

---

# *A t u a ç ã o*

---

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



V.8 n. 19, jul./dez. 2011

---

*A t u a ç ã o*

---

Revista Jurídica do  
**Ministério Público Catarinense**

v. 8, n. 19, julho/dezembro 2011  
Florianópolis

ISSN 1981-1683

|         |               |      |       |        |                |
|---------|---------------|------|-------|--------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 8 | n. 19 | p. 280 | jul./dez. 2011 |
|---------|---------------|------|-------|--------|----------------|

---

# Atuação

---

Revista Jurídica do  
**Ministério Público Catarinense**

**Conselho Deliberativo e Redacional**

Helen Crystine Corrêa Sanches  
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães  
Eduardo Sens dos Santos  
Henrique da Rosa Zieseimer  
Vera Lúcia Ferreira Copetti

**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@mpsc.mp.br](mailto:revistajuridica@mpsc.mp.br)

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint

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. 8, n. 19, jul./dez. 2011.  
ISSN 1981-1683

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

CDDir 340.05  
CDU 34(05)

Revisão: Norma Andrade da Silva

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

Impressão: abril de 2014

Av. Othon Gama D’Eça, 900, Torre A, 3º andar  
Centro - Florianópolis - SC  
CEP 88015-240  
(48) 3224-4600 e 3224-4368  
[imprensa@acmp.org.br](mailto:imprensa@acmp.org.br)  
[www.acmp.org.br](http://www.acmp.org.br)

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750  
Centro - Florianópolis - SC  
CEP 88015-904  
(48) 3229-9000  
[pgj@mpsc.mp.br](mailto:pgj@mpsc.mp.br)  
[www.mpsc.mp.br](http://www.mpsc.mp.br)

**Administração Superior 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

**Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos e Institucionais**

Walkyria Ruicir Danielski

**Colégio de Procuradores de Justiça**

**Presidente:** Lio Marcos Marin

Paulo Antônio Günther

José Galvani Alberton

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Humberto Francisco Scharf Vieira

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jacson 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

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

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  
Rogério Antônio da Luz Bertoncini  
Genivaldo da Silva  
Rui Arno Richter  
Lio Marcos Marin  
*Secretária:* Cristiane Rosália Maestri Böell

### **Conselho Superior do Ministério Público**

#### **Membros Natos**

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

#### **Representantes do Colégio de Procuradores**

Odil José Cota  
Humberto Francisco Scharf Vieira  
Jacson Corrêa

#### **Representantes da Primeira Instância**

Pedro Sérgio Steil  
Narcísio Geraldino Rodrigues  
Vera Lúcia Ferreira Copetti  
Gercino Gerson Gomes Neto  
Heloísa Crescenti Abdalla Freire  
Fábio de Souza Trajano  
Américo Bigaton  
Sandro José Neis  
Secretário: Cid Luiz Ribeiro Schmitz

#### **Corregedora-Geral do Ministério Público**

Gladys Afonso

#### **Subcorregedor-Geral**

Ernani Guetten de Almeida



## **Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público**

Andrey Cunha Amorim  
**Presidente**

Rosa Maria Garcia  
**Vice-Presidente**

Jean Pierre Campos  
**1º Secretário**

José Renato Côrte  
**2º Secretário**

Gilberto Polli  
**Diretor Financeiro**

Felipe Prazeres Salum Müller  
**Diretor de Patrimônio**

Oswaldo Juvêncio Cioffi Júnior  
**Diretor Cultural e de Relações Públicas**

Cristian Richard Stahelin Oliveira  
**Diretor Administrativo**

Affonso Ghizzo Neto  
**Diretor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina**

### **Conselho Fiscal**

Analú Librelato Longo  
Leonardo Henrique Marques Lehmann  
Luciano Trierweiller Naschenweng  
Ricardo Paladino  
Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

### **Conselho Consultivo**

Daniel Granzotto Nunes  
Jackson Goldoni  
Jorge Eduardo Hoffmann  
Carlos Henrique Fernandes  
Márcio Gai Veiga  
Marcelo Mengarda  
Guilherme Brodbeck  
Chimelly Louise de Resenes Marcon  
Fernando da Silva Comin  
Heloisa Crescenti Abdalla Freire  
Márcio Conti Júnior  
Rodrigo Silveira de Souza  
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese  
Marcelo Sebastião Netto de Campos



**PENAL**

Prevenção da Criminalidade pela Dignidade..... 9  
*Alceu de Oliveira Pinto Junior*  
*Walkyria Ruicir Danielski*

Breves Considerações acerca da (A)Tipicidade do Porte de Drogas para Consumo ..... 31  
*Onofre José Carvalho Agostini*  
*Fernanda Mambrini Rudolfo*

Análise da Evolução Legislativa Brasileira quanto aos Crimes Sexuais à Luz da Teoria Tridimensional do Direito ..... 51  
*Bartira Soldera Dias*

O Promotor Investigador: Os Atos de Investigação e a Atuação do Ministério Público no Estado de Santa Catarina ..... 75  
*Caroline Regina Maresch*

**PROCESSUAL**

Termo de Compromisso de Ajustamento de Condutas da Suinocultura: Histórico e visão do Ministério Público Estadual ..... 109  
*Daniela Kramer Frassetto*  
*Júlio Fumo Fernandes*  
*Luís Eduardo Couto de Oliveira Souto*

**DIREITOS DIFUSOS**

Observações Epistemológicas sobre Política do Direito no Pensamento de Ferreira de Melo..... 119  
*Isaac Sabbá Guimarães*

Nota Técnica 01/2012/CCO..... 137  
*Marcelo de Tarso Zanelato*

|   |     |
|---|-----|
| A Inconstitucionalidade da Súmula N. 381 do Superior Tribunal de Justiça.....                           | 155 |
| <i>Fábio de Souza Trajano</i>   |     |
| Considerações sobre o Problema da Governança Global da <i>Internet</i> ...                              | 181 |
| <i>Maury Roberto Viviani</i>  |     |
| Aplicabilidade da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro .....   | 207 |
| <i>Sara Fernandes Goulart</i>   |     |
| Fracionamento de despesas à Luz da Lei de Licitações .....  | 241 |
| <i>Fernanda de Ávila Moukarzel</i>  |     |
| Depoimento sem Dano: Uma Nova Alternativa de Ouvir Crianças e Adolescentes Vítimas de Abuso Sexual..... | 257 |
| <i>Júlia Matias da Silva</i>  |     |

PENAL

# PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE PELA DIGNIDADE

**Alceu de Oliveira Pinto Junior**

*Doutorando em Ciência Jurídica (Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI)*

**Walkyria Ruicir Danielski**

*Mestranda em Ciência Jurídica (Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI)*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 A sustentabilidade como imprescindibilidade existencial humana. 1.1 Sustentabilidade ambiental, social e econômica. 1.2 Comportamentos sociais e antissociais. 1.3 Princípios básicos para a efetivação da sustentabilidade social. 2 A atenção à dignidade da pessoa humana como condição para a prevenção e diminuição da criminalidade. 2.1 O ambiente gerador de comportamento antissocial e o nascimento da criminalidade. 2.2 A prevenção da criminalidade. 2.3 A dignidade da pessoa humana como um direito esférico. Conclusão. Referências.

## RESUMO

O presente artigo tem por finalidade discutir a importância da atenção à dignidade da pessoa humana, fator de prevenção da criminalidade como um ponto destacado na busca do desenvolvimento sustentável. Inicia-se apontando a imprescindibilidade da sustentabilidade para a existência humana, destacando-se a influência dos comportamentos

|         |               |      |       |           |                |
|---------|---------------|------|-------|-----------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 8 | n. 19 | p. 9 - 30 | jul./dez. 2011 |
|---------|---------------|------|-------|-----------|----------------|

sociais e antissociais para a efetivação da sustentabilidade social. Em seguida, são enumeradas as formas de prevenção da criminalidade com enfoque específico na prevenção da reincidência. Por fim, a dignidade humana é apontada como um direito esférico que deve ser garantido e preservado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sustentabilidade social. Prevenção da criminalidade. Comportamentos sociais e antissociais. Dignidade da pessoa humana. Direito esférico.

## RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo discutir la importancia de la atención a la dignidad del la persona humana en la prevención del delito como un punto destacado en la consecución del desarrollo sostenible. Comienza señalando sostenibilidad como esencial para la existencia humana, sobre todo la influencia de la conducta antisocial y social para la realización de la sostenibilidad social. A continuación se enumeran las formas de prevención del delito con un enfoque específico en la prevención de la recidiva criminal. Finalmente la dignidad humana está indicado como un derecho esférico que se debe mantener garantido y preservado.

**PALABRAS-CLAVE:** Sostenibilidad social. Prevención del delito. Comportamiento antisocial y social. La dignidad humana. Derecho esférico.

## INTRODUÇÃO

A noção de sustentabilidade impregna-se na utopia do desenvolvimento sustentável. O que as teorias econômicas apontavam como crescimento passou a ser visto como a necessidade de desenvolvimento que, focado nos aspectos meramente econômicos, torna-se irresponsável à medida que desconsidera os aspectos sociais e ambientais. Nesse sentido, o foco do desenvolvimento econômico somente é viável quando

se apresenta no contexto de um desenvolvimento sustentável. Sem a sustentabilidade ambiental, econômica e objeto desta discussão a social, não é possível a realização do pretendido crescimento que não produza determinadas mazelas.

Uma das mazelas possíveis em qualquer grupo social é a criminalidade gerada pela exclusão social, decorrente do crescimento econômico. Assim, o desenvolvimento sustentável não pode desconsiderar a significativa parcela humana que não tem condições dignas de sobrevivência e percebe, no comportamento antissocial, uma possibilidade de minimizar a exclusão.

## 1 A SUSTENTABILIDADE COMO IMPRESCINDIBILIDADE EXISTENCIAL HUMANA

### 1.1 SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL, SOCIAL E ECONÔMICA

Tratando da percepção de necessidade de crescimento econômico até a imprescindibilidade de que esse crescimento ocorra num contexto de desenvolvimento sustentável, Ferrer<sup>1</sup> esclarece que, num primeiro momento, o entendimento era de que “quanto mais, melhor”. Era uma visão voltada quase que exclusivamente ao modelo produtivista. Posteriormente, passou-se para um modelo mais desenvolvimentista, com a ideia de que “quanto mais, em determinadas condições, melhor”. Atualmente, num conceito de desenvolvimento sustentável, busca-se uma noção de limite, em que a ideia de desenvolvimento deve relacionar-se com um ambiente finito com o qual vai, inevitavelmente, interagir. A sustentabilidade do desenvolvimento exige que este tenha a condição de perpetuar-se ao longo do tempo. Assim, ao desenvolvimento devem ser impostas determinadas condições, para que se negocie com o ambiente, a fim de manter-se indefinidamente. Dessa forma, há mais valorização do qualitativo em detrimento do quantitativo. Esse é um modelo que estabelece a substituição do capital natural (que vem sendo consumido

---

1 FERRER, Gabriel Real, El Derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad. In Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Ciudad de Panamá, Panamá. 2010. P. 41/48. Disponível em <http://www.pnuma.org/gobernanza/Publicaciones.php>. Acesso em 30 de junho de 2011.



por gerações) pelo capital artificial, sem a qual não é possível considerar o desenvolvimento como sustentável.

Ainda segundo Ferrer<sup>2</sup>, o capital artificial é o conhecimento, as infraestruturas, as novas tecnologias, as novas formas de gestão das coisas. Exemplifica que consumimos parte do solo fértil, porém, se graças ao conhecimento esse solo multiplica por três sua produção, fazemos uma substituição de capital artificial pelo capital natural consumido. Não ocorrendo a substituição, não há desenvolvimento sustentável. Por outro lado, o desenvolvimento sustentável é um paradigma a ser perseguido, no entanto nunca será alcançado. Por isso persiste a ideia de que o desenvolvimento sustentável nem sequer é possível, mesmo com a figura da substituição. Já se propõe outro paradigma baseado na construção francesa de *decroissance* – o decrescimento – que pressupõe repensar o nível de consumo do capital natural.

Vê-se que o desenvolvimento sustentável é algo que se encontra em permanente debate. Em que pese ter mais de 20 anos, essa noção de desenvolvimento sustentável ainda não encontra unanimidade na sua formulação, embora seja simples e intuitivamente compreensível: “*Asegurar la satisfacción de las necesidades de las actuales generaciones sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades*”<sup>3</sup>.

A dificuldade de realização dessa noção de desenvolvimento sustentável é decorrente de sua base em dois conceitos complexos. O primeiro é entender-se “gerações” como sujeitos de direito, em contraposição à concepção de direito baseado no indivíduo. O reconhecimento do direito das gerações apresenta novos sujeitos e exige tanto uma solidariedade horizontal com os demais habitantes do planeta quanto uma solidariedade vertical com relação à futura descendência humana.

O outro conceito complexo é a noção de “necessidade”. Essa noção é eminentemente cultural. As necessidades básicas de sobrevivência (alimentação, moradia, vestuários, etc.) são limitadas e conhecidas; todas as demais necessidades são culturais e, por isso, ilimitadas e em crescimento. São ilimitadas porque são criadas novas necessidades constantemente e dependem do contexto cultural, social e econômico onde estão contextualizadas. Um conjunto de necessidades básicas e culturais daria lugar ao que se pode chamar de necessidades vitais, ou

---

2 Idem. p. 46.

3 Ibidem. p. 47.

seja, aquelas que seriam imprescindíveis para o desenvolvimento de uma vida digna e plena. Nesse contexto, incluir-se-iam educação, saúde e segurança, e, dependendo do contexto no qual se vislumbram essas necessidades, estas podem ser maiores ou menores, variando conforme o observador.

A proteção ao meio ambiente é um dos problemas enfrentados no conjunto de um desenvolvimento sustentável. Porém, outras questões são abertas para a busca da sustentabilidade desse desenvolvimento; as questões sociais e econômicas devem ser integradas no mesmo patamar da preocupação ambiental.

Enquanto a preocupação ambiental visa assegurar as condições que possibilitem a vida humana, a sustentabilidade social deve preocupar-se, entre outros, com a inclusão e com a prevenção da criminalidade. Além dos aspectos ambientais e sociais, o econômico pressupõe a possibilidade de gerar e distribuir riqueza.

No mesmo espectro da sustentabilidade ambiental, a sustentabilidade social é imprescindível para a existência humana com dignidade. Essa busca, mesmo frente aos graves problemas ambientais e econômicos transnacionais, não pode ficar em segundo plano. A materialização da sustentabilidade social passa pelo controle e prevenção da criminalidade e uma das formas dessa prevenção consiste na existência com dignidade do indivíduo. A vida com dignidade minimiza a existência de comportamentos antissociais.

## 1.2 COMPORTAMENTOS SOCIAIS E ANTISSOCIAIS

A transformação do animal humano em um ser social decorre de um processo específico e duradouro ao qual toda pessoa é diariamente submetida.

É esse processo de socialização que torna o ser humano apto para a vida em sociedade. Por meio dele é que se aprende a falar, pensar, interagir com os demais membros da sociedade, reconhecer-se e ser reconhecido como uma personalidade distinta do grupo e, ao mesmo tempo, integrada ao grupo. Esse reconhecimento pelo grupo é uma condição humana vital e nossa autodefinição é reflexa no sentido que tendemos a ser aquilo que a sociedade espera e acredita que somos. Ao

desafiar essa percepção, o ser humano é guindado a uma condição não reconhecida, esperada ou desejada pelo grupo.<sup>4</sup>

Sell<sup>5</sup> aponta que, na sociedade, não há espaços para autodefinições. Quem se antecipa ao seu tempo, normalmente só pode esperar o reconhecimento póstumo. Exemplifica com o caso da francesa Olympe de Gouges, que, em 1791, lançou a “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”, na qual pregava a igualdade de direitos para homens e mulheres. Na época, foi condenada à guilhotina pela pretensão de “ter querido ser um homem de Estado e ter esquecido as virtudes próprias do seu sexo”. Ainda há o caso da nova-iorquina fábrica de tecidos Cotton, quando, em 8 de março de 1857, as tecelãs entraram em greve contra a abusiva jornada de trabalho. A polícia e os proprietários da fábrica atearam fogo a todas elas por considerarem mulheres reivindicantes uma situação intolerável. Hoje, com o sacrifício reconhecido, a data do massacre representa o Dia Internacional da Mulher.

Boa parte das lutas humanas se dedica a demonstrar e convencer que se pode ser mais do que aquilo que a sociedade reconhece e que, por tradição, é destinado. Os grupos reconhecidos como minorias vivem em busca do reconhecimento para além da condição como é percebido.

Como na sociedade tudo funciona reflexivamente, cada grupo é socializado pela família e por outros membros do mesmo grupo para repetir as condutas do meio em que vive. Essa mesma família e os demais membros do grupo também se socializam nesse processo. Não há, portanto, uma socialização unilateral. Aquele que transforma também é transformado. Assim, cada indivíduo adapta-se aos papéis sociais previamente estabelecidos, e esses papéis transmitem o passado às próximas gerações.

Tal homogeneidade comportamental é sempre esperada e, por vezes, exigida para caracterizar uma situação de normalidade no grupo social. Quem difere dessa normalidade invariavelmente é destinado à segregação com o cancelamento da autorização social de permanecer livre e honrado. É a própria sociedade, o próprio grupo, que estabelece os padrões de normalidade.

E não são só o comportamento social e as habilidades individuais

---

4 SELL, Sandro Cesar. **Comportamento social e anti-social humano**. Editora Digital Juris. Florianópolis, 2006.

5 Idem, p. 261.

que podem facilitar ou dificultar o convívio. Mesmo as predisposições genéticas, como a aparência, a altura, o peso ou a cor da pele, podem influenciar no reconhecimento do indivíduo pelo grupo social. A teoria *lombrosiana*, adaptada aos tempos modernos, segue impingido a determinados indivíduos o risco de serem abordados como suspeitos ou mercedores de presumido descrédito.

A conduta não esperada pelo grupo, ou por ele rejeitada, é tratada como antissocial. Algumas dessas condutas podem revelar o indivíduo fora do seu tempo, seja como gênio para posterior reconhecimento ou como louco para o imediato isolamento e descrédito. Outras maculam de tal forma o tecido social que são eleitas como condutas criminosas. Alguns indivíduos, isoladamente ou em grupo, são agressivos e, por vezes, podem praticar ações desde indesejadas para o equilíbrio social até hediondas para a convivência.

O próprio grupo, ao exaltar personagens heróicos violentos, não criando culturas educativas que favoreçam uma convivência pacífica, sendo ora muito punitivos com os filhos, ora muito tolerantes, não contribui para a busca da justa medida educativa, tornando-se responsável pela violência e pela criminalidade que acompanha cada geração.

O indivíduo, durante o processo de socialização reflexiva, verifica as oportunidades e vantagens do comportamento antissocial, seja pela possibilidade de comparar-se, econômica e socialmente, com a elite, seja pela impunidade percebida na relação custo-benefício de uma conduta à margem a que aspira a sociedade. A própria sociedade que não quer o crime, não consegue tratar, com um mínimo de dignidade, todos os seus membros.

Independente da iniciativa criminosa, gerada pela ambição ou busca de aceitação, o tratamento indigno ao ser humano o leva a buscar a marginalidade ou, pior, não verificar outra possibilidade senão manter-se à margem.

### 1.3 PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA A EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL

A sustentabilidade e o meio ambiente são pautas obrigatórias a qualquer discussão que envolva o desenvolvimento. A importância de

tais fatores há de ser compreendida como a possibilidade de sobrevivência dentro de uma cultura de conservação de recursos naturais e na exploração de recursos de forma condizente com a capacidade de produção e de renovação desses recursos.

Porém, minimiza o valor de todo cuidado ambiental enquanto existirem bolsões humanos onde não é priorizado o oferecimento de condições mínimas de vida de populações inseridas no mesmo meio ambiente.

A ampliação da sustentabilidade ambiental para que alcance também as pessoas deu surgimento ao termo sustentabilidade social. A sustentabilidade social não se dirige somente para populações regionais, mas também para grupos de indivíduos em situação diversa da pretendida num contexto global humanitário. Dentre esses grupos, temos as populações criminosas e criminalizadas.

O rápido processo de industrialização, combinado com o aumento contínuo da população mundial e de sua urbanização, bem como a adoção de determinados padrões de consumo e produção, causam desequilíbrios sociais. Uma das consequências desse desequilíbrio é a violência e a criminalidade.

Santiago<sup>6</sup> critica o atual modelo civilizatório, porquanto *“degrada el ambiente, subvalora la diversidad cultural, y desconoce al Otro (al indígena, al pobre, a la mujer, al negro, al Sur), mientras privilegia un modo de producción y un estilo de vida insustentables, que se han vuelto hegemónicos en el proceso de la globalización”*.

Tal estilo de vida insustentável desconsidera a premissa de que as ações sustentáveis devem estar inseridas em diferentes contextos tornando-se rotina de diferentes atores (sociedade, governos e empresas).

A imprescindibilidade da sustentabilidade social beira à unanimidade, e os conceitos são amplamente discutidos, mas falta a efetiva aplicação prática para que passe a integrar ações. Para isso é necessária uma transformação cultural.

Os princípios básicos para a efetivação da sustentabilidade social encontram-se relacionados na Constituição da República Federativa do Brasil, e um dos princípios fundamentais constitucionais é a digni-

---

6 SANTIAGO, Roberto Martins. Revista Iberoamerica de Educación. Número 40: Enero-abril 2006. Madrid. Editora Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI). p.11.

dade da pessoa humana. Os princípios fundamentais refletem-se nos chamados direitos sociais nos quais se destacam a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, e nos chamados direitos individuais, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Esses princípios básicos, que se caracterizam como necessidades, devem fazer parte da realidade social, mormente para as populações envolvidas ou atingidas por situações de injustiça social. Dentre elas (crianças, mulheres, idosos, populações indígenas e afrodescendentes) encontram-se as populações urbanas marginalizadas.

A sustentabilidade social como dever do Estado decorre da própria obrigação constitucional. Bobbio<sup>7</sup> destaca que “O Estado de direito é o Estado dos cidadãos”. O envolvimento do indivíduo com a atividade criminosa não tira a sua condição de cidadão. A responsabilização criminal do indivíduo é decorrente de sua conduta humana e não de sua condição humana. Em momento algum ele perde o direito ao preceito básico fundamental de ver respeitada e garantida a sua dignidade.

## **2 A ATENÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONDIÇÃO PARA A PREVENÇÃO E DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE**

### **2.1 O AMBIENTE GERADOR DE COMPORTAMENTO ANTISSOCIAL E O NASCIMENTO DA CRIMINALIDADE**

Os índices de criminalidade são motivo de constantes preocupações no mundo contemporâneo. Busca-se identificar as causas dessa criminalidade por meio de análises de natureza antropológica, social, econômica ou simplesmente dogmática.<sup>8</sup>

A existência da criminalidade está condicionada a fatores que concorrem para a prática do crime e, conseqüentemente, para o aumento

7 BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Trad. Cramem C. Varrialle. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. p. 401.

8 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. Tradução Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote Garcia, Davi Tangerino. 6. ed. reform., atual. E ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

da violência considerada como um fenômeno social. A criminalidade está relacionada a fatores econômicos, sociais e políticos, envolvendo valores e sentimentos que são formadores de uma cultura e contribuem na constituição do ambiente social do próprio homem. O criminoso, tido como aquele que tem envolvimento ativo com a conduta criminosa, assim tipificada, sofre, então, com o fenômeno de uma tribalização<sup>9</sup> decorrente de sua própria vivência. Dentre os vários fatores que induzem à violência ou que facilitam a violência e a criminalidade, é importante destacar as condições comparativas de vida (inevitável em aglomerados urbanos) e o próprio desenvolvimento humano.

O processo de desestruturação dos elos familiares, sociais e comunitários, decorrentes da urbanização acelerada contribui para o surgimento de comportamentos antissociais, até como uma forma de expressão e destaque no grupo ou, no dizer de Maffesoli<sup>10</sup>, na própria tribo. É uma conduta comum no indivíduo que perdeu a perspectiva de futuro fora do micromundo em que vive. A marginalização de procedimentos e condutas é mais do que simples atos ilegais: transforma-se em uma forma de linguagem presente na relação de vários atores sociais.

Surge a necessidade do controle social do delito por meio de teorias que buscam explicar a origem do problema.<sup>11/12</sup> O crime é um fenômeno fortemente caracterizado na seletividade e sua atuação não é casual, pois nasce e se desenvolve no meio social. O combate à criminalidade não se basta em um controle normativo, mas, especialmente, na estruturação de sistemas de prevenção do delito em que ele revela sua potencialidade e na ressocialização dos indivíduos atingidos pela marginalidade.

Numa visão eminentemente penalista, o crime é um modelo típico descrito na norma penal. Trata-se de mera hipótese, produto de uma abstração. Um patologista tratará o crime como uma doença epidêmica. Há moralistas que enxergam o crime como um castigo do céu. Nos mapas estatísticos, pode ver-se o crime como um número. Já um sociólogo o apresenta como uma conduta desviada. Porém, a conduta antissocial,

---

9 MAFFESOLI, Michel. *O tempo das tribos*. Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1997.

10 Idem.

11 SOARES, Orlando. *Causas da criminalidade e fatores criminógenos*. Rio de Janeiro: Científica, 1978.

12 DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

o delito é, antes de tudo, um problema social e comunitário<sup>13</sup>.

O crime não é uma doença e não se revela por números: é um problema interpessoal e comunitário. Segundo Molina, é

Uma realidade próxima, cotidiana, quase doméstica: um problema 'da' comunidade, que nasce 'na' comunidade e que deve ser resolvido 'pela' comunidade. Um problema social, em suma, com tudo que sua caracterização implica em função de seu diagnóstico e tratamento<sup>14</sup>.

## 2.2 A PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE

A prevenção da criminalidade é tema recorrente em todas as escolas criminológicas. É voz comum a afirmação de que não basta apenas combater o crime, mas é preciso antecipar-se para prevenir a ocorrência de atividades criminosas. Comumente vê-se a prevenção pelo mero fator dissuasório da pena aplicada ou prometida. A ameaça do castigo poderia revelar-se suficiente à prevenção, agindo como contramotivação ao infrator.

Pode-se ampliar, ainda, o conceito de prevenção atribuindo-lhe característica não penal. A modificação do ambiente ou do cenário criminal, alteraria as condições da ação criminosa. Trata-se da obstaculização do delito por meio da organização do espaço físico, do desenho arquitetônico e urbanístico, do comportamento das vítimas potenciais e da efetividade e ostensividade do aparato repressivo. Essa intervenção seletiva no cenário do crime desequilibra as possíveis vantagens do comportamento criminoso causando um efeito inibidor para as condutas delitivas.

Há, ainda, a percepção de que a prevenção do delito não se esgota no momento anterior à prática criminosa, mas estende-se aos programas de ressocialização com vistas à reinserção do condenado no meio social. Busca-se, então, evitar a reiteração criminosa. A prevenção criminal merece mais atenção do que o atendimento às simples etapas com escopo de dissuadir o infrator em potencial com a ameaça do castigo.

13 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Polícia y Criminalidade em el Estado de Derecho*. In *Polícia y Sociedad*. Madrid, 1990 (obra coletiva editada pelo Ministério do Interior espanhol). p. 54-57.

14 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Polícia y Criminalidade em el Estado de Derecho*. In *Polícia y Sociedad*. Madrid, 1990 (obra coletiva editada pelo Ministério do Interior espanhol). p. 54-57.



Destaca-se a importância da distinção entre as prevenções “primária”, “secundária” e “terciária”. Essa distinção, conforme Molina<sup>15</sup>, tem por base vários critérios, que consideram a relevância etiológica dos respectivos programas, os destinatários, os instrumentos e mecanismos utilizados, bem como nos fins perseguidos.

Nessa classificação, os programas de prevenção “primária” são direcionados para a causa do problema criminal e social, buscando neutralizá-lo antes da ocorrência. Criam-se os pressupostos necessários para resolver as situações sociais antes que se transformem, de fato, em problemas criminais. Oportunidades sociais comunitárias são exemplos que alcançam todos os cidadãos, tais como moradia, saúde, trabalho, renda e qualidade de vida, que, entre outros, são âmbitos essenciais que se operam a longo e médio prazos. A prevenção primária está intimamente relacionada com as estratégias de políticas culturais, econômicas e sociais.

A prevenção secundária atua em zonas potenciais de conflito, em que o crime se manifesta ou se exterioriza. Essa prevenção se opera a curto e médio prazos e se materializa seletivamente a determinados setores ou grupos sociais. Identificam-se os grupos que apresentam maior risco de serem vítimas ou protagonistas de um problema criminal. É na prevenção secundária que está inserida a política legislativa penal, assim como a atuação dos órgãos de segurança pública. Nessa etapa, são inseridos os programas de reordenação urbana e a utilização do desenho arquitetônico como medida de proteção vitimária.

Por fim, a prevenção terciária destina-se ao indivíduo condenado criminalmente. Por vezes rotulada como uma medida cujo objetivo é remediar o fracasso das formas de prevenção anteriores expostas, a prevenção terciária não é menos importante. Conforme dados do Ministério da Justiça brasileiro<sup>16</sup>, a população carcerária no Brasil é de 496.251 presos e mais da metade desses indivíduos tem penas que variam de 4 a 8 anos. Pode-se dizer, então, que, em 6 anos, cerca de 250.000 desses indivíduos estarão em liberdade, seja condicional, seja pelo cumprimento em regime aberto, seja pelo término da pena.

15 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. Tradução Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote Garcia, Davi Tangerino. 6. ed. Reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 364-366.

16 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRIE.htm>. Acesso em 1º de agosto de 2011.

A importância dos programas de prevenção terciária como política pública de contenção da violência e da criminalidade e o sucesso ou fracasso desses programas indicarão o perfil desse contingente de reinseridos. Contingente, frise-se, superior à população da grande maioria das cidades brasileiras.

Todos esses programas, ao almejarem a prevenção da criminalidade ou da reincidência criminal, têm em comum a busca da dignidade humana. Nos sistemas de prevenções primária e secundária, foca-se na vivência com dignidade (saúde, moradia, qualidade de vida) e no oferecimento de oportunidades sociais dignas (educação, emprego, segurança).

Na prevenção terciária, o escopo é o resgate da dignidade perdida com a vivência criminoso ou com a inevitável estigmatização da condenação.

O tratamento digno na fase da execução da pena é imprescindível para a reintegração social, e o Ministério da Justiça tem clara posição sobre o assunto, embora a prática, por mais das vezes, não revele essa intenção.

As ações que buscam a reintegração social representam “um conjunto de intervenções técnicas, políticas e gerenciais levadas a efeito durante e após o cumprimento de penas ou medidas de segurança”<sup>17</sup>. O objetivo dessas ações é “criar interfaces de aproximação entre Estado, Comunidade e as Pessoas Beneficiárias”<sup>18</sup>, como forma de ampliar a capacidade de o apenado lidar com problemas, superar obstáculos e reduzir a vulnerabilidade frente ao sistema penal.

Assim, o tratamento penal com dignidade não se limita em evitar a violência física ou a simples garantia (que é legal) de condições adequadas para a custódia do condenado. É imprescindível que a atuação do sistema prisional faça parte de um processo de superação de uma história de conflitos, por meio da promoção dos direitos dos presos e da recomposição dos seus vínculos com a sociedade. Essas medidas possibilitariam a criação de condições para a sua autodeterminação

17 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Execução Penal e Reinserção Social no âmbito do Ministério da Justiça. <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDA8C1EA2ITEMID0A92E04549BC444EBF4358C793E9539APTBRIE.htm>. Acesso em 1º de agosto de 2011.

18 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Execução Penal e Reinserção Social no âmbito do Ministério da Justiça. <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDA8C1EA2ITEMID0A92E04549BC444EBF4358C793E9539APTBRIE.htm>. Acesso em 1º de agosto de 2011.

responsável.

O Departamento Penitenciário Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Justiça com a atribuição de gerenciar o sistema carcerário, considera que os projetos na área de Reintegração Social devem estar posicionados em alguns eixos básicos. O primeiro eixo é o de formação profissional e educacional dos apenados, internos e egressos do Sistema Penitenciário Nacional. Nessa fase, desenvolve-se um processo pelo qual se associa a elevação da escolaridade e a educação profissional, com o acesso ao trabalho e à geração de renda, focando o mercado de trabalho formal após o cumprimento da pena privativa de liberdade.

O segundo eixo de reinserção trata da assistência ao condenado e seus dependentes para criar condições de exercício de autonomia. Esse processo materializa-se pela inclusão dos indivíduos na agenda das políticas públicas de governo, bem como pelo apoio a ações de instituições públicas e privadas, de caráter permanente, que tenham o objetivo de prestar atendimento aos condenados (material, jurídico, educacional, social, religioso e principalmente à saúde ao egresso, após a edição do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário).

Essas ações, quando materializadas, certamente servirão de instrumento de resgate da dignidade.

### 2.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO UM DIREITO ESFÉRICO

A Constituição da República Federativa do Brasil destaca, como fundamento, a dignidade da pessoa humana.

