editando normas cada vez mais distantes dos princípios assegurados pela Constituição, a jurisprudência tem se consubstanciado em eficaz mecanismo de controle destas omissões, servindo, inclusive, como paradigma de consulta no momento da edição de novos diplomas.

Esse controle, porém, não deve circunscrever-se à seara jurídica, devendo ser igualmente transportado para a área administrativa, notadamente, em razão da importância que este segmento tem alcançado nos últimos tempos.

No âmbito do Ministério Público, o inquérito civil, além dos demais procedimentos de cunho administrativo afetos à instituição, têm se mostrado bastante eficazes na investigação e controle das chamadas Políticas Públicas, bem como de toda sorte de situações para as quais são legitimados seus membros.

Essa importância, inclusive, já foi verificada por algumas pessoas jurídicas de âmbito nacional, que, à míngua da existência de mecanismos de consulta destes procedimentos, remetem aos Ministérios Públicos das Comarcas onde atuam correspondência indagando acerca da eventual existência, contra si, de algum destes procedimentos, a fim de providenciarem sua defesa ainda na esfera administrativa.

Ainda que se tenha, momentaneamente, reconhecido judicialmente o caráter inquisitorial e unilateral destes procedimentos³, não há dúvida de que, respeitados os casos onde o sigilo deve imperar, até como forma de alcançar o resultado almejado, os demais devem ser disponibilizados aos investigados, e a todos que legítimo interesse tenham na causa – terceiros intervenientes.

A importância alcançada, contudo, não foi acompanhada da devida estruturação de mecanismos de controle da atuação.

A disciplina do rito, estabelecida pela Resolução 23 do Conselho Nacional do Ministério Público, não aplaca o problema, e é apenas o início de uma verdadeira revolução que deve permear a atuação administrativa.

Em homenagem ao princípio constitucional administrativo da eficiência, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição da República, e incidente também na atuação do Ministério Público, deve esta instituição livrar-se das amarras amadorísticas que norteiam qualquer uma de suas atividades finalísticas, tratando os feitos de natureza administrativa (inquéritos civis e procedimentos administrativos preliminares) com a devida prudência que merecem.

Destarte, não há como conceber tal eficiência sem um sistema de controle eficaz desses procedimentos, especialmente, no que tange ao seu desfecho. Em que pese haver várias matizes de controle, esse parece ser o mais importante.

Para tanto, é inegável que tal deve ser realizado, na seara institucional, pelo Conselho Superior do Ministério Público, assim como determina o artigo 9º, § 2º, da Lei n. 7.347/185. Isso porque, uma vez ajuizada a ação civil pública, este controle passa para as mãos do Poder Judiciário.

3 O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a respeito: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. AÇÃO AJUIZADA. PERDA DO OBJETO SUPERVENIENTE. FATO CONSUMADO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR INQUÉRITO CIVIL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. NATUREZA INQUISITORIAL. 3. O Ministério Público possui legitimidade para promover o inquérito civil, procedimento este que tem natureza preparatória da ação judicial, não lhes sendo inerentes os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. RMS 21038 / MG RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0201245-8.

Referente ao controle que deve ser exercido pelo Conselho Superior do Ministério Público, este não deve ficar adstrito à homologação ou não da promoção de arquivamento elaborada pelo membro que exerce suas atividades em primeira instância, ou mesmo pela conversão desta em diligência, mas também pela publicação, na forma de verdadeiros acórdãos de natureza administrativa, das decisões proferidas pelo Conselho no exercício deste controle, que lhe é conferido por lei, para a consulta dos Promotores de Justiça, bem como para que a Instituição firme posicionamento acerca de matérias divergentes e lhes confira a mais ampla publicidade, não apenas perante os membros, como também perante o Estado e a sociedade civil.

Fazendo um paralelo entre as decisões de natureza judicial e as administrativas, seria como transformar as decisões do Colegiado Superior em sede de arquivamentos de Inquéritos Cíveis e Procedimentos Administrativos em fonte de direito para tais casos, tal como a jurisprudência o é para as decisões judiciais⁴

À luz dessa importância conferida aos julgados de natureza judicial, exsurge clara a pergunta: porque não atribuir a mesma força normativa aos precedentes administrativos de segundo grau emanados do Conselho Superior do Ministério Público?

Porque abdicar do poder de decidir administrativamente matéria de natureza administrativa ainda não submetida ao crivo do Poder Judiciário?

Inegavelmente, o Ministério Público detém um *Know-how* muito mais aprofundado em determinados ramos do direito, haja vista serem afetos à própria essência da instituição, notadamente, aqueles de natureza difusa e coletiva, que poderiam ser debatidos na seara administrativa com o mesmo vigor que o são na esfera judicial.

⁴ Acerca da importância da jurisprudência como fonte mediata de direito, traz-se à colação importante lição de Sílvio de Salvo Venosa: Os julgados não têm força vinculativa. Não pode ser considerada a jurisprudência como uma fonte primária do Direito. Contudo, é inelutável que um conjunto de decisões sobre uma matéria, no mesmo sentido, influa na mente do julgador que tende a julgar de igual maneira. [...] Outro aspecto importante é que a jurisprudência orienta o legislador, quando procura dar coloração diversa à interpretação de uma norma, ou quando preenche uma lacuna (*in* Direito civil: parte geral. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2003. p. 47)

Tal função apenas engrandeceria a atuação do Ministério Público, e legitimaria ainda mais a atuação do Conselho Superior como verdadeiro formador de posicionamentos.

Com o intuito de viabilizar esta pesquisa, importante também que sejam estruturados pelo setor de tecnologia de informação das instituições, mecanismos de consulta eficientes, tais quais os utilizados pelos Tribunais.

O emprego deste sistema adequará a atuação administrativa do Ministério Público ao princípio da segurança jurídica, impedindo que situações semelhantes recebam tratamentos desuniformes.

Referido sistema não é novidade em algumas instituições de âmbito estadual, porém está restrito à consulta de seus próprios membros, mediante senha.

Esta compartimentalização de conhecimento contraria inevitavelmente os princípios constitucionais da publicidade e da eficiência.

Fossem as decisões dos diferentes Conselhos Superiores dos Ministérios Públicos Estaduais, e da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, dispostas na forma de acórdãos e publicadas na *Internet* para consulta, com mecanismos de busca eficientes, uniformizar-se-ia o entendimento dos membros em diversos casos análogos, ou, mesmo demarcaria os posicionamentos divergentes e as razões de convencimento para que cada um dos membros, no exercício do princípio da independência funcional, agisse consoante sua consciência.

Esta uniformização de entendimento traria segurança jurídica, bem como segurança institucional, já que permitiria aos membros do Ministério Público tomar decisões embasados em fundamentos sólidos de casos idênticos já debatidos.

As decisões do Conselho Superior, por serem colegiadas, desfrutam de uma sabedoria ímpar, que jamais poderá ser alcançada isoladamente pelos membros da instituição atuantes em primeiro grau.