A dignidade se manifesta especialmente na “autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”<sup>19</sup>. Nessa visão *kantiana*, a dignidade assume posição imprescindível em qualquer ordenamento jurídico. Não é possível renunciar à dignidade posto que seja uma qualidade do ser humano. Sua existência independe do reconhecimento, tornando-a, na construção de Gabriel Real, um verdadeiro “Direito Esférico”<sup>20</sup>.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

20 Expressão utilizada por Gabriel Real Ferrer no seminário “*Del Derecho Ambiental al Derecho de la Sostenibi-*”

Destarte, a previsão constitucional, ao promover e proteger a dignidade da pessoa humana, não prescinde de ações concretas que torne a dignidade real e efetiva como integrante da vida de todo e qualquer indivíduo.

Considerando a dignidade uma essência da pessoa humana, ela “concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”<sup>21</sup>. Tal princípio integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Não é possível a desconsideração da dignidade, até mesmo para aquele criminoso “que pode ter atentado, da forma mais grave e insuportável, contra tudo aquilo que a ordem de valores da Constituição coloca sob sua proteção, não pode ser negado o direito ao respeito da sua dignidade”<sup>22</sup>.

A subordinação jurídica à Constituição da República impõe ao diploma processual penal e à legislação correlata o padrão garantidor de direitos fundamentais. Com base na prática de uma conduta antisocial e penalmente tipificada, materializa-se o *jus puniendi* estatal. Esse direito-dever não é ilimitado, tendo em vista que deve servir fielmente às normas postas e tem por fronteira os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana não pode perder-se no intramuros do cárcere. A garantia constitucional é revelada na Lei de Execuções Penais<sup>23</sup> que exige a adaptação de vários dos atuais estabelecimentos, bem como a construção de novos estabelecimentos com a modernização de serviços penais.

A execução da pena adota o modelo jurisdicional, cujo objetivo é assegurar aos presos seus direitos fundamentais. Ou seja, mesmo perdendo a liberdade, o direito fundamental à dignidade permanece. Mas, destarte as previsões constitucionais, a prática no sistema carcerário brasileiro beira o descaso. Após a condenação, resta ao preso expiar sua culpa, normalmente em condições desprovidas de dignidade.

Nessas condições, a preservação da dignidade, que deveria ser um

---

lidad”. Universidade de Alicante, Espanha. Junho de 2011. Para Gabriel Real, “*El Derecho Ambiental ha sido el motor de un cambio revolucionario en la misma concepción del Derecho. De la pirámide de Kelsen hemos pasado al Derecho Esférico.*”

21 MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

23 Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.

dos objetivos iniciais, acaba ficando em segundo plano. E, em paralelo, existem as questões inerentes à natureza da pena privativa de liberdade, como o isolamento do preso em relação à sua família, sua segregação em relação à sociedade e a convivência conflituosa entre o pessoal da administração e o apenado.

No entanto, o principal problema advindo da permanência do detento no estabelecimento penal, se não preservada a sua dignidade, é o fenômeno da prisionização<sup>24</sup>.

Thompson esclarece que o efeito da prisionização ocorre, em maior ou menor grau, com todo homem que é confinado ao cárcere. Ainda segundo o autor, imediatamente ao cerceamento da liberdade, o preso

transforma-se numa figura anônima de um grupo subordinado; traja as roupas dos membros desse grupo; é interrogado e admoestado; aprende as classes, os títulos e os graus de autoridade dos vários funcionários; e, usando ou não a gíria da cadeia, ele vem a conhecer o seu significado.<sup>25</sup>

De forma inevitável, nesse novo ambiente que lhe é proporcionado, o sentenciado deve adaptar-se aos padrões da prisão, diante da necessidade de sobreviver e de ser aceito pelos demais detentos. Forma-se uma cultura paralela, ou, como é chamada pelos próprios presos, a “lei da cadeia”, com o desenvolvimento de novos hábitos e valores, os quais, com o passar do tempo, integram-se à pessoa do infrator.

O sentenciado, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está sendo socializado para viver na prisão. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que ocorre é algo completamente diverso: trata-se apenas de um homem prisionizado.<sup>26</sup>

Sendo assim, via de regra, o bom comportamento que o detento demonstra na prisão torna-o apenas adepto aos valores nela existentes, não tendo o condão de afirmar que ele esteja apto a retornar à sociedade por ter sido ressocializado. Dessa forma, ao voltar à liberdade, por adequar-se àquela ordem imposta no cárcere, não consegue adaptar-se de forma satisfatória às situações cotidianas; e a atual dessocialização tende a motivar a prática de novos delitos.

24 Também chamada, por alguns autores, de prisionalização.

25 THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Petrópolis: Vozes, 1976. p. 52.

26 PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 158.

O sentenciado, em vez de adquirir valores que colaborem para a sua reintegração social, assimila os fatores criminógenos do presídio, gerando uma verdadeira desordem em sua personalidade por perder sua identidade, transformando-se numa figura anônima dentro de um grupo subordinado e segregado pela sociedade.

Muito se tem escrito sobre a crise do sistema penitenciário e a falência da pena de prisão; parece que já há um consenso a respeito. Araújo<sup>27</sup> relata que é extremamente sério o atual quadro do sistema prisional, caracteristicamente criminalizante, que atua no contexto de um conjunto arcaico em que subsiste uma escola para a reprodução do crime. Na prática, apenas segrega temporariamente o condenado, pelo entendimento exclusivo da repressão. As conflitantes metas 'punir, prevenir e regenerar' não alcançam os fins a que se propõem. Porém, é preciso enfatizar que o problema se agrava quando se expõe uma crise sobre outra crise, pois, ante os problemas econômicos e sociopolíticos, a prisão torna-se objeto de urgente e indispensável intervenção. Isso porque a seletividade do sistema penal se exerce, majoritariamente, sobre as populações menos favorecidas econômica e socialmente. Basta conferir os dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça: 95% da clientela do sistema são de presos com renda mensal média, anterior à prisão, de menos de um salário mínimo *per capita* familiar<sup>28</sup>.

Somando-se aos problemas decorrentes da superpopulação carcerária (causada principalmente pela inoperância tolerada do Estado) e das questões da prisionização e estigmatização do preso e do ex-preso, há, em nosso atual sistema penitenciário, centrado na pena de prisão em regime fechado, uma das mais cruéis vitimizações praticadas com aval institucional.

A ineficácia da prevenção terciária gera indivíduos desrespeitados na sua dignidade, pobres, prisionizados e com o estigma da lei penal, que dificulta cada vez mais a reinserção social ou, na realidade, a própria inserção social, pois, de fato, nunca foram socializados. O egresso do sistema prisional dificilmente fugirá de comportamentos considerados

27 ARAÚJO. Edna Del Pomo de. **Vitimologia em Debate II**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda, 1997. p. 6.

28 Desde 1997, o Censo Penitenciário Nacional, editado pelo Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça, não faz o levantamento da situação socioeconômica dos presos. A partir de 2006, a coleta de dados do sistema foi substituída pelo InfoPen - Sistema Integrado de Informações Penitenciárias e que está disponível em [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br).

ilícitos como estratégia de sobrevivência, engrossando o círculo perverso da reincidência criminal.

Embora o sistema penal tenha por base segregar para ressocializar, tal ressocialização não ocorre pelo simples encarceramento. Muito mais que o ideal de ressocialização, que pressupõe o tratamento com dignidade, adequado e legalmente previsto, deve se optar pela condição de reintegração social (quando não é necessária a própria integração) em que há a suposição de uma comunicação entre a prisão e a sociedade, objetivando uma identificação entre os valores da comunidade livre com a prisão e vice-versa. Nesse sentido, e visando alcançar uma eficaz integração social daquele que foi condenado a uma sanção penal, torna-se imprescindível maior aproximação e conseqüente envolvimento da comunidade na busca da solução de seus conflitos sociais, mantendo o equilíbrio e a conseqüente sustentabilidade social.

## CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana, garantia fundamental constitucional, embora essencial ao ser humano, precisa ser protegida e, em alguns casos, implantada. Quando se trata de prevenção terciária da criminalidade, depara-se com uma população que, em muitos casos, sequer teve a dignidade deferida. No momento da ressocialização, a dignidade é mais do que um direito individual, é um direito esférico de responsabilidade de todos. A sustentabilidade social não será completa se nesses nichos humanos a dignidade não for implantada e respeitada por toda a sociedade.

No caso dos presos, é lícito afirmar que a sua maioria já se encontrava, antes de adentrar ao sistema prisional, à margem da sociedade. A expressão ressocializar é a mais correta a ser empregada àquele que está cumprindo pena de privação de liberdade e que mais tarde será solto. Não estaria ele sendo devolvido à sociedade, mas, sim, teoricamente, tendo a oportunidade de nela ver-se inserido. Thompson comenta que, a partir do século passado, essa questão já merecia ênfase especial, inclusive as suas variadas designações “[...] terapêutica, cura, recuperação, regeneração, readaptação, ressocialização, reeducação e



outras correlatas".<sup>29</sup>

Muitos métodos e programas são utilizados na prevenção terciária a fim de exercer influência na ressocialização dos presidiários: são políticas de trabalho, extinção do analfabetismo, prática de esportes e oficina de aptidão. Existem propostas de integração público-privada, com o objetivo de abrir caminhos para diminuir os efeitos negativos que envolvem a vida do preso no sistema prisional, e prevenir a reincidência criminal quando for colocado fora dele.

Na condição de país signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), materializada pelo Decreto n. 678, de 6/11/92, é impositiva a observância de que as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação dos condenados.

Não é o fato de estar no cárcere, excluído, que vai fazer do preso uma pessoa socialmente adaptada. Já foi demonstrado que a simples submissão às regras do cárcere é mais uma característica da prisionização do que a adaptação a um padrão social desejado. Thompson ressalta essa questão, afirmando que

É difícil encontrar outra justificativa para a admissão pacífica de tão formidável paralogismo: julgar que o criminoso, por submisso às regras intramuros, comportar-se-á como não criminoso, no mundo livre<sup>30</sup>.

Segundo Rupert Cross, "Para punir um homem retributivamente é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo, é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através de injúria."<sup>31</sup> Os espanhóis Ilhescas e Genovés, envolvidos também com este estudo, têm analisado e concluído que "*El encarcelamiento es en si mismo causa de frustración y sufrimiento, de ansiedad y hostilidad; estados que predisponen a reacciones de agresividad*"<sup>32</sup>.

Não se trata da questão ser viável ou não o cumprimento da legislação penitenciária. A execução da penal não se resume apenas no enjaulamento do condenado, mas também em recuperá-lo e restituí-lo à sociedade. No entanto, o que se constata é um verdadeiro descrédito

29 THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 3.

30 THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 11.

31 THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 11.

32 REDONDO ILHESCAS, Vicente. GARRIDO GENOVÉS, Vicente. **La Intervencion Educativa en el Médio Penitenciario - Una década de Reflexion**. Zaragoza: Felix Arrilla, 1992. p. 54-55.



no êxito do que determina a lei.<sup>33</sup>

Diversos documentos têm sido firmados pelas nações, invocando a proteção dos direitos humanos e o tratamento digno aos presos. Entre estes, está o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos (1966), que entrou em vigor em 23 de março de 1976, cujo art. 7º proíbe a tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. O art. 10, item 3, determina que “o regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros”. Mesmo teor é contemplado pelo Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 5º, item 6: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.<sup>34</sup>

Lins e Silva afirma que o gênero humano deve ser tratado com compreensão e inteligência para seus erros e suas fraquezas; a violência e o rigor demasiado das sanções jamais foram formas hábeis ou racionais de corrigir eventuais desvios de conduta. Salienta, ainda, que não se ignora que a “prisão não regenera nem ressocializa ninguém; perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas onde se diploma o profissional do crime”.<sup>35</sup>

Classificado como um direito penal moderno, vigora, no atual sistema penal, o princípio da humanidade, segundo o qual, consoante os ensinamentos de Zaffaroni<sup>36</sup>, o réu é, antes de ser estereotipado de qualquer forma, um ser humano, tendo inerente a essa qualidade o direito a ser tratado de forma digna. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão adverte nesse sentido e, diante do tema aqui tratado, dispõe no art. 5º que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”<sup>37</sup>.

Oportuno citar o trabalho apresentado em 1992 pelo Instituto das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente na América Latina (ILANUD), cujo título é *Sistemas Penitenciarios y*

33 “Los criminólogos y penalistas de la corriente crítica o radical, al referirse a la pena privativa de libertad, concluyen que el fin de la reinserción social es un mito y el tratamiento penitenciario algo inútil y reaccionario, al ser contradictorio con el respeto de las libertades del hombre y constituir un instrumento al servicio de las clases oprimidas a fin de mantener el status quo”. REDONDO ILHESCAS, Vicente. GARRIDO GENOVÉS, Vicente. **La Intervención Educativa en el Medio Penitenciario - Una década de Reflexión**. Zaragoza: Felix Arrilla: 1992. p. 59.

34 LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 6-7.

35 LINS E SILVA, Evandro. O Salão dos Passos Perdidos. São Paulo: Nova Fronteira, 1997. p. 210.

36 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual De Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001. p. 141.

37 Declaração Universal dos Direitos do homem e do Cidadão. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org/documentos/docjuridicos.htm>>. Acesso em 1º de agosto de 2011.

*Alternativas a la Prisión en América Latina y el Caribe*, escrito por diversos professores da mesma região, em que o prof. Luis Rodriguez Manzanera, do México, conclui 23 recomendações referentes aos países da América Latina, dentre as quais destaca-se que a execução penal deve abandonar os critérios retributivos para optar pelos critérios de prevenção.<sup>38</sup>

Dessa forma, com a garantia e o resgate da dignidade da pessoa humana na população carcerária, haverá a possibilidade de que o retorno à sociedade contribua para a sustentabilidade social almejada e necessária.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edna Del Pomo de. **Vitimologia em Debate II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Trad. Cramem C. Varrialle. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1992.

CARRANZA, Elias; HOUED, Mario; LIVERPOOL, Nicholas J. O.; MORA, Luis P.; MANZANERA, Luis Rodriguez. **Sistemas penitenciários y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do homem e do Cidadão**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org/documentos/docjuridicos.htm>>. Acesso em 1º de agosto de 2011.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Execução Penal e Reinserção Social no âmbito do Ministério da Justiça**. <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDA8C1E-A2ITEMID0A92E04549BC444EBF4358C793E9539APTBRIE.htm>>. Acesso em 1º de agosto de 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Sistema de Informações Penitenciárias**. <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRIE.htm>>. Acesso em 1º de agosto de 2011.

FERRER, Gabriel Real. **El Derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad**. In Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Am-

38 CARRANZA, Elias; HOUED, Mario; LIVERPOOL, Nicholas J. O.; MORA, Luis P.; MANZANERA, Luis Rodriguez. "Sistemas penitenciários y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe". Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992. p. 80-83.

bientales. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Ciudad de Panamá, Panamá. 2010. p. 41-48. Disponível em <<http://www.pnuma.org/gobernanza/Publicaciones.php>> Acesso em 30 de junho de 2011.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. Tradução Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote Garcia, Davi Tangerino. 6 ed. Reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Policía y Criminalidade em el Estado de Derecho**. In Policía y Sociedad. Madrid, 1990 (obra coletiva editada pelo Ministério do Interior espanhol).

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LINS E SILVA, Evandro. **O Salão dos Passos Perdidos**. Nova Fronteira: São Paulo, 1997.

MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1997.

MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

REDONDO ILHESCAS, Vicente. GARRIDO GENOVÉS, Vicente. **La Intervencion Educativa en el Médio Penitenciario - Una década de Reflexion**. Zaragoza: Felix Arrilla, 1992.

SANTIAGO, Roberto Martins. **Revista Iberoamerica de Educación**. Número 40: Enero-abril 2006. Editora Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI). Madri. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SELL, Sandro Cesar. **Comportamento social e antissocial humano**. Florianópolis: Digital Juris, 2006.

SOARES, Orlando. **Causas da criminalidade e fatores criminógenos**. Rio de Janeiro: Científica, 1978.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Petrópolis: Vozes, 1976. p. 52.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001. p. 141.

PENAL

# BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA (A)TIPICIDADE DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO

**Onofre José Carvalho Agostini**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

**Fernanda Mambrini Rudolfo**

*Defensora Pública do Estado de Santa Catarina*

## RESUMO

Este trabalho trata da aplicação do princípio da lesividade, um dos norteadores do Direito Penal, à conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Costuma-se argumentar que o porte de drogas para consumo não poderia ser criminalizado diante da ausência de ofensa a bem jurídico penalmente protegido, porquanto não ultrapassaria a pessoa do próprio usuário. Todavia, cuida-se de questão de saúde pública, que exige atuação estatal eficiente e, portanto, justifica a previsão legal acima mencionada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal. Drogas. Lesividade. Saúde Pública.

## REFLEXÃO INICIAL

Não obstante o tema da descriminalização do porte de drogas para consumo seja há tempo objeto de discussão dentre doutrinadores e operadores do direito, com a iminência do novo Código Penal e da

|         |               |      |       |            |                |
|---------|---------------|------|-------|------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 8 | n. 19 | p. 31 - 50 | jul./dez. 2011 |
|---------|---------------|------|-------|------------|----------------|

possibilidade de se afastar tal conduta da esfera de atuação do Direito Penal, nos parece adequado fazer breves considerações acerca do assunto.

## O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E O PORTE DE DROGAS

Como se sabe, o princípio da lesividade ou ofensividade constitui princípio fundamental para legitimar o Direito Penal no Estado Democrático de Direito, havendo quem afirme que “[...] a ofensividade é um nítido apêndice da intervenção mínima do Direito Penal Democrático”<sup>1</sup>.

Nessa esteira, o princípio da lesividade determina que o Direito Penal somente puna o crime quando a conduta lesionar ou expuser a lesão um bem jurídico penalmente tutelado, porquanto não é função do Direito Penal moderno condenar e punir um comportamento visto pela sociedade como imoral ou impuro.

A título de exemplo, pode-se dizer com segurança que a autolesão e a tentativa de suicídio não são condutas puníveis. A lesão corporal leve igualmente não constitui crime quando autorizada pela vítima, visto que a pessoa possui parcial disponibilidade sobre sua própria integridade física, como autorizar que um terceiro coloque um *piercing*.

Ressalte-se, entretanto, que a autolesão, quando utilizada como meio de fraudar as empresas seguradoras, é conduta tipificada pelo Direito Penal.

Considerando que a conduta lesiva deve afetar interesses de outrem, não haverá sanção quando os atos praticados pelo agente e seus efeitos permanecerem na esfera de interesse dele próprio. Ou seja, não se pune a autolesão porque o agente lesiona a própria integridade física, não afetando interesse alheio.

Com arrimo nessas justificativas, alguns Juízes de 1º grau do Estado do Rio Grande do Sul proferem suas decisões, ou seja, com base no princípio da lesividade ou da não autolesão, estão considerando as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, atípicas.

---

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 91.

Consignam-se, no ponto, trechos de julgados que demonstram essa posição sobre o tema:

[...] O magistrado, então, absolveu sumariamente o acusado JOSSIMARGUALANO DOS SANTOS das imputações do art. 28 da Lei nº 11.343/06, com fulcro no art. 397, inciso III, do CPP. Argumentou, **em síntese, que o Direito Penal não poderia punir a autolesão, o que tornaria a conduta do acusado atípica, visto que não lesaria a terceiros.** Alegou que a conduta de posse de drogas teria sido descriminalizada, visto que não foi cominada pena de reclusão ou detenção para o tipo, estando, portanto, em desconformidade com o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Por fim, argumenta que a apreensão de pouca quantidade de droga em poder do acusado também demonstra que o presente fato estaria abrangido pelo princípio da insignificância (fls. 46/47v).

(TJRS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RS. VER: Inteiro Teor. Apelação Crime ACR 70039745856. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: Odone Sanguiné. Comarca de Origem: Comarca de Santa Maria. Data de Publicação: 09/06/2011. Publicação: Diário da Justiça do dia 17/06/2011).

[...] Sobreveio a decisão atacada, a qual entendeu pela rejeição da denúncia, fundamentando que **“eventual autolesão, como no caso para consumo, sem que tenha causado lesão a terceiros, não há que ser punida”** (fl. 53/53v).

(TJRS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RS. Recurso Crime RC 71003094687 RS (TJRS). Órgão Julgador: Turma Recursal Criminal. Relatora: Cristina Pereira Gonzales Comarca de Origem: Comarca de São Lourenço do Sul. Data de Julgamento: 20/6/2011. Publicação: Diário da Justiça do dia 21/06/2011).

Por oportuno, revela-se o teor da decisão de Magistrado de 1º grau do Estado de Santa Catarina corroborando o referido entendimento:

[...] Com efeito, o representante do Ministério Público requereu a desclassificação para a imputação prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Só resta discutir esta imputação e não a do art. 33 da Lei n. 11.343/06, porque o art. 395 do CPP, por evidente, não foi recepcionado. Somente quem está, ainda, premido pela mentalidade inquisitória pensa que o Estado pode condenar quando o autor da ação penal não requer.

Da análise do apurado resta evidenciado pelos depoimen-

tos dos policiais que o acusado, de fato, foi encontrado com droga, aliás, apreendida (fl. 09), nas dependências do estabelecimento prisional, em suas vestes íntimas, sem que apresentasse, todavia, elementos de imputação na conduta de tráfico. Remanesce, portanto, a possível imputação do art. 28 da Lei n. 11.343/06. O acusado afirma que a droga apreendida em seu poder era para consumo próprio (fls. 76/77), situação circundada pelo Laudo de Dependência Toxicológica (fls. 100/102). Os policiais que efetuaram a prisão indicaram que, na verdade, foram encontradas com o acusado, em torno de 20 petecas, uma quantidade razoavelmente pequena de droga.

**Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues** (Nova Lei de Drogas: Comentários à Lei n. 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40-42) apontam: "Não pode ser descurado que a Constituição Federal de 1988 elegeu o Estado Democrático de Direito para ser o ser arquetipo. Dentro deste contexto, alguns valores constitucionais emergem para justificar a busca da democracia substancial, no qual os direitos, mais do que belos discursos, interferem efetivamente na realidade social. Pertinente na questão da criminalização do porte de substância entorpecente é a compreensão sobre aos valores constitucionais do respeito ao ser diferente e da igualdade, bem como do princípio constitucional da intimidade. [...] No plano concreto, a criminalização do porte de substância entorpecente dá uma bofetada no respeito ao ser diferente, invadindo a opção moral do indivíduo. Há uma nítida reprovação a quem não segue o padrão imposto. [...] Sob outro enfoque, "a simples posse de drogas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto para terceiros, são condutas que, situando-se na esfera individual, se inserem no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado o Estado - e, portanto o Direito - penetrar. Assim como não se pode criminalizar e punir, como, de fato, não se pune a tentativa de suicídio e a autolesão, não se podem criminalizar e punir condutas, que menos danosas do que aquelas, podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão". (KARAN, Maria Lúcia. Revisitando a sociologia das drogas. Verso e reverso do controle penal, p. 136.) Vale salientar que integra a Constituição Federal a dignidade da pessoa humana na qualidade de valor constitucional. A criminalização de conduta exige o dano social para que não se viole o ser humano em sua integridade de proteções. Ao usar droga (portar), a pessoa age nos estritos limites de sua intimidade constitucionalmente garantida. Permitir que a truculência do Estado Penal com todo o seu aparato invada a tranquilidade da pessoa, se traduz na mais violenta marca da intolerância e do autoritarismo, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que o bem penal jurídico tutelado no

tipo do artigo 28 da lei 11.343/06 é a saúde pública. O uso afeta a saúde individual e não a pública. A incolumidade pública fica sossegada com o uso individual. Se não há lesão ao bem jurídico tutelado não há crime."

Continuo entendendo conforme decidia na 5ª Turma de Recursos, de Joinville, na Apelação Criminal n. 173, de Jaraguá do Sul, cujas razões seguem abaixo, a saber, inexistente crime porque ao contrário do que se difunde, o bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei n. 11.343/06 é a 'integridade física' e não a 'incolumidade pública', diante da ausência de transcendência da conduta, e a Constituição da República (art. 3º, I, e art. 5º, X), de cariz 'Liberal', declara, como Direito Fundamental, consoante a Teoria Garantista (**Ferrajoli**), a liberdade da vida privada, bem como a impossibilidade de penalização da autolesão sem efeitos a terceiros, sendo certo a necessidade da a declaração da inconstitucionalidade parcial sem redução do texto do consumo. Essa possibilidade hermenêutica - nulidade parcial sem redução do texto - aplica-se, ao meu sentir, nos casos de porte de pequenas quantidades para uso próprio (quer de adolescentes como adultos), nos quais os usuários devem ser tratados e não segregados, posto que o simples aniquilamento da liberdade pouco contribui para o efetivo enfrentamento do problema, como já demonstrado em diversos momentos históricos (**Salo de Carvalho** e **Rosa del Omo**).

Cumprido recordar, por oportuno, a discussão proposta por Rodriguez entre os modelos de **Hart** e **Dworkin** acerca dos casos difíceis (*Hard cases*), na qual analisam o caso de um cidadão que requereu junto a Corte Suprema da Colômbia a autorização para o porte e o consumo de doses pessoais de drogas. Após discorrer-se sobre a textura aberta das normas jurídicas, sobre os problemas da discricionariedade judicial, Hart asseveraria que a inconstitucionalidade da proibição do porte e uso de quantidades pessoais de drogas encontra apoio na princípio constitucional do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Isto porque o Estado não deve assumir uma postura paternalista frente aos seus cidadãos, devendo garantir o direito impostergável do cidadão de conduzir sua vida conforme lhe convier, desde que não violados direitos de terceiros. "*Herbert sigue sus convicciones morales y políticas liberales y sostiene que del derecho al libre desarrollo de la personalidad se sigue sin duda la inconstitucionalidad de la prohibición.*" De outra face, **Dworkin**, com seu método Hércules, fundamentado nos princípios, defende que existe a possibilidade de se apurar a resposta correta (Direito como integridade) e, na hipótese, o Juiz-Hércules deve se basear nos princípios mais valiosos do ponto de vista moral e político, consentâneos com as práticas constitucionais. Assim é que "*La decisión de Hércules no es determinada*



*poe el hecho de que la mayoría de los ciudadanos piense que se debe penaliza el porte y consumo de dosis personales de droga, porque la tarea del juez es proteger derechos, incluso - y sobre todo - contra el parecer de la mayoría. En este caso, la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad milita en favor de la inconstitucionalidad de la prohibición."*

Na mesma linha foi a decisão da Corte Suprema Argentina, a qual declarou inconstitucional a criminalização de pequenas quantidades de droga para consumo próprio, consoante explica **Romina A Sckmunck** da Universidade de Córdoba: *"En dichos fallos se establece que: El art. 19 C.N impone límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18 C.N, sino como aquellas que no ofendan al orden, a la moralidad pública, esto es que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismos, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones. No está probado - aunque si reiteradamente afirmado dogmáticamente - que la incriminación de simple tenencia de estupefacientes, evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general. La construcción legal del art. 6 de la ley 20.771, al proveer una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete hacer alusión simplemente a prejuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad (Fallos de la C.S.J.N/86:1392)."* Mais adiante continua: *"En los considerandos del fallo "Bazterrica" se establece que los motivos que respaldan una prohibición como la contenida en el art. 6 de la ley 20.771 pertenecen principalmente a alguno de los siguientes grupos: 1. juicios de carácter ético; 2. razones de política global de represión del narcotráfico; 3. argumentos relativos a la creación de un grave peligro social. En relación al primer grupo de argumentos se dijo: "...no podría el derecho positivo prohibir toda acción de la que pudiese predicarse que resulta moralmente ofensiva ya que no es función del Estado establecer el contenido de los modelos de excelencia ética de los individuos que lo componem, sino asegurar las pautas de una convivencia posible y racional, al cabo pacífica que brinde una igual protección a todos los miembros de una comunidad creando impedimentos para que nadie pueda imponer sus eventuales "desviaciones" morales a los demás..."* Arremata: *"Podríamos sostener a partir de estos argumentos que el Estado pretende imponer una moral (penando una acción privada, como es la tenencia de estupefacientes para uso personal, sin que ello se manifieste concretamente en daños a terceros al orden público en general). Sin embargo no nos sería posible afirmar esto, al menos desde el punto de vista constitucional, ya que a nuestro derecho penal positivo le há sido trazado un límite infranqueable por el art. 19 C.N em la parte que dice: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un*

*tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". "En lugar de pretender imponer una "moral", el Estado puede reconocer un ámbito de libertades morales, posibilitando de éste modo la conducta moral de sus habitantes porque el mérito moral surge justamente cuando se tuvo la posibilidad de lo inmoral" (RADBRUCH). Por ésta forma de Estado y de derecho se decide nuestro art. 19 constitucional, eligiendo así el respeto de la dignidad humana con el reconocimiento de la autonomía moral". (ZAFFARONI/97:45)."*

Assim é que a decisão invocada, proferida pela Corte Suprema Argentina, longe de autorizar o consumo ilimitado, pretende, em resgatando o primado constitucional da liberdade de autogoverno dos cidadãos da República, sem discursos totalitários (no caso da droga, americanizados), ensinar o tratamento daqueles (que quiserem e) envolvidos com drogas ao invés do simples aniquilamento. É, em suma, reconhecer a dignidade da pessoa humana, enfrentando a questão das drogas de maneira séria e democrática.

Desta forma, presente o primado material da Constituição (garantismo de **Ferrajoli**), bem assim da existência do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito inoponível de escolha (liberdade) do sujeito por situações que lhe digam respeito (CR, art. 3º, I e 5º, X), inalienados - por serem fundamentais, adotando-se a visão contratualista de **Locke** -, utilizando-se, ainda, do recurso hermenêutico da nulidade/inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, cumpre declarar a inconstitucionalidade material sem redução do texto do art. 28 da Lei n. 11.343/06, na hipótese de porte e consumo de doses pessoais de droga, rejeitando-se, assim, a teoria da existência de uma difusa saúde pública!

O saudoso professor **Alessandro Baratta** deixou evidenciado em toda sua obra que a maior resistência à descriminalização é da opinião pública. Todavia, essa atitude repressiva desfruta do aspecto simbólico e proporciona a ilusão da segurança, bem como da resolução do conflito. A ilusão é perfeita na cultura do repasse de responsabilidades, as quais, ao final, acabam incidindo na pessoa da própria vítima/autor. É preciso, pois, ter-se a coragem de tratar o problema social das drogas como problema de saúde pública, como deixa claro **Vera Malaguti Batista**. Essa mudança de perspectiva é necessária para o efetivo cumprimento da promessa de dignidade da pessoa humana e do reconhecimento do adolescente como indivíduo em situação de formação. Destaco, por fim, a visão lúcida de **Nilo Batista**: "Pessoas que realmente sejam viciadas em drogas - lícitas ou ilícitas - precisam de ajuda, e sua família, seus amigos, sua comunidade, seus colegas, seus companheiros de trabalho, grupos especialmente capacitados de pessoas que vivenciaram o mesmo problema, e até médicos, devem-lhes essa ajuda. O Estado pode fomentar

os caminhos dessa assistência, mediante programas que facilitem recursos para sua execução. O sistema penal é absolutamente incapaz de qualquer intervenção positiva sobre o viciado. A descriminalização do uso de drogas abre perspectiva para uma abordagem adulta do problema e renuncia a tomar a sentença criminal como exorcismo."

Partindo-se do Direito Penal como *última ratio*, ou seja, como o último recurso democrático diante da vergonhosa história das penas, brevemente indicadas como de morte, privativa de liberdade e patrimonial, excluída a primeira, desprovida de qualquer fim ou respeito ao acusado, as demais se constituem em técnicas de privação de bens, em tese, proporcional à gravidade da conduta em relação ao bem jurídico tutelado, segundo critérios estabelecidos pelo Poder Legislativo, na perspectiva de conferir caráter abstrato e igualitário do Direito Penal. Resta, pois, absoldo, pois incabível a desclassificação, por não ser crime o art. 28 da Lei n. 11.343/06, no caso específico.

Por tais razões, **JULGO IMPROCEDENTE** a denúncia ofertada pelo Ministério Público (fls. II/III), para o fim de absolver **Jair Polidoro Bandeira**, já qualificado, da imputação que lhe é feita, art. 33, *caput*, e art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06, com fundamento no art. 386, VII, do CPP.<sup>2</sup>

Todavia, observa-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não tem acatado a referida tese, o que se pode constatar por meio da leitura dos seguintes acórdãos:

**APELAÇÃO CRIME. ART. 28, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. 1. A CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS DESCRITAS NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 VISA A COIBIR A DIFUSÃO DA DROGA, RESGUARDANDO A SAÚDE PÚBLICA E, SENDO NORMA DE INTERESSE SOCIAL. ASSIM, NÃO AFRONTA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE INDIVIDUAL, NÃO HAVENDO FALAR EM INCONSTITUCIONALIDADE DO ALUDIDO DISPOSITIVO. É INADMISSÍVEL QUE O DIREITO À INTIMIDADE SOBREPONHA-SE AO INTERESSE COLETIVO DE PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA. 2. ENCONTRANDO-SE CONVERGENTES E IDÔNEOS OS ELEMENTOS COLIGIDOS A APONTAR A VERACIDADE DOS FATOS NOTICIADOS NA INCOATIVA, A MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO IMPOSTA NA SENTENÇA É MEDIDA QUE SE IMPÕE. 3. A CIRCUNSTÂNCIA DE SER DEFENDIDO POR DEFENSORIA PÚBLICA NÃO SIGNIFICA QUE O RÉU NÃO TENHA CONDIÇÕES DE PAGAR CUSTAS JUDICIAIS. TAXAS, DESPESAS PAGAS COM**

<sup>2</sup> Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação Penal n. 023.09.022398-8. Juiz de Direito: Alexandre Moraes da Rosa. Comarca da Capital: 4ª Vara Criminal, em 19/2/2010.