A força dos precedentes administrativos, com o passar do tempo, traria uma motriz singular aos procedimentos e inquéritos civis e eliminaria as decisões conflitantes.

Ainda, porque não admitir o emprego de tais precedentes como mecanismos de defesa dos investigados. Afinal, o Ministério Público de 1988 trouxe consigo a imparcialidade como paradigma. Não se pode olvidar que os membros da instituição são Promotores e Procuradores de Justiça, e esta apenas pode ser exercida com imparcialidade.

À luz do exposto, e do papel constitucional do Ministério Público, sendo este o único legitimado à instauração de procedimentos administrativos preliminares e inquéritos civis, tomando ainda como fundamento a nova ordem constitucional administrativa, pautada pelos princípios da publicidade e da eficiência, não há como negar a imperiosa necessidade de se implementar um sistema de decisões administrativas, tal como a dos acórdãos proferidos pelos Tribunais, para que sirvam de embasamento para as decisões dos membros dos diversos Ministérios Públicos.

Importante também, para viabilizar esta consulta, a existência de mecanismos virtuais de consulta, que deverão ser viabilizados pelos setores de tecnologia de informação.

A fim de tornar tal feito possível, e lhe imprimir uniformidade, imprescindível a atuação do Conselho Nacional do Ministério Público, que no exercício de seu *mister* regulamentar, deverá editar resolução disciplinando como deveriam os diversos Ministérios Públicos procederem para alcançarem tal objetivo, e, porque não, fornecendo a tecnologia necessária para tanto, através de seu departamento de TI.

Ignorar a evolução dos procedimentos administrativos, retardando a adoção de desfechos idênticos a casos semelhantes, aniquilará num futuro próximo a força que lhes foi conferida pelo plexo de leis que regem o direito nacional.

Quanto tempo será necessário para que os legisladores, atentos à força do Ministério Público, cunhem meios de inviabilizar as

investigações deflagradas nos procedimentos administrativos e inquéritos civis instaurados pelo Ministério Público acaso não tenham sido eles delineados por um rito ou disciplina específicos, e pautados nos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório? E, os Tribunais? Quanto tempo levará para atacarem as decisões administrativas proferidas pelos membros do Ministério Público, seja via mandado de segurança, seja via outro remédio de natureza judicial? Afinal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, *ex vi* o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Este controle judicial somente não é exercido de forma mais incisiva porque os investigados ainda não se atentaram sobre a possibilidade de o realizarem, mormente em razão do obscurantismo que ainda permeia esta área de atuação do Ministério Público.

Para evitar que isto ocorra, a segurança jurídica dos precedentes administrativos deve, urgentemente, ser alçada a diretriz no planejamento institucional do Ministério Público nacional, e, também, receber do Conselho Nacional do Ministério Público a devida atenção.

3 CONCLUSÃO

Consoante mencionado, ao Ministério Público foi outorgado uma série de direitos e deveres de viés constitucional que reclamam atuação premente.

Esta atuação, contudo, não deve circunscrever-se à seara judicial, notadamente diante dos mecanismos que foram disponibilizados para serem utilizados pela instituição, alguns de forma exclusiva, tais como os Procedimentos Administrativos e os Inquéritos Civis.

A força destes procedimentos, contudo, não pode depender de sua judicialização. Eles devem trilhar caminho próprio e encontrar, ainda que nas promoções de arquivamento, um significado de existência que transcenda este ato institucional.

O arquivamento dos procedimentos não deve ser encarado como um fim em si mesmo, mas como uma possibilidade de debater questões das mais variadas matérias, sob um prisma colegiado de membros do Ministério Público de notória experiência.

Afigura-se necessário utilizar este último sopro de vida dos procedimentos como um momento de reflexão e firmar posicionamento institucional acerca das matérias que são objeto de atuação do Ministério Público.

Trata-se do único momento onde a atuação ministerial é plena, por não depender do crivo judicial, consubstanciando-se em verdadeira bússola de orientação dos membros, em seu mister institucional de primeiro grau.

Contudo, para que adquiram a força que merecem, tais decisões devem ser motivadas tal como acontece com os acórdãos judiciais, votadas numa sistemática semelhante, de modo a identificar as diversas matizes de opiniões.

Da mesma forma, deve a instituição munir-se de tecnologia de informação necessária para divulgar tais decisões nos exatos moldes que o fazem os Tribunais com seus julgados, a fim de lhes conferirem publicidade e também, para que possam ser consultados como fontes de direito institucional, respaldando os Promotores de Justiça em sua atuação perante o primeiro grau.

A publicidade do arquivamento não deve limitar-se àquela prevista pelo Conselho Superior do Ministério Público na Resolução 23, notadamente, porque sempre será submetida ao crivo do Conselho Superior para que seja validada.

Assim, se é importante que a parte receba do membro da instituição em primeiro grau as razões que o levaram a arquivar o inquérito civil, porque não tornar obrigatória a publicação das decisões que homologaram tal arquivamento, numa sistemática semelhante ao que acontece atualmente com os processos judiciais em trâmite perante o segundo grau?

O Ministério Público precisa urgentemente remodelar-se e

livrar-se de toda ação amadorística que ainda permeia suas atividades, sejam elas judiciais ou institucionais, e adequar-se aos tempos atuais, onde a motivação e a publicidade parecem dar o tom do exercício das atividades impostas pela Constituição da República.

PEÇA PROCESSUAL

PARECER MANDADO DE SEGURANÇA - MULTA AMBIENTAL

Pedro Roberto Decomain

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

MINISTÉRIO PÚBLICO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE
ITAIÓPOLIS

**Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Comarca de
Itaiópolis**

O Ministério Público, na pessoa do Promotor de Justiça titular da Promotoria de Justiça desta Comarca, respeitosamente comparece à presença de Vossa Excelência, para apresentar sua manifestação nos autos sob n. **032.09.001585-3**, do **Mandado de Segurança** aforado por **Osni Correa**, em face de ato do Sr. **Comandante do 12º Pelotão de Polícia Militar Ambiental de Canoinhas, SC**, o que faz nos termos que se seguem.