VERBAS ORIUNDAS DOS COFRES PÚBLICOS E PAGAS PELO CONTRIBUINTE NÃO PODEM SER ISENTADAS, SALVO MOTIVOS COMPROVADOS. EVENTUAL INSOLVÊNCIA DEVERÁ SER ENCAMINHADA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. APELO IMPROVIDO, VENCIDO, EM PARTE, O RELATOR. (TJRS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RS. APELAÇÃO CRIME Nº 70019033141, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL. RELATOR: JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS, JULGADO EM 05/07/2007).

APELAÇÃO CRIME. POSSE DE DROGA PARA USO PESSOAL. ART. 28 DA LEI N. 11.343/06.

**1. DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL. INOCORRÊNCIA. Ausência de descriminalização para o delito de posse de drogas para uso pessoal, tendo ocorrido tão somente sua despenalização. Art. 1º da LICP que apenas expõe critérios de diferenciação de crimes e contravenções penais, não inviabilizando que a Lei Ordinária acrescente novas hipóteses de distinção. Precedente do Supremo Tribunal Federal.**

**2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.**

2.1. A despeito da intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, a viabilidade de aplicação do princípio da insignificância não incide apenas nos delitos materiais ou de resultado, mas também nos delitos de perigo ou de mera conduta, inclusive naqueles em que o bem jurídico atingido é difuso ou coletivo, tal como ocorre com o crime de drogas, assimilando-se a um limite tácito da norma penal, ou seja, a perceptibilidade da agressão ao bem jurídico é considerada um requisito implícito do crime, em ausência do qual, no caso concreto, a pena não se legitima.

2.2. Viabilidade do reconhecimento do princípio da insignificância no caso concreto, apreensão de ínfima quantidade de maconha (aproximadamente 0,9 gramas), sendo a droga de baixo poder lesivo, constando inclusive que a droga teria sido apreendida em abordagem de rotina da força policial, estando o acusado trazendo a droga consigo no interior de seu bolso, enquanto transitava por um parque, inexistindo lesão a terceiros. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.

(TJRS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RS. Apelação Crime ACR 70039745856. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: Odone Sanguiné. Comarca de Origem: Comarca de Santa Maria. Data de Publicação: 09/06/2011. Publicação: Diário da Justiça do dia 17/06/2011).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA MANTIDA, POIS NÃO COMPROVADA A DESTINAÇÃO COMERCIAL DA DROGA APREENDIDA. USUÁRIO. NÃO HÁ, NA LEGISLAÇÃO ATUAL, DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA, APENAS DESCARCARIZAÇÃO, COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS EDUCATIVAS. DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. O PORTE DE SUBSTANCIA ENTORPECENTE NÃO CONFIGURA A AUTOLESÃO. NÃO SE APLICA O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUANDO A SUBSTANCIA ENTORPECENTE APREENDIDA EM PODER DO AGENTE É SUFICIENTE PARA O CONSUMO PRÓPRIO. Ao contrário do que ocorre nos casos de autolesão, em que a conduta praticada não excede o âmbito do próprio autor, no crime de porte de substância entorpecente, a conduta do agente expõe ao perigo a saúde pública e o bem estar da comunidade. A conduta do réu de trazer consigo substância entorpecente para consumo próprio se insere na figura típica do art. 28 da Lei nº 11.343/06, inexistindo prova convincente da finalidade comercial. Caso de emendatio libelli, e não de mutatio libelli, pois ocorre simples emenda, e não modificação da peça acusatória.

Apelos improvidos.

(TJRS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RS. Apelação Criminal: 70031958804. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Relator: Manuel José Martinez Lucas Comarca de Origem: Comarca de Porto Alegre. Data de Julgamento: 31/3/2010. Publicação: Diário da Justiça do dia 10/6/2010).

[...] A.1) **PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA DE POSSE ILEGAL DE DROGAS.** A tipificação penal do art. 16 da Lei 6.368/76 trata de crime de dano, de perigo abstrato, ofendendo a saúde pública, porquanto o agente faz a difusão de seu consumo, prejudicando a sociedade como um todo. Logo, incabível a absolvição buscada pelo recorrente com base na atipicidade da conduta, nem mesmo sob o argumento de que a autolesão não se pune. Ora, para que haja o consumo, é necessário que exista alguém que forneça a droga ao usuário, que lhe propicie os meios para a manutenção de seu vício. E com essas atitudes, estar-se-á fomentando o tráfico de substâncias entorpecentes, causador de nefastas consequências à sociedade. Sabidamente ao tráfico estão ligados os crimes, por exemplo, de furto, roubo, homicídio, envolvendo muitas vezes menores de idade, dados esses que não podem ser olvidados e que embasam o entendimento de que maculam a vida em sociedade. Outrossim, diante da nova lei sobre Prevenção

e Repressão a Drogas, tem-se que o legislador buscou diminuir a repressão penal àquele que possui substância entorpecente para uso próprio, não significando, com isso, a descriminalização da conduta, pois continua sendo um tipo penal. É certo que o art. 28 da Lei 11.343/06 previu penas mais brandas ao infrator, banindo as privativas de liberdade e a de multa, salvo esta no caso do § 6º do mesmo artigo, e com o escopo de garantir o cumprimento das medidas educativas então impostas que injustificadamente se recuse o agente a cumprir. [...]. (Negrejamos).

(TJRS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RS. Apelação Crime: 70019199454. Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal. Relatora: Laís Rogéria Alves Barbosa Comarca de Origem: Comarca de Viamão. Data de Julgamento: 24/4/2008. Publicação: Diário da Justiça do dia 27/5/2008).

Na mesma linha, vêm decidindo as Juízas de Direito integrantes da Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28 DA LEI 11.343/06. APREENSÃO DE CANNABISSATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AFASTADO. TIPICIDADE DA CONDUTA. SENTENÇA CONFIRMADA. O consumo de substância entorpecente, tipificado no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é crime de perigo presumido ou abstrato, possuindo plena aplicabilidade em nosso sistema repressivo, sendo que a expressão para consumo pessoal descrito no tipo penal significa que a pequena quantidade da droga faz parte da essência do delito, afastando o princípio da insignificância. **Também não há falar em autolesão, pois o delito ultrapassa a pessoa do réu, atingindo sua família e a própria sociedade, na medida em que representa perigo para a saúde pública.** APELAÇÃO DESPROVIDA. [...].

**No mesmo diapasão é o entendimento adotado neste colegiado, haja vista que o consumo de drogas ultrapassa a pessoa do autor, fomentando o tráfico, incentivando o aumento da criminalidade e desestruturando as famílias, não caracterizando, assim, a autolesão, que seria impunível.**

Assim, voto pelo desprovimento do apelo, mantendo a sentença condenatória, inclusive no tocante à pena aplicada, haja vista tratar-se de réu reincidente específico.

(TJRS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RS. RECURSO CRIME 71002648657. Órgão Julgador: Turma Recursal Criminal. Relator: Cristina Pereira Gonzales Comarca de Origem: Comarca de Santa Maria. Data de Julgamento: 16/8/2010. Publicação: Diário da Justiça do dia 19/8/2010).

Da mesma forma, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assentando que

EMENTA: Voto nº 5.402 Apelação Criminal nº 290.827-3/7 - Leme Apte.: SANDRO BATISTA DE SOUZA. Apda.: JUSTIÇA PÚBLICA. 1. Ao relatório da r. sentença de fls. 79/87, acrescenta-se que SANDRO BATISTA DE SOUZA restou condenado a cumprir pena de 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de detenção, e pagar o equivalente a 23 (vinte e três) dias- multa, como incurso nas sanções dos artigos 155, § 2º, c.c. 14, II, ambos do CP, e artigo 16, da Lei n. 6.368/76. Inconformado, recorre. Sobre alegar que a quantidade da droga apreendida é ínfima, **equipara o uso de entorpecente à autolesão e quer ver reconhecida a descriminalização da conduta**. Em relação ao furto, afirma que não restou demonstrada a intenção de assenhoração definitivo da "res" e pleiteia a absolvição. Alternativamente, requer a diminuição da pena em razão da semi-imputabilidade (fls. 92/95). Recurso recebido e regularmente processado, o parecer da douta Procuradoria se volta no sentido de que seja improvido (fls. 118/121). 2. Prejudicado está o reclamo recursal, de sorte que não se há de examinar as teses nele aventadas e que, de resto, já foram espancadas à saciedade em um sem número de julgados. [...].

**“... Não obstante as consequências danosas de uso de entorpecente restringirem-se, no presente caso, exclusivamente ao recorrente, é cediço que o consumo contínuo de tóxico induz ao vício e esse sim é uma questão de saúde pública, pois além de tornar-se incontrolável redonda no desagregamento familiar e social da pessoa, além de estimular outros delitos. [...] (Grifou-se.)**

TJSP - TRIBUNAL FE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Criminal/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas nº 343.540-3/7-00. Registro no sítio: 9116634-92.2001.8.26.0000. Outros números: 993.01.091318-9. Relator: Armando Toledo. Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal Extraordinária. Data de registro: 06/02/2002.

Ainda:

[...] E não há que se falar em atipicidade da conduta, sob a alegação de inconstitucionalidade da tipificação do crime de porte de entorpecente para consumo pessoal, já que o objeto jurídico tutelado pelo crime de porte de entorpecente para consumo pessoal é a saúde pública e não a integridade física ou saúde psíquica do agente, até porque a conduta incriminada é o porte e não o uso pessoal da droga. Como bem preleciona Guilherme de Souza Nucci, **Não se pune o porte de droga, para uso próprio, em função da proteção à saúde do agente (a autolesão não é punida, como regra, pelo ordenamento jurídico penal),**



**mas em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade** (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Ed. Revista dos Tribunais, 4. ed., pág. 334, nota 11 ao artigo 28 da Lei n. 11.343/06).

Nesse sentido, também, a jurisprudência:

**Não há, ao contrário do que se diz, violação alguma ao “princípio da lesividade, princípio basilar do Direito Penal, e o princípio da intimidade e vida privada”.**

**A posse ou porte de entorpecentes para consumo pessoal constitui, sim, crime de perigo abstrato e, como tal, sua repressão e criminalização tem por escopo a tutela de interesse coletivo, jungido à saúde pública, de maneira que suplanta, à evidência, os pretensos *direitos individuais*. [...]. E não houve, ao menos até este instante, declaração alguma de afronta à Constituição Federal do dispositivo legal ora em comento – artigo 28, da Lei n. 11.343/06 (Apelação Criminal n. 990.10.146479-9 – TJSP – 14ª Câmara – Rel. Fernando Torres Garcia – j. 16/9/2010 – DJE 23/9/2010).**

**É texto expresso em lei de que o porte de tóxico, embora para uso próprio, é crime (art. 16 da Lei 6.368/76), não se podendo admitir tese de que consiste em autolesão, se o legislador quis punir este ato, entendendo-o altamente maléfico, não apenas pelo usuário, mas à própria saúde pública, além de considerá-lo nocivo à sociedade pelos inconvenientes que acarreta (TJRJ – AC 782/88 – Rel. Antônio Carlos Amorim – Rev. De Direito do TJRJ 6/297). [...]** (Grifou-se.)

TJSP – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Criminal/Posse de Drogas para Consumo Pessoal n. 990.09.219615-4. Registro no sítio: 0004971-63.2008.8.26.0320. Comarca: Limeira. Relator: Louri Barbiero. Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal. Data de registro: 10/12/2010. Data do julgamento: 18/11/2010.

Quanto à inaplicabilidade da tese de autolesão ao crime em comento, que, em geral, fundamenta a absolvição por atipicidade da conduta, dá-se destaque ao parecer da 33ª Procuradoria de Justiça Criminal, em 28 de março de 2011, nos autos da Apelação Criminal n. 2011.014562-1, da Capital, que adotou como fundamento as razões recursais subscritas pelo Promotor de Justiça Abel Antunes de Mello, *in verbis*:

Conforme já relatado, o Juízo a quo entendeu que a conduta praticada pelo Recorrido constitui autolesão impune, uma vez que o objeto jurídico do delito seria a integridade física do próprio indivíduo e não a incolumidade pública, diante da ausência de transcendência da conduta.



Não obstante o posicionamento adotado pelo ilustre Magistrado a quo, não é esse o nosso entendimento, tampouco o desse E. Tribunal de Justiça, porquanto o bem jurídico que o art. 28 da Lei de Drogas visa resguardar é a saúde pública, em decorrência do perigo social ocasionado pela circulação de substâncias entorpecentes. Ou seja, além do uso de drogas ser uma conduta que traz prejuízos ao próprio agente, é consabido que o uso de substâncias entorpecentes financia a indústria do tráfico, matriz da criminalidade dos grandes centros.

Com efeito, conforme defendido pela doutrina majoritária, a razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de drogas anotada. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46-7.

Conforme leciona Luiz Flávio Gomes, o bem jurídico tutelado imediato é a saúde pública. Enquanto os objetos jurídicos mediatos são a vida, a integridade física, a saúde física e psíquica das pessoas. O que pretende a norma em destaque, portanto, é justamente proteger todos esses bens jurídicos (imediato e mediatos). GOMES, Luiz Flávio. Lei de drogas comentada. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 152.

Veja-se, portanto, que só de forma mediata a norma visa proteger aquele que consome a droga e, em momento algum considera impunível a conduta de usar. Limita-se a norma em punir aquele que detém ou mantém a droga com o objetivo de uso próprio, como forma de evitar o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente disseminação.

Assim, conclui-se que o entendimento externado pelo nobre Magistrado a quo é equivocado, pois trata como autolesão um delito que causa perigo para toda a sociedade.

É evidente que a autolesão não é punida! Todavia, no caso do art. 28 da Lei n. 11.343/06, não se está tratando de autolesão, fato que, registra-se, concordamos ser impunível.

Conforme muito bem ensina Fernando Capez, o princípio da alteridade ou transcendentalidade proíbe a incriminação de atitude meramente interna do agente e que, por essa razão, só faz mal a ele mesmo e a mais ninguém, ou seja, sem que a conduta transcenda a figura do autor e se torne capaz de ferir o interesse do outro, é impossível ao Direito Penal pretender puni-la. CAPEZ, Fernando. Curso

de Direito Penal, volume 4: legislação penal especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 684.

Nesse sentido, esclarece que o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não é uma ofensa ao princípio supra referido, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal. Conclui que existe transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28. CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 4: legislação penal especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 684.

Não se diga, por outro lado, que a Lei n. 11.343/06 descriminalizou a conduta de trazer droga consigo para consumo próprio, pois o legislador, tão só, afastou a aplicação de penas privativas de liberdade ao delito do art. 28. Ademais, da simples leitura do dispositivo previsto na referida Lei, no capítulo próprio que trata "Dos Crimes e Das Penas", extrai-se:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização legal ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, será submetido às seguintes penas: (sublinhamos).

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Portanto, não se constata uma descriminalização da conduta, mas uma não aplicação de pena privativa de liberdade. Assim, a conduta continua a ter natureza de crime, na medida em que a própria Lei a inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas, devendo ser aplicada por juiz criminal, mediante o devido processo legal.

Esse é o entendimento desse egrégio Tribunal de Justiça:

**ACÇÃO PENAL. POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. ART. 28 DA LEI 11.343/06. INCONFORMISMO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO COM A DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA. RECONHECIMENTO, PELO JUIZ, DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. NOVA LEI DE DROGAS QUE APENAS DISTINGUIU O TRAFICANTE DO USUÁRIO, AFASTANDO A APLICAÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PEÇA QUE**

**DESCREVE CONDUTA PREVISTA COMO CRIME. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.**

**RECURSO PROVIDO.**

I - Com o advento da Lei n. 11.343/2006, o crime de uso de substância ilícita, outrora capitulado no art. 16 da Lei n. 6.368/76, tivera suas sanções reduzidas de forma significativa. Nota-se, portanto, que **a nova lei antidrogas manteve, no capítulo referente aos crimes (art. 28), a prática do consumo de entorpecentes. Em que pese a ocorrência de destacado abrandamento, não há se vislumbrar a hipótese de abolitio criminis, mas tão-somente de novatio legis in melius, conforme já se posicionou o STF, por ocasião do julgamento do RE n. 430105/RJ (em 13/2/2007)" (RCR n. 2008.011191-2, de Curitiba, rel. Des. Salete Silva Sommariva). TJSC. Recurso Criminal n. 2009.013872-2, de Lages. Rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 12/5/2009. (Grifamos.)**

Nesse mesmo sentido, colhe-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

**Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas):** natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo 'rigor técnico', que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado 'Dos Crimes e das Penas', só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão 'reincidência', também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois,

de 'despenalização', entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. **7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107).** II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. STF. RE n. 430105/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 13/2/2007. (Grifamos.)

Dessa forma, não há dúvidas de que a conduta de deter substância entorpecente para o consumo próprio é crime e o fato de não ser apenado com a privação da liberdade não o torna, por si só, uma conduta atípica.

**Não se tratando, portanto, de conduta atípica, a condenação é medida que se impõe, haja vista ter sido comprovada nos autos a materialidade e autoria do crime de porte de drogas para uso próprio,** reconhecendo-se ainda a agravante da reincidência, nos termos do art. 61, I, do Código Penal, conforme Certidão da fl. 39.

Assim, pode-se afirmar que o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e de parte majoritária da doutrina é de que o art. 28 da Lei de Drogas, tutela a saúde pública, tendo em vista o perigo social que o usuário representa para a sociedade quando traz consigo a droga antes de consumi-la, ou, até mesmo, quando acaba por traficar pequenas quantidades para adquirir o entorpecente para uso próprio.

A esse respeito, comentam Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi:

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. O toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno. (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de Drogas Anotada. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46/47.) (Grifou-se.)

Para corroborar o que se afirma, retira-se da jurisprudência Catarinense:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA QUE ABSOLVEU O ACUSADO, CONSI-

**DERANDO QUE A CONDUTA DO ART. 28, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06 (USO DE ENTORPECENTES) É ATÍPICA. APELO MINISTERIAL. REQUERIMENTO DE CONDENAÇÃO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. MATERIALIDADE E AUTORIA SOBEJAMENTE COMPROVADAS. ACUSADO QUE ADMITIU A POSSE DO ENTORPECENTE. RELATO QUE FOI CORROBORADO POR TESTEMUNHAS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO.**

SOBRESTAMENTO DOS EFEITOS DA DECISÃO. REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM PARA A VERIFICAÇÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE INSTITUTOS DESPENALIZADORES.

[...].

Razão assiste ao Parquet.

Embora o sentenciante tenha declarado a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 28 da Lei n. 11.343 e absolvido o acusado, com fundamento no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, ao argumento de que a Constituição Federal da República (art. 3º, I, e art. 5º, X), de cariz 'Liberal', declara como Direito Fundamental, consoante a teoria garantista (Ferrajoli), a liberdade da vida privada, bem como a impossibilidade de penalização da autoleção sem efeitos a terceiros, este não é o entendimento adotado por este Relator.

Ao contrário do sustentado pelo douto magistrado singular, acredito que a norma do art. 28, caput, da Lei Antidrogas não tem por escopo tutelar a integridade física do indivíduo, e, sim, a saúde pública, uma vez que tal conduta acaba disseminando a prática de outras condutas nocivas para a coletividade, especialmente crimes contra o patrimônio e a própria mercancia ilícita.

Sobre o tema, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi lecionam:

[...] A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta, traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. O toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para a aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem de seu paraíso artificial ou de seu inferno [...] (Lei de drogas anotada. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46-47).

E nesse sentido, retira-se da jurisprudência:

Nem se argumente que a tipificação do uso de entorpecentes seria inconstitucional. É que tal tipificação visa combater a disseminação do tráfico de drogas, pois o usuário, ao portar a substância entorpecente, além de colocar em risco a saúde pública, coloca em risco a sociedade, pela possibilidade de sua difusão. Ademais, é o usuário que fomenta o tráfico de drogas, não sendo raras as vezes que segue esse caminho para sustentar o próprio vício (TJMG, Ap. Crim. n. 1.0024.06.186059-9/001, rel. Edival José de Moraes, j. em 11/2/2009).

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA A DECISÃO QUE DETERMINOU A REGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA, A PERDA DOS DIAS REMIDOS E A SUSPENSÃO DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS. FALTA GRAVE. ALEGAÇÃO DO APENADO DE QUE HOUVE A DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL, COM BASE NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. CONDUTA QUE NÃO DEIXOU DE SER CONSIDERADA CRIME. APENADO QUE CONFESSA, PERANTE A AUTORIDADE JUDICIÁRIA, A PROPRIEDADE DA DROGA ENCONTRADA NO BOLSO DE SUA JAQUETA DURANTE REVISTA REALIZADA NO ERGÁSTULO PÚBLICO. REGRESSÃO DO REGIME DE PENA E PERDA DOS DIAS REMIDOS COM FULCRO NOS ARTS. 52, 118, INCISO I, E 127, TODOS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO MANTIDA (Rec. de Agr. n. 2010.055257-9, rel. Des. Subst. Roberto Lucas Pacheco, j. em 22.8.2008 - grifei).

APELAÇÃO CRIMINAL. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL EM FACE DE SENTENÇA QUE ABSOLVEU O RÉU DOS DELITOS DE FURTO QUALIFICADO TENTADO E POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PRÓPRIO, COM ESPEQUE, RESPECTIVAMENTE, NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E NA INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO. VIABILIDADE DE REFORMA. RECOGNIÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA AO DELITO PATRIMONIAL INCABÍVEL, SEJA PELA MODALIDADE QUALIFICADA DO ILÍCITO, SEJA PELA MULTIRREINCIDÊNCIA DO RÉU, USEIRO E VEZEIRO NA PRÁTICA DE INFRAÇÕES DESTA ESPÉCIE. MATERIALIDADE E AUTORIA, ADEMAIS, SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS, COM ESPECIAL DESTAQUE PARA A CONFISSÃO JUDICIAL E DEPOIMENTOS DA VÍTIMA E TESTEMUNHA POLICIAL. CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA. PRECEDENTES. CONJUNTO PROBANTE IGUALMENTE APTO A COMPROVAR O COMETIMENTO DO ILÍCITO PELO RÉU. CONDENAÇÕES IMPOSITIVAS. RECURSO PROVIDO (Ap. Crim.

n. 2010.011073-5, rel. Des. Subst. Tulio Pinheiro, j. em 28.10.2010 – grifei).

[...]

(TJSC – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Apelação Criminal n. 2011.025057-5, da Capital. Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko. Juiz Prolator: Alexandre Moraes da Rosa. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Data: 19/7/2011).

Por todo o exposto, conclui-se que a conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas continua a ser típica. A ausência de previsão de aplicação de pena privativa de liberdade não é suficiente para se afastar a tipicidade de ato considerado lesivo à saúde pública, sujeitando o agente às demais sanções previstas na Lei n. 11.343/06.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fundamentos que utilizamos neste trabalho para sustentar a tipicidade da conduta atualmente prevista são aptos também a refutar as inúmeras propostas de criminalização do porte de drogas para consumo, dentre tantos outros, como, por exemplo, a dificuldade em se proceder ao fornecimento legal de drogas para consumidores.

Entretanto, esse é um tema que demandaria mais do que as poucas páginas ocupadas por este artigo, razão pela qual nos ativemos a demonstrar que os danos causados pelos usuários de drogas não se restringem à sua saúde, mas a toda a sociedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em 7/8/2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PENAL

# ANÁLISE DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA QUANTO AOS CRIMES SEXUAIS À LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

**Bartira Soldera Dias**

*Assistente de Promotoria do Ministério Público do Estado de Santa Catarina  
Mestre em Ciência Jurídica (Universidade do Vale do Itajaí)*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 A evolução da legislação brasileira quanto aos crimes sexuais. 2 Aplicação da teoria tridimensional do Direito aos crimes sexuais. Considerações finais.

## RESUMO

O objeto deste artigo é a análise da evolução legislativa brasileira quanto aos crimes sexuais por meio do Gráfico Sinóptico da Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, como Instrumento de Percepção Jurídica concebido pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (e com composição gráfica de Fábio Schlickmann).

**PALAVRAS-CHAVE:** Tridimensionalidade. Instrumento de Percepção Jurídica. Legislação Brasileira. Crimes Sexuais.

|         |               |      |       |            |                |
|---------|---------------|------|-------|------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 8 | n. 19 | p. 51 - 74 | jul./dez. 2011 |
|---------|---------------|------|-------|------------|----------------|



## RÉSUMÉ

Le présent travail a comme objet l'analys de brésilienne développements législatifs concernant les crimes sexuels par Le Graphique Sinóptico de La Théorie Tridimensionnelle du Droit (de Miguel Reale) comme Instrument de Perception Juridique de auteure du Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (et avec composition graphique de Fábio Schlickmann).

**CLE-MOTS:** Tridimensionnelle. Instrument de Perception Juridique. La législation brésilienne. les crimes sexuels.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar a evolução legislativa dos chamados “crimes sexuais” – anteriormente designados “Crimes contra os Costumes” e, mais recentemente, com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, denominados “Crimes contra a Dignidade Sexual” – no Brasil, com base na Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale.<sup>1</sup>

Inicialmente, ressalta-se que o presente trabalho possui abordagem semelhante àquele desenvolvido para tratar da progressão de regime de cumprimento de pena, segundo a Lei dos Crimes Hediondos, à guisa da teoria de Miguel Reale, desenvolvido por Marilene do Espírito Santo, Davi do Espírito Santo e Júlio César Ferreira de Melo<sup>2</sup>.

Este artigo é fruto das reflexões realizadas com base nas aulas e consolidações feitas pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, na disciplina Fundamentos da Percepção Jurídica, ministrada para a Turma de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), no segundo semestre de 2010, ao final do Seminário n. 2, que versou sobre a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, como instrumento

---

1 A análise do presente trabalho limita-se aos dispositivos penais insertos nos Capítulos I (Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual), II (Dos Crimes Contra Vulnerável), III (Do Rapto) e IV (Disposições Gerais), do Título VI (Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual), do Código Penal.

2 SANTO, M. E.; ESPÍRITO SANTO, Davi do; FERREIRA DE MELO, Júlio César. A teoria tridimensional do direito: Ferramenta Aplicada à Análise da Progressão de Regime de Cumprimento de Pena segundo a Lei 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos. *Revista Eletrônica Direito e Política* (Online), v. 3, p. 105-124, 2008.

de percepção jurídica<sup>3</sup>. Como consequência, o trabalho, ora proposto, é baseado na aplicação da visão tríade do referido autor para o estudo das mudanças legislativas ocorridas, no Brasil, nos últimos setenta anos, em relação aos crimes sexuais.

Embora exíguo, esse lapso temporal representa uma evolução legislativa e, sobretudo, humanística, significativa, à medida que reflete as transformações ocorridas no Brasil a partir de 1940, quando entrou em vigor o Decreto-Lei n. 2.848 – Código Penal.

Para a análise das mudanças ocorridas em relação aos crimes sexuais, desde a elaboração do Código Penal da década de 1940 até os dias atuais, utilizar-se-á como ferramenta de percepção jurídica, a interconexão dos elementos **fato**, **valor** e **norma** a fim de se obter uma visão integral das transformações ocorridas na sociedade brasileira que acarretaram a elaboração de novas normas jurídicas, mais compatíveis com a realidade social do século XXI.

Para tanto, ressalta-se que o presente artigo não possui o compromisso com a “dialética da complementaridade” proposta por Reale, uma vez que o que se pretende aqui é averiguar os elementos da teoria tridimensional – fato, valor e norma – a partir da concreção histórica do processo jurídico (cronologia) e do Poder/poder incidente sobre ela, sem, necessariamente, a contraposição de teses capazes de gerar sínteses.

Assim, as mudanças legislativas acerca dos crimes sexuais serão abordadas a partir da transformação dos valores da sociedade brasileira que, por consequência, acarretaram a criação de novas normas jurídicas, originadas das “experiências jurídicas”<sup>4</sup> constitutivas de uma nova realidade jurídico-social.

3 “Para os efeitos da disciplina Fundamentos da Percepção Jurídica, o Conceito Operacional para INSTRUMENTO DE PERCEPÇÃO JURÍDICA é: ferramenta com a qual se examina norma jurídica (“legal; consuetudinária; jurisdicional; negocial”), descrevendo-a e emitindo juízo valorativo a respeito dela. A tipologia indicada nos parênteses acima é proposta por REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito** - para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. Em especial na p. 17.” (Fundamentos da Percepção Jurídica, 2010, Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Plano de ensino. Itajaí: 28 de julho de 2010.)

4 O Conceito Operacional de expediência jurídica é extraído de REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 62-63. Consiste na “modalidade de experiência histórico-cultural, na qual o valor atua como um dos fatores constitutivos dessa realidade (função ôntica) e, concomitantemente, como prisma de compreensão da realidade por ele constituída (função gnoseológica) e como razão determinante da conduta (função deontológica).”

## 1 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUANTO AOS CRIMES SEXUAIS

O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que instituiu o Código Penal Brasileiro, nasceu em um contexto histórico tumultuado. Pouco antes de sua promulgação, foi outorgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 10 de novembro de 1937, que deu início ao chamado Estado Novo. O regime ditatorial, formalmente instaurado a partir dessa data pelo Presidente da República Getúlio Vargas, foi marcado pela centralização política, pelo intervencionismo estatal e por um modelo antiliberal de organização da sociedade. Nesse período, as liberdades civis foram suspensas, acompanhando o avanço das ideologias antiliberais e antidemocráticas que percorriam a Europa, em especial na Alemanha, na Itália e em Portugal.<sup>5</sup>

Para fazer valer a nova ordem jurídico-política, instaurada com a chamada “Constituição Polaca”, o instrumento mais eficiente que possuía o Estado era o Direito Penal, “que se normatizava ao talante do opressor”<sup>6</sup>.

Nesse contexto social, o Código Penal de 1940 refletiu as ideologias totalitaristas de sua época, tendo a disciplina dos crimes sexuais sido marcada pela “visão vetusta dos hábitos medianos e até puritanos da moral vigente”<sup>7</sup>. O enfoque arcaico e machista sobre as mulheres, típico do século XIX, foi mantido, continuando elas a serem vistas “como um símbolo ambulante de castidade e recato, no fundo autêntico objeto sexual do homem.”<sup>8</sup> A respeito, acrescentam Nucci, Monteiro, Gemignani e Marques, na obra coletiva *Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal*:

A elaboração do Título VI – Dos Crimes Contra os Costumes – justificava-se sob o aspecto cultural em que vivia a sociedade brasileira na década de 1940. Para a sociedade da época, apenas as mulheres de família de bons costumes, virgens até a data do casamento mereciam a proteção da lei. Prova disso, era a possibilidade de anulação do casamento

5 PANDOLFI, Dulce (Org.). *Repensando o Estado Novo*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999. p. 10.

6 PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. p. 78.

7 NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.11.

8 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 873.

caso fosse constatado, em pós-núpcias, o prévio defloramento da recém-casada (art. 219, IV, do CC/1916). Todas as mulheres que não possuíam esses requisitos “formais” eram consideradas sexualmente desonestas e, portanto, não tinham a sua liberdade sexual integralmente protegida contra os delitos hoje reformados. Afinal, mulheres carecedoras da honra sexual cultural não possuíam, por exemplo, a ingenuidade necessária para figurar no polo passivo dos delitos sexuais praticados mediante fraude.<sup>9</sup>

A lei penal da década de 1940 procurava, portanto, guarnecer a figura feminina, procurando defender sua “honra” e cuidando, dessa maneira, da fragilidade de que se revestiam as mulheres.<sup>10</sup> Por essas razões, homens e mulheres recebiam tratamento legislativo diferenciado, uma vez que as consequências dos crimes sexuais às mulheres eram mais gravosas do que para os homens. Corroborando o sobredito, Hungria menciona que “O valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que o da mulher, de modo que, em princípio, não se justifica, para tratamento penal, a equiparação dos dois casos.”<sup>11</sup>

O Estado ditatorial da época utilizou o controle social da sexualidade como uma forma de repressão, à medida que, por meio de seu disciplinamento, escondia as relações de poder existentes, “como o controle social da religião sobre os fiéis, do Estado sobre os cidadãos, dos pais sobre os filhos, dos homens sobre as mulheres etc.”<sup>12</sup> Segundo Greco e Rassi, “o exercício de poder de repressão da sexualidade não apresenta suas consequências somente em relação à conduta sexual individual”, mas também “na maneira pela qual as instituições crescem e se desenvolvem.”<sup>13</sup>

Destarte, a pretensão estatal consistia em manter as normas jurídicas atreladas “à idéia-força de tutela dos costumes.”<sup>14</sup> Por essa razão, no Código Penal de 1940, o título destinado ao tratamento dos crimes sexuais foi designado **Crimes Contra os Costumes**.

9 NUCCI, Guilherme de Souza et al. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal: arts. 218-A e 218-B introduzidos pela Lei n. 12.015/2009. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Penal: parte especial II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. Cap. 1. p. 35.

10 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo Direito Penal Sexual: a moral e a questão da honestidade. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Penal: parte especial II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. Cap. 1. p. 136.

11 HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 107.

12 GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 7.

13 GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 7.

14 GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 129.

O vocábulo *costumes* significava, de acordo com Hungria, os “hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais”<sup>15</sup>. Noronha, a seu turno, acrescenta que *costumes* “deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais”<sup>16</sup>, o que equivale dizer, em outras palavras, que a lei penal visava tutelar “a preservação do mínimo ético reclamado pela expediência social em torno dos fatos sexuais”<sup>17</sup>.

Para Hungria, que compôs a comissão revisora do Código Penal de 1940:

O direito penal presta sua adesão à ética sexual, mas tão-somente para, dentre os fatos reprovados por esta, incriminar aqueles que, por sua maior gravidade, afetam a disciplina, utilidade e conveniência sociais. [...] No Estado agnóstico, porém, o apoio jurídico-penal à moral sexual limita-se a reprimir os fatos que, sobre fugirem à normalidade do intercurso dos sexos, importam lesão de positivos interesses do indivíduo, da família e da comunhão civil, como sejam o  *pudor*, a  *liberdade sexual*, a  *honra sexual*, a  *regularidade da vida sexual familiar-social*, a  *moral pública sob o ponto de vista sexual*. [...] <sup>18</sup>

Corroborando o pensamento acima exposto, Gusmão acrescenta:

Assim, do ponto de vista  *sociológico* constituem delitos sexuais o conjunto de fatos que ofendem a liberdade sexual ou individual, que lesam e põem em perigo, pela sua anormalidade, os fins da função sexual ou que tendam à destruição do indivíduo ou da espécie, como pondera POZZOLINI, tendo por outro lado, a lei, como lembra GARRAUD, por fim manter as bases do patrimônio moral da sociedade, quer procurando  *moralizar o indivíduo*, reprimindo-lhe as paixões e o constringendo a viver, em consonância com a dignidade humana, como, outrossim, conservar a própria  *moralidade pública* que é a garantia de toda civilização, colimando-se em consequência, coibir todas as manifestações mórbidas ou anormais que possam comprometer a boa ordem na família e na sociedade, resguardando-se o “senso moral que se pode ofender nos cidadãos”, já lembrava CARRARA, “por certas formas cínicas de imoralidade”..., sem que se possa dizer, acrescenta, “ser seu objetivo a pura moral, mas, antes, o  *senso moral dos cidadãos*”.<sup>19</sup> (Grifos do autor)

15 HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 93.

16 NORONHA, Magalhães E.. **Direito Penal**. 4. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 94.

17 HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 93.

18 HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 77.

19 GUSMÃO, Chryspolito de. **Dos crimes sexuais**: estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção

A preocupação do legislador daquela época, em relação ao Direito Penal sexual, era a de criar um sentimento de repulsa em relação às aquelas condutas que afrontassem a moral social, salvaguardando “os hábitos, os moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes.”<sup>20</sup> Destarte, as normas jurídicas revestiam-se de uma elevada carga moralizante, uma vez que não havia a preocupação de diferenciar o Direito da Moral.

Muito embora tenham ocorrido modificações na legislação brasileira em 1969, com a edição do Decreto-Lei n. 1.004, que alterou o nome do Capítulo I do Título VI do Código Penal - de “Crimes Contra a Liberdade Individual” para “Crimes contra a Disponibilidade Sexual” -, importa mencionar que a legislação pouco avançou quanto à tutela dos crimes sexuais, que permaneceu atrelada ao exercício autoritário do poder, reinante na década de 1940, bem como “aos padrões insuficientes da repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sexuais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida.”<sup>21</sup>

Era latente a necessidade de se modificar a legislação brasileira, tanto em relação às normas jurídicas constitucionais quanto às infra-constitucionais. O Direito há muito havia se distanciado da Moral, e as mulheres haviam conquistado seu espaço nos mais diversos ramos (trabalho, família, bancos escolares, política, etc.). Já não havia mais razões, portanto, para se manter o prisma moral que revestia as normas jurídicas da década de 1940. O contexto político do País também havia mudado. Com o fim do regime militar, em 1985, os brasileiros passaram a lutar pela democracia, exigindo eleições diretas e o reequilíbrio da vida nacional, “que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.”<sup>22</sup> Em 1985, o então Presidente da República, José Sarney, encaminhou mensagem ao Congresso Nacional, por meio da Emenda Constitucional n. 26, com a proposta de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte que, instalada em meados de 1987, elaborou a nova Carta Constitucional

---

de menores. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. p. 82.

20 SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 253 de 13 de setembro de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=70034](http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034)>. Acesso em: 06 de janeiro de 2011.

21 SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n.º. 253 de 13 de setembro de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=70034](http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034)>. Acesso em: 6 de janeiro de 2011.

22 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. 3 t. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 81.

Brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988<sup>23</sup>.

Foi somente com a instalação do regime democrático que a disciplina dos crimes sexuais ganhou um novo enfoque. A novel Carta Magna trouxe, em seu bojo, direitos e garantias antes esquecidos. Em seu art. 1º elencou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da nova ordem jurídica, arrolando entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º) a igualdade entre homens e mulheres (inciso I) e o direito à intimidade, à vida privada e à honra (inciso X). No capítulo dedicado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, previu expressamente que a “lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (art. 227, § 4º). Destarte, os crimes contra os costumes tornaram-se incompatíveis com a nova normatização constitucional. A propósito, menciona Silveira:

A grande evolução percebida na evolução do Direito Penal sexual reside justamente no fato de se haver prescindido da carga moralizante que comportavam os delitos dessa ordem, informando melhor o conteúdo e sentido de seus tipos penais, dando mesmo pista valiosa para a averiguação do bem jurídico protegido. O Direito hoje, fundado em um Estado Democrático de Direito, deve, sobretudo, se mostrar como protetor de liberdades. Entre elas, que se diga, da liberdade sexual. [...] <sup>24</sup>

As primeiras mudanças ocorridas em relação aos crimes sexuais ocorreram em meados de 2005. Por meio da Lei n. 11.106/2005, alguns artigos que já não correspondiam à evolução do pensamento da sociedade brasileira foram revogados e outros alterados. A principal inovação foi a revogação dos artigos que previam os crimes de sedução<sup>25</sup>, todos as modalidades de rapto<sup>26</sup> e a causa de aumento de pena em razão de

23 OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987:** quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituante/fontes.pdf>>. Acesso em: 4 de fevereiro de 2011.

24 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo Direito Penal Sexual: a moral e a questão da honestidade. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Penal:** parte especial II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. Cap. I. p. 141.

25 O crime de sedução correspondia ao artigo art. 217, que previa: “Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena - reclusão, de dois a quatro anos.”

26 O capítulo III, do Título VI, do Código Penal, que tratava especificamente dos crimes de rapto, possuía quatro artigos, que assim previam: “Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso: Pena - reclusão, de dois a quatro anos”; “Art. 220 - Se a raptada é maior de catorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento: Pena - detenção, de um a três anos”; “Art. 221 - ? diminuída de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitue à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família”; “Art. 222 - Se o agente, ao efetuar o rapto, ou em seguida a este, pratica outro crime contra a raptada, aplicam-se cumulativamente a pena correspondente ao rapto e a cominada ao outro crime.”



ser o agente casado<sup>27</sup>, atualizando, assim, o “flagrante desrespeito à isonomia entre homens e mulheres” e “extirpando do Código Penal a expressão ‘mulher honesta’.”<sup>28</sup>

A despeito de ter o legislador brasileiro tentado “afastar a discriminação de gênero, dando novos contornos jurídicos igualitários em relação à mulher, visando coibir a exploração sexual infantil e eliminar outros dispositivos considerados ultrapassados”<sup>29</sup>, certo é que o sistema penal pátrio continuou defasado. As normas jurídicas infraconstitucionais existentes já não correspondiam aos padrões comportamentais da sociedade brasileira do século XXI, afrontavam os direitos e garantias previstos na Constituição da República e mostravam-se desatualizadas, inclusive quanto à proteção dos bens jurídicos, uma vez que o “foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente [...], mas sim a tutela da sua dignidade sexual.”<sup>30</sup>

Somente com a edição da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, a legislação brasileira pertinente à matéria sexual ganhou novos contornos, compatíveis, enfim, com o Estado Democrático de Direito. Extinguiu-se a antiga e inadequada terminologia “Crimes Contra os Costumes”, modernizando-se o tratamento dispensado aos crimes sexuais, agora denominados **Crimes Contra a Dignidade Sexual**.

A respeito da nova tutela penal dos crimes sexuais, Nucci esclarece que o novo regramento

[...] busca proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência. Do mesmo modo, volta-se particular atenção ao desenvolvimento sexual do menor de 18 anos e, com maior zelo ainda, do menor de 14 anos. A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) envolve, por óbvio, a dignidade sexual.

Fruto de reivindicações antigas, a Lei n. 12.015/2009 veio a atender

27 A causa de aumento de pena citada correspondia ao art. 226, inciso III, do Código Penal, que assim previa: “Art. 226 - A pena é aumentada de quarta parte: [...] III - se o agente é casado.”

28 NUCCI, Guilherme de Souza et al. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal: arts. 218-A e 218-B introduzidos pela Lei n. 12.015/2009. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Penal: parte especial II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. Cap. 1. p. 35.

29 GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 129.

30 GRECO, Rogério. **Adendo: Lei 12.015/2009: dos crimes contra a dignidade sexual**. Niterói: Editora Impetus, 2009. Disponível em: <<http://benitesjuridico.files.wordpress.com/2009/09/rogerio-greco-adendo-cel-prisao-1-12-012.pdf>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2010.



aos anseios da comunidade brasileira que, há muito tempo, esperava a modificação da legislação em relação aos delitos de ordem sexual que, além de desatualizados em relação a termos e enfoques, não atendia mais a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento da sexualidade na atualidade, em especial quando tais crimes eram dirigidos contra crianças e adolescentes.<sup>31</sup>

Grandes foram as modificações trazidas pelo novo regramento, sobretudo em relação à proteção dos chamados “vulneráveis”<sup>32</sup>. No entanto, citam-se, para fins de exemplo, outras alterações produzidas pela citada Lei: a) junção, em um só dispositivo legal (atual art. 213 do CP), dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, o qual prevê ambas as condutas delitivas num só tipo penal; b) modificação do sujeito ativo do crime de estupro, que pode ser praticado tanto pelo homem quanto pela mulher; c) criação do tipo penal autônomo previsto no art. 217-A do Código Penal, o chamado “estupro de vulnerável”, que pôs fim à antiga presunção de violência; d) nova formatação do crime previsto no art. 218-B do Código Penal, eliminando-se qualquer referência à antiga denominação “corrupção de menores”; e) modificação na titularidade da ação penal, que, de acordo com o atual art. 225 do Código Penal, é de ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de dezoito anos ou pessoal vulnerável e condicionada à representação nos casos previstos nos Capítulos I e II do Título VI do Código Penal.

Além dessas modificações, a Lei n. 12.015/2009 também trouxe salutar mudança na Lei n. 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos, abolindo a discussão antes existente a respeito de a forma simples dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor ser ou não considerada hedionda. A partir de sua entrada em vigor, todas as formas de estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º; e art. 217-A, *caput*, e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, todos do Código Penal) passaram a ser consideradas hediondas (art. 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/90).

Muito mais do que a tutela da liberdade e dignidade sexual, a novel legislação veio consolidar os princípios e garantias estampados

31 SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 253 de 13 de setembro de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=70034](http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034)>. Acesso em: 6 de janeiro de 2011.

32 Entende-se por “vulnerável” a pessoa incapaz de consentir validamente para o ato sexual (menores de catorze anos, enfermo ou deficiente mental), bem como a pessoa incapaz de oferecer resistência. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36).

na Constituição Federal de 1988, de forma a igualar homens e mulheres e a salvaguardar, de forma mais eficiente, aqueles que não possuem condições de exteriorizar validamente seu consentimento para a prática de atos sexuais.

## 2 APLICAÇÃO DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO AOS CRIMES SEXUAIS

As mudanças legislativas, ocorridas no Brasil ao longo do período analisado no presente trabalho<sup>33</sup>, no que concerne aos crimes de natureza sexual, foram fruto das modificações dos valores da Sociedade a respeito dos comportamentos sexuais que mereciam a tutela penal do Estado. Como visto anteriormente, consideravam-se comportamentos perniciosos, a princípio, os atos sexuais que violassem a moral da sociedade, isto é, as condutas sexuais não adaptadas às conveniências e disciplinas sociais. Com o passar do tempo, tais comportamentos ganharam um novo significado, passando a dizer respeito às condutas sexuais que afrontassem à dignidade da pessoa humana. Foi, portanto, por meio da transformação dos valores sociais que o tratamento jurídico dispensado aos delitos de ordem sexual ganhou uma nova roupagem. Sobre o assunto, ensinam Greco e Rassi que:

[...] cada sociedade estabelece um mínimo de valoração sobre a diferença entre o que é “certo” ou “errado” no comportamento sexual e, estabelecido o mínimo de valoração sobre o que é “certo” ou “errado”, “positivo” ou “negativo” na conduta sexual, os conceitos poderão ser modificados e condicionados pelo tempo e pela cultura em uma determinada época.<sup>34</sup>

Com efeito, as normas jurídicas correspondem àquilo que a sociedade considera importante em um determinado período. Por conseguinte, é a partir da valoração dada a determinados comportamentos (fatos), durante uma época específica, que as normas jurídicas se transformam e adquirem novos contornos. A respeito disso, esclarece Ferreira de Melo:

[...] toda norma jurídica revelará sua história, pois jamais uma delas surge do nada, mas sempre de um interesse,

33 De 1940, quando entrou em vigor o Decreto-Lei n. 2.848 - Código Penal, até o momento de composição do presente artigo, ou seja, setembro de 2011.

34 GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5.

de uma necessidade, de um anseio, de uma utopia ou de manifestação de conjuntura política. O Direito é fenômeno cultural, contingenciado pela experiência social e pelos juízos de valor. E por isso nada que se passa no mundo jurídico é sem história.<sup>35</sup>

Nesse mesmo sentido, Peces-Barba<sup>36</sup> sustenta que o Direito, como “fenômeno multidimensional”, deve ser analisado “a partir de múltiplas e numerosas perspectivas ou pontos de vista”, com base nos quais se reconhece que o Direito é algo muito próximo a diversos aspectos de nossa existência. Com isso, quer-se dizer que o Direito, por ser “produzido pelos seres humanos no marco de diversas circunstâncias e contextos históricos”, possui “uma *vinculación circunstancial* com o conjunto de realidades concretas no seio das que surge.” Por essa razão, o mencionado autor assevera que o “Direito é resultado desses contextos, das ideologias, dos interesses e conflitos predominantes nos mesmos” e que, por esses motivos, “varia em seus conteúdos em função das circunstâncias históricas e reflete as características dessas circunstâncias.”<sup>37</sup>

Ao tratar dos direitos fundamentais do homem na obra *A Era dos Direitos*, Bobbio, na mesma linha de raciocínio acima exposta, assevera que os direitos do homem modificaram-se e continuam a se modificar, “com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.” Em complemento, afirma que, em razão dessas modificações, aquilo “que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”<sup>38</sup>

O Direito, como afirma Reale, não é, portanto, “um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas.” Por conseguinte, o Direito “é algo que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade.”<sup>39</sup>

35 FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. p. 20.

36 Todas as citações retiradas da obra do autor espanhol Gregorio Peces-Barba foram traduzidas livremente pela autora do presente texto.

37 PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del Derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 16-18.

38 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18-19.

39 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 123.

Por tudo isso, é possível perceber que a norma jurídica reveste-se de um núcleo axiológico que é fruto dos compromissos éticos eleitos por uma sociedade em determinado período e local. Nesse sentido, leciona Peces-Barba:

[...] o Direito é expressão de um sistema de valores, preferências, ideologias, que se expressam através desses modelos de comportamento. Por isso, afirma-se que nenhum sistema jurídico é neutro desde o ponto de vista axiológico. Por trás do Direito existem alguns determinados valores, que são os que precisamente pretendem materializar-se através das normas jurídicas. E o Direito toma posição em relação a esses valores quando os juridifica. Nesse sentido se tem afirmando que o Direito é estruturalmente moral [...]<sup>40</sup>

Em decorrência dessa vinculação, o Direito não pode se dissociar da realidade valorativa na qual está inserido e deve buscar, entre suas finalidades, a segurança jurídica, a justiça e o progresso social.<sup>41</sup>

Para que a norma jurídica seja plenamente válida, além dos aspectos formais (consistente na observância das regras técnicas), ela deve corresponder às conveniências axiológicas, que só poderão ser observadas se as normas jurídicas guardarem correspondência com os princípios que prescrevem os comprometimentos éticos da sociedade.<sup>42</sup> Ferreira de Melo explicita que, para a norma jurídica ganhar um mínimo de adesão social voluntariamente obedecida, ela depende menos de sua aceitação formal e mais de sua validade material, a qual, segundo o autor, significa a “qualidade da norma em mostrar-se compatível com o socialmente desejado e basicamente necessário à eticidade das relações humanas.”<sup>43</sup> A propósito, ensina o autor:

Tenho insistido em meus escritos que, vista do mirante da Política do Direito, a validade das normas jurídicas é questão que vai além do que pretende o normativismo lógico, pois tem este o entendimento de que a norma será válida se os ritos que a legitimam e também se estiver em harmonia com disposição normativa superior que a autorize. Mas esta é simplesmente a validade formal que pode garantir

40 PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del Derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 19.

41 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 33.

42 FERREIRA DE MELO, Osvaldo. Ética e Direito. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 11. 2006. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/420/362>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2011.

43 FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALLI, 1998. p. 15-16.

a vigência da norma mas não necessariamente sua eficácia.

Assim tenho sustentado que igualmente importante é a validade material da norma que há de ser buscada pela sua capacidade de adequar seus fins ao sentimento e à idéia do justo e do socialmente útil (validade ética), bem como apresentar-se como expectativa segura de certa conduta em uma relação legítima de pretensão x prestação (validade funcional).

Considerar a importância da validade material faz com que percebamos que a perda da eficácia de uma norma jurídica possa se dar por motivos outros que não apenas os decorrentes de questões técnicas como a derrogação ou a dessuetude.<sup>44</sup>

Em decorrência, Reale menciona que o discurso da validade do direito pode ser extraído sob três perspectivas: *vigência, eficácia e fundamento*. A primeira, entendida como “obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos”; a segunda, como “efetiva correspondência social ao seu conteúdo”; e a terceira, por fim, como “valores capazes de legitimá-las numa sociedade de homens livres.”<sup>45</sup>

A preocupação do presente trabalho cinge-se à análise da eficácia e do fundamento das normas jurídicas, uma vez que se coadunam melhor a sua validade material - sem apego ao seu aspecto meramente formal -, assim como por terem mais afinidade com a tríade proposta por Reale, que emprega tais termos de acordo com uma concepção sociológica.

O conceito de eficácia empregado neste artigo limita-se, portanto, à efetividade social da norma jurídica<sup>46</sup>, que se refere, como dito alhures,

[...] ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos.<sup>47</sup>

Conceituando o termo, Peces-Barba afirma que uma norma pode

44 FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. p. 56.

45 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.

46 “Da eficácia jurídica cuidou, superiormente, José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. Lastreando-se na lição de Rui Barbosa, assentou que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. [...]” (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82.)

47 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82.

ser considerada *eficaz* “quando os destinatários da mesma ajustam efetivamente suas condutas ao modelo de conduta estabelecido na norma”, o que significa dizer, em outras palavras, que a eficácia da norma está ligada ao seu efetivo cumprimento pelos sujeitos aos quais é dirigida.<sup>48</sup>

Sob essa perspectiva, se a norma jurídica corresponde “a integração de algo da realidade social”<sup>49</sup>, retirando do seio da sociedade os valores que lhe conferem eficácia e fundamento, quando as normas jurídicas, como produto cultural que são, deixam de integrar o conjunto de padrões de comportamento normais e admitidos em uma comunidade, isto é, quando a norma “deixa de corresponder às necessidades da vida, ela deve ser *revogada*, para nova solução normativa adequada”<sup>50</sup>. Isso significa que as normas jurídicas, quando se tornam obsoletas ou mudam o próprio sentido, em razão da transformação da realidade social, devem ser substituídas por novos regramentos compatíveis com a atualidade das tendências e inclinações da coletividade.

Foi, destarte, o que ocorreu com o regramento dos crimes de natureza sexual no Brasil. Como visto anteriormente, as normas jurídicas elaboradas na década 1940 não correspondiam mais à realidade da sociedade brasileira do século XXI e mostravam-se desatualizadas, inclusive quanto à proteção dos bens jurídicos. O antiquado título destinado à proteção dos crimes dessa ordem no Código Penal - *Crimes Contra os Costumes* - necessitava de modificações urgentes. A Lei n. 12.015/09 veio transformar esse cenário, trazendo à baila soluções normativas mais adequadas.

O atual Título VI do Código Penal - Crimes Contra a Dignidade Sexual -, embora tutele bens jurídicos diversos daqueles da década de 1940, incide, em verdade, sobre a mesma “base de fato”. Isso significa dizer que os fatos, em si, não mudaram, pois as condutas que exigem uma atuação positiva do Estado continuam sendo aquelas tidas como contrárias ao ordenamento jurídico<sup>51</sup>. O que mudou então? O complexo

48 PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. *Curso de teoría del Derecho*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 27.

49 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 124.

50 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 127.

51 Ao conceituar o vocábulo *fato*, Reale explicita: “[...] Põe-se, desde logo, como momento de um processo, um elo no encadeamento dos atos humanos, quer em função de atos anteriores, quer em razão de dados da natureza. Em *O Direito como Experiência*, dedico atenção especial ao conceito de “fato no direito”, mostrando que ele envolve tanto *aquilo que acontece, independentemente da iniciativa humana, mas que adquire significado “inter homines”* (o fato de alguém nascer, p. ex., sem que tenha havido o propósito de gerar), *como aquilo que intencionalmente é feito e se refere “ad alios”*. “Fato” é, por conseguinte, uma palavra que corresponde tanto ao participio passado *factum*, de *fieri* (acontecer), como de *facere* (fazer).” (REALE, Miguel. *Teoria*

de interesses e de valores da sociedade, isto é, as “intenções de valores” que incidem sobre aquela “base de fato”. Em outras palavras, significa dizer que a modificação ocorrida na legislação brasileira em relação aos delitos sexuais é fruto da incidência de novos valores que conferem significações diversas àqueles mesmos fatos. E é em razão dessa nova valoração fática que decorre o surgimento das normas jurídicas.

Ao descrever sua teoria tridimensional, Reale assinala que os três elementos – fato, valor e norma – estão sempre interligados, sendo que a correlação existente entre eles é de natureza funcional e dialética, formando-se a partir da “‘implicação-polaridade’ existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo.”<sup>52</sup>

Sob esta perspectiva, a norma jurídica nada mais é do que a medida integradora dos outros dois elementos (fato e valor), que surge a partir da incidência de um complexo de interesses ou valorações sobre determinado fato.<sup>53</sup> “As regras de direito, portanto, consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser.”<sup>54</sup> Em complemento, ensina Reale que:

[...] o mundo jurídico é formado de contínuas “intenções de valor” que incidem sobre uma “base de fato”, refragando-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em norma jurídica em virtude da interferência de Poder.

A meu ver, pois, não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pretendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da autoridade (*latu sensu*) que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) uma das vias normativas possíveis. [...] <sup>55</sup>

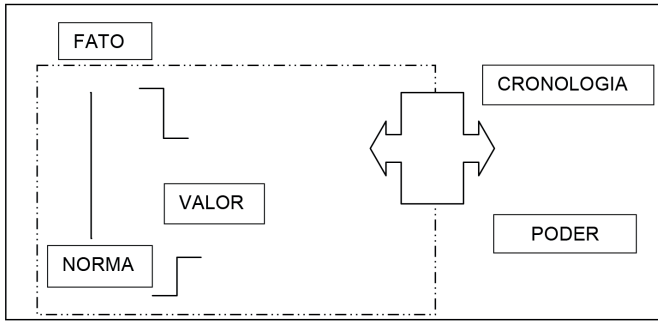
Para facilitar a compreensão, reproduz-se, abaixo, o Gráfico Sinóptico da Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale,<sup>56</sup> como Instrumento de Percepção Jurídica concebido pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (e com composição gráfica de Fábio Schlickmann):

---

**Tridimensional do Direito.** Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 94-95)

- 52 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57.
- 53 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 124.
- 54 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 79.
- 55 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** Situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 124.
- 56 A partir de REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

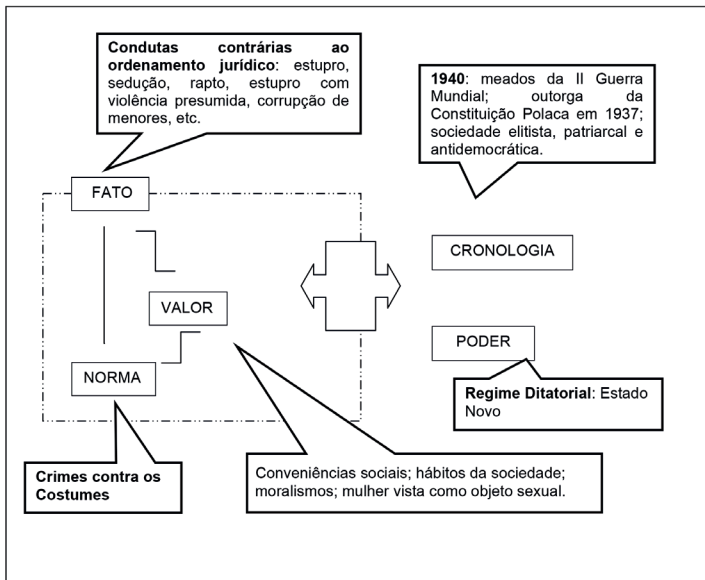




Explicando semelhante representação gráfica, Reale afirma que:

Fácil é perceber que esse gráfico serve para mostrar que uma norma jurídica, uma vez emanada, sofre alterações semânticas, pela superveniência de mudanças no plano dos fatos e valores, até se tornar necessária a sua revogação; e, também, para demonstrar que nenhuma norma surge *ex nihilo*, mas pressupõe sempre uma tomada de posição perante *fatos* sociais, tendo-se em vista a realização de determinados *valores*.<sup>57</sup>

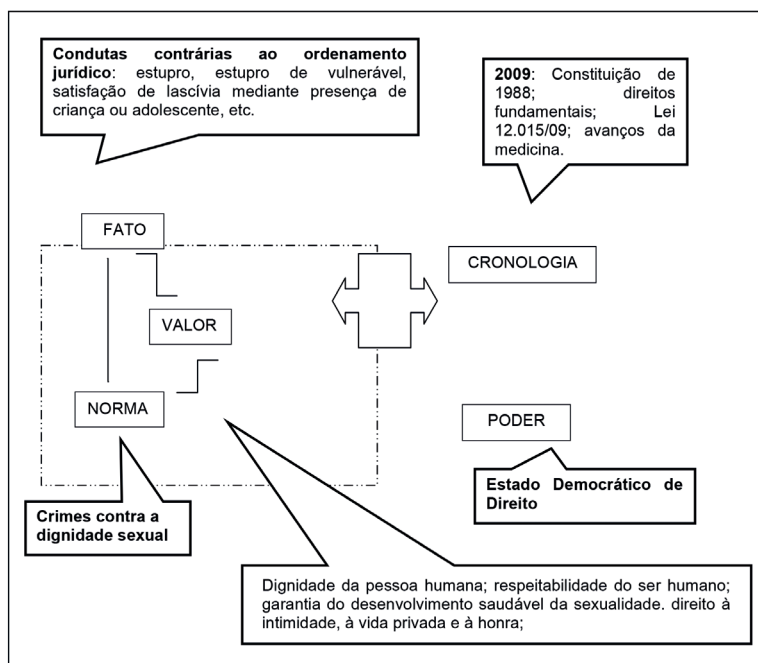
A disciplina legal dos crimes sexuais, tal como concebida no Código Penal de 1940, teria o seguinte aspecto se aplicada ao supracitado Gráfico:



57 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 101.



Com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.015/09, a disciplina legal dos crimes sexuais passou a ter a configuração que segue:



Da análise dos gráficos acima expostos é possível observar que as variantes "cronologia" e "Poder/poder" incidentes sobre os elementos fato, valor e norma, possuem potencial influência sobre a sistemática da Teoria Tridimensional, uma vez que atuam como fatores constitutivos da realidade social.

Com efeito, as mudanças legislativas ocorridas no Brasil nos últimos setenta anos, em relação aos crimes de natureza sexual, decorreram não somente da evolução do pensamento da sociedade, mas também em razão das transformações que ocorreram em outros segmentos sociais, como a política e até mesmo a ciência.

Não há dúvidas de que a mudança do Estado Ditatorial para o atual Estado Democrático de Direito acarretou diretamente a transformação da apreciação das autoridades acerca da matéria, o que ocasionou, por sua vez, a eleição de novas vias normativas a partir da conveniência e oportunidade daqueles que passaram a produzir as normas jurídicas.

A par disso, as modificações legislativas acompanharam também os avanços da ciência, em especial, da medicina, que, em relação aos delitos sexuais, evoluiu em relação ao estudo da virgindade, da morfologia do hímen, dos transtornos da sexualidade, entre outros. Para ilustrar a importância do desenvolvimento médico-científico a respeito do assunto, citam-se, para fins meramente exemplificativos, as mudanças ocorridas em relação ao homossexualismo. Inicialmente visto pela psiquiatria como “doença degenerativa da sociedade”<sup>58</sup>, o relacionamento sexual entre pessoas do mesmo gênero foi tratado como patologia. A propósito, elucida Trevisan que:

Numa tese de 1928, defendida na Faculdade de Medicina de São Paulo, o médico-legista Viriato Fernandes Nunes alertava: “Toda perversão sexual atenta violentamente contra as normas sociais.” E exigia rigor na repressão, pois se “esses criminosos (pederastas) têm perturbadas as suas funções psíquicas”, a sociedade não pode permitir-lhes “uma liberdade que eles aproveitariam para prática de novos crimes”. Ora “o homossexualismo é a destruição da sociedade, é o enfraquecimento dos países”; se ele “fosse regra, o mundo acabaria em pouco tempo” — acrescentava outro médico-legista, Aldo Sinisgalli.<sup>59</sup>

Por essas razões, o homossexual era considerado um “degenerado sexual, contra o qual o Estado devia se defender”. Em decorrência, a medicina desenvolveu diversos tratamentos para esse tipo de “doença”, como o transplante de testículos ou ovários, o eletrochoque, a castração, entre outros.<sup>60</sup> Somente em 1993, quando foi retirado do Catálogo Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, o homossexualismo deixou de ser considerado uma doença, passando a ser tratado como um dos estados da sexualidade humana.<sup>61</sup>

Embora o homossexualismo nunca tenha sido considerado crime no Brasil, certo é que, a partir do novo tratamento dispensado a ele pela Medicina, o Direito evoluiu quanto ao seu uso. Como resultado, o

58 PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). *Iniciação científica: destaques 2007*. v. 1. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2008. p. 321.

59 TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 185.

60 PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). *Iniciação científica: destaques 2007*. v. 1. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2008. p. 365-366.

61 TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 383.

homossexualismo passou a ser tratado à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Como se pode notar, o desenvolvimento da Medicina influenciou, ainda que indiretamente, a produção legislativa e atuou como uma das variantes de “poder” incidentes sobre os elementos fato e valor, produzindo efeitos, por consequência, na elaboração das normas jurídicas.

Em última análise, levando-se em consideração o exposto no decorrer do presente trabalho, pode-se concluir que a compreensão do Direito não pode se limitar a uma visão setorializada da realidade social, avaliando-se isoladamente o que “há de fático, de axiológico ou ideal, ou de normativo na vida do direito”<sup>62</sup>. O Direito deve, ao contrário, dedicar-se ao estudo dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos, de maneira contemplativa do todo. É a lição de Reale:

É, pois, na essência e na vida mesma do direito positivo que, antes de mais nada, nos cabe penetrar, recolocando-o no meio do mundo social, do qual ele é um elemento integrante, para estudá-lo em função das forças intelectuais e morais da humanidade, que, somente elas, lhe podem dar real valor.<sup>63</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi dito, é possível afirmar que a evolução da legislação brasileira em relação aos crimes sexuais, conforme se observa no Gráfico Sinóptico da Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, como Instrumento de Percepção Jurídica concebido pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, é resultado das transformações da realidade histórico-cultural do Brasil nos últimos setenta anos. Isso porque foi, a partir das experiências sociais, culturais e políticas experimentadas pela comunidade brasileira, que as normas jurídicas foram, aos poucos, revestindo-se da validade material necessária à efetiva correspondência social ao seu conteúdo.