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 17	p. 265 - 288	jul./dez. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

Osni Correa, representado por advogada, ajuizou mandado de segurança em face de ato do Senhor Comandante do 12º Pelotão de Polícia Militar Ambiental de Santa Catarina, com sede em Canoinhas, afirmando, em resumo, o seguinte:

1. foi lavrado em face do impetrante o Auto de Infração n. 05286-A, datado de 7 de julho de 2009, com proposição de pagamento de multa administrativa no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), acompanhado de Termo de Embargo/Interdição n. 14.014-A, relativo a uma área de terras de 8 hectares, de sua propriedade;

2. a lavratura do auto de infração teria sido motivada por supressão de vegetação nativa sem autorização do órgão ambiental competente;

3. a área, todavia, seria passível de utilização, pois possuía vegetação em estágio inicial de regeneração, além de enquadrar-se como pequena propriedade, não havendo nela vegetação ameaçada de extinção;

4. o impetrante ofertou defesa prévia, porém o processo administrativo não foi remetido à autoridade competente, a FATMA, tendo a própria Polícia Militar Ambiental, por intermédio do impetrado, proferindo despacho de manutenção do embargo da área e aplicação de multa no valor de R\$ 40.000,00, até que fosse protocolado PRAD na FATMA;

5. nos termos do art. 5º, LIII, da Constituição Federal, ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

6. nos termos do art. 15, III, da Lei Estadual n. 14.675, de 2009, compete à Polícia Militar Ambiental “lavrado auto de infração em formulário único do Estado e encaminhá-lo à FATMA, para a instrução do correspondente processo administrativo”;

7. na forma do art. 83 da mesma Lei Estadual, compete à FATMA dar ciência de suas decisões ao recorrente, bem como emitir a competente guia de recolhimento no caso de aplicação da penalidade de multa”;

8. o Código Ambiental Catarinense é claro, dele se inferindo não caber à Polícia Militar Ambiental julgar processos administra-

tivos, possuindo atribuições apenas para lavrar o auto de infração, que deverá em seguida ser encaminhado à FATMA, para que ocorra instrução e julgamento do processo.

Em função da incompetência da autoridade que aplicou a penalidade, confirmando o auto de infração e o termo de embargo da área, requer seja declarada a nulidade da decisão do impetrado, ordenando-se também o encaminhamento do processo administrativo para a FATMA em Mafra.

Formulou pedido de antecipação da tutela, com declaração de nulidade do despacho proferido pelo impetrado e remessa do processo ambiental à FATMA.

Pelo r. despacho das fls. 25, definiu-se que o pedido de antecipação da tutela seria apreciado após a vinda das informações, ordenando-se também a notificação da autoridade apontada como coatora para apresentá-las, dentro do prazo máximo de 10 dias, determinando-se, finalmente, a comunicação do aforamento do mandado de segurança à Procuradoria-Geral do Estado, para ciência e, querendo, possibilidade de ingresso no feito.

Ultimada a notificação da autoridade impetrada, sobrevieram suas informações, que estão acostadas a fls. 34-45.

Confirmou a lavratura do auto de infração e do termo de embargo da área onde teria ocorrido a supressão de vegetação nativa sem autorização de órgão ambiental competente, e também o fato de haver, após apresentação e análise de defesa prévia, proferido despacho de aplicação da penalidade, como fora noticiado na exordial.

Todavia, nas informações efetuou também, como é sempre conveniente, a defesa da validade de seu ato, apontando em socorro desse seu entendimento os seguintes argumentos:

1. a Constituição Federal, em seu art. 23, incisos VI e VII, respectivamente, confere à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios as incumbências concorrentes de proteger o meio ambiente e de preservar as florestas, a fauna e a flora;

2. a Constituição do Estado de Santa Catarina determina, no § 2º de seu artigo 182, a instituição, na Polícia Militar, de órgão especial

de polícia florestal;

3. diante desse contexto, seria irracional que a Polícia Militar ficasse excluída da estrutura do SISNAMA, enquanto que a FATMA estaria nela incluída;

4. a referência à atribuição de proteção ambiental na Constituição Estadual conferiu à Polícia Militar o exercício da polícia administrativa ambiental de forma integrada e em todas as suas fases, quais sejam: ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia;

5. além disso o art. 107 da Constituição Estadual também conferiu competência à Polícia Militar Estadual para exercer polícia ostensiva para guarda e fiscalização das florestas e dos mananciais e para proteção do meio ambiente de modo geral;

6. obedecendo a esses dispositivos, foi editada a Lei Estadual n. 8.039, de 1990, pela qual foi criada a Companhia de Polícia Florestal, cujas competências estão estabelecidas no respectivo art. 7º, devendo ela ter seu plano de atuação aprovado por Decreto do Chefe do Poder Executivo;

7. o Decreto Estadual n. 1.017, de 1991, aprovou o regulamento para atuação do Policiamento Florestal da Polícia Militar de Santa Catarina, definindo suas atribuições no respectivo art. 4º, estabelecendo também, em seu artigo 5º, os procedimentos e as medidas ambientais a serem adotados por ela.

8. nos termos do art. 70, § 1º, da Lei Federal n. 9.605, de 1998, são competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, Sisnama;

9. já o art. 6º, inciso V, da Lei n. 6.938, de 1981, inclui entre os órgãos seccionais do SISNAMA os órgãos ou as entidades estaduais responsáveis pela execução de programas e projetos de controle e fiscalização das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental;

10. a Lei Estadual n. 14.675, de 2009, pela qual foi aprovado o Código Ambiental Catarinense, incluiu entre os órgãos executores da

política ambiental no Estado a FATMA e a Polícia Militar Ambiental;

11. toda a legislação ambiental apresentada permite concluir que as Polícias Militares Ambientais são autoridades competentes para lavrar autos de infração e instaurar processos administrativos próprios; e

12. o art. 15, inciso III, do Código Ambiental Catarinense, ao determinar que, lavrado auto de infração pela Polícia Militar Ambiental, deverá o documento ser remetido à FATMA, para instrução do processo administrativo correspondente, deve ser interpretado no sentido de que o envio determinado tem por finalidade permitir apenas que a FATMA realize a atividade processual probatória, para a qual, segundo se afirma nas informações, a Polícia Militar Ambiental não possui condições técnicas, a qual consistira, essencialmente, na elaboração dos laudos técnicos que se fizessem necessários, mas sem que a aludida disposição, invocada na inicial, tenha determinado que o processo, em sua totalidade, devesse transcorrer, após a lavratura do auto de infração, perante a FATMA; nesse sentido, invoca-se, nas informações, ainda o inciso XI do art. 14 do Código Ambiental Catarinense, segundo o qual é incumbência da FATMA apoiar e executar, de forma articulada com os demais órgãos, as atividades de fiscalização ambiental de sua competência.

Com suporte, então, em todas essas disposições, sustenta o ilustre impetrado a validade de sua decisão de aplicação da penalidade administrativa ambiental sugerida e do embargo da área de terras do impetrante. Noutros termos, afirma a existência, sim, de competência da Polícia Militar Ambiental para a aplicação de penalidades administrativas desta natureza, atribuição que não seria, portanto, privativa da FATMA. Requereu, diante de tudo, fosse o mandado de segurança julgado improcedente.

Ingressando no feito (na qualidade processual de assistente do impetrado, segundo se crê resulte atualmente do disposto no art. 7º, II, da Lei n. 12.106, de 2009, que hoje disciplina o mandado de segurança¹), o Estado de Santa Catarina, em manifestação nas

<?> A tal respeito, já tivemos ocasião de ponderar o seguinte:

O art. 7º, inciso II, da Lei n. 12.016/09, manda que da impetração do mandado de segurança seja dada ciência ao representante judicial da pessoa jurídica à qual a autoridade apontada

fls. 119-122vº, postulou, também, julgamento de improcedência da impetração.

Tendo notícia da existência de convênio celebrado entre a Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável, a FATMA e a Polícia Militar Ambiental, visando justamente à fiscalização e à repressão administrativa de atividades nocivas ao meio ambiente, requereu o Ministério Público, na fl. 126, que fosse oficiado ao impetrado, solicitando o envio de uma cópia.

Deferida tal postulação pelo r. despacho da fl. 127, o texto do convênio foi remetido pelo impetrado, achando-se cópia acostada às fls. 132-138.

Nas fls. 140-145, manifestação do impetrante, acompanhada de cópia do mesmo convênio e também de cópia de seu termo aditivo de n. 1, a qual, a seu turno, acha-se acostada às fls. 151-152.

Trata-se de mandado de segurança por meio do qual se pretende obter decisão de anulação de ato imputado ao ilustre impetrado, pelo qual, julgando procedente auto de infração ambiental lavrado pela Polícia Militar Ambiental, aplicou penalidade pecuniária ao autor do ilícito, mantendo também o embargo de sua área de terras, na qual teria ocorrido supressão de vegetação nativa sem autorização de órgão ambiental competente. Postula-se, também, que, uma vez anulado o ato, seja determinado o envio do procedimento administrativo pertinente à FATMA, órgão ao qual caberia, com exclusividade, segundo argumentação trazida na impetração, decidir acerca da procedência ou não de autos de infração ambiental e, em caso positivo, aplicar as penalidades correspondentes.

Num primeiro momento, é preciso salientar que a impetração

como coatora se acha vinculada e em nome da qual tenha agido ou se omitido. O objetivo dessa notificação é possibilitar o ingresso da pessoa jurídica no feito, o que se justifica, considerando que, como exposto ao se cuidar da legitimidade passiva, é ela sempre parte substancial no mandado de segurança, embora o requerido formal seja a autoridade coatora.

À falta de melhor opção, seu ingresso no feito haverá de ocorrer na condição de assistente litisconsorcial. Entende-se dispensável, neste caso, a observância do prévio procedimento de habilitação de assistente, traçado pelo CPC e também qualquer decisão judicial admitindo ou não a sua participação no feito. Se a pessoa jurídica é sempre parte, não há como cogitar de não reconhecer seu direito a participar do processo. Principalmente agora que esse ingresso lhe é expressamente facultado pelo inciso II, do art. 7º" (DECOMAIN, Pedro Roberto. **Mandado de Segurança (o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09)**. São Paulo: Dialética, 2009. p. 339).

não envereda contra o auto de infração propriamente dito, de sorte que a seu respeito nada caberia decidir neste processo. E, até mesmo em decorrência disso, também não está em discussão a ocorrência ou não da infração ambiental apontada em dito auto, nem sequer a respectiva conotação, admitindo-se que tenha mesmo tido lugar.

Bem centrado o objeto da impetração - decisão, cuja cópia está nas fls. 15-19 - cabe unicamente em torno dela tecer considerações.

Antes de ingressar no tema da controvérsia propriamente dito, convém relembrar alguns aspectos peculiares ao mandado de segurança. Trata-se de modalidade particular de ação judicial que fica sujeita ao prazo decadencial. É ele de 120 (cento e vinte) dias, prazo a ser contado, como regra geral, da data em que o impetrante tem ciência oficial do ato estatal que impugna (Lei n. 12.016/09, atual Lei do Mandado de Segurança, art. 23).

No caso vertente, é de se supor, por anotação manuscrita às fls. 14 dos autos, que a decisão da Polícia Militar Ambiental chegou oficialmente ao conhecimento do impetrante no dia 15 de outubro de 2009.

O mandado de segurança foi aforado no dia 12 de novembro, consoante carimbo de protocolo na fl. 12. Dentro do prazo decadencial, portanto.

Há mais.

O mandado de segurança é inadmissível quando o ato que por seu intermédio se cogita impugnar puder ser alvo de recurso administrativo, provido de efeito suspensivo e que possa ser interposto independentemente de caução (Lei n. 12.016/09, art. 5º, I). No caso da matéria versada nestes autos - aplicação de penalidade por infração a norma ambiental -, a Lei Estadual n. 14.675, de 2009, que veicula o Código Ambiental Catarinense, estabelece prazo de 20 (vinte) dias para interposição de recurso de decisões que aplicam penalidade pecuniária (art. 63, inciso I).

Esse recurso é provido de efeito suspensivo no tocante à aplicação da multa, mas não em face das sanções de embargo, suspensão, interdição ou apreensão de materiais. O art. 81 do Código efetiva-

mente reconhece o efeito suspensivo dos recursos administrativos para a JARIA apenas quando se trata dessas sanções não pecuniárias. A contrário senso, recurso administrativo interposto em face de aplicação de multa é provido de efeito suspensivo.

No caso destes autos, todavia, como foi mantido o embargo e, além disso, foi aplicada multa, tem-se que o recurso administrativo eventualmente interposto teria efeito suspensivo apenas parcial (tocante à sanção pecuniária), o que só por si seria suficiente para afastar o cabimento, deste lodo, da impugnação da decisão pelo caminho do mandado de segurança.

Mas, além disso, o fato de haver previsão recursal administrativa, não podendo o *writ* ser aforado se existe recurso administrativo com efeito suspensivo e independente de caução, enquanto há prazo para a sua interposição ou, se interposto, enquanto não decidido, não significa obrigatoriedade de que o recurso seja interposto, como condição para cabimento do mandado de segurança.

Pode o interessado efetivamente deixar fluir *in albis* o prazo para a interposição do recurso administrativo e, uma vez transcorrido o período recursal, servir-se então do mandado de segurança.

Como não houve nas informações ou na manifestação do Estado de Santa Catarina qualquer referência à pendência de recurso administrativo em face da decisão que forma objeto do *mandamus*, pode-se licitamente concluir não haver ele sido interposto. Isso também se pode concluir a partir do relatório do processo administrativo, acostado às fls. 47-48, no qual não se registra a interposição de qualquer recurso. Se o prazo para interposição é de 20 dias, devendo ter início também em 15 de outubro de 2009, data em que, a julgar pela já antes referida anotação a caneta na fl. 14, o impetrado tomou ciência do ato, então o prazo recursal terminou no dia 4 de novembro daquele ano.

Como o mandado de segurança foi protocolado no dia 12 de novembro, não se vê, no caso destes autos, a presença do obstáculo do art. 5º, inciso I, da atual Lei do Mandado de Segurança, para o julgamento do mérito da presente ação.

Passando agora à análise da matéria específica discutida neste *mandamus*, verifica-se que uma só é a causa de pedir incompetência

da Polícia Militar Ambiental para confirmar autos de infração à legislação ambiental e aplicar ao infrator as penalidades correspondentes. Segundo se afirma na exordial, tal tarefa cabe, no Estado de Santa Catarina, exclusivamente à Fundação do Meio Ambiente (FATMA), não se achando inserida na órbita das tarefas da Polícia Militar Ambiental. Desnecessário salientar que o entendimento do ilustre impetrado, secundado, no ponto, também pelo Estado de Santa Catarina, é em sentido diametralmente inverso.