Não é diferente o entendimento de Ferreira de Melo na conclusão da obra *Ética e Direito*<sup>64</sup>:

62 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 11.

63 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 07.

64 FERREIRA DE MELO, Osvaldo. *Ética e Direito*. *Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 11. 2006. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/420/362>>. Acesso em:

Pode-se dizer, em conclusão, que o Direito, entendido como fenômeno cultural, ou seja, como realidade referida a valores, tem por compromisso permanente a busca da segurança jurídica, da utilidade social (bem comum) e da justiça. Embora os dois últimos objetivos sejam comuns à Ética, evidentemente não podemos confundir o conceito de norma jurídica com o de norma ética, pois que, embora ambas tenham as características básicas da bilateralidade, só a norma jurídica é imperativo-atributiva e exigível. Disso sabemos todos. Mas é preciso ressaltar que só podemos atribuir a uma norma jurídica validade plena, se, além dos aspectos formais de que trata com rigor a dogmática jurídica, houver aquela conveniência axiológica de que nos fala Reale. E tal validade material da norma jurídica só poderá ser observada se esta guardar correspondência com os princípios que prescrevem comprometimentos éticos.

Finalmente importa reconhecer que, embora nem todo discurso justificativo de critérios e normas possa constituir-se em verdade, fica-nos a convicção de que os objetivos traçados por uma política-jurídica comprometida com os valores éticos, podem servir, se não de trilhos, mas certamente de trilhas, para o balizamento de uma caminhada utópica e responsável rumo ao devir esperado.

Em última análise, pode-se asseverar que a experiência jurídica brasileira em relação aos delitos de ordem sexual, compreendida à luz da Teoria Tridimensional do Direito, traz à tona a existência de um novo paradigma, que deflui da ideia global e congruente da compreensão do Direito com base na integração de fatos e valores. Isso significa dizer, em outras palavras, que as mutações factuais, axiológicas e normativas, desenvolvidas no tempo e no espaço analisados no presente trabalho, influenciaram reciprocamente a conjectura nacional sobre a compreensão social e humanística do Direito, ocasionando, por conseguinte, a transformação da legislação pátria em relação aos delitos de natureza sexual.

Destarte, a compreensão da evolução legislativa brasileira, no que tange aos delitos sexuais, derivou de uma reflexão fundada na análise da *tensão* existente entre os elementos *fato*, *valor* e *norma*, da qual resultou “o momento normativo, como solução superadora e integrante dos limites circunstanciais de lugar e de tempo”<sup>65</sup>. Por tudo isso, as normas jurídicas relativas aos crimes aqui estudados só podem ser compreendidas quando os fatos e valores que condicionaram o seu surgimento

---

10 de fevereiro de 2011.

65 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57.

forem considerados como parte integrante de um sistema no qual eles são elementos indissociáveis.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Código Penal (Decreto-lei n. 2.848/1940)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2011.

FERREIRA DE MELO, Osvaldo. Ética e direito. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 11. 2006. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/420/362>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2011.

\_\_\_\_\_. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998.

Fundamentos da Percepção Jurídica, 2010, Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Plano de ensino. Itajaí: 28 de julho de 2010.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. **Adendo**: Lei 12.015/2009: dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009. Disponível em: <<http://benitesjuridico.files.wordpress.com/2009/09/rogerio-greco-adendo-cel-prisao-l-12-012.pdf>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2010.

GUSMÃO, Chryspolito de. **Dos crimes sexuais**: estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NORONHA, Magalhães E.. **Direito penal**. 4. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1969.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal: arts. 218-A e 218-B introduzidos pela Lei n. 12.015/2009. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Penal: parte especial II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. Cap. 1. p. 32-57.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/fontes.pdf>>. Acesso em: 4 de fevereiro de 2011.

PNDOLFI, Dulce (Org.). **Repensando o Estado Novo**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999.

PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del Derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). **Iniciação científica: destaques 2007**. v. 1. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. p. 313-392.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito - para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Teoria tridimensional do direito**. Situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTO, M. E.; ESPÍRITO SANTO, Davi do; FERREIRA DE MELO, Júlio César. A teoria tridimensional do direito: Ferramenta Aplicada à Análise da Progressão de Regime de Cumprimento de Pena segundo a Lei 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos. **Revista Eletrônica Direito e Política (Online)**, v. 3, p. 105-124, 2008.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 253 de 13 de setembro de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=70034](http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034)>. Acesso em: 6 de janeiro de 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. 3 t. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo Direito Penal Sexual: a moral e a questão da honestidade. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas essenciais: direito penal: parte especial II**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. Cap. 1. p. 135-162.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

PENAL

# O PROMOTOR INVESTIGADOR: OS ATOS DE INVESTIGAÇÃO E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ESTADO DE SANTA CATARINA

**Caroline Regina Maresch**

*Residente na 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Joaçaba  
Especialista em Investigação, Constituição e Direito de Defesa (Universidade  
Anhanguera-Uniderp)*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 Aspectos da Investigação Criminal no Sistema Jurídico Brasileiro. 1.1 O Papel do Ministério Público na Investigação Criminal e a Sua Previsão Legislativa. 1.2 A Atuação do Promotor Investigador na Busca do Respeito aos Direitos Humanos, frente à Atual Problemática Brasileira. 2 A Compreensão dos Atos Investigatórios. 2.1 Investigação pelo Ministério Público no Direito Comparado. 2.2 Formas de Atuação Prática do Ministério Público na Investigação. 3 O Modelo Ideal de Atuação nas Investigações e a Atuação do Promotor Investigador no Estado de Santa Catarina. 3.1 A Atuação do Promotor Investigador no Estado de Santa Catarina. Considerações finais. Referências.

## RESUMO

Este artigo trata da atuação do Ministério Público no que diz respeito à garantia do princípio da celeridade processual no Estado de Santa Catarina, por meio da análise das prerrogativas dos membros do *parquet* conforme prescrito pelo legislador pátrio na Constituição Federal

|         |               |      |       |             |                |
|---------|---------------|------|-------|-------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 8 | n. 19 | p. 75 - 108 | jul./dez. 2011 |
|---------|---------------|------|-------|-------------|----------------|



de 1988. Para tanto, serão estudados alguns aspectos da investigação criminal no sistema jurídico brasileiro de modo a evidenciar o papel do promotor investigador no resguardo da ordem jurídica, como uma forma de contornar as crises do sistema judiciário decorrente do excesso de demandas. Em especial, será abordada a atuação dos promotores do Estado de Santa Catarina e os desafios que os membros desta instituição ainda têm a superar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Promotor Investigador. Celeridade Processual.

### ABSTRACT

This monograph deals with the role of the Public Ministry on the assurance of the promptness principle in the State of Santa Catarina, through the analysis of the prerogatives of the members of the *parquet* as prescribed by the legislator in the Federal Constitution of 1988. It will be studied some aspects of criminal investigation in brasilian legal system in order to highlight the role of the investigator prosecutor in the protection of the legal order, as a way to overcome the crises of the judicial system due to excessive demands. Particularly, it will be approached the procedure of the prosecutors from the State os Santa Catarina and the challenges that the members of this institution still have to overcome.

**KEYWORDS:** Public Ministry. Investigator Prosecutor. Promptness.

### INTRODUÇÃO

Em função de uma série de fatores, é cada vez mais comum percebermos o Ministério Público atuando em parceria com a Polícia Judiciária na condução da investigação criminal. Diante da atual problemática brasileira, com a sobrecarga do judiciário, a falta de investimentos e a corrupção generalizada de agentes policiais, a atuação do promotor na

fase da investigação criminal surge como um modo de contornar a crise e oferecer respostas mais céleres à sociedade brasileira.

Desse modo, por mais que a Constituição Federal preveja que a investigação criminal, em matéria penal, seja incumbência da polícia civil, a necessidade de prestação de um serviço estatal mais eficiente vem exigindo que se coloque em foco a questão da distribuição dos poderes investigatórios. Nesse sentido, o Ministério Público tem cada vez mais acompanhado os trabalhos da polícia judiciária, de modo a evitar a tão comum demora na conclusão da investigação preliminar.

A legitimidade da atuação do promotor investigador, por sua vez, encontra respaldo na Constituição Federal no art. 129, VI e VIII, da CF, e na forma da Lei Complementar n. 75/1993, art. 8º, II e IV, § 2º, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Da mesma forma, cabe ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, de acordo com o inciso VII do art. 129 da Constituição Federal, como será demonstrado no decorrer deste trabalho.

Nesse aspecto, serão estudadas as prerrogativas dos membros do Ministério Público e os limites para sua atuação de modo que seja positivo na concretização dos princípios inscritos na Constituição Federal, em especial no que tange aos princípios da legalidade, da celeridade e da eficiência da prestação jurisdicional. Em particular, será analisada a atuação do Ministério Público de Santa Catarina, como também os desafios que a instituição ainda tem a superar no que diz respeito à condução da investigação criminal no País.

## **1 ASPECTOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê que a investigação originária, em matéria penal, é incumbência das polícias civis, as quais possuem exclusividade quanto à presidência e elaboração dos inquéritos policiais, nos termos do art. 144, § 4º (Brasil, 1988).

Os inquéritos policiais geram atos de investigação, os quais podem ser definidos como:

a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas; e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commisi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não-processo (arquivamento); g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional; h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária (LOPES JR., 2009, p. 295-6).

Ocorre que, diante da dinâmica social atual, em que a cada instante fatos novos são levados a conhecimento das autoridades policiais competentes, se verifica a necessidade de uma atuação estatal eficiente, em que os atos de investigação criminal atendam aos anseios da sociedade/vítima, por meio da distribuição de poderes investigatórios.

Conforme defendido por Lopes Jr. (2009, p. 143, grifo do autor) a “concepção de *poder* passa hoje pela temporalidade, na medida em que o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua temporalidade”.

Sobre o poder de investigação, Kac (2011, p. 137) afirma que “significa ter a autoridade de agir para perquirir a descoberta do autor do crime e de sua existência material, pesquisando-se, ainda, as causas e conseqüências deste, quando a autoridade investigante dele tiver notícia”.

Nesse norte, surge a atuação do Ministério Público, seja no sentido de acompanhar os trabalhos da polícia judiciária, seja pelo desenvolvimento de um trabalho próprio, no intuito de combater a crescente e organizada criminalidade, assegurando o atendimento ao direito fundamental da celeridade processual, insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal:

Art. 5º. LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988).

Inclusive antes da instauração da ação penal, é garantida aos investigados a razoável duração na formação da *opinio delicti* pelo representante do Ministério Público, pois, como apontado por Lopes Jr. (2009, p. 143),

[...] quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre ainda que não exista uma prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é uma pena.

Evidentemente, como defendido por Lopes Jr. (2009, p. 144), a questão da dilação indevida do processo também deve ser reconhecida quando o imputado está solto, pois ele pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia.

Percebe-se, logo, que a própria investigação, destinada à formação de provas sobre a autoria e materialidade dos crimes, acaba por violar, relativamente, os direitos fundamentais da pessoa, causando angústia prolongada, pois, nessa fase, poderá haver restrições ao direito de locomoção, restrições sobre a livre disposição de bens, violação de domicílio, quebra de sigilo telefônico, ambiental ou telemático, entre outros meios de provas passíveis de autorização judicial.

Consoante Douglas Fischer (2009, p. 53), comentando acerca do garantismo penal defendido por Ferrajoli, é que também o Ministério Público está vinculado aos preceitos fundamentais garantistas insertos na Constituição quando realiza atos de investigação.

Assim, deve-se ter em vista que a atuação conjunta do Ministério Público com a polícia judiciária visa, entre outros objetivos, evitar a demora na conclusão da investigação preliminar, cujo expediente administrativo, muitas vezes, chega ao acusador de forma incompleta, necessitando ainda mais de dilação probatória.

## 1.1 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A SUA PREVISÃO LEGISLATIVA

Ao Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (Brasil, 1988, art. 127, *caput*), foram conferidos explicitamente amplos poderes de investigação criminal pelo art. 129,

VI e VIII, da CF<sup>1</sup>, e na forma da Lei Complementar n.º 75/1993, art. 8º, II e IV, § 2º, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União:

Art. 8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; [...] IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; [...] §2º. Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido (BRASIL, 1993).

Discorrendo acerca de o Ministério Público brasileiro ser uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais e indisponíveis, afirma Douglas Fischer (2009, p. 59) que “não há como deixar de reconhecer que desse e outros dispositivos constitucionais decorrem expressas atribuições para o desempenho de seu mister fundamental”.

[...] como é o caso – exemplificadamente – do inc. VI do art. 129, que estabelece que também é função institucional do Ministério Público expedir notificações nos procedimentos administrativos (aí compreendidos não só os relacionados à matéria civil), requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da *lei complementar respectiva* (FISCHER, 2009, p. 59, grifo do autor).

Ainda, com *status* constitucional, é conferido ao Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policial (Brasil, 1988, art. 129, VII), na forma da Lei Complementar n. 75/93, que prevê, em seu art. 9º, que

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo: I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para

1 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; [...] VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (BRASIL, 1988).

prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; V - promover a ação penal por abuso de poder.

Regulamentando o art. 9º, foi publicada a Resolução n. 20, de 28 de maio de 2007, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que informa, como objetivo principal do controle externo da atividade policial, que “manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público” (art. 2º, *caput*).

Ainda, dispõe o art. 2º da Resolução n. 20/2007 (CNMP, 2007), que o exercício do controle externo da atividade policial busca atender à “finalidade, à celeridade, ao aperfeiçoamento e à indisponibilidade da persecução penal” (inciso IV) e à “superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal (inciso VI).

Já a Recomendação n. 15, de 7 de abril de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público, recomenda aos membros que realizam o exercício do controle externo da atividade policial, que promovam, se for o caso, a responsabilização dos servidores públicos que agirem no sentido de impedir, frustrar ou dificultar o controle, ou que desatenderem as requisições de diligências formuladas, adotando-se as medidas cabíveis no plano criminal, sem prejuízo das providências pertinentes à Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92).

No âmbito do CPP, prevê o art. 13, II, que a polícia judiciária deverá realizar as diligências requisitadas pelo Ministério Público no curso do inquérito policial. Estas diligências inclusive poderão ser requisitadas diretamente à autoridade policial (art. 47). No mesmo sentido, as Leis 75/93 e n. 8.625/93 possuem diversos dispositivos que outorgam poderes ao MP de requisitar diligências investigatórias, acompanhar a atividade policial e apresentar provas para serem juntadas ao inquérito (LOPES JR., 2009, p. 260).

Dentro do Estado de Santa Catarina, a Lei Complementar Estadual nº 197, de 13 de julho de 2000, que institui a Lei Orgânica do Ministério Público, determina que o MP, no exercício de suas funções, poderá “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial

e de inquérito policial militar, observando o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los” (art. 83, inciso V). No mesmo norte, o art. 82, XVII, alínea “d”, da LCE n. 197/2000, prevê possibilidade ao membro do MP:

Art. 82, XVII. d) requisitar à autoridade competente a abertura de inquérito sobre a omissão ou fato ilícito ocorridos no exercício da atividade policial, determinando as diligências necessárias e a forma de sua realização, podendo acompanhá-las e também proceder diretamente a investigações, quando necessário; (SANTA CATARINA, 2000. Grifo nosso).

Também, dispõe a Lei Orgânica Estadual que o MP poderá requerer ao órgão judicial competente “a quebra de sigilo bancário e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal [...]” (Santa Catarina, 2000, art. 83, inciso X, “a”).

Dessa forma, fica claro que o Ministério Público detém legitimidade para exercer atos de investigação diretos e pelo exercício do controle externo da atividade policial, sendo que, no Estado de Santa Catarina, houve a edição do Ato Conjunto n. 01/2004/PGJ/CGMP, que disciplinou a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal (PIC), definido como:

Art. 1º O procedimento investigatório criminal - PIC - é instrumento de natureza administrativa e inquisitória, instaurado e presidido pelo Ministério Público, tendo por fim a obtenção dos esclarecimentos necessários à apuração de infrações penais de ação penal pública (SANTA CATARINA, 2004).

Finalmente, quanto à legislação catarinense sobre o exercício do controle externo da atividade policial, recentemente foi editado o Ato n.º 467/2009/PGJ, tendo em vista, entre outras considerações, a busca de meios que visem à implantação de um sistema que permita a consolidação do controle das ocorrências policiais e seus desdobramentos. De acordo com o art. 2º do referido ato,

Art. 2º. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial judiciária, bem como a integração das funções do Ministério Público e das polícias voltadas para a persecução penal e o interesse público, atentando, especialmente, para: I - o respeito aos direitos

fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis; II - a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; III - a prevenção da criminalidade; IV - a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal; V - a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal; VI - a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal; VII - a probidade administrativa no exercício da atividade policial (SANTA CATARINA, 2009).

Observa-se que, entre os objetivos do exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público no Estado de Santa Catarina, se encontram o respeito aos direitos fundamentais e a finalidade, celeridade, aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal.

Nos termos do art. 4<sup>o</sup> do Ato n. 467/2009/PGJ, incumbe aos Promotores de Justiça com atribuição criminal examinar se a autoridade policial pautou-se, durante a investigação, pela legalidade, celeridade e eficiência, e, caso negativo, tomar as providências pertinentes para que haja a responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa.

Portanto, como bem defendido por Lopes Jr,

[...] o Ministério Público não só está legalmente autorizado a requerer abertura como também acompanhar a atividade policial no curso do inquérito; mas também poderá investigar e a realizar sua própria investigação preliminar, vista como um procedimento administrativo pré-processual (LOPES JR., 2009, p. 259. Grifo do autor).

E para aqueles que defendem a impossibilidade de investigação pelo Ministério Público, Douglas Fischer (2009, p. 58) afirma que, se fosse exclusiva a investigação criminal da polícia, não se poderia sustentar as atividades investigatórias realizadas por diversos outros órgãos, como é o caso da Receita Federal do Brasil, do Banco Central do Brasil e das próprias Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI.

---

2 MPSC. Ato 467/2009/PGJ. Art. 4<sup>o</sup> - Na sua forma difusa, o exercício do controle externo da atividade policial, quando do exame dos procedimentos normais que lhe forem distribuídos, incumbe aos membros do Ministério Público com atribuição criminal, os quais devem examinar se a autoridade policial pautou-se pela legalidade, celeridade e eficiência no curso da investigação e, em caso negativo, encaminhar cópia do feito à Promotoria de Justiça especializada no controle externo concentrado, para as providências cabíveis.



## 1.2 A ATUAÇÃO DO PROMOTOR INVESTIGADOR NA BUSCA DO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS, FRENTE À ATUAL PROBLEMÁTICA BRASILEIRA

Buscando compreender os postulados garantistas do sistema penal atual, informa Douglas Fischer que o “Estado também deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a *necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade*” (Fischer, 2009, p. 54. Grifo do autor).

Nesse diapasão, Fischer (2009, p. 54) observa que o dever de garantir a segurança não está apenas em evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas que haja uma efetiva apuração do ato ilícito e, sendo o caso, da punição do responsável.

A sociedade/vítima brasileira tem sido nocauteada com uma série de crimes, muitos praticados por organizações criminosas articuladas, os quais permanecem, durante anos, primeiro em sede de investigação preliminar, e após, durante anos para serem julgados pelo Tribunal competente.

Não muitas vezes, a sociedade/vítima acaba, ainda, atônita pela falta de eficiência do Estado na apuração dos crimes, permanecendo o infrator impune aos olhos da Lei. São inúmeros os casos de prescrição da pretensão punitiva do Estado, isso quando a vítima não é surpreendida por uma sentença baseada na “prescrição em perspectiva”, denotando a ideia de preguiça dos servidores da Justiça.

Também não podemos olvidar das injustiças que o Estado acaba por cometer contra o investigado, em que pessoas inocentes permanecem presas, ainda que não exista sentença com trânsito em julgado. Aury Lopes Jr. (2009, p. 178) cita, como exemplo, o caso de um inocente que ficou 13 anos preso sem sentença e, após ser reconhecido o erro, o Estado brasileiro foi condenado, em última instância, a pagar R\$ 2 milhões por danos materiais e morais ao cidadão Marcos Mariano da Silva.

Conforme informado por Lopes Jr. (2009, p. 178), “Marcos foi preso em 27 de julho de 1985 e conseguiu o *habeas corpus* em 25 de agosto de 1998. Não havia nada que justificasse a prisão, a não ser o encaminhamento de um simples ofício”.

Prossegue o autor, discorrendo que “ainda há um longo caminho

a ser percorrido nessa matéria, mas, com certeza, essas decisões constituem marcos que não podem ser esquecidos, para que fatos similares sejam evitados” (Lopes Jr., 2009, p. 179).

Afirma Fischer (2009, p. 55) que é dentro desse espectro que merece ser compatibilizada a questão da investigação criminal pelo Ministério Público, o titular do *ius puniendi* estatal, o qual poderá tanto auxiliar nos atos de investigação direta, como numa resposta imediata à sociedade/vítima, como fiscalizar o serviço policial, a fim de que sejam preservados os direitos humanos do investigado/infrator.

Nesse norte, cumpre salientar que a opinião pública acerca dos direitos humanos relativos à criminalidade e à segurança pública, em pesquisa realizada em 2008 pela Secretaria de Direito Humanos da Presidência da República (SDH/PR), aponta que a população brasileira apresenta certa hostilidade aos direitos dos supostos delinquentes, haja vista essa hostilidade ser mais intensa “em contextos em que predomina uma sensação de insegurança, acompanhada da percepção de que o Estado é incapaz de proteger seus cidadãos” (Cano, 2010, p. 65).

Ainda, aponta a pesquisa que, apesar de muitos brasileiros defenderem a morte dos criminosos, “isso não significa que os cidadãos apoiem a violência policial de forma incondicional, pois há um consenso na rejeição da ideia de que a polícia deve atirar primeiro e perguntar depois” (Cano, 2010, p. 68).

E mesmo quem apoia a frase de “bandido bom, é bandido morto” situa-se majoritariamente (84%) contra essa política de atirar primeiro. Provavelmente as pessoas sentem medo de que essa truculência policial indiscriminada possa acabar vitimando elas mesmas (CANO, 2010, p. 68).

Dessa forma, percebe-se que a população brasileira, no geral, ainda apresenta dificuldade em se sentir segura frente à criminalidade e a forma de como a segurança pública se encontra estruturada no País, necessitando de respostas céleres na apuração dos crimes, com respeito aos direitos humanos, tanto com relação à parte investigada, quanto com relação à dignidade da vítima/sociedade.

Flávio Cardoso Pereira comenta a opinião de Alberto Binder sobre a crise que atravessa a administração da justiça criminal, o qual entende que esta é “burocrática, está sobrecarregada de trabalho, carece de poder de investigação, não respeita as garantias previstas na Constituição, não

atende as pessoas, é lenta e formalista, está diante dos cidadãos e carece de prestígio social” (Pereira, 2009, p. 102).

Conforme as anotações de Carlos Antônio de Magalhães e Evânio Moura (2010, p. 78), sobre a pesquisa de percepções da opinião pública sobre os direitos humanos no Brasil, “a maioria dos entrevistados é a favor da redução da maioridade penal (71%) e da prisão perpétua (70%), enquanto que a pena de morte encontra 45% da população aceita à sua adoção e 4% completamente indiferente”.

Referidas respostas demonstram de maneira clara a baixa compreensão de nosso povo sobre os principais desdobramentos do conceito de direitos humanos, apresentando, ainda, um atávico desejo de vingança, pouca ou nenhuma preocupação com a ressocialização do ser humano e com respeito à dignidade da pessoa humana, independentemente de se tratar ou não de encarcerado (MAGALHÃES. MOURA, 2010, p. 79).

Sobre as necessidades de um Estado Democrático de Direito, informa Fischer (2009, p. 60) que “ao inocente-investigado nada que o fato seja apurado em sua totalidade e da forma mais célere possível (eficiência), especialmente a quem incumbe a defesa de tais primados (art. 127, CF)”. Assim, conforme ensina Fischer,

[...] é *ínsita à atividade precípua* do Ministério Público a realização também de *atos de investigação*, porque coerente e consentânea com as suas funções essenciais, sem que decorra qualquer malferimento aos princípios atinentes às garantias fundamentais dos cidadãos-investigados. (2009, p. 62. Grifo do autor).

Finalizando o seu estudo, Fischer (2009, p. 68) aponta que o Estado não pode agir desproporcionalmente, ou seja, “deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional”.

E dentro do tantos problemas que o Estado enfrenta atualmente, com destaque se encontra a delinquência organizada, consoante discorre Pereira (2009, p. 111):

Em perfeita colocação sobre o tema, aduz Silva Sánchez que a criminalidade organizada aumentou extraordinariamente suas atividades nos últimos anos, afetando toda a comunidade internacional e estendendo-se a muitos setores da atividade econômica, favorecida tanto pela globalização (explosivo desenvolvimento dos meios de comunicação e

transporte) como pela integração nacional (Sánchez, Jesús-María Silva. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999. p. 63 e ss.).

Continua o autor afirmando que, na luta de contenção à expansão do fenômeno delinquencial organizado, o principal problema refere-se “à ausência de maiores conhecimentos acerca do que seja, efetivamente, aquela organização criminosa, principalmente a respeito do seu aspecto estrutural e logístico” (Pereira, 2009, p. 111).

Assim, aponta Pereira (2009, p. 111, grifo do autor) que, diante da lei do silêncio que impera dentro das organizações criminosas, “torna-se quase impossível pelo uso dos meios de investigação ‘tradicionais’ a obtenção de dados e informações confiáveis sobre a estrutura e o *modus operandi* da organização criminosa”, cujos integrantes contemporâneos utilizam os seguintes artifícios:

[...] a arma disparada para matar é destruída para evitar comparações com outros episódios de fogo; o automóvel utilizado não é apenas roubado, mas incendiado, para não deixar vestígios; o assassino, proveniente de muito longe, é desconhecido no ambiente onde age; os suspeitos procuram álibis convincentes e agem por meio de terceiros; os telefonemas dos seqüestradores não duram muito mais tempo para não permitir a identificação de sua origem; as fontes testemunhais, quando raramente existem, vêm intimadas ou oprimidas; no interior do grupo criminoso as informações são rigorosamente restritas, para evitar danos decorrentes de um possível dissociado no futuro (PEREIRA, 2009, p. 111).

É nesse ponto que se percebem as enormes dificuldades enfrentadas pelos órgãos encarregados de procederem à investigação, especialmente porque os meios tradicionais empregados na busca “são obsoletos e ultrapassados se analisados sob a ótica da moderna inteligência criminal” (Pereira, 2009, p. 111-112).

Portanto, quando da investigação para fins de persecução penal, o Estado, por meio da atuação conjunta do Ministério Público com a polícia judiciária, poderá trazer resultados mais eficazes às necessidades apresentadas no cotidiano.

## 2 A COMPREENSÃO DOS ATOS INVESTIGATÓRIOS

Atualmente os brasileiros, conforme os estudos de Flávio Cardoso Pereira (2009, p. 102), enfrentam uma crise penal, qual seja, a “tensão de forças existentes entre a política de eficiência punitiva e o garantismo”.

[...] de um lado, o interesse da *persecutio criminis* encabeçado pela comunidade jurídica ofendida e tendo em vista o significado da matéria criminal; e de outro lado, a idéia de justiça e o imperativo de um processo conforme as exigências da justiça. [...] por um lado, a missão de investigar os delitos e castigar os culpados; por outro, a de respeitar nessa tarefa a determinados princípios e garantias que se converteram no moderno Estado de Direito, em direitos e garantias fundamentais do acusado (PEREIRA, 2009, p. 102).

Segundo Pereira (2009, p. 103), na atual concepção moderna e garantista do processo penal, “não se poderá aceitar a ideia de um processo justo, equilibrado e em tempo razoável, sem obediência às garantias dos direitos fundamentais da pessoa submetida à persecução penal”.

Continua o autor aduzindo que o processo penal para ser efetivo tem que satisfazer a dois fins essenciais: (i) “a dissuasão, na qual somente a rapidez em alcançar a condenação do culpado assegura a seriedade da sanção penal”; e (ii) “a persuasão, devendo garantir por outro lado uma condenação justa dos acusados culpados e por outro liberando o mais rápido possível aos que sejam inocentes da acusação que contra eles foi formulada” (PEREIRA, 2009, p. 104).

Acerca do inquérito policial, sob o encargo da polícia judiciária, nas palavras de Lopes Jr. (2009, p. 258), “o atual modelo está em crise e não cumpre satisfatoriamente com sua função”. Para o autor, o Inquérito Policial desagrade a todas as partes, tanto a defesa, por seu marcado caráter inquisitivo e a prepotência policial, quanto ao MP, “pois a demora, as deficiências e o descompasso, entre o que realiza a polícia e o que necessita o promotor, acabam por prejudicar seriamente a atividade acusatória” (LOPES JR., 2009, p. 258).

Para Kac (2011, p. 2), em geral, quando exercitada a ação penal, esta não produz bons frutos, tendo em vista vários desfalques na atividade investigatória, como: ausência do réu, ocorrência do fenômeno da prescrição, provas falhas ou dúbias, ausência de provas que poderiam ter sido colhidas e não foram.

Nessa senda, observa-se que os Tribunais pátrios têm aceitado os atos de investigação conduzidos pelo Ministério Público, especialmente para fins de se evitarem nulidades com relação às provas utilizadas nas ações penais, o que poderia levar à impunidade dos infratores.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão do Habeas Corpus nº 96.638 da Bahia, em que foi relator o Ministro Ricardo Lewandoski, assentou, em julgamento de 2 de dezembro de 2010, que os atos de investigação realizados pelo Ministério Público possuem respaldo constitucional:

O inquérito policial é dispensável quando o Ministério Público já dispuser de elementos capazes de formar sua opinião delicti. II - O fato de o Ministério Público ter oferecido ação penal com base nos elementos de convicção a ele trazidos por outro meio que não o inquérito policial não significa dizer que ingressou em seara reservada à Polícia Judiciária, nem mesmo que tenha presidido inquérito policial. III - Não houve parte do Ministério Público a presidência de inquérito policial, esse, sim, exclusivo das autoridades policiais, mas apenas a realização de diligências complementares para formação da opinião do órgão acusador, consubstanciada na notificação e oitiva de pessoas que tiveram conhecimento dos fatos relatados, espontaneamente, por um dos corréus. IV - O homicídio pelo qual os pacientes são acusados já havia sido investigado por meio de inquérito policial, que resultou no oferecimento de denúncia contra corréu. Assim, os elementos referentes ao crime, em sua maioria, já haviam sido apurados, surgindo novos fatos apenas em relação a suposta coautoria. IV - Ordem denegada. (HC n. 96.638 da Bahia, Ministro Relator Ricardo Lewandoski. Em: 02.12.2010).

O entendimento já vinha sendo construído anteriormente, como na conclusão da Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do HC 93.524-9/RN (1ª T., j. 19/8/2008, un., rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 31/10/2008), em que ela ementou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o MP “pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis instaurados para apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbrou a suposta prática de ilícitos penais”.

Conforme apontado por Fischer (2009, p. 65), em outra decisão do STF, disse o rel. Min. Joaquim Barbosa que

[...] “o que autoriza o Ministério Público a investigar não é a natureza do ato punitivo que pode resultar da investigação (sanção administrativa, cível ou penal), mas, sim, o fato a ser apurado, incidente sobre bens jurídicos cuja proteção

a Constituição explicitamente confiou ao *Parquet*. [...] Note-se que não existe uma diferença ontológica entre o ilícito administrativo, o civil e o penal. Essa diferença quem faz é o legislador ao atribuir diferentes sanções para cada ato jurídico (sendo a penal subsidiária e a mais gravosa). Assim, parece-se lícito afirmar que a investigação se legitima pelo *fato investigado*, e não pela ponderação subjetiva de qual será a responsabilidade do agente e qual a natureza da ação a ser eventualmente proposta” (FISCHER, 2009, p. 65).

Da mesma forma, após fazer uma análise de julgados, suscita Fischer (2009, p. 66) que, no “âmbito do STJ, não há dissensos: para a Corte Superior a atividade investigatória pelo *Parquet* encontra amparo constitucional e legal”.

## 2.1 INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO COMPARADO

Categoricamente, Kac (2011, p. 45) afirma que o Ministério Público, no mundo de hoje, possui uma função preponderante na maioria dos países modernos, especialmente pela defesa da sociedade em juízo, proporcionando um sistema democrático de direito e de garantias individuais e coletivas inarredáveis.