A propósito disso, inicialmente convém lembrar que um dos vícios dos atos administrativos, conducentes à sua completa nulidade, segundo se infere do art. 2º da Lei n. 4.717/65 (que disciplina a ação popular), consiste na incompetência do agente que o tenha praticado. Essa, a seu turno, conforme conceituado no par. único do mesmo dispositivo daquela lei (alínea “a”), “fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou”.

Daí a conclusão no sentido de que, se na data da respectiva prática, a decisão de aplicação de penalidade em face da qual o impetrante se insurgiu, não se achava realmente compreendida no âmbito das atribuições da Polícia Militar Ambiental, tal decisão efetivamente será inválida.

Já o mandado de segurança é servil, dentre outros propósitos, à anulação de atos administrativos inválidos, cuja prática, marcados por essa eiva, esteja a ofender direito líquido e certo do impetrante.

No passo seguinte, portanto, trata-se de saber qual teria sido o direito do impetrante, violado pela decisão em face da qual manifesta sua insurgência, admitindo-se que tal ato efetivamente fosse inválido.

A esse respeito, foi bem lembrado na inicial o princípio do juiz natural, insculpido no art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, de acordo com o qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Embora a referência à sentença faça supor que o dispositivo teria sua incidência restrita ao processo judicial, não é assim que merece ser interpretado. Como garantia individual que é, deve ser alvo de interpretação generosa. Em decorrência dessa premissa, é forçoso concluir que sua observância tem inteiro cabimento tam-

bém no âmbito do processo administrativo sancionador, qualquer que seja a órbita na qual se situe (tributária, ambiental, de defesa do consumidor, disciplinar de servidor, de trânsito, etc.).

Essa ampliação do universo de incidência da garantia para o âmbito do processo administrativo pode ser fundamentada facilmente na técnica de interpretação constitucional consistente na otimização dos princípios, lembrada por Uadi Lammêgo Bulos, que observa serem os princípios constitucionais “passíveis de uma exegese otimizadora, pelo simples fato de que o exegeta deve buscar a melhor saída para descortinar o sentido mais profundo das constituições”, afirmando ainda, especificamente acerca do princípio do “juiz” natural, a sua aplicabilidade aos processos civis, penais e administrativos, eis que por intermédio dele se objetiva “armar o cidadão contra o arbítrio das autoridades investidas de poder decisório”².

Como natural consequência de semelhante entendimento, não resta dúvida de que nenhuma sanção administrativa será válida, se aplicada por autoridade entre cujas atribuições não se insira justamente a incumbência de aplicá-la.

Dessa sorte, se a sanção tem cunho patrimonial, o que se verifica é que o patrimônio da pessoa atingida por ela resta em maior ou menor medida indevidamente comprometido para com o Estado (pelo dever de adimplir a sanção) em decorrência de ato inválido. E inválido porque praticado por agente entre cujas atribuições não se insere a aplicação da penalidade considerada.

Ressalve-se, neste ponto, todavia, e por prudência, que aqui não se está ainda a afirmar nem a recusar tenha o impetrado competência para a prática do ato de sua autoria, contra o qual o impetrante se insurge.

O que até aqui se procurou fazer, e se espera ter conseguido, foi demonstrar que, assumindo hipoteticamente como verdadeira a premissa de que o ato houvesse mesmo sido inválido por incompetência do órgão que o praticou, teria ele resultado em malferimento de direito líquido e certo do impetrante. Qual? Justamente o de não

2 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 348 e 533.

ver aplicada contra si sanção qualquer, senão pela autoridade competente para isso, inclusive quando se tratar de sanção de índole administrativa.

Demonstrado que pode, em tese, ter havido violação a direito líquido e certo do impetrante, no caso versado neste processo, e especificado de que direito se trata, cabe agora discutir o tema central.

Para que mandado de segurança possa ser julgado procedente, é preciso que o ato que viola (ou ameaça de violação) direito líquido e certo do impetrante, ato este praticado por órgão estatal (expressão que deve aqui ser compreendida com amplitude), venha marcado por ilegalidade. Refere a Constituição, ao consagrar o mandado de segurança entre as garantias dos direitos individuais (art. 5º, LXIX) a presença de ilegalidade ou abuso de poder no ato estatal. Com a máxima vênia, se existe abuso de poder existe ilegalidade, porque uma atribuição conferida ao Estado foi exercida para além dos limites em que este o podia ter feito, do que resulta, pela presença do excesso, a evidente ilegalidade. Assim, a afronta à lei - Constituição evidentemente inclusa -, é que deve efetivamente estar evidenciada, para que se possa afirmar inválido o ato e, com isso, ofensivo (ou concretamente ameaçador de modo efeito) ao direito líquido e certo de alguém.

Em suma, trata-se de discutir, daqui por diante, se, no ato praticado pelo impetrado, houve ou não alguma sorte de ilegalidade. Mais especificamente, até em consonância com a própria causa de pedir, se a ilegalidade teria existido por haver ele praticado ato que não se inseria na órbita de atribuições do órgão que integra. Podia ou não a Polícia Militar Ambiental aplicar sanção administrativa, ao tempo em que esta foi imposta ao impetrante pelo ato que aqui se questiona?

A discussão acerca desse ponto passa por diversos aspectos.

Como lembrado pela generalidade dos estudiosos do Direito Administrativo, o tema da competência para a prática de um determinado ato deve ser analisado em tríplice perspectiva. Primeiro, é necessário verificar se a pessoa jurídica pública que o praticou tinha incluído o cometimento daquele ato entre as suas atribuições. Em

segundo lugar, deve-se perquirir se o órgão da pessoa jurídica, no âmbito do qual o ato foi praticado, era mesmo aquele dentre seus diferentes órgãos, ao qual a realização do ato foi cometida. Finalmente, em terceiro lugar, cumpre apreciar se o agente administrativo que praticou o ato, no âmbito daquele órgão, era mesmo o competente para o realizar³.

No caso vertente, o primeiro aspecto não está em discussão. Não se perquire em torno da competência ou não dos Estados-membros, dentre eles obviamente o de Santa Catarina, para impor penalidades pelo cometimento de infrações às normas ambientais. Mesmo assim, muito embora tal atribuição sequer esteja sendo discutida, não será demais, no ponto, observar que, nos termos do art. 23, inciso VI, da Constituição Federal, proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas são atribuições que se incluem na competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como, a instâncias do inciso VII do mesmo artigo, a preservação das florestas, da fauna e da flora.

Dessa sorte, se tais tarefas cabe sejam realizadas por todos eles, podem todos impor sanções pela violação aos preceitos que procuram preservar o equilíbrio ambiental. Não resta dúvida, portanto, que o Estado de Santa Catarina pode aplicar sanções por violação a normas ambientais.