Nos Estados Unidos da América, segundo o autor, a função ministerial tem cunho eminentemente político, uma vez que a escolha do membro do Ministério Público ocorre por meio de eleição na comunidade.

[...] o membro do *parquet* (*prosecutor*), distrital, estadual ou federal conta com o apoio irrestrito de uma força-tarefa (que são seus auxiliares diretos), tendo o suporte, ainda, de toda a polícia municipal, estadual ou federal para o bom desempenho de suas funções (KAC, 2011, p. 46).

Continua o mestre, aduzindo que, nos EUA, o MP “dita o andamento das investigações e orienta, se for o caso, o desempenho do trabalho policial, que será realizado de acordo com as necessidades do *parquet*” (Kac, 2011, p. 47).

Ainda ressalta Kac (2011, p. 47) que os *attorneys* ou *prosecutors* possuem a seu dispor toda uma gama de avaliações técnicas que lhe permitirão aquilatar o teor da acusação e de quem seja o seu autor, e ainda, determinar a produção das providências necessárias ao caso concreto.



Não é demais ressaltar que o Promotor de Justiça conta com uma equipe altamente especializada de policiais e técnicos forenses que lhe subministrarão os elementos básicos e imprescindíveis à propositura da ação penal. [...] O procedimento se inicia com o registro policial, desenvolvendo-se a investigação penal com a condução direta do Ministério Público, que detém o poder de decidir se leva o caso adiante (KAC, 2011, p. 47-8).

Finalmente, aponta Kac (2011, p. 49) que outro instituto norte-americano, em que os poderes investigatórios do membro do MP se evidenciam, é o denominado *plea bargaining*, “que é a transação entre o Ministério Público e o acusado. Segundo afirma o autor, são três as alternativas para negociação: (a) acordo para que o acusado se declare “culpado” de uma imputação menos gravosa; (b) declaração de “culpa” com alguma atenuante, como por exemplo, a concessão de livramento condicional; e (c) declarar-se “culpado” da acusação, com a promessa de não ser processado por outros fatos puníveis.

Com relação à atividade investigatória no México, Kac (2011, p. 50) suscita que a “polícia atua sob a condução, autoridade e ordens do Ministério Público, praticando as diligências imprescindíveis à instrução criminal”, pois

Ao Ministério Público é incumbido o poder de velar e tutelar os direitos fundamentais constantes da Carta Magna, vigiar o Estado de Direito e o cumprimento de regras constitucionais. Cumpre, ainda, a promoção da investigação criminal e a *persecutio criminis in judicio*. [...] A Procuradoria (o Ministério Público) pode decretar a prisão dos indiciados e lhes conceder liberdade provisória. O Ministério Público toma parte da promoção e celebração de acordos para participar na integração, funcionamento e desenvolvimento do Sistema de Segurança Nacional. A tarefa de perseguição dos crimes prevê a averiguação preliminar, o pleno exercício da ação penal e a tutela dos direitos da vítima e dos ofendidos (KAC, 2011, p. 51-2).

Na França, o MP faz parte do Poder Executivo, e os seus membros são considerados magistrados, sendo que “podemos afirmar que as carreiras são fungíveis, sendo permitido aos seus membros ocupar a função judicante ou ministerial, ao seu talante e prazer” (KAC, 2011, p. 53). Informa o autor que a função essencial do MP francês é “de velar pelo correto cumprimento das leis e fazer respeitar a ordem pública” e que possui “discrecionabilidade para decidir quanto à persecução do delito em juízo ou não, isto é, conta ele com o postulado da oportuni-



dade” (KAC, 2011, p. 53).

Quanto à atividade investigatória, segundo o autor, cabe ao MP francês instruir a polícia a agir conforme suas determinações, sendo que cumpre à polícia avisar ao MP imediatamente o conhecimento sobre infrações penais de que tiver ciência. Assim, o “Ministério Público realiza ou ordena a realização das diligências necessárias à investigação penal [...] Pode determinar sanções por faltas disciplinares, e exerce todo um controle jurisdicional de legalidade” (KAC, 2011, p. 55).

Na Itália, esclarece Kac (2011, p. 58) que o MP integra uma única carreira dentro da magistratura, sendo que o seu objetivo é a “administração da Justiça, na qual estão inseridas as providências necessárias à investigação criminal”, cujas diligências são “acompanhadas e dirigidas por Magistrados – juízes ou promotores”, pois

As investigações preliminares são conduzidas pelo Ministério Público, que pode realizar diretamente atos investigativos, ou pode delegar tais atos à polícia judiciária. Os atos praticados são, em regra, secretos, havendo a proibição da publicação das investigações realizadas. [...] O Ministério Público tem o poder-dever de realizar os atos de investigação para a busca de provas, bem como de circunstâncias e fatos que sejam favoráveis à pessoa objeto da investigação (CPPI. Art. 38) (KAC, 2011, p. 60-1).

Na Espanha e em Portugal, da mesma forma, é o Ministério Público quem detém a titularidade da ação penal, havendo subordinação da atividade policial. Segundo o mestre, o MP português “pode conferir à polícia a tarefa de proceder às investigações e à realização de diligências relativas ao inquérito. A polícia é órgão auxiliar do Ministério Público nas investigações” (KAC, 2011, p. 73).

Já na Alemanha, os membros do MP contam com uma série de atribuições, elencadas por Kac (2011, p. 75), tais como: receber a comunicação de crimes das vítimas; iniciar a persecução da infração; dirigir a investigação penal policial; ordenar em casos de urgência certas medidas coercitivas; exercitar a ação penal e finalmente, fiscalizar a execução das penas. Também poderá o MP baixar instruções normativas a serem seguidas pela polícia e exercer o controle, fiscalização e direção do aparato policial.

Quanto ao Ministério Público na América Latina, observa-se que realiza uma tarefa investigatória com auxílio do aparato policial

na Argentina, no Peru e no Paraguai, conforme as explicações de Kac (2011, p. 82-7).

## 2.2 FORMAS DE ATUAÇÃO PRÁTICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO

Ensinando sobre a moderna investigação criminal, Pereira (2009, p. 112) afirma que, frente ao atual panorama que se apresenta e tendo em vista que os métodos convencionais de investigação são insuficientes para socorrer certos tipos de delinquência, há necessidade da busca e estruturação de novas técnicas investigatórias, “adequadas à realidade e aptas a surtirem efeitos no nível de uma persecução criminal marcada pela busca do alto grau de eficiência e manutenção das garantias e dos direitos fundamentais” do investigado.

Lopes Jr. (2009, p. 246), corroborando a figura do Promotor Investigador, alude que a imparcialidade do MP faz crer que a investigação buscará esclarecer os fatos com base em critérios de justiça, de modo a permitir uma decisão mais correta quanto à formação da *opinio delicti*, para acusar ou não, pois, segundo o autor, “melhor investiga quem vai acusar, e melhor acusa quem por si mesmo investigou ou comandou a investigação”.

Inicialmente, dentro do tema da moderna investigação criminal, quanto à figura do agente infiltrado, esta foi introduzida na Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei n. 9.034/1995) por meio da Lei n. 10.217/2001, que criou permissivo para “infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial” (BRASIL, 2001, art. 2º, V).

O agente infiltrado também encontra permissivo legal na Lei de Drogas n. 11.343/2006, que prevê a possibilidade desta tarefa de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público (BRASIL, 2006, art. 53, I).

Em que pese o Promotor de Justiça não atuar diretamente nessa colheita da prova, conforme observado por Pereira (2009, p. 118), após o início da infiltração pelo agente, o controle judicial é requisito indis-

pensável ao êxito da operação. Dessa forma, cumpre ao magistrado, em conjunto com o MP, velar pelo cumprimento estrito do que foi determinado na autorização judicial concedida, ou seja, “a parte operativa, quanto à eventual mudança de estratégias e do plano operacional, deverá ficar a cargo do *Parquet*, que receberá informes diários de todo o andamento da operação” (PEREIRA, 2009, p. 119).

Da mesma forma, quanto ao instituto da entrega controlada ou vigiada, com supedâneo nas Leis n. 9.034/1995 e n. 11.343/2006, Pereira (2009, p. 126) aponta que o papel do MP ocorre no controle sobre a execução da operação, mediante o recebimento de informes diários, de forma a evitar abusos na execução da diligência investigativa.

Também suscita o autor que, antes mesmo de haver autorização judicial para a colheita da prova, é “imprescindível a realização em conjunto, pelo Ministério Público e pela autoridade policial, de planejamento operacional estratégico, momento em que se analisará a viabilidade e necessidade” desse meio de prova (PEREIRA, 2009, p. 126).

Nessa senda, um problema encontrado por Lopes Jr. (2009, p. 259), na investigação criminal, refere-se à falta de informação do Ministério Público quanto ao acompanhamento do Inquérito Policial, “mais especificadamente o fato de não canalizar a notícia-crime”.

Através das instruções-gerais, o MP poderia, por exemplo, determinar que todos os Boletins de Ocorrência relacionados com determinados tipos de delito - tráfico de entorpecentes, crime organizado, homicídios etc. - fossem imediatamente enviados à promotoria correspondente, para que definisse a linha de investigação ou simplesmente tivesse *ab initio* plena ciência da investigação (LOPES JR., 2009, p. 259).

Ainda, afirma Lopes Jr. (2009, p. 259) que esse poder investigatório do MP, em intervir diretamente em um caso concreto, possibilitando dar instruções específicas sobre como deverá ser realizado o inquérito policial naquele caso, permite mais atendimento a suas especiais circunstâncias.

Outro instituto em voga de auxílio ao MP e à autoridade policial na persecução criminal é a delação premiada, em que, sucintamente, o informante incrimina outrem, como forma de obtenção de vantagem pessoal, sendo que, conforme analisado por Gazzola (2009, p. 149), “a despeito da necessidade de disciplina dos aspectos processuais atrelados à delação premiada, o legislador se manteve silente”.

Assim, suscita o autor que a carência legislativa, quanto à delação premiada, conduz à significativa insegurança, seja por parte dos destinatários da delação, no caso, delegados e promotores de justiça, “que se encontram alijados de parâmetros que permitam conferir a credibilidade às informações recebidas”, seja por parte dos investigados “que não tem por certo que a colaboração prestada surtirá reflexos quando da dosimetria penal, principalmente quando se exige que as informações oferecidas resultem em reflexos positivos no desvendamento de delitos” (GAZZOLA, 2009, p. 149).

Também, aponta Gazzola (2009, p. 178) que, no caso da delação ocorrer durante a fase administrativa, tanto o Ministério Público (por requerimento), quanto a autoridade policial (por representação), devem sujeitar o acordo à homologação judicial, ficando a decisão a cargo do magistrado em conceder o benefício ao informante.

Seguindo as formas de obtenção de provas, Lopes Jr. (2009, p. 327) discorre que o “promotor investiga por si mesmo ou através da polícia, ouvindo testemunhas (e até mesmo interrogando o sujeito passivo, desde que observadas as garantias da defesa técnica e pessoal), determinando a realização de perícias etc.”

Kac (2011, p. 177) entende que o “Ministério Público tem atribuição de investigar diretamente fatos, mas neste sentido, sua atuação é derivada ou supletiva da polícia judiciária”.

Observa-se, outrossim, que a atuação do Promotor Investigador, na prática, também visa coibir abusos por parte da polícia judiciária, de forma a assegurar o respeito à legalidade e aos direitos fundamentais do investigado, resguardando a ordem constitucional. Foi o que ocorreu na Operação Satiagraha, em que, conforme informações do Portal do Superior Tribunal de Justiça (2011)<sup>3</sup>, a Quinta Turma desse Tribunal considerou ilegais as investigações da operação e anulou a ação penal em que o banqueiro Daniel Valentes Dantas, do grupo Opportunity, havia sido condenado por corrupção ativa. Conforme a notícia de 7 de junho de 2011, a participação dos funcionários da Agência Brasileira de Inteligência (Abin) na operação da Polícia Federal foi considerada ilegal, não podendo as provas serem utilizadas em processos judiciais.

Da leitura do Acórdão do HC 149250 – SP, proferido pelo desem-

3 Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2164](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2164)>.

bargador relator Adilson Macabu, em que figurou como paciente Daniel Valente Dantas, verifica-se que o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, se manifestou pela concessão da ordem, opinando pela nulidade de toda a investigação. Isso de forma a preservar o respeito ao princípio da legalidade, sendo que, de acordo com o voto,

A observância dos princípios processuais não significa a busca da impunidade e nem mesmo um incentivo à criminalidade. Se o Estado estiver devidamente aparelhado este conseguirá por meio de procedimentos lícitos produzir as provas necessárias que possam demonstrar a culpabilidade de um acusado, ainda que o crime praticado pelo infrator possa causar repulsa aos seus semelhantes em razão de preceitos éticos ou morais.

A partir do momento em que existe a quebra de todas as garantias estabelecidas na Constituição Federal pode-se afirmar que o Estado de Direito também está sendo fragilizado, uma vez que as Instituições perdem o seu sentido e a promoção da Justiça é transferida para terceiras pessoas, o que fere o princípio da imparcialidade e do devido processo legal. (HC 149250. Relator: Adilson Macabu. Junho de 2011).

Dessa forma, nesse exemplo, conseguimos perceber como se faz necessário que haja uma atuação conjunta dos órgãos encarregados pelas investigações penais, buscando mais eficiência estatal, pois, embora não seja o objetivo de decisões como estas conduzir à impunidade e colocar em liberdade criminosos, muitas vezes a falha ou negligência de uma instituição pode acarretar toda a contaminação da prova, invalidando anos de serviço e, inevitavelmente, conduzindo à insegurança.

### **3 O MODELO IDEAL DE ATUAÇÃO NAS INVESTIGAÇÕES E A ATUAÇÃO DO PROMOTOR INVESTIGADOR NO ESTADO DE SANTA CATARINA**

De acordo com os ensinamentos de Fischer (2009, p. 68), ao interpretarmos a Constituição, devemos compreender que não só é garantido ao MP praticar atos de investigação, como, na sua compreensão, existe determinação para que o Órgão assim aja quando necessário, “tudo de forma a, *dando a máxima eficiência aos postulados fundamentais*, realizar especialmente as garantias do investigado e da sociedade, sempre harmonicamente e com o devido equilíbrio” (FISCHER, 2009, p. 68. Grifo

nosso.).

Na visão de Kac (2011, p. 2), a investigação preliminar deve ser robustecida, “para que possamos entrar, no liminar deste novo século, com inovações capazes de, ao menos, minorar os efeitos deletérios que ela tem trazido para o bojo da sociedade”.

Para Lopes Jr., o inquérito policial deve apresentar cognição limitada, ou seja, “atingindo um grau de convencimento tal que o promotor possa oferecer a denúncia com suficientes elementos – probabilidade do *fumus commissi delicti* –, ele deverá determinar a conclusão do inquérito e exercer a ação penal” (LOPES JR., 2009, p. 266).

Ainda, aduz o autor que essa “necessária sumariedade é mais um argumento que justifica o controle externo da atividade policial e a presidência da investigação por parte do Ministério Público” (LOPES JR. 2009, p. 266), pois

Normativamente, o IP é célere, tendo em vista a limitação temporal que lhe é imposta pela lei. [...] É importante destacar que não assiste à polícia judiciária o poder de esgotar os prazos previstos para a conclusão do IP, principalmente existindo uma prisão cautelar. O inquérito deverá ser concluído com a maior brevidade possível e, em todo caso, dentro do prazo legal (LOPES, JR., 2009, p. 266).

A legislação penal prevê, como regra geral, que o inquérito policial deve ser concluído no prazo de 10 dias, quando o indiciado estiver preso, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto<sup>4</sup>.

Ainda, prevê o § 3º do art. 10 do CPP (Brasil, 1941) que, quanto ao indiciado solto, no caso de fato de difícil elucidação, o prazo de conclusão do Inquérito Policial poderá ser prorrogado para ulteriores diligências, em prazo a ser fixado pelo juiz.

Lopes Jr. (2009, p. 267) cita exceções a esses prazos: (a) nos crimes de competência da Justiça Federal o prazo é de 15 dias, prorrogáveis por mais 15, para o indiciado preso (art. 66 da Lei n. 5.010/66); (b) no delito de tráfico de entorpecentes, o prazo é de 30 dias para indiciado preso, e de 90 dias para solto (art. 51 da Lei n. 11.343/06), com possibilidade de duplicação de ambos os prazos; e (c) Lei de crimes hediondos, em

<sup>4</sup> CPP. Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela (BRASIL, 1941).

que o prazo para o réu preso é de 30 dias, podendo ser prorrogado por igual período.

Com relação à possibilidade da instauração de procedimento administrativo pré-processual pelo Ministério Público, no Estado de Santa Catarina, nos termos do art. 14, *caput*, parágrafo único, do Ato Conjunto n. 01/2004/PGJ/CGMP (Santa Catarina, 2004), houve a previsão de que a conclusão do Procedimento Investigatório Criminal deverá ocorrer dentro de 90 dias de sua instauração, exceto quando se tratar de réu preso, quando o prazo passa a ser de 10 dias a contar da prisão.

Apesar dessas normativas, afirma o autor que “a regra geral é o descumprimento sistemático dos prazos” (LOPES JR., 2009, p. 268), pois,

Na prática, estando o sujeito passivo em liberdade, os prazos para a conclusão IP não são obedecidos e não raras vezes chegam ao MP já prescritos pela pena *in abstracto*. Antes do advento da Lei n. 9.099/95, a situação era ainda mais grave, pois a grande maioria dos delitos leves, especialmente os culposos de trânsito, prescrevia antes do oferecimento da denúncia. (LOPES JR., 2009, p. 268).

Verifica-se, pois, a problemática investigatória, quando considerados os prazos para conclusão das informações e a quantidade de inquéritos que são deflagrados todos os dias. Também há que se considerar a necessidade de respeito a esses prazos frente aos direitos e às garantias do investigado/indiciado, pois “existindo uma prisão cautelar, no dia subsequente ao término do prazo para conclusão do IP, essa prisão passa a ser ilegal” (LOPES JR. 2009, p. 268).

Continua Lopes Jr. (2009, p. 326) sugerindo que os problemas da fase pré-processual, com relação à condução dos atos de investigação, necessitam de profundas modificações no tratamento do sujeito passivo e também no grau de cognição do objeto e na forma dos atos, visto que

A investigação preliminar deve ser sumária, restringindo-se a cognição no plano qualitativo e também no aspecto temporal e a restrição da cognição deve ser qualitativa e também operar-se no aspecto temporal. Deve ser concebida como a *atividade mínima de comprovação e averiguação dos fatos e da autoria*, limitada a apontar um grau mínimo de probabilidade de *fumus commisi delicti* necessário para formar a *opinio delicti* do MP (acusar, solicitar o arquivamento ou ainda fundamentar o pedido de medidas restritivas) e também para justificar o processo ou o não processo (fornecendo elementos para a fase intermediária) (LOPES JR., 2009, p. 330).



Sugere o autor, ainda, uma espécie de pena, a fim de assegurar a eficácia da limitação temporal fixada pela legislação para conclusão dos atos de investigação, qual seja, que “os atos de investigação praticados na *indagine preliminare* depois de expirado o prazo não poderão ser utilizados no processo penal” (LOPES JR., 2009, p. 330).

Dessa forma, aplicando a inutilização das provas obtidas após a expiração do prazo, segundo o doutrinador, não existe justa causa para manter em aberto a investigação preliminar, a qual deverá ser trancada por meio de simples pedido ao juiz garante ou por meio de *Habeas Corpus*.

### 3.1 A ATUAÇÃO DO PROMOTOR INVESTIGADOR NO ESTADO DE SANTA CATARINA

No Estado de Santa Catarina, segundo os dados estatísticos levantados pela Corregedoria-Geral do Ministério Público (2010), o quadro funcional, no final do ano de 2010, contava com 395 cargos no primeiro grau, sendo 344 cargos de Promotores de Justiça e 51 cargos de Promotores de Justiça substitutos, para atender às demandas de todo o Estado. Ainda

Cumprе ressaltar a recente Lei Complementar n. 514, de 8 de setembro de 2010, que, além de criar sete novas Promotorias de Justiça, instituiu uma nova figura na carreira do Ministério Público, criando oito cargos denominados de Promotor de Justiça Especial da comarca da Capital, cujos titulares [...] exercerão suas atribuições mediante substituição nas Promotorias de Justiça da comarca da Capital, cujos titulares se encontrem no gozo de férias ou licenças, ou afastados por quaisquer motivos, assim como em regime de colaboração, quando assim designados pelo Procurador-Geral de Justiça (§ 1º do Art. 1º da LC n. 514/10). Por outro lado, terão [...] o direito de opção previsto no art. 140 da Lei Complementar n. 197, de 13 de julho de 2000, para qualquer cargo de Promotor de Justiça da comarca da Capital (§ 2º do Art. 1º da LC n. 514/10). Além das sete Promotorias de Justiça criadas pela referida lei complementar, foram criadas também em 2010 outras oito pela Lei Complementar n. 498, de 25 de março de 2010, das quais 5 já foram instaladas no mesmo ano. Desse modo, somando-se com as 7 Promotorias de Justiça pendentes de implementação no ano anterior, totalizam-se 17 a serem instaladas (SANTA CATARINA, CGMP, 2010).



A pesquisa aponta que, com relação aos Promotores de Justiça que desenvolvem alguma atribuição criminal, o Estado de Santa Catarina conta com 110 promotorias de justiça em entrância especial, 78 em entrância final e 21 em entrância inicial, sendo que a atividade desenvolvida pelos membros responsáveis durante o ano de 2010 “voltam a demonstrar, mais uma vez, que a atuação do Ministério Público de primeiro grau continua em curva ascendente, fato já constatado nos últimos tempos” (Santa Catarina, CGMP, 2010).

De acordo com o relatório da CGMP (2010), no ano de 2010, as Promotorias de Justiça receberam para análise 243.937 procedimentos, entre inquéritos policiais, notícias criminais e outros procedimentos investigatórios, o que representa um aumento de 5,51% em relação ao total recebido no ano de 2009, quando foram registrados 231.192 procedimentos recebidos.

Em relação a esses procedimentos, aponta o estudo que foram ofertadas 33.148 denúncias, “ultrapassando o volume do ano anterior em 826 peças, o que representa um aumento de 2,56% nas ações penais deflagradas quando feita a comparação com o ano de 2009” (SANTA CATARINA, CGMP, 2010).

Em relação à estatística por tipo penal denunciado, houve 5.541 incidências por crimes contra as pessoas. Neste particular o número representa um decréscimo em relação aos números obtidos no exercício anterior quando se alcançou 6.004. A diminuição verificada é de 7,71% em relação a 2009.

No entanto, verifica-se que a maior incidência continua a ser no campo dos crimes contra o patrimônio, com 10.313 ocorrências, seguidos dos crimes contra a pessoa, com 5.541 ocorrências, crimes da Lei de Trânsito, com 4.904, e crimes da Lei de Drogas, com 3.511 (SANTA CATARINA, CGMP, 2010).

Outro dado que merece destaque é com relação aos crimes contra a ordem tributária, em que foram totalizados 1.436 procedimentos investigatórios de práticas delituosas recebidos, dos quais, “1.059 tiveram as investigações conduzidas pelas Promotorias de Justiça Regionais com atribuição específica nesta área” (SANTA CATARINA, CGMP, 2010).

Percebe-se a importância nos atos de investigação realizados pelo MP com relação aos crimes tributários em 2010, quando se observou que houve um aumento do total dos valores sonegados, objeto das

denúncias oferecidas, tendo sido anotados R\$ 232.605.000,00, em 2010; perante R\$ 210.227.000,00, em 2009; equivalendo essa diferença a R\$ 22.378.000,00, os quais se pretende a restituição aos cofres públicos, conforme a pesquisa da CGMP (2010).

Agora, um problema que se observa quanto à precariedade do produto final apresentado pela autoridade policial ao Promotor de Justiça se refere ao fato de que dos 243.937 inquéritos policiais, notícias criminais e procedimentos investigatórios recebidos em 2010, 136.261 eram novos, dos quais, “34.407 retornaram à origem para a realização de novas diligências” (SANTA CATARINA, CGMP, 2010).

Outro dado que causa desconfortos, é o fato de que houve um acréscimo de

2,47% na quantidade de inquéritos policiais, notícias criminais e procedimentos investigatórios que passaram para o ano de 2011 com o prazo de vista vencido (11.272), em comparação com o número daqueles que passaram do ano de 2009 para o ano de 2010, quando então havia totalizado 11.000 (SANTA CATARINA, CGMP, 2010).

Com relação aos Procedimentos Investigatórios Criminais (PICs), aponta esse mesmo relatório que, em 2009 e 2010, foram instaurados 1055 e 509 expedientes, respectivamente, dos quais 187 e 92 foram arquivados, em 2009 e 2010, respectivamente.

A pesquisa da CGMP (2010) concluiu pela existência de um crescente volume de trabalho a ser desenvolvido pelos membros do Ministério Público catarinense, o que, de um lado, tem exigido dedicação e elevado empenho, fazendo com que exibam índices crescentes de produtividade; e, de outro, tem representado índices significativos de represamento de demanda, provocando, obrigatoriamente, uma reflexão por parte dos órgãos de administração para que adotem ações efetivas para o equacionamento ou, se impossível este, a diminuição dos reflexos que essa situação provoca.

Apesar disso, o Órgão tem procurado se manter atualizado, buscando formas de concretizar a eficiência do serviço realizado pelos membros, já que,

Conforme já se enfatizava no ano de 2009, no ano de 2010 pôde-se contar com acentuada melhoria no sistema informatizado amplificado e integrado de gerenciamento dos dados representativos das atividades dos órgãos de

execução do Ministério Público, estimando-se, em razão desse fato, que no ano de 2011 os dados das atividades, ao menos das Promotorias de Justiça, já estarão totalmente informatizados no SIG/MPSC, permitindo que os dados reunidos possam ser mais detalhadamente apresentados, com abordagens estatísticas mais expressivas e direcionadas (SANTA CATARINA, CGMP, 2010).

Com efeito, os membros do Ministério Público catarinense contam com um amplo acesso a bancos de dados, que permitem mais eficiência na investigação preliminar. Segundo dados colhidos no sítio eletrônico<sup>5</sup> MP catarinense (2011), o Centro de Apoio Operacional de Informação e Pesquisa (CIP) do Órgão disponibiliza aos membros o acesso franqueado a vários bancos de dados, entre os quais:

(a) e-Sfinge, de propriedade do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, em que são fornecidas informações de municípios, órgãos e entidades relativos a execuções orçamentárias, registros contábeis, gestão fiscal, limites constitucionais, atos jurídicos, atos relativos a pessoal, textos legais e recursos antecipados;

(b) e-STJ, de propriedade do Superior Tribunal de Justiça, em que são encontradas informações quanto a peticionamento eletrônico, acompanhamento de processos, pesquisa de processos, entre outros serviços;

(c) SISP, de propriedade da Secretaria de Segurança Pública e Defesa do Cidadão, com informações referentes a identificação civil, identificação criminal, boletins de Ocorrência, mandados de prisão, veículos registrados em SC, armas registradas em SC e situação prisional;

(d) INFOSEG, de propriedade da Secretaria Nacional de Segurança Pública, em que são disponibilizadas informações quanto à identificação criminal e outras ocorrências, mandados de prisão, veículos, armas, carteira nacional de habilitação, CPF e CNPJ;

(e) Corregedoria TJSC, de propriedade do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com informações relativas a rol de condenados, rol de transacionados pela Lei n. 9.099/95, mandados de prisão expedidos pela Justiça do Estado e processos suspensos pelo art. 366 do CPP (revelia);

(f) DETRANNET, de propriedade do Departamento Estadual de Trânsito de Santa Catarina, cujas informações disponíveis são referen-

<sup>5</sup> Disponível em: <http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/default.aspx>.

tes aos veículos registrados no Estado, CNHs expedidas, histórico de propriedade de veículos e histórico de proprietários do veículo;

(g) COAF, de propriedade do Ministério da Fazenda (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), com informações relativas a movimentações financeiras suspeitas, nos termos da Lei n. 9.613/98 e relatório de inteligência sobre o caso e as pessoas envolvidas; e

(h) SIEL - Sistema de Informações Eleitorais, de propriedade do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Santa Catarina, que possui como objetivo atender às solicitações de dados constantes no Cadastro Eleitoral dos eleitores aptos a votar no Estado de SC e, eventualmente, poderá conter informações nacionais desde que haja interligação entre os TRES de cada unidade da federação.

Ainda, o CIP do MPSC disponibiliza outros bancos de dados com acesso exclusivo por meio do Centro de Apoio, mediante solicitação do membro, segundo informações colhidas no sítio eletrônico do Órgão (2011), entre os quais, o banco de dados da Receita Federal do Brasil, da JUCESC - Junta Comercial do Estado de SC, da CELESC - Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A., da CASAN - Companhia Catarinense de Águas e Saneamento, FCDL - Federação da Câmara de Dirigentes Lojistas/ Rede Nacional de Informações Comerciais (RENIC) e CAGED - Ministério do Emprego e Trabalho.

Com relação aos bancos de dados SISP, INFOSEG, COAF, da Receita Federal do Brasil, da Celesc, da FCDL e o CAGED, eles servem apenas para orientação dos Membros do MP/SC, de forma a permitir mais familiarização com o caso, sendo que as informações são sigilosas, não podendo ser utilizadas para fins de instrução do procedimento ou processo penal.

Referidos bancos de dados são de grande valia no uso cotidiano pelos membros do Ministério Público catarinense, especialmente para fins de localização do investigado/indiciado, de forma a possibilitar a aplicação da lei.

Ainda, segundo dados do sítio eletrônico do MP<sup>6</sup>, o Estado conta com a existência dos Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO, os quais buscam maior integração institucional

---

6 Disponível em: [http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/interna.aspx?secao\\_id=164&campo=8529#>](http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/interna.aspx?secao_id=164&campo=8529#>).

para repressão ao crime organizado que atua além das divisas dos estados. Também contam com o GECOC-SC, o qual possui a finalidade de ser um Grupo Operacional destinado a auxiliar os Procuradores e Promotores de Justiça no combate à criminalidade, pela realização de investigações criminais em conjunto com as polícias judiciárias e militar ou por meio de procedimento próprio, com a colaboração dos Centros de Apoio Operacional.

Observa-se, outrossim, que, no Estado de Santa Catarina, o Ministério Público tem procurado se organizar de forma a possibilitar maior efetividade com relação aos atos de investigação, cada vez mais, verifica-se que os membros do MP se encontram comprometidos com a causa, elevando seus índices de produtividade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da pertinência ou não da atuação do Ministério Público na fase de investigação criminal ainda é assunto extremamente delicado. Por um lado, a atuação do promotor investigador pode se mostrar como uma forma de contornar os problemas do sistema judiciário decorrentes do excesso de demandas, como também provenientes da corrupção por parte das autoridades policiais. Por outro lado, imperioso salientar que a própria Constituição Federal impõe limites aos poderes investigatórios do Ministério Público de modo que a concessão desses poderes visa apenas complementar o serviço da polícia judiciária e exercer o controle externo da atividade policial, em busca de respostas mais céleres e na garantia do princípio fundamental de acesso à justiça. Enfim, há que se recordar que, ao mesmo tempo em que o Ministério Público age como autor da Ação Penal, durante todo o processo ele atua como *Custos Legis*, isto é, como fiscal da lei, e é como tal que o promotor investigador deve atuar na garantia dos preceitos constitucionais.

Por fim, não se pode esquecer que, por mais que o Ministério Público possa atuar, ainda que com certos limites, em parceria com a polícia judiciária na fase de investigação de modo a acelerar os processos judiciais, a Sociedade Brasileira ainda tem um problema maior a superar, quando se refere à questão da investigação criminal no País, que diz respeito à atual estrutura da polícia judiciária. De um modo

geral, o quadro se agrava com o despreparo dos funcionários, a falta de estrutura e aparelhagens necessárias, como também por conta da baixa remuneração dos agentes policiais.

Por outro lado, o próprio Ministério Público não conta ainda com a estrutura necessária para essa atuação em conjunto, como ficou evidenciado neste trabalho com relação ao Estado de Santa Catarina, de modo que se mostra necessário ampliar a infraestrutura da Instituição a fim de que não se comprometa a efetividade e a legitimidade da atuação do Ministério Público com a sobrecarga das promotorias e procuradorias de justiça.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Walter Barbosa. Poderes investigativos do Ministério Público e a hipótese de instauração simultânea de inquérito policial e inquérito civil. In: CUNHA, Roberto Sanches. TAQUES, Pedro. GOMES, Luiz Flávio. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 412-430.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 20, de 28 de maio de 2007**. Regulamenta o art. 9º da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 e o art. 80 da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial. **DJ 1**. Brasília, 20 de junho de 2007, p. 836. Disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br/legislacao/resolucoes/resolucoes-index>>. Acesso em 30 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação n. 15, de 7 de abril de 2010**. Dispõe sobre o exercício do controle externo por parte dos membros do Ministério Público da União e dos Estados, segundo as normas constitucionais e legais pertinentes e com as orientações regulamentares expedidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em especial a Resolução n. 20, de 28 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br/legislacao/recomendacoes/recomendacoes-do-cnmp>>. Acesso em 30 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição: República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 e 24 de outubro de 1941.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001**. Altera os arts. 1º e 2º da Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Di-**

**ário Oficial da União.** Brasília, 12 de abril de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10217.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10217.htm)>. Acesso em 2 de junho de 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em 2 de junho de 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial da União.** Brasília, 21 de maio de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/Lcp75.htm>>. Acesso em 31 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Matéria Penal. Poder Investigatório do Ministério Público. Possibilidade. Recurso Ordinário em **Habeas Corpus n. 18.768 - PE.** Embargante: A.F.M. e N.G.F. Embargado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relatora: Min. Jane Silva. Brasília, DF, 31 de março de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constitucional. Processual Penal. Alegação de Nulidade da Ação Penal, que teria origem em procedimento investigatório do Ministério Público. **Habeas Corpus n. 93.524-9/RN.** Relatora: Min. Cármen Lúcia, DJ 31.10.2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Direito Processual Penal. Possibilidade de investigação pelo Ministério Público. **Habeas Corpus n. 91.661 -PE.** Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 de março de 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ação Penal. Ministério Público e investigação criminal. **Habeas Corpus n. 96638/BA.** Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 de dezembro de 2010. Publicado no Informativo 611, 1ª Turma do STF.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Penal e Processo Penal. Operação Satiagraha. **Habeas Corpus n. 149250/SP.** Rel. Min. Adilson Macabu, DF, 07 de junho de 2011. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2164](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2164)>. Acesso em: 15 de junho de 2011.

CANO, Ignacio. Direitos Humanos, Criminalidade e Segurança Pública. In: BRASIL. Presidência da República. **Direitos Humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional.** Organização Gustavo Venturi. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. p. 65-75.



FISCHER, Douglas. Investigação criminal pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do investigado e da sociedade. In: CUNHA, Roberto Sanches. TAQUES, Pedro. GOMES, Luiz Flávio. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-71.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação Premiada. In: CUNHA, Roberto Sanches. TAQUES, Pedro. GOMES, Luiz Flávio. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 147-183.

KAC, Marcos. **O Ministério Público na investigação penal preliminar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. 2ª Tiragem. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. **Sistema acusatório e investigação criminal pelo Ministério Público**. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>> Material da 6ª aula da Disciplina Teoria da Investigação, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Investigação, Constituição e Direito de Defesa – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

MAGALHÃES, Carlos Antônio de. MOURA, Evânio. In: BRASIL. Presidência da República. **Direitos Humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional**. Organização Gustavo Venturi. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. p. 77-91.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A investigação criminal e o Ministério Público. In: CUNHA, Roberto Sanches. TAQUES, Pedro. GOMES, Luiz Flávio. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 384-411.

PEREIRA, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. In: CUNHA, Roberto Sanches. TAQUES, Pedro. GOMES, Luiz Flávio. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 98-146.

SANTA CATARINA (Estado). **Lei Complementar Estadual n. 197, de 13 de julho de 2000**. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público e adota outras providências. Diário Oficial n. 16.455. Florianópolis, 14 de julho de 2000. Disponível em: <[http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal\\_lista.asp?campo=1524](http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_lista.asp?campo=1524)>. Acesso em 2 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. CIP - Informação e Pesquisa. **Bancos de dados disponíveis**. Santa Catarina: Ministério Público, 2011. Disponível em: <<http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/default.aspx>>. Acesso em: 3 de junho de 2011.



\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Ato Conjunto n. 01/2004/PGJ/CGMP**. Regulamenta o art. 82, XVII, 'd', e o art. 83, I, da Lei Complementar Estadual n. 197, de 13 de julho de 2000, disciplinando, no âmbito do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal - PIC. Diário Oficial. Florianópolis, 5 de outubro de 2004. Disponível em: <[http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal\\_lista.asp?campo=2022](http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_lista.asp?campo=2022)>. Acesso em 2 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Ato n. 467/2009/PGJ**. Reorganiza, no âmbito do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, o exercício do controle externo da atividade policial e dá outras providências. **Diário Oficial Eletrônico do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, 03 de setembro de 2009. Disponível em <[http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/Interna.aspx?campo=7556&secao\\_id=15](http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/Interna.aspx?campo=7556&secao_id=15)>. Acesso em 28 de abril de 2011.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Corregedoria-Geral do Ministério Público. **Relatório estatístico das atividades das Procuradorias e Promotorias - 2010**. Disponível em: <[http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/interna.aspx?secao\\_id=281](http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/interna.aspx?secao_id=281)>. Acesso em 2 de maio de 2011.

SCHNERIDER, Gustavo. O que é investigar? Disponível em <<http://www.adpf.org.br/modules/news/article.php?storyid=46831>>. Material da 6ª aula da Disciplina Teoria da Investigação, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Investigação, Constituição e Direito de Defesa – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

# TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS DA SUINOCULTURA: HISTÓRICO E VISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

**Daniela Kramer Frassetto**

*Assessora de Coordenador do Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

**Júlio Fumo Fernandes**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

**Luís Eduardo Couto de Oliveira Souto**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

*“A humanidade se encontra numa encruzilhada: deve decidir se quer continuar a viver neste planeta ou se aceita caminhar ao encontro do pior [...] Ou damos espaço a um novo paradigma civilizatório que nos poderá salvar ou enfrentaremos a escuridão no dizer de analistas mundiais.”<sup>1</sup>*

O Ministério Público Catarinense, objetivando cumprir com uma de suas missões constitucionais, elencada no art. 129, inciso III, da Carta Magna, de proteção do meio ambiente, e sabedor do valor da água como bem de importância ímpar para a sobrevivência dos seres vivos, especialmente da espécie humana, e, ainda, seguindo a métrica de uma das primordiais preocupações da humanidade, em vista do que nos

<sup>1</sup> BOFF, L. Em rota de colisão (II). *Correio Riograndense on line*, Caxias do Sul, edição 4.777, ano 93, 3 de abril de 2002.

têm comprovado os estudos científicos de que, inversamente do que se pregava e acreditava até então, a água é um recurso natural limitado e as intervenções humanas implementadas ao longo de sua história vêm prejudicando e comprometendo sobremaneira a sua preservação e sua utilização como bem essencial.

Nesse norte, em 1999, foi institucionalizado o Programa Água Limpa, firmando-se Termo de Cooperação Técnica entre o Ministério Público e vários órgãos públicos estaduais e federais, com o objetivo de contribuir para a preservação de nossos mananciais e reverter os quadros de degradação constatados.

As situações visadas pelo Programa, até hoje vigente, são a destruição da vegetação dita faixa ciliar, os lançamentos de resíduos orgânicos e inorgânicos, de agrotóxicos e entulhos, entre outros. Os instrumentos de atuação utilizados foram: campanhas educativas, reuniões de conscientização, participação comunitária, cooperação técnica e operacional entre órgãos estaduais, municipais e federais, monitoramento e fiscalização permanente dos mananciais, multas e interdições administrativas, ajustamentos de conduta, ações civis e criminais.

A reflexão sobre o tema e a necessidade de buscar uma solução de consenso que atendesse ao bem maior para a sociedade – o meio ambiente – foi determinante para que fossem somados esforços no sentido de estabelecer metas à proteção e à recuperação de áreas impactadas pela atividade agropecuária, especialmente em relação às áreas ainda não destruídas pela ação do homem.

Assim, o Centro de Apoio, baseado em dados estatísticos, apresentados à época, de que no início do século passado o Estado de Santa Catarina contava com 85% de sua cobertura vegetal, percentual esse reduzido para 5%, estabeleceu o mesmo paralelo em relação ao bem jurídico água. Se naquela época todos os cursos d'água propiciavam água potável, própria para o consumo humano, hoje quase a integralidade dos municípios encontra dificuldade no abastecimento público de qualidade, muitas vezes buscando alternativas tecnicamente complexas visando atender à população com esse bem indispensável.

Sob referida perspectiva, a região Oeste catarinense sempre foi líder na criação de suínos, portanto, com potencial poluidor significativo em relação aos recursos hídricos, em razão do despejo de dejetos desses

animais de forma inadequada. Ademais, fundamentado em dados publicados pela Secretaria de Estado do Desenvolvimento Rural e da Agricultura, naquela época, indicavam que a atividade no Estado produzia anualmente dez milhões de metros cúbicos de dejetos, volume suficiente para preencher uma vala imaginária de 20 metros de largura, por um metro de profundidade, ligando São Miguel do Oeste a Florianópolis.

Nesse norte, como Projeto Piloto, tendo sido encampada a ideia pelos segmentos públicos e privados ligados ao tema, a Região da Associação dos Municípios do Alto Uruguai Catarinense (AMAUC) foi a escolhida para principiar os debates. Foi realizada mais de uma dezena de reuniões de trabalho, em Florianópolis e em Concórdia, com o fito de estabelecer as medidas e ações competentes determinantes à resolução e à minimização do impacto ambiental gerado pela suinocultura na Região.

Valorosos foram os embates travados pela equipe multidisciplinar formada pelo Ministério Público, Centro de Apoio e Promotorias com atuação na região, pelos órgãos públicos das três esferas de governo, pelas agroindústrias, pela Associação Catarinense dos Criadores de Suínos e pelo Consórcio Lambari, todos na defesa de interesses diversos, desde o ambiental, o econômico, o social, etc., restando consentido entre a equipe supracitada a necessidade de adequação das propriedades caracterizadas pela criação suinícola à legislação ambiental e sanitária vigentes e, também, com o visio de amenizar o impacto ambiental causado pelos dejetos suínos, tendo sido estabelecido como prioridade algumas ações:

1. Levantamento das propriedades e instalações utilizadas para finalidade de produção de carne suína.
2. Licenciamento das atividades de produção de carne suína.
3. Recomposição da mata ciliar.
4. Dimensionamento, instalação e adequação de estruturas de armazenamento, estanque e provisório, de dejetos.
5. Definição de adequação e de implementação de sistema de tratamento de dejetos.
6. Disposição final sustentável dos dejetos suínos.

7. Transformação dos dejetos em fertilizantes e energia, com consequente valoração econômica
8. Assistência técnica e extensão rural.
9. Educação ambiental com programas específicos e prioritários, no conjunto da implementação dos programas.

Nesse limiar, em dezembro de 2002, foi formalizado o primeiro compromisso entre todos os segmentos envolvidos na cadeia produtiva, intitulado TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS PRELIMINAR – PROGRAMA AMAUC – CONSÓRCIO LAMBARI.

Como resultado desse primeiro trabalho, foi publicado, sob a Coordenação da Embrapa Suínos e Aves, sediada em Concórdia, o DIAGNÓSTICO DAS PROPRIEDADES SUINÍCOLAS DA ÁREA DE ABRANGÊNCIA DO CONSÓRCIO LAMBARI, SC – Relatório Preliminar. Por oportuno, transcreve-se o objetivo almejado e, diga-se, alcançado, o qual se fez constar no referido documento:

Subsídios à análise de viabilidade da implantação de Termo de Compromisso de Ajustamento de Condutas para a Suinocultura nos Municípios que integram o Consórcio Lambari, proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, através da Coordenadoria do Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente.

Cumprida essa etapa, com um diagnóstico completo envolvendo a atividade suinícola desenvolvida na região, a qual foi antecedida pela avidez de todos os envolvidos por mudanças benéficas que o pleito poderia acarretar, indistintamente, tais como: ao produtor, o tão almejado licenciamento e consequente obtenção de financiamento de instituições bancárias; ao Ministério Público e órgãos ambientais à proteção e à recuperação ambiental de áreas até então relegadas ao esquecimento; à agroindústria a possibilidade de ampliação de negócios em face da regularidade da propriedade, somada à exigência de regularidade ambiental do mercado externo, a qual já vinha crescendo como pré-requisito para exportação da carne suína, obteve-se, então, o beneplácito de todos os participantes da ação, os quais, cientes da necessidade de dar seqüência às atividades, deram seguimento as tratativas e, assim, mais uma dezena de reuniões de trabalho, além da realização de audiência pública de encerramento da primeira etapa, foi registrada.

Esse segundo momento foi intensamente combatido pelos participantes, pois foi necessária a quebra de paradigmas e o efetivo apoio, empenho, cooperação mútua de todas as partes para que os resultados fossem efetivamente atingidos. Extraiu-se, desse momento, a assimilação natural de alguns setores sobre a necessidade de mudança comportamental de todos, aliada à importância do momento pelo qual estavam passando, com a possibilidade de alterar o curso da história até então tracejada pela atividade suinícola.

Prevaleceu o bom senso, o qual restou imbuído no espírito de todos os partícipes, os quais almejam a permanência do homem no campo, a preservação ambiental, a garantia de proveito econômico da atividade, objetivando, dessa feita, o desenvolvimento da atividade de maneira sustentável.

Conforme dito acima, foram várias negociações inexitosas e exaustivas, especialmente em razão do embate entre a agroindústria e a Associação dos Criadores de Suínos no que pertine à responsabilidade pelo custeio necessário à adequação das propriedades.

Nesse momento, crucial foi a intervenção do Ministério Público catarinense, por intermédio do Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente, o qual impôs data limite para resolução da contenda de forma consensual, chamando cada ente ao cumprimento do seu papel frente à situação, pois a conformidade ambiental da atividade suinícola interessava a todos de maneira indistinta e, caso não se chegasse ao bom termo, inevitável seria a utilização de outros meios administrativos e/ou judiciais como medidas aptas, apropriadas, à proteção do meio ambiente, e, por consequência, benéficas à coletividade, que é diretamente atingida e tem sobre si os enormes prejuízos decorrentes da poluição ambiental. Portanto, agindo dessa forma, o Ministério Público agiu no cumprimento dos seus deveres funcionais.

Não se pode olvidar que a atuação do Ministério Público foi inovadora, mas também responsável e madura (única no País até então), no intento de trazer a lume soluções diante da gravíssima problemática ambiental correlacionada à atividade potencialmente poluidora da suinocultura, sem descuidar, em momento algum, dos demais temas intrínsecos à atividade, verdadeiros pilares da pretendida sustentabilidade ambiental, conforme já explicitado acima: os interesses social, econômico e ambiental envolvidos.

Mais uma vez prevaleceu o consenso e um pré-acordo foi apresentado, destacando-se, nesse momento, também como inovador, o engajamento dos Municípios pertencentes ao Consórcio Lambari, os quais exerceram um papel essencial, pois absorveram a problemática e deram demonstração da inevitável e fatal necessidade de aplicação de soluções definitivas e não apenas, como vinha sendo desenvolvido ao longo dos anos, atenuando momentaneamente as situações emergenciais.

Assim, diante da inquietação de todos, restou instituído que a agroindústria arcaria com os custos da adequação da propriedade suinícola de seus integrados, devendo estes devolverem o valor desembolsado, em prestações mensais fixadas em produto (porco) ou em dinheiro, pela cotação do porco, nos moldes do programa “troca-troca”, livrando os suinocultores dos juros bancários.

Diante desses fatos, foi postergada a tomada de quaisquer medidas de cunho impositivo, até a deliberação do pré-acordo, o qual restou aprovado, retornando as discussões para as demais condicionantes que deveriam restar insertas no Termo de Compromisso, formalizado em 29 de junho de 2004.

Ato contínuo, após o transcurso dos prazos previstos no referido Termo de Compromisso, foram retomadas as tratativas relacionadas à atividade e, para tanto, realizadas reuniões, dando início às avaliações acerca do cumprimento das condicionantes estabelecidas no instrumento mencionado alhures.

Oportuno se torna dizer que dificuldades foram enfrentadas para melhor cumprimento dos termos constantes no instrumento de ajustamento, e, diante da solicitação de realização de renovação do TAC, em 2008, conforme previsão, tornou-se imprescindível dar início a novas discussões em vista da necessidade de inserção de novas cláusulas e novos prazos, visando a maior efetividade ao Termo de Compromisso que se pretendia formalizar.

Ainda, as tratativas para renovação do instrumento giraram em torno das obrigações de cercamento das áreas de preservação permanente, a averbação da reserva legal nas propriedades, bem como do manejo e distribuição de dejetos. Houve o compromisso das agroindústrias na manutenção do sistema troca-troca existente, com a ressalva da Cooperativa Aurora que solicitou prazo para articular com a Diretoria

a permanência do mencionado sistema, porém afirmaram que não assumiriam os custos totais, sob a assertiva de que o agricultor também teria suas responsabilidades, afirmação esta que não foi contestada pelos representantes da ACCS, na ocasião.

Foi elaborada uma proposta inicial de minuta de TAC, posteriormente discutida, modificada e aprovada pelos órgãos de Execução do Ministério Público, focando nos principais itens levantados na avaliação do Termo, como Recuperação das faixas das APPs e distribuição e manejo dos dejetos, de forma a contemplar, da mesma maneira, a proposta apresentada pelo setor produtivo.

Por conseguinte, em setembro de 2008, dois termos de compromisso de ajustamento de condutas foram formalizados: um, direcionado para as agroindústrias; e outro, relacionado às mini-integradoras, com poucas variações entre as suas condicionantes, atendendo às peculiaridades de cada uma. Assim, destacam-se as seguintes ações:

1. Recuperação da área de preservação permanente.
2. Averbação da Reserva legal.
3. Educação Ambiental – capacitação de técnicos e suinocultores na recuperação de Apps e acompanhamento.
4. Assistência técnica geral para todas as obrigações pelas integradoras e Associação Catarinense de Criadores.
5. Licenciamento Ambiental.
6. Monitoramento da qualidade da água e recuperação da APP.
7. Controles ambientais: adequação esterqueira, sistema de tratamento, composteira, desvio da água pluvial.
8. Distribuição e manejo dos dejetos suínos.
9. Sistema troca-troca.

Não se pode perder de vista que, durante todo o processo que levou à renovação do instrumento, paralelamente, surgiram movimentos de cunho eminentemente político, os quais andavam na contramão dos anseios desse novo modelo de atuação consciente que a sociedade vem buscando.

Devemos registrar, também, que, durante o lapso temporal de



discussão e cumprimento dos Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta, foram iniciados debates em relação às mudanças legislativas nas regras ambientais, tendo sido publicado o Código Ambiental Catarinense e, recentemente, o novo Código Florestal.

Em vista da publicação do Código Ambiental Catarinense, a Associação Catarinense de Criadores de Suínos externou posicionamento de não mais renovar o instrumento, sob a justificativa de que a legislação estadual atendia aos interesses sociais sem descuidar das questões ambientais, conclamando a todos os partícipes do Termo de Compromisso pelo cumprimento dessa legislação, que acreditavam ser um TAC, com prazo estendido, com a mesma finalidade e garantia de preservação ambiental e continuidade do homem no campo. Contudo, estariam dispostos a dar continuidade nas ações técnicas e nas de educação ambiental.

Como desdobramento das ações implementadas, superados todos os percalços, representada pela união de esforços e efetiva ação conjunta de todos os envolvidos, importa registrar os depoimentos apresentados pelos segmentos responsáveis pelo acompanhamento do instrumento, após divulgação dos resultados obtidos. Nas palavras do membro do Comitê, Cláudio Rocha de Miranda<sup>2</sup>: “No ponto de vista técnico, houve recuperação das matas ciliares, ajustamento das propriedades ao que estabelece a legislação, houve avanço em relação ao destino de animais mortos com a implantação de composteiras, iniciamos com dois mil produtores e todos receberam orientação”.

E, complementando, agora sob a visão do representantes dos suinocultores, Presidente da ACCS, Losivânio Luiz de Lorenzi, “o TAC, é considerado um aliado dos produtores, não pode acabar. O produtor fez a sua parte e isso mudou o conceito que ele tinha em relação as regras ambientais, agora com essa possibilidade de renovação do TAC, justamente pelo sucesso do trabalho realizado, a suinocultura possui uma garantia em relação as leis”.

Após as noções resumidamente acima referenciadas, vale destacar

---

<sup>2</sup> Notícia veiculada pela ACCS em 11 de outubro de 2011, Concórdia, subscrita pela Assessora de Comunicação Elisângela S. Stringhini, intitulada: **Encerrada mais uma etapa do TAC da Suinocultura - Amauc.**

a importância da opção do instrumento do TAC coletivo como uma via não contenciosa de solução ampla dos conflitos difusos socioambientais que permeiam a atividade centenária e importantíssima da suinocultura na região Oeste do Estado, inobstante desenvolvida historicamente de forma irregular, sob o prisma ambiental, em um ecossistema frágil, ocasionando sérios problemas, considerada geomorfologia da região da AMAUC, caracterizada pela presença de madeira atlântica exuberante, inúmeros cursos d'água, solo fértil, vales, etc.

É sobremodo importante assinalar que o espaço e a forma de atuação empregada pelo Ministério Público, como órgão de articulação de ações pontuais de largo alcance, afastada da atuação tradicional e pouco eficiente desenvolvida em procedimentos individuais, os quais, arrisca-se aventar, de resultados questionáveis, aliada à adoção do princípio constitucional da razoabilidade, constante no § 2<sup>o</sup> do art. 5<sup>o</sup> da Carta Magna, foi de uma percepção inteligente de solução dos conflitos socioambientais, em que a legislação, interpretada literalmente, não apresentava soluções factíveis para tais conflitos (hoje minimizados pela nova redação do Código Florestal, em especial a dos arts. 61 e seguintes).

Em consonância com o acatado é de registrar-se, por consequência, que a atuação do Ministério Público foi impulsionadora de uma verdadeira transformação cultural na região, no trato do problema e aperfeiçoamento da atividade, mudança esta percebida tanto na atitude dos suinocultores quanto na dos grandes empreendedores e dos órgãos públicos e privados envolvidos, ou seja, toda a cadeia produtiva, quiçá, atingindo toda a sociedade e certamente refletida, dada a grande repercussão, de forma positiva em outras atividades potencialmente poluidoras desenvolvidas não somente na região, mas em todo o Estado de Santa Catarina, tais como: avicultura e fruticultura.

O ponto de referência para essa mudança cultural está bem retratado na constituição e consolidação de um Comitê (AMAUC) que congrega diferentes lideranças e setores, sendo modelo em nível nacional e que se manteve atuante por, pelo menos, uma década na busca de metas factíveis e resultados favoráveis não apenas à melhoria ambiental e à qualidade de vida das gerações presentes e futuras da região, mas também, conseqüentemente, agregando valores à própria atividade (e ao

---

3 § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

conceito de integração, antes percebido apenas sob o aspecto econômico, agora também como responsabilidade mútua em matéria ambiental), proporcionando, por certo, maior respeitabilidade ao setor suinícola até mesmo no âmbito mundial se considerarmos o espaço de exportação que a atividade desenvolvida na região exerce.

Em derradeiro, o Ministério Público catarinense compreende, em vista das renovações periódicas do instrumento Termo de Compromisso de Ajustamento de Condutas, como profícuos os resultados alcançados, os quais cumpriram com as expectativas de todos os segmentos envolvidos, demonstrando que o diálogo responsável entre as partes envolvidas apresenta-se, por vezes, como a melhor alternativa, superando em muito a propositura de ações judiciais severas ou a edição de leis “paraquedistas”, dissociadas do contexto e vinculadas a interesses outros que não a efetiva sustentabilidade socioeconômico-ambiental. E as melhores soluções, no plano ambiental, são alcançadas pela união de esforços de diferentes setores da sociedade, como ficou evidenciado neste trabalho.

# OBSERVAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS SOBRE POLÍTICA DO DIREITO NO PENSAMENTO DE FERREIRA DE MELO

**Isaac Sabbá Guimarães**

*Promotor de Justiça Ministério Público de Santa Catarina*

*Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI*

Não podemos pensar os predicados de justo ou injusto, de Direito ou antijurídico, de lícito ou ilícito, mas podemos aplicá-los a uma atividade.

Del Vecchio. **Filosofia do Direito**

## SUMÁRIO

Introdução. 1 Aproximações ao Conceito de Ciência. 2 O *Universum* Jurídico e seu Relacionamento com as Ciências. 3 A Localização da Política do Direito no *Universum* Jurídico e sua Caracterização. Considerações Finais. Referências.

## RESUMO

Este artigo tratará de aspectos epistemológicos de política do Direito, tendo como eixo central sua localização no *universum* jurídico, bem como seu relacionamento com a ciência do Direito. Para aí chegar-se,

|         |               |      |       |              |                |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 8 | n. 19 | p. 119 - 136 | jul./dez. 2011 |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|

serão desenvolvidas as definições dessas duas categorias fundamentais, tendo como marco teórico os estudos de política do Direito do professor Osvaldo Ferreira de Melo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria do conhecimento. Filosofia da ciência. Epistemologia da política do Direito. Ciência do Direito.

### ABSTRACT

This paper addresses the epistemological aspects of the politics of law, taking as its central axis its location in the legal *Universum*, as well as its relationship with the science of law. To arrive at this point, definitions of these two fundamental categories are developed, taking as a theoretical background the studies on politics of law of Professor Osvaldo Ferreira de Melo

**KEYWORDS:** Theory of knowledge. Philosophy of science. Epistemology of politics of law. Science of law.

### INTRODUÇÃO

É verdade indesmentível que ressumbra para quem passa pelos portais dos *studia humanitatis*, seja para adentrar os compartimentos da filosofia política, seja para desvendar os labirintos da história das civilizações, ou, ainda, para localizar fenômenos sociais, que política e Direito – ou, ao menos, a ideia de juridicidade – caminham lado a lado, como se estivessem indissociavelmente ligados. Disso não descurou o pensamento dos antigos, quando Platão, ao escrever sobre o governo ideal em sua *República*, estabelece não apenas a organização da cidade-estado e sua estrutura de poder político, mas define os quadrantes dentro dos quais se desenvolve a Justiça, estando implícita, iniludivelmente, a ideia de sua concreção, que é o que hoje entendemos por Direito; nem Aristóteles, ao conceber em sua *Política*, uma constituição para a *polis*, onde também permeia a ideia de justiça, segundo as regras da prudência

e da virtude, categorias vincadas na própria *práxis* do poder político; ou, ainda, Cícero, um politólogo aristotélico, que, em obras como *Sobre os deveres* e *Da república*, assinala o cariz ético-prático da política, num amálgama em que se vê a concepção romana de Direito. Não é despi-cienda a contribuição da Idade Média, sendo dela representativa as obras de Agostinho e de Tomás de Aquino; o primeiro, em *Cidade de Deus*, entendendo o caráter orgânico da sociedade, cujo eixo axial é a tendência para o governo autocrático, em posse do qual fica a realização da justiça; e o segundo, embora retornando às premissas aristotélicas, não se escusando de opinar, na *Suma teológica*, sobre as vantagens do governo alicerçado nas leis, cuja finalidade é o *bonum commune*. O que, aliás, vai paulatinamente ganhando maior envergadura durante a Renascença, quando um Giambattista Vico propõe os *Princípios de uma ciência nova*, obra na qual vai se desenvolvendo seu pensamento político e sobre o Direito natural; que poderá ser o prelúdio do que ocorreria durante o Sé-culo das Luzes. Daí não se poder recusar, partindo da constatação dessa indissociabilidade, a proposta de uma Política do Direito, que tenderá à determinação prática, o próprio *faciendum* do Direito, enquanto ele se compreende como fenômeno em constante reelaboração e redefinição.

Mesmo que o tema não seja novo, seu estudo terá um início de sistematização tardio. No seu trabalho de maior fôlego, Ferreira de Melo encontra em Radbruch uma primeira noção sobre a autonomia da matéria, quando o professor da Universidade de Heildeberg refere que a “determinação dos motivos que podem conduzir à escolha dos meios para alcançarmos um determinado fim jurídico” não pertence à órbita da filosofia do Direito, mas à Política do Direito<sup>1</sup>; com isso deixando implícita a ideia de que seu propósito é antes prático-jurídico do que de asserções – ou melhor, meditações – metafísicas; e que, havendo destinações distintas, esse estudo autonomiza-se em relação àquele. Mas o professor catarinense vai mais fundo em suas investigações, passando a relacionar a Política do Direito – ou Política Jurídica, como em alguns momentos também se refere –, com as teorias juspositivistas, com as teorias do Direito natural, não lhe escapando o exame do empirismo e do culturalismo, achegas do *universum* jurídico que, por um lado, refogem ao hermetismo do positivismo jurídico kelseniano e, por outro lado, indicam o cariz aberto do Direito. Contudo, Ferreira de Melo é cauteloso

1 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 106. Vide, ainda, RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. trad. e prefácio de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p. 52.

nas aproximações epistemológicas que faz em relação à matéria, nem lhe afirmando uma raiz científica, nem negando seu relacionamento com as ciências sociais, desta forma abrindo-lhe um caminho para a cientificidade; parecendo, por isso, acertado inferir que seu pensamento, envolvido pela onda pós-cartesiana – tão bem descrita por Sousa Santos<sup>2</sup>, que irá encontrar um referencial no trabalho do estruturalismo, como o de Foucault e Derrida, mas, também, já na área das ciências sociais, de um Gilberto Freyre, quem não abre mão de um estilo sedutor e livre do hermetismo linguístico, mas que percorre os métodos de sua área científica –, não desconsidera a possibilidade de novos diálogos, como os que ocorrem entre o conhecimento comum, a *doxa*, e o conhecimento científico, a *epistême*, ou entre os resultados obtidos pelas observações empíricas e as reflexões filosóficas; de forma que em momento algum afirma, ou categoriza, a Política do Direito como ciência, nos moldes do que se preconizou como método do empirismo.

Diante desse novo quadro da epistemologia, como se deve tratar o estudo da Política do Direito, pressupondo sua autonomização em relação à filosofia do Direito e à ciência do Direito? Será cabível atribuir-lhe o estatuto de ciência, apesar de o método de construção de conhecimento prescindir do empirismo e do caráter de testabilidade? Estes são, basicamente, os problemas que rondam nossa área de indagações no presente artigo; que serão destrinchadas partindo-se dos conceitos de conhecimento e de ciência e, na medida do possível, fazendo as distinções entre as duas categorias; para, num segundo momento, adentrarmos as concepções acerca de Política do Direito ou, segundo já se pode adiantar com base nos estudos de Ferreira de Melo, sobre as modalidades de Política do Direito possíveis em cada experiência jurídica.

## 1 APROXIMAÇÕES AO CONCEITO DE CIÊNCIA

Há motivos justificáveis para seguirem-se os passos de Parmênides quanto à formação do conhecimento pelo senso comum indutivo<sup>3</sup>, segundo o qual tudo o concebido pela inteligência nos chega pelos sentidos; mas, também, pelas expectativas internalizadas e pelo que acreditamos

2 SANTOS, Boaventura Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

3 Cf. POPPER, Karl R. *Conhecimento objetivo*. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, *maxime* cap. I.

como situações de regularidade. As experimentações e conhecimentos formados não obedecem a uma normatização metodológica, mas resultam da natural aptidão do homem e da conjunção de expectativas e regra da regularidade. Em termos conceituais, esta crença não sofre qualquer abalo na alta Idade Média, nem mesmo durante a escolástica, a não ser pelo fato de estruturar-se numa rigorosa hierarquia com ascendência teocêntrica. Naquele período mais afastado, durante a patrística, especialmente em S. Agostinho, a compreensão fulcrava-se na inteligência, em última análise, dada por Deus.<sup>4</sup> É graças ao dom divino que se desenvolvem os sentidos, com os quais se retém conhecimento e fazem-se reflexões<sup>5</sup>. Tomás de Aquino, por sua vez, arrancando de Aristóteles, preconiza formas de inteligência e de conhecimento, num desdobramento que visa determinar os limites da potência humana; por um lado, afirmando que a inteligência não pode desvendar o infinito material, assim como o infinito formal, que é Deus; da divindade, tudo o que se logra conhecer é pelos efeitos sensíveis que lhe chegam aos sentidos; por outro lado, o aquinense sustenta que ao homem resta o conhecimento dedutivo, portanto, partindo do universal para o singular<sup>6</sup>.

Se o conhecimento é, como se deduz das teorias clássicas e do medievo, a formação de concepções que geralmente percorrem o caminho indutivo, conduzidas pelas sensações e pelo intelecto, tendencialmente determinando definições das coisas singulares, então teremos que concordar com a *Teoria do conhecimento*, de Hessen, de acordo com a qual, do ponto de vista fenomenológico, o conhecimento implica uma correlação entre sujeito e objeto<sup>7</sup>. Mas o sujeito anela e busca o conhecimento fazendo representações do objeto, que Hessen denomina *imagens*. Elas surgem como elemento fundamental da formação do conhecimento. De maneira que se poderá dizer, esquematizando a teoria, que o conhecimento apresentará três elementos: o sujeito, a imagem e o objeto<sup>8</sup>; sendo que a imagem será concebida numa etapa independente da das sensações, pelo pensamento,

4 O bispo de Hipona refere, em suas *Confissões*, como aprendeu a falar, sem que houvesse um método preciso como o dos gramáticos, pela associação dos nomes às coisas nominadas (aquilo que modernamente Wittgenstein contestará em suas *Investigações filosóficas* ao deslocar o problema da filosofia para os jogos de linguagem), graças, iniludivelmente, “à inteligência que tu, Senhor, me deste.” (AGOSTINHO. *Confissões*. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1997. p. 29).