Já, o segundo aspecto ligado à competência, conforme se apontou, diz com saber se, no âmbito da pessoa jurídica pública, o ato foi mesmo praticado por aquele dentre os seus diversos órgãos, ao qual conferida a atribuição para isso.

Trata-se de saber justamente, no caso destes autos, se a Polícia Militar Ambiental - órgão do Estado de Santa Catarina, assim como também o é a FATMA -, tem competência para aplicar sanções pela violação a normas ambientais.

Esse é o ponto fundamental a reclamar deslinde neste processo. Se for reconhecida a competência da Polícia Militar Ambiental para a aplicação de sanções ao tempo em que o fez em face do impetrante,

3 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 196. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 63.

então o mandado de segurança será improcedente. Caso contrário, isto é, prevalecendo a tese da impetração, de que essa atribuição administrativa cabe apenas à FATMA, então a procedência do *writ* será de rigor, considerada a incompetência do próprio órgão prolator da decisão sancionatória.

Antes de adentrar neste debate, todavia, não será demais lembrar que o terceiro ponto - competência do próprio agente administrativo que praticou o ato -, por também não estar em discussão neste processo, não será alvo de quaisquer questionamentos.

De acordo com o impetrante, nos termos do art. 15, inciso III, da Lei n. 14.675, de 2009, que veicula o Código Ambiental Catarinense, à Polícia Militar Ambiental cabe lavrar o auto de infração ambiental, providenciando em seguida a sua remessa à FATMA, para instrução do correspondente processo administrativo. Desse dispositivo extrai ele a conclusão de que à Polícia Ambiental compete apenas a lavratura do auto de infração, não lhe cabendo, todavia, proferir decisão aplicando ou não a penalidade correspondente a ela. Esta tarefa seria da FATMA. O que se percebe é que a exegese atribuída à expressão “instrução do correspondente processo administrativo” pela impetrante é abrangente, incluindo não apenas a produção de provas, inclusive pericial, mas também a própria decisão aplicando ou não penalidade administrativa ambiental.

Já o impetrado confere ao mesmo dispositivo uma interpretação muito mais restrita, afirmando que a determinação de remessa do auto de infração à FATMA, para instrução do processo administrativo correlato, significa apenas que à Fundação caberá a produção de provas, especialmente técnicas, que a espécie possa exigir, o que seria resultante da circunstância de não dispor a Polícia Militar de estrutura suficiente para a realização de tal tarefa.

A palavra “instrução” recebeu do ilustre impetrado, portanto, o mesmo significado com o qual normalmente é utilizada em Direito Processual, pretendendo significar apenas a fase de produção de provas, excluída, porém, a decisão propriamente dita.

Em resumo, segundo o entendimento do impetrado, caberia à FATMA produzir as provas técnicas que fossem de rigor (inclusive

as requeridas pelo autuado em sua defesa preliminar, segundo se supõe), mas devendo restituir o processo administrativo posteriormente à própria Polícia Ambiental, já que com ela remanesceria a competência para decidir pelo cabimento ou não da imposição de penalidade no caso considerado.

Com a devida vênia de ambos - impetrante e impetrado -, a solução para a controvérsia que o primeiro trouxe a Juízo passa não apenas por esse dispositivo do Código Ambiental Catarinense mas também por vários outros nele encartados.

Em primeiro lugar, é preciso que se ponha no devido relevo o fato de não haver, nos incisos do art. 15 do Código - aquele que traça justamente as atribuições da Polícia Militar Ambiental -, nenhuma referência, a rigor, nem sequer implícita, a que caiba a ela a imposição de sanções pelo descumprimento de normas de proteção ambiental. Essa constatação em princípio já corrobora o entendimento esposado na exordial, de que não cabe a ela tal tarefa.

Em segundo lugar, ao analisar-se as atribuições conferidas pelo Código à FATMA, e que constam primordialmente de seu art. 14, se verifica, ao inverso do que ocorre com a Polícia Ambiental, que, em seu inciso XIII, afirma-se categoricamente caber a ela não só fiscalizar, mas também aplicar sanções administrativas, sendo de resto também sua a incumbência de inscrever o valor das multas em dívida ativa, naturalmente depois de encerrado o debate administrativo, já que os recursos interpostos das decisões que as aplicam são providos de efeito suspensivo.

Esse dispositivo, portanto, também aponta no sentido de que a atribuição para aplicar penalidades pela infração a normas ambientais seria, no âmbito do Estado de Santa Catarina, da FATMA, e não da Polícia Militar Ambiental.

Na sequência, o art. 16 do Código Ambiental Catarinense afirma que “compete às Juntas Administrativas Regionais de Infrações Ambientais, como instância recursal intermediária, decidir sobre os processos administrativos infracionais, após decisão definitiva de aplicação de penalidades pela FATMA.”

Desse dispositivo poder-se-ia, em tese, mais uma vez, concluir

ser incumbência da FATMA e não da Polícia Militar Ambiental a imposição de sanções pela prática de ilícitos ambientais.

Essa conclusão poderia ser alcançada também a partir do art. 56 do Código Ambiental Catarinense, segundo o qual as sanções administrativas ambientais se constituem em penalidades e medidas preventivas, previstas na legislação federal e no próprio Código, “sendo aplicadas em processo administrativo infracional pela FATMA”.

Por derradeiro, o art. 83 do Código Ambiental afirma que compete à FATMA dar ciência ao interessado de suas decisões. Também desse dispositivo poder-se-ia inferir a mesma conclusão: a aplicação de penalidades administrativas pela infração de normas ambientais cabe, no âmbito de Santa Catarina, à FATMA.

Todavia, se essa conclusão resulta quase inquestionável a partir da análise dos mencionados dispositivos, nem por isso se pode dizer que seja ela totalmente tranquila, no âmbito do Código Ambiental Catarinense.

Se há normas atribuindo expressamente a competência para aplicar sanções administrativas ambientais à FATMA, e se não existe norma idêntica conferindo tal atribuição à Polícia Militar Ambiental, nem por isso deixa o Código de ter dispositivo do qual se pode inferir ser também desta última a mencionada competência.

É que o art. 63, inciso I, do Código, tem a seguinte redação:

Art. 63. Das penalidades aplicadas pela FATMA cabe recurso administrativo:

I - em primeira instância, à JARIA, no prazo de 20 (vinte) dias a contar da data da ciência do despacho da FATMA ou da PMA;

Esse artigo está em consonância com o 16, que define ser das JARIAs a competência para conhecer, em primeira instância recursal, dos recursos interpostos das decisões de aplicação de penalidades, proferidas pela FATMA.

No art. 63, I, todavia, afirma-se que esse prazo é de 20 (vinte) dias e que passa a ser contado da data em que o interessado tem ciência do despacho da FATMA **ou da PMA**. PMA é sigla que, a seu turno, indica a Polícia Militar Ambiental, como resulta claro do art. 15 do Código.

Ora, o inciso I do art. 63 refere-se a prazo para interposição de recurso de decisão que aplica penalidade por infração à legislação ambiental, dizendo também qual o momento a partir do qual o interstício recursal deve ser contado. Nisso faz referência não somente a “despacho” da FATMA, como também da PMA. Ora, o “despacho” mencionado no inciso somente pode ser a decisão de aplicação da penalidade, prevista no *caput* do próprio artigo.

Conclusão: ao menos de modo implícito, também à Polícia Militar Ambiental foi conferida pelo Código Ambiental Catarinense a atribuição para aplicar penalidades administrativas por infração a normas ambientais.

Dessa sorte, embora haja dispositivos que conferem tal incumbência expressamente à FATMA, mas não haja disposição idêntica no tocante à PMA, o art. 63, inciso I, do Código Ambiental, deve ser interpretado no sentido de que tal atribuição não é exclusiva da primeira, podendo, portanto, ser exercida também por esta última.

Esse entendimento, aliás, estaria de acordo com o preceituado pelo § 1º do art. 70 da Lei n. 9.605/98, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”, além de dar outras providências.

Nos termos do parágrafo em apreço,

são autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

Já o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), nos termos do art. 6º, inciso V, da Lei n. 6.938, de 1981, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n. 7.804, de 1989, tem como seccionais “os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental”, como foi, aliás, lembrado nas informações.

Assim, se a Polícia Militar Ambiental é órgão estadual que

exerce fiscalização ambiental (o que fica muito claro a partir do art. 15, incisos I, II e III, do Código Ambiental Catarinense) e se, como tal, integra o SISNAMA, pode então não apenas lavrar auto de infração mas também conduzir o respectivo processo administrativo, o que significa aplicar sanção pela infração à norma de proteção ambiental.

Nem se objete, no ponto que o disposto no art. 70, § 1º dependeria de regulamentação, a ser feita por Lei Estadual de sorte que esta é que diria que órgãos podem lavrar os autos de infração e quais aqueles que podem aplicar as penalidades administrativas.

Aqui o tema que vem à baila já não é apenas o das atribuições administrativas concorrentes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, consignadas no art. 23 da Constituição, mas sim o da competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, estabelecida no respectivo art. 24. De acordo com seu inciso VI, cabe a todos eles legislar sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”.

Já o 1º do art. 24 da Constituição estatui que, “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

Cabe a ela, portanto, estabelecer as normas gerais relativas à preservação do meio ambiente, devendo a legislação estadual e do Distrito Federal ater-se, no ponto, ao que se contenha na lei de normas gerais aprovada pela União.

Um dos aspectos da preservação ambiental consiste, então, na disciplina das sanções administrativas passíveis de imposição a violadores das normas ambientais (no tocante às sanções penais, é bem sabido que recaem na órbita da competência legislativa privativa da União, a instância do art. 22, I, da Constituição).

A lei que contém as normas gerais sobre o sancionamento administrativo de violadores de preceitos de preservação ambiental é, então, justamente a de n. 9.605/98. Dessa sorte, o § 1º de seu art. 70, sendo norma geral, deve ser respeitado pela legislação dos Estados e do Distrito Federal. A conclusão que a partir daí se alcança é então a de que todos os órgãos estaduais que, pela lei estadual, tenham

atribuições de fiscalização do cumprimento das normas de proteção ambiental, podem não apenas lavar auto, quando se depararem com violação a tais normas, como também podem conduzir o respectivo processo administrativo, o que, por evidente, inclui a competência para impor a penalidade administrativa cabível.

Assim, de sorte a que se compatibilize o art. 70, § 1º, da Lei Federal n. 9.605/98, que contém normas gerais sobre infrações administrativas ao meio ambiente, que se incluem de forma indiscutível no âmbito da competência legislativa da União e se sobrepõem ao Direito Estadual, que deve respeitá-las, com o Código Ambiental Catarinense, urge que a todos os dispositivos dele, que tratam de competência para processo administrativo ambiental e imposição de sanções administrativas, seja conferida interpretação que reconheça não ser exclusivamente da FATMA, mas também da Polícia Militar Ambiental, a competência para, após lavratura do auto de infração ambiental, conduzir o respectivo processo administrativo e aplicar a penalidade que se entenda cabível à espécie.

Por esse caminho, portanto, a conclusão que se alcança é no sentido da validade da decisão proferida pelo impetrado, limitada essa apreciação, todavia, no caso vertente, à perspectiva da competência para a respectiva prática.

Ademais, também por outra trilha e por fundamento semelhante, embora de caráter supletivo, poder-se-ia chegar ao mesmo resultado.

Ao tempo em que foi praticado pelo ilustre impetrado o ato em face do qual o impetrante se insurge, estava em vigor, com sua redação original, o Convênio n. 12.013/2009-8, celebrado entre a Secretaria de Estado do Desenvolvimento Sustentável, a FATMA e a Polícia Militar Ambiental. Cópia está acostada às fls. 132 e seguintes.

Nos termos da sua Cláusula Terceira, inciso IV, letra “b”, na redação original (fls. 135), cabia à Polícia Militar Ambiental “executar a polícia ostensiva ambiental, autuando as infrações e demais medidas sempre em formulário estadual padronizado FATMA/BPMA, aplicando as medidas administrativas cabíveis, no âmbito do Estado de

Santa Catarina, salvo nos casos de fiscalização não afeta ao Estado”.

Já, na mesma cláusula e inciso, mas agora letra “d”, também na redação original, se registrava que cabia ao Batalhão de Polícia Militar Ambiental (BPMA), “realizar o processo administrativo para a apuração das infrações ambientais, naqueles originados do BPMA, nos termos do art. 70, 71, 72 e seus respectivos parágrafos, da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, bem como as definições do seu decreto regulamentador”.

Ficava bastante claro, especialmente desta última disposição do convênio, que o Batalhão de Polícia Militar Ambiental tinha atribuição para aplicar sanção administrativa por infração ambiental, sempre que se tratasse de auto de infração por ele próprio lavrado.

Veja-se que o convênio é datado de 27 de agosto de 2009, enquanto que a decisão do ilustre impetrado, discutida neste processo, foi proferida em 3 de setembro de 2009 (depois do convênio, portanto).

Dessa forma, ainda que o art. 63, I, do Código Ambiental Catarinense não tivesse a redação que já se anunciou, da qual, de todo modo, em caráter autônomo, pode-se inferir que também a Polícia Militar Ambiental pode aplicar sanção por descumprimento de norma de proteção ambiental, se teria de reconhecer que, mesmo que essa atribuição fosse privativa da FATMA, o convênio celebrado, do qual foi ela partícipe, teria significado nítida delegação de atribuições, empreendida de modo válido, o que só por si também permitiria convalidar o ato praticado pelo impetrado.

Registre-se que a alteração do convênio, ressaltando para a FATMA a exclusividade para a imposição de sanção administrativa (fls. 151) somente veio depois da prática do ato discutido neste processo. Além disso, a atual redação da letra “d”, da alínea IV, da Cláusula Terceira do Convênio, é que parece não estar na conformidade da atribuição originária à Polícia Militar Ambiental, de competência para o julgamento do processo administrativo ambiental e para a imposição de penalidades correspondentes, resultante do art. 63, I, do próprio Código Ambiental.

A competência administrativa, diversamente do que ocorre

com a jurisdicional, pode efetivamente ser delegada. Muito embora a hipótese mais comum seja a da delegação de atribuições por superior hierárquico a subordinado, dentro do mesmo órgão estatal (terceiro dos aspectos da competência, expostos anteriormente), não se pode descartar também a delegação de atribuições de um órgão a outro.

A propósito, interessante lembrar o ensinamento daquele que foi um dos maiores juspublicistas de língua portuguesa, Marcelo Caetano:

É frequente encontrar-se nas leis administrativas a faculdade conferida a um órgão de delegar a totalidade ou parte dos poderes integrantes da sua competência noutro órgão ou num agente.

Qual a natureza dessa delegação?

Cumpre não esquecer que a competência pertence ao órgão ou ao cargo, e não às pessoas dos titulares. Se os poderes são o elemento definidor dos vários cargos, e resultam da lei, os indivíduos que desempenham as funções como seus servidores não podem dispor deles, transmiti-los a outrem, aliená-los, pois isso seria a sobreposição da vontade particular à lei, que realiza a vontade coletiva. *A competência é inalienável.*

Portanto, quando se fala em delegação de competência ou delegação de poderes (o que não se deve confundir com a mera *delegação de assinatura* de documentos ou correspondência), já se sabe que não pode tratar-se de uma transferência resolvida por mera vontade do funcionário, de uma disposição discricionária de seus poderes funcionais, mas de um instituto que há de estar abrangido pelos princípios gerais da teoria da competência administrativa, segundo a qual os poderes para praticar atos que obriguem a Administração resultem sempre da lei.

A delegação de poderes consiste num ato pelo qual um órgão normalmente competente para a prática de certos atos jurídicos autoriza um órgão ou um agente, indicados por lei, a praticá-los também.

Temos assim que a lei confere certa competência normalmente a um órgão, permitindo também que seja exercida por outro órgão ou agente desde que este para tal esteja habilitado por uma manifestação

de vontade do órgão normalmente competente.

Os requisitos da delegação são, pois,

a) lei que a permita;

b) dois órgãos ou um órgão e um agente da mesma pessoa jurídica de direito público indicados pela lei, dos quais um seja normalmente competente (o delegante) e outro eventualmente competente (delegado);

c) a delegação propriamente dita, isto é, o ato pelo qual o delegante autoriza o exercício dos poderes pelo delegado, a qual deve ser expressa, e geralmente tem de ser escrita e publicada, para que conste, salvo os casos de delegação implícita na natureza dos cargos criados justamente para desonerar outros do excessivo trabalho (subsecretários, assessores, adjuntos...)⁴.

Também Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a competência administrativa “pode ser objeto de **delegação** ou de **avocação**, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade pela lei”.⁵

Já Odete Medauar assim se expressa acerca da delegação de competência administrativa:

Mediante *delegação de competência* um órgão ou autoridade titular de determinados poderes e atribuições, transfere a outro órgão ou autoridade (em geral de nível hierárquico inferior) parcela de tais poderes e atribuições. A autoridade que transfere tem o nome de delegante; a autoridade ou órgão que recebem as atribuições denominam-se delegados; o ato pelo qual se efetua a transferência intitula-se ato de delegação ou delegação.⁶

Certo que não se deve ignorar o requisito de validade da de-

4 CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Reimpressão da edição brasileira de 1977. 2. reimpressão portuguesa. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 117-118.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 198.

6 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 59. Embora a autora afirme que normalmente a delegação se dá dentro do mesmo órgão, de superior para subordinado hierárquico, registra também situações em que acontece de uma pessoa jurídica de Direito Público para outra, não se podendo excluir, por óbvio, que tenha lugar entre diferentes órgãos da mesma pessoa pública.

legação de competência administrativa ou delegação de poderes, apontado por Marcelo Caetano: existência de lei que a permita. Ou a exigência posta por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de que não se trate de atribuição conferida legalmente a um agente ou órgão com exclusividade.

No caso vertente, nenhuma das duas objeções pode ser aplicada, para afastar a validade do ato praticado pelo impetrado, se calcada no convênio a que se aludiu.

Em primeiro lugar, a julgar pelo já antes noticiado art. 63, I, do Código Ambiental Catarinense, nem mesmo se pode afirmar a existência de competência exclusiva da FATMA para a imposição de penalidades administrativas por infrações ambientais. Em segundo lugar, o mesmo artigo permitiria no mínimo reconhecer implícita a possibilidade de que a FATMA delegasse essa atribuição, por convênio, à Polícia Militar Ambiental. O certo, contudo, é que a atribuição da PMA parece ser originária, já que pode encontrar seu esteio justamente no art. 63, I, do Código Ambiental Catarinense.

Em socorro argumentativo ao que até aqui se vem dizendo, caso se deseje entender a atribuição do impetrado como exercida exclusivamente por força do convênio, o que significaria delegação de atribuições, e não como atribuição originária, haurida diretamente do Código Ambiental, busque-se o disposto nos arts. 11 e 12 da Lei n. 9.874/99, que disciplina o processo administrativo federal.

Os dois mencionados dispositivos estão assim redigidos:

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Certo que o artigo 13 da mesma Lei afirma não poderem ser objeto de delegação: "I - a edição de atos de caráter normativo; II - a decisão de recursos administrativos; e III - as matérias de competência

exclusiva do órgão ou autoridade.”

Sem embargo, a aplicação analógica do disposto no art. 12 ao caso aqui discutido não esbarraria no artigo seguinte da lei, justamente porque aqui não se faz presente quaisquer das situações ali apresentadas: não se cuidou de delegação da edição de ato normativo, nem da decisão de recurso administrativo (tratou-se da decisão da primeira instância administrativa) e nem o caso era de competência exclusiva do órgão delegante, segundo já se viu. Aliás, a competência da Polícia Militar Ambiental está bem mais para originária do que para delegada.

Por força de todas essas circunstâncias, respeitosamente se opina no sentido do julgamento de improcedência do mandado de segurança.

Em mandado de segurança, persiste indevida condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios. No ponto, o que era tema já de Súmulas tanto do STF quanto do STJ, passou a ser agora disposição legal expressa (Lei n. 12.016/09, art. 25), mas cabe determinação ao autor, de que pague eventuais custas remanescentes, já que não litiga sob os auspícios da justiça gratuita.

Itaiópolis, 8 de fevereiro de 2010.

PEDRO ROBERTO DECOMAIN

Promotor de Justiça