5 *Ibidem*, p. 45.

6 TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. Vol. II. São Paulo: Loyola, 2002. p. 544-548 (*quaestio* 86, art. 1-2).

7 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 7. ed. Tradução de António Correia. Coimbra: Arménio Amado, 1978. *maxime* p. 29 e ss.

8 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 7. ed. Tradução de António Correia. Coimbra: Arménio Amado, 1978. p. 31.



em todo caso, como expectativa de verdade. Mas atenção: para que haja uma premissa verdadeira e irreduzível sobre o objeto cognoscível, há de se verificar a concordância entre o conteúdo do pensamento e o objeto<sup>9</sup>. É nesta operação de verificação de concordância que surge a zona problemática da teoria do conhecimento: a que se refere à qualidade desse conhecimento. Tentemos entender: se o intelecto faz representações do objeto cognoscível, então é possível cairmos numa intrincada aporia: ou o sujeito determina o objeto, e ele não passará de uma criação *ex nihilo* do homem, e como tal, só refutável por uma superveniente representação; ou o objeto determina o sujeito, e o homem não estará diante da verdade, mas apenas condicionado pelo ser sensível intrínseco ao objeto. Assim, com relação aos estudos de que hoje dispomos acerca da vida, diz-se que ela só é possível no meio em que houver hidrogênio, e estaremos, por esta premissa, dando uma representação à vida (objeto determinado pelo intelecto do homem); por outro lado, seremos tentados a afirmar, como numa operação silogística, que se em Marte não há hidrogênio, então a hipótese para existência de seres vivos naquele planeta será impossível (o objeto está a limitar o pensamento do sujeito, que só concebe a vida onde haja hidrogênio). Num e noutro caso, entendemos, estaremos diante dos riscos do dogmatismo, que gera hermetismo e imobilismo para o objeto cognoscível. Mas não só. Um tal esquema de condicionamento, representável numa circularidade entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, impede, por outro lado, a determinação da verdade, cuja ideia ultrapassa a simples concordância entre o conteúdo do pensamento e o objeto, uma vez serem possíveis falsas representações do objeto. Por outras palavras, diante da aporia há pouco apresentada, já não parece ser suficiente o raciocínio de Hessen.

O problema, embora não desenvolvido pelo professor da Universidade de Colônia, que se interessa pela teoria do conhecimento a partir da abordagem fenomenológica, não é novo e foi pensado de muitas formas. Poucos, no entanto, exerceram tanta influência para o início de uma filosofia da ciência quanto Descartes. Ao estabelecer o princípio da dúvida como método para suas meditações, o filósofo francês deslocou o problema da filosofia do conhecimento do aspecto conceitual para a sua essência, entendida como descoberta da verdade. Pelo método cartesiano, submete-se tudo o observado à dúvida e chega-se à conclusão

---

<sup>9</sup> HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 7. ed. Tradução de António Correia. Coimbra: Arménio Amado, 1978. p. 30.

de que a única coisa sobre a qual se tem certeza é a própria existência, na medida em que se pensa; o pensamento transforma-se em evidência da existência; o *cogito*, portanto, é elevado a critério definidor da certeza, e uma evidência em si.

O mérito do *Discurso do método*, no entanto, não se restringe ao fato de ter lançado novas luzes para o debate acerca da verdade, que por longo tempo se desenvolveu segundo uma ótica teocêntrica; nem por ter erigido o ceticismo como critério delimitador dessa nova filosofia; mas por ter fundamentado no raciocínio *more geometrico* uma perspectiva de método do pensamento científico e, conseqüentemente, da estruturação do conceito moderno de ciência<sup>10</sup>. Para além de não receber por verdadeira a coisa observada (ou estudada), Descartes estabelece, como segunda etapa de seu método, o fracionamento das dificuldades (problemas) que examinasse, “em tantas parcelas quanto fosse possível e requerido para melhor as resolver”<sup>11</sup>; na terceira etapa, os estudos deveriam evoluir de grau de dificuldade, partindo do mais simples para o mais complexo<sup>12</sup>. A obra ecoa durante o século das luzes, tanto para estabelecer teses sobre uma diferenciação entre as coisas divinas e os demais domínios humanos (e os enciclopistas terão dado maior vazão a isto), quanto para dar início ao positivismo (filosófico e científico); mas, também, para estabelecer novos padrões de ciência, que procuram o parcelamento do conhecimento, antes genérico e pertencente ao âmbito dos *studia humanitatis*. Não é por outro motivo que os estudos jurídicos obedecem aos planos de segmentação das áreas do Direito (embora sejam frequentes os reclamos pela interdisciplinaridade)<sup>13</sup>; e que os trabalhos científicos percorram, geralmente, o método indutivo; e, ainda, que se propugne, como característica essencial da ciência, a testabilidade das proposições formuladas com base no método científico.

10 A preocupação com os limites da ciência e de seu conceito é de vários pensadores que antecedem o iluminismo. Lembramos, a propósito, de Vico, autor dos *Princípios de uma ciência nova*, onde desenvolve o conceito da ciência do direito natural, mas sem deixar, no entanto, retornar ao padrão antigo de ciência segura fundamentado nas “verdades abstratas da matemática”, cujo domínio é essencialmente diverso daquelas “verdades abstratas da metafísica”, aplicáveis às coisas morais (VICO, Giambattista. *Princípios de uma ciência nueva: en torno de la naturaleza común de las naciones*. 3. ed. Trad. ao espanhol de José Carner. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 42). Mas é Descartes quem ultrapassa o nível conceitual de debate para estabelecer critérios para a realização de ciência, tratando, portanto, da própria metódica dos estudos científicos.

11 DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Fernando Melro. S/l.: Publicações Europa-América, s/d., p. 35 (cf. toda a 2ª parte do *Discurso*).

12 DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Fernando Melro. S/l.: Publicações Europa-América, s/d., p. 35.

13 Sobre o tema, cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Metodologia do ensino jurídico: aproximação ao método e à formação do conhecimento jurídico**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010, *passim*.

Aqui já temos o eixo em torno do qual gravitam os elementos conceituais de ciência, a saber: *a)* a ciência trabalha com o conhecimento, lapidando-o e transformando-o; *b)* seu começo não ocorre, segundo Popper, por percepções ou observações (aspecto assentado pela filosofia do conhecimento de origem clássica), mas por problemas; aliás, será válido dizer que “não há nenhum conhecimento sem problemas”<sup>14</sup>; *c)* o conhecimento obtido através dos experimentos e métodos científicos, circunscreve-se em áreas de especificidade; *d)* do que se depreende que não se trata de produção de conhecimento ingênuo, para o diletante, mas de matéria destinada à utilização por comunidades científicas; *e)* por causa das tensões problemáticas, o produto científico está sempre a renovar-se, não se compaginando com o conhecimento dogmatizado, nem com a formulação de explicação que Popper denomina de *ad hoc*, ou de explicação inserta num esquema de circularidade, segundo o qual a explicação tem como evidência o próprio objeto explicável<sup>15</sup>.

É claro que o tratamento científico dos problemas tem como objetivo o estabelecimento de explicações ditas verdadeiras, ou, pelo menos, com validade para a comunidade científica. Popper refere-se à questão de outra forma, mas convergindo para aquele sentido: a meta da ciência, “é encontrar *explicações satisfatórias* de qualquer coisa que nos impressione como necessitando de explicação”<sup>16</sup>, sendo que por explicação, entende o precursor do *racionalismo crítico* tratar-se do conjunto de asserções, através das quais “uma delas descreve o estado de coisas a ser explicado (o *explicandum*) enquanto as outras, as asserções explicativas, formam a “explicação” no sentido mais estreito da palavra (o *explicans* do *explicandum*).”<sup>17</sup> Sobre o *explicandum* não haverá, em regra, dúvidas quanto ao seu cariz de verdade, pois, a ciência não se ocupará do imaginário, daquilo com caráter de infabilidade; mas o *explicans*, ensina Popper, antes de ser conhecido, deverá ser descoberto e corresponder à verdade<sup>18</sup>. Ora, para que se chegue a uma resposta consensual, ou

14 POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978. p. 14.

15 POPPER, Karl R. *Conhecimento objetivo*. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. p. 180 e ss.

16 POPPER, Karl R. *Conhecimento objetivo*. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. p. 180. Atenção para a expressão *qualquer coisa*. Em outra obra, *sir* Popper adverte que “Relevância, interesse e significância (a significação de declarações relativas a uma situação problemática puramente científica), são, igualmente, valores científicos de primeira ordem” (POPPER, Karl, *Lógica das ciências sociais*, cit. p. 24).

17 POPPER, Karl R. *Conhecimento objetivo*. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. p. 180.

18 POPPER, Karl R. *Conhecimento objetivo*. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. p. 180.

de validade universal, acerca do *explicandum*, as asserções deverão ser testáveis, submetidas a provas, para que disso resultem fundamentos das leis da ciência. Elas, no entanto, se nos não apresentam prontas e acabadas: não existe, segundo o filósofo da ciência, uma explicação final, na medida em que “qualquer explicação pode ser ainda mais explicada por uma teoria ou conjectura de mais alto grau de universalidade.”<sup>19</sup>.

Em suma, uma qualquer tentativa de conceituação de ciência, não poderá deixar de considerar seu antagonismo em relação à produção de conhecimento dogmático; que todo conhecimento com pressuposto de verdade exposto pela ciência, deverá ser testável; em decorrência disso, não existirá conhecimento científico final, posto que novas teorias ou conjecturas friccionarão as leis científicas, seja para lhes dar maior credibilidade, seja para refutá-las.

## 2 O UNIVERSUM JURÍDICO E SEU RELACIONAMENTO COM AS CIÊNCIAS

O modelo de racionalidade que nasce com o *Discurso do método* apresenta um aspecto intrigante: se, por um lado, dá impulso ao positivismo (não apenas científico), que tem pretensões de tornar científicos diversos setores do conhecimento, de maneira absolutamente diversa daquele outro momento revolucionário localizável no humanismo renascentista, quando a ideia de ciência, obviamente, não passava pelos rigores metodológicos de fracionamento das áreas de conhecimento e da testabilidade, por outro lado erige um muro que divide o conhecimento em científico e do senso comum, aquele de maior dignidade, enquanto que este relegado a uma posição nem mesmo subsidiária, de forma que os dois mundos do conhecimento passam a ser inconciliáveis. No entendimento de Sousa Santos, a racionalidade científica torna-se “um modelo totalitário, na medida em que nega o carácter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas.”<sup>20</sup> O surgimento das ciências sociais parece decorrer dessas novas pretensões que, em boa verdade, vão se impregnando inclusive naqueles domínios das atividades humanas em que sequer se pode afirmar viável o emprego

19 POPPER, Karl R. **Conhecimento objetivo**. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. p. 183

20 SANTOS, Boaventura Sousa. **Um discurso sobre as ciências**, cit., p. 10.

do método científico, como em relação à política (como se fosse possível dar caráter de cientificidade a um fenômeno social, que é mais facilmente identificável com outras expressões de atividade humana, como as competições, do que com um procedimento estritamente racional, empírico, testável e previsível), que, no entanto, Comte pretendia dar dignidade de ciência, imaginando uma política científica.

Essa revolução teve extensões no mundo jurídico e não é de desprezar-se o impacto de um purismo do Direito kelseniano na formação de uma verdadeira *Rechtskultur*, que pretendeu escoimar tudo o que não pudesse ser atestado por método científico, como a moral (o distanciamento entre os dois conjuntos normativos é abissal, de forma que, para a *Teoria pura do Direito*, a moral não deve tangenciar o conjunto normativo-jurídico), ou que estivesse fora do mundo jurídico, como a psicologia (nenhuma ciência extrajurídica deverá ser aceita na experiência constitutiva do Direito). A estrutura de Direito pretendida por Kelsen, numa palavra, fecha-se não só ao conhecimento do senso comum, mas também a todos aqueles que se podem considerar alheios aos critérios constitutivos, mesmo que a norma hipotética que os preside, a *Grundnorm*, careça de sustentabilidade teórica.

O predomínio dessa racionalidade, conduz os estudiosos do Direito (não apenas juristas, mas os operadores do Direito) a uma crença no mito da ciência, de maneira que se passe a tratar de fenômenos humanos segundo a lógica cartesiana, que procura fundamentar a verdade sobre fatos da vida num percurso que vai das ideias às coisas; de modo que só o racional existe, num esquema lógico que poderá ser resumido na fórmula  $r \rightarrow e$  (se racional, então existe). É também por se estar preso a essa crença que, por vezes, se intenta impingir o caráter de testabilidade na solução de problemas cuja natureza não admite recursos empíricos; já para não se dizer que, em boa verdade, a prática do Direito – referimo-nos ao momento de sua *práxis* consubstanciada na elaboração de normas pelo legislador ou pelo juiz –, não deverá depender dos métodos científicos de aferição das respostas<sup>21</sup>.

21 Exemplo disso encontra-se no julgamento do HC 100.959-TO (j. 8.09.2009, publ. 15.10.2009), em que o relator, Min. Celso de Mello, refere que a prisão cautelar não pode assentar-se tão somente na gravidade do crime, mas, “para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe [...] que se evidenciem, *com fundamento em base empírica idônea*, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação de liberdade do indiciado ou do réu” (o itálico é nosso). Será possível aferir empiricamente a necessidade de prisão de alguém, considerando que a simples regra da experiência não é, de acordo com julgado, suficiente para a decisão judicial? De outra forma, considerando que antecedentes criminais e gravidade do crime não autorizam, só por si, o decreto de prisão preventiva, como atestar empiricamente sua necessidade? A circunstância, inclusive psicológica, admite aferição empírica?

O cartesianismo perdeu fôlego e hoje já não será incomum a defesa de um novo discurso científico, como o de Sousa Santos, quem escreve sobre a interdisciplinaridade, e mesmo a transdisciplinaridade no mundo científico, dando como exemplo desta quebra da metódica os trabalhos de Feyerabend ou de Foucault<sup>22</sup> (aos quais acresceríamos os estudos de Ulrich Beck, Tzvetan Todorov, Umberto Eco, apenas para citar alguns, que conseguem tratar tanto de ciências sociais, como de política, história, linguística, semiótica, literatura e Direito). O professor de Coimbra, falando de uma maior permeabilidade dos estudos científicos, aponta para um diálogo da ciência com o conhecimento do senso comum, que permite entender que a ciência não é, em si mesma, racional, mas só sua configuração o é<sup>23</sup>. Ao tratar de *Ética e filosofia da política*, Oppenheim também refere que a caracterização geral da ciência passou por uma reformulação, de modo que, segundo escritos contemporâneos, “a ciência é colocada em estreita relação com “método científico”, o qual valora a aceitabilidade das asserções concernentes ao mundo, baseadas em dados empíricos relevantes, como os achados oriundos de observações ou as provas experimentais.”<sup>24</sup>

Sob esse novo prisma, não será incorreta a afirmação de uma ciência do Direito que, embora não apresente soluções atestáveis empiricamente, pode expor seus problemas a um escrutínio realizado segundo o método científico; para além de, uma vez localizável num vasto espaço fenomênico, que podemos denominar de *universum* jurídico, travar diálogo com outras ciências sociais, delas obtendo dados necessários para as asserções jurídicas. Com referência ao primeiro aspecto, sabemos que as decisões legais decorrem da observação de problemas postos no entrecruzamento das dimensões temporal e espacial; daí que as soluções sejam formuladas para um *hic et nunc* histórico-cultural, normalmente sem pretensões de perenidade; e, ainda, sem a certeza de que possam surtir efeitos ideais, apesar de poderem ser otimizadas ao longo das experiências jurídico-jurisdicionais. A norma positivada em lei será submetida a interpretações por meio de discursos argumentativos, muitas vezes sem critério material seguro, mas, *tout court*, ideologicamente influenciados, e passíveis de reformas sem que, no entanto, se obtenha um alto grau de universalidade. No Direito penal a criminalização do aborto, *v.g.*, visa à proteção do bem jurídico vida; no entanto, o fato de se tratar de fenômeno cujos episódios

22 SANTOS, Boaventura Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, cit., p. 49-50.

23 SANTOS, Boaventura Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, cit, p. 55.

24 OPPENHEIM, F. E. *Ética e filosofia política*. Tradução ao italiano de Maria Carla Galavotti. Bolonha: Mulino, 1971. p. 7.



fazem parte das cifras negras, não permite que se tenha a certeza de sua eficácia nem mesmo que a sanção penal alcance os objetivos de prevenção especial. Quanto ao segundo aspecto, é possível entendermos que a constituição do Direito se dê mediante um *racionalismo crítico*, somente viável quando o jurista ultrapassa as fronteiras do jurídico e perscruta outros ramos da ciência, dos quais pode obter *explicações satisfatórias* para os problemas jurídicos, de maneira a colocar em plano inferior o puro decisionismo. Também no Direito penal, o problema do uso de drogas, *v.g.*, poderá ser aferido pela criminologia e pela sociologia criminal, que oferecerão alguns dados para a realização da política criminal de otimização jurídica para sua solução.

O discurso da ciência do Direito, por sua vez, tal como já se verificou com outros ramos das ciências sociais, não é puro. Traços da moral (a moral social, *v.g.*) entremeiam-se no jargão técnico e nas regras de dever-ser insculpidas nos códigos. De maneira que ao tentar definir a honra, *v.g.*, naturalmente o operador do Direito terá de buscar referenciais nas regras de experiência para dar contornos a esse bem jurídico; da mesma forma que sondará aqueles costumes fortemente arraigados numa comunidade, consolidados em sua cultura, para preencher vazios normativo-jurídicos; o conhecimento do senso comum interagirá, aí, iniludivelmente. Ainda que se pretenda utilizar uma linguagem técnico-jurídica, o mais livre possível dos ruídos da linguagem comum, como forma de diminuir-se as imprecisões interpretativas, o jurista deverá estar atento à polissemia dos termos empregues nas normas; e a *ratio legis*, muita vez reduzida à (mítica) vontade do legislador, poderá usar fórmulas facilmente amoldáveis a determinados discursos jurídicos que, em algumas situações, podem se contrapor. Além do mais, as idiossincrasias e a mundividência do estudioso interpenetrarão seu trabalho hermenêutico, assinalando os aspectos humanos – *demasiadamente humanos* – dessa ciência, que se quer perfectível. Não é sem razão que Popper<sup>25</sup>, ao tratar das ciências sociais, percebe que o cientista social não consegue livrar-se completamente das influências extra-científicas, escrevendo que:

é, praticamente, impossível conseguir a eliminação dos valores extra-científicos da atividade científica. A situação é semelhante com respeito à objetividade; não podemos roubar o partidarismo de um cientista sem também roubá-lo de sua humanidade, e não podemos suprimir ou destruir seus juízos de valores sem destruí-lo como ser humano e

25 POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*, cit., p. 25.

como cientista. Nossos motivos e até nossos ideais puramente científicos, inclusive o ideal de uma desinteressada busca da verdade, estão profundamente enraizados em valorações extracientíficas e, em parte, religiosas. Portanto, o cientista “objetivo” ou “isento de valores” é, dificilmente, o cientista ideal.

Parece-nos, *a fortiori*, que ocorre o mesmo com os juristas ao sondarem os fenômenos do *universum* jurídico; ou quando se põem a constituir metodicamente as prescrições do Direito; ou quando passam a substanciar, em normas jurídico-jurisdicionais (as normas concretas e casuísticas estabelecidas nas sentenças), soluções para problemas jurídicos: o jurista, em todas essas etapas, atuará, não restam dúvidas, como homem integral, inclusive consciente de sua falibilidade, embora guiado pelo objetivo do melhoramento.

### 3 A LOCALIZAÇÃO DA POLÍTICA DO DIREITO NO *UNIVERSUM* JURÍDICO E SUA CARACTERIZAÇÃO

O Direito, como fenômeno social, localizável e somente compreensível, portanto, no entrecruzamento das dimensões histórica, social e cultural é, essencialmente, dinâmico e em ininterrupto fazimento, de maneira que as soluções para os problemas originados das tensões humanas nunca são seminais, nem um produto pronto e acabado. Cada solução formulada pelo Direito é, pois, datada, correndo os mesmos riscos de defasagem histórica, quando já não surtem os efeitos esperados nem a condição ideal de promoção de paz social, que enfrentam outras ciências sociais. Daí que seu sistema seja melhor compreendido segundo a conhecida fórmula orteguiana criada para a *História como sistema*, de acordo com a qual diríamos que o Direito se conjuga no gerúndio, como um constante *faciendum*.

Uma vez concebido como instrumento para a preservação da paz e da harmonia social, (e já não poderemos excluir de seus objetivos a busca do progresso humano, na sua acepção mais larga, que ultrapassa o *suum cuique tribuere*), resulta iniludível, por um lado, seu cariz pragmático, para a solução do *hic et nunc* problemático; mas, por outro lado, é inegável que a vida do Direito se faz por antecipações aos problemas que estão apenas na linha do horizonte, desta maneira perspectivando para o futuro. Assim, o Direito tanto será um instrumento prático para o trato dos interesses



sociais em ebulição, como, também, se constituirá daquelas proposições utópicas que, para Ferreira de Melo, são fundamentais para “projetos sociais de transformação e mudança”<sup>26</sup>, ocorrentes a cada momento histórico em que se verifica o esgotamento de paradigmas.

Mas então, arrancando dessa primeira explanação, poderemos dizer que o Direito apresenta não apenas um aspecto pragmático, destinado à solução de problemas iminentes (através de normas gerais e abstratas) e de problemas concretos (por meio de normas jurídico-jurisdicionais, que são casuísticas), mas, também, um veio teórico desenvolvido através do método científico que, por isso, lhe confere aspecto de cientificidade. No seu âmbito pragmático (legislativo ou jurisdicional), o Direito poderá dar saltos em relação às normas postas; e, até mesmo, redefinições jurídicas que representem uma verdadeira fratura de um paradigma juspositivo, por meio do decisionismo hermeneuticamente fulcrado naquela perspectivação problemática ainda assente na linha do horizonte; e com relação a isso, estaremos a nos referir ao Direito como *práxis* que, embora tenha de recorrer à ciência do Direito, faz-se realidade num âmbito extra-científico. Ao passo que o âmbito teórico do Direito, procura prescrever, segundo o método científico, o que o Direito deve ser. Chegados a este ponto, teremos já condições de ver no *universum* jurídico a coexistência da ciência do Direito e da política do Direito, sendo que estas realidades, embora estreitamente ligadas, não se confundem. Partindo da distinção kelseniana, poderíamos dizer que a ciência do Direito procurará responder à questão sobre *o que é e como é* o Direito; enquanto que a política do Direito se empenhará em mostrar *como deve ser ele feito*.<sup>27</sup>

A forma como ciência do Direito e política do Direito se desenvolvem, permite-nos avançar com um segundo postulado epistemológico, que é referido ao caráter de complementaridade. Claro que, à primeira vista, esse aspecto parece algo estranho, uma vez que, deslocadas as noções de ciência do Direito e política do Direito do que acima foi dito para sua essência conceitual, encontraremos naquela um *lógos* eminentemente teórico, enquanto que nesta identificaremos as manifestações práticas do Direito. Ora, teoria e prática são noções de exclusão recíproca, uma vez que a atividade mental de quem produz a teoria, simplesmente

26 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, cit., p. 55.

27 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 17.

não requer a atividade prática, enquanto que esta, pode-se dizer, é a atividade não-teórica. Por isso que, referindo-se à formulação de Pareto, Sartori reduz a questão à compreensão de que “Teoria e prática aparecem como duas paralelas: o *saber* e o *operar* não se devem encontrar.”<sup>28</sup> Mas é o mesmo Sartori quem desenvolve duas circularidades teoréticas, a da teoria como realidade dependente da prática e vice-versa, para chegar à conclusão de que a prática depende da teoria, uma vez que “a ação dos homens é sempre influenciada, de modo e em grau variável, pelo que pensam.”<sup>29</sup> Dentro do *universum* jurídico onde se encontram ciência do Direito e política do Direito, contudo, a interdependência dessas duas realidades é inegável: a ciência do Direito faz-se a partir da reflexão e da análise das práticas sociais, políticas e, também, jurídicas; enquanto que a política do Direito só mediatizará, responsabilmente, as transformações jurídicas se amparada pelas asserções do mundo da ciência.

Apesar dessa relação de recíproca complementaridade, a política do Direito nem se confunde com a ciência do Direito nem é dela decorrente. Queremos com isso sustentar, como terceiro postulado, que a política do Direito é estudo autônomo. Ferreira de Melo, ao discorrer sobre a questão, analisa, em primeiro lugar, o aspecto destacado da matéria, que é sua gênese política<sup>30</sup>; este fenômeno, no entanto, não se confunde nem com filosofia nem com ciência, “pois cada uma dessas áreas delimita-se em espaços próprios.”<sup>31</sup> Arremata com a afirmação de que uma política, qualquer que seja ela, inclusive a do Direito, pauta-se pela arquitetura de estratégias para alcançar determinados fins<sup>32</sup>. No caso da política do Direito, os objetivos transcendem o nível de cientificidade, uma vez que o estabelecimento de normas boas (com o caráter do *moralmente bom*) e eficazes poderá relacionar-se com as tensões surgidas no meio não apenas jurídico e acadêmico, mas, também, social. O 7 de abril, ou a tragédia de Realengo, marcada pelo assassinato de 12 crianças numa escola do Rio de Janeiro, *v.g.*, despertou, imediatamente, debate de ampla ressonância em torno da proibição do comércio de armas de fogo no País, sobressaindo tanto vozes políticas como de juristas; em

28 SARTORI, Giovanni. **A política**. 2. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997. p. 72.

29 SARTORI, Giovanni. **A política**. 2. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997. p. 100.

30 Entenda-se o termo na sua acepção mais larga, para a qual poderíamos invocar o radical grego *pólis*; de maneira que interpretaremos política como o fenômeno verificável no meio social, negativamente resultante das tensões pela disputa de poder e de objetivos.

31 MELO, Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**, cit., p. 40.

32 MELO, Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**, cit., p. 40.

todo o caso, apesar dos contornos de juridicidade, essa inicial tensão resultante do problema não se abriga nos foros da ciência do Direito.

Como quarto postulado epistemológico da matéria, apontamos para sua raiz conceitual, que é a de política. E uma incipiente noção que temos dela – a todas as luzes, correta –, decorre da pequena grande obra de Maquiavel, *O príncipe*, onde, ao alicerçar as bases do que viria a ser conhecido como *raison d'État*, põe-nos a claro o aspecto amoral da política. Política, segundo demonstra o historiador florentino, nada tem que ver com religião, moral ou com qualquer outra doutrina estranha às estratégias de poder: é, *tout court*, um modo de obter-se o poder e nele manter-se. Esse aspecto não passa despercebido por Ferreira de Melo, quem sublinha o histórico desdém da política em relação à “ética dos meios”<sup>33</sup>. Mas o jusfilósofo catarinense, procurando melhor desenvolver seu raciocínio, afirma que, enquanto moral e Direito são sistemas normativos que dispõem sobre o dever-ser, a política será normalmente relacionada com as regras pragmáticas “que garantam o resultado preconizado.”<sup>34</sup> Estabelecida essa noção conceitual, não será difícil entender que o entrosamento dessas duas realidades fenomênicas, o Direito e a política, constituirá o momento pragmático do Direito ou, segundo Kelsen, *o como ele deve ser feito*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já há muito vencido o posicionamento de um *nec plus ultra* representado pelo Direito natural, com suas regras válidas universal e atemporalmente, e mesmo o de um retorno ao Direito costumeiro historicamente consolidado e conhecido do povo, como pretendia um dos grandes jusfilósofos espanhóis, Joaquín Costa<sup>35</sup>, que entendia possível eternizar as normas ditas boas de determinada cultura jurídica, os estudos do Direito apontam para marcos delimitadores sempre movíveis, em consonância com a dinamicidade desse fenômeno, que é dinâmico porque também o é a sociedade. Desta forma, o Direito, embora se socorra da dogmática para estabelecer os instrumentos para o

33 MELO, Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, cit., p. 40. p. 56.

34 MELO, Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, cit., p. 40. p. 57.

35 Cf. COSTA, Joaquín. *A ignorância do direito*. Tradução notas e apresentação de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008.

equacionamento de problemas, não é produto pronto e acabado: trata-se de expressão fenomênica, em que se acham refletidos valores culturais da sociedade. Se as coisas se passam dessa forma, então não estaremos equivocados quando dizemos que o Direito se conjuga no gerúndio, num ininterrupto *faciendum*.

O fazimento do Direito, no seu momento pragmático, ocorre, ordinariamente, durante as experiências jurídico-legislativa e jurídico-jurisdicional, por causa das tensões verificáveis na sociedade. Não há dúvidas de que naquele quadro compreensivo da elaboração normativa a ideia de política lhe será inerente. Dentro do qual, também, aflorará a política do Direito. E disso não descarta Callado de Oliveira ao referir que “A política jurídica [...], é o estudo crítico do ordenamento jurídico positivo e o estudo preceptivo da nova ordem”<sup>36</sup>, localizando nossa matéria, portanto, na abordagem da experiência jurídico-legislativa. Contudo, não se pode perder de vista que o Direito está, também, em movimento nos tribunais, onde a norma jurídico-positiva é submetida à interpretação.

O trabalho do operador do Direito não se reduz ao mero equacionamento do problema jurídico por meio da adequação da norma ao fato-espécie, mas é, também, o de encontrar o sentido, ou o *lógos* da norma legal; e, ainda, o de preencher os vazios do regramento positivo, para o que se socorre de múltiplos instrumentos, todos eles contidos no *universum* jurídico ou, pelo menos, com ele tangenciando. A interpretação, embora obedeça a uma determinada metódica, não escapa às influências diversas que fazem parte da mundividência do profissional do Direito ou, ainda, de sua carga de valores pessoais; desta forma, o trabalho interpretativo desenvolve-se dialógica e criticamente. Se esses aspectos recaírem sobre as fraturas dos paradigmas jurídicos, então o trabalho do operador do Direito, na veste de intérprete, poderá resultar na própria transformação do Direito posto. Por outras palavras, as realidades enfrentadas pelos tribunais podem resultar na perspectivação de um novo Direito.

Se a experiência jurídico-jurisdicional desempenha *elle-même* um papel transformador do Direito – como hoje temos verificado nas decisões do STF, com relação à matéria constitucional –, então já não poderemos confundir o operador do Direito com o burocrata do Direito e nem o juiz, o promotor de justiça ou o advogado encarnarão a figura do *iuris peritus*.

36 OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica*. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 23.

Serão, como já defendia Ferreira de Melo, agentes da política do Direito.

## REFERÊNCIAS

AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1997.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Fernando Melro. S/l.: Publicações Europa-América, s/d.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. 7. ed. Tradução de António Correia. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

COSTA, Joaquín. **A ignorância do Direito**. Tradução notas e apresentação de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

OPPENHEIM, F. E. **Ética e filosofia política**. Tradução ao italiano de Maria Carla Galavotti. Bolonha: Mulino, 1971.

POPPER, Karl R. **Conhecimento objetivo**. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Metodologia do ensino jurídico: aproximação ao método e à formação do conhecimento jurídico**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SARTORI, Giovanni. **A política**. 2. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica**. Vol. II. São Paulo: Loyola, 2002.

VICO, Giambattista. **Principios de una ciencia nueva: en torno de la naturaleza común de las naciones**. 3. ed. Trad. ao espanhol de José Carner. México: Fondo de Cultura Economica, 2006.

## NOTA TÉCNICA 01/2012/CCO

**Marcelo de Tarso Zanelato***Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

## SUMÁRIO

Crimes contra as relações de consumo. Comercialização de produtos impróprios. Desnecessidade de perícia para caracterização quando se tratar de: (a) produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; e, regra geral, (b) produtos em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. Crimes formais e de perigo abstrato.

## 1 OBJETO

Por conta da atual indefinição que grassa na jurisprudência a respeito da (des)necessidade de realização de perícia para a configuração dos crimes contra as relações de consumo previstos no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, e também porque é acentuada a ocorrência dessa espécie de delito nas relações cotidianas, o Centro de Apoio Operacional do Consumidor do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (CCO) posiciona-se sobre o assunto, mediante a emissão da presente Nota Técnica.

|         |               |      |       |              |                |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 8 | n. 19 | p. 137 - 154 | jul./dez. 2011 |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|

## 2 ABORDAGEM FÁTICO-JURÍDICA

A despeito da *venda, exposição à venda, manutenção em depósito e entrega de produtos impróprios ao consumo* consubstanciar a maior incidência prática de condutas no âmbito dos crimes contra as relações de consumo, ainda não há um entendimento jurisprudencial claro e uníssono nos Tribunais Superiores acerca do assunto.

O crime em voga é tipificado pelo art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, que encerra uma norma penal em branco preenchida pelo § 6º do art. 18 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), cujas transcrições seguem abaixo, respectivamente,:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Art. 18 [...]

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Da leitura dos dispositivos acima é possível concluir que, na realidade, há quatro matrizes de impropriedades de produtos ao uso e consumo, já que o inciso II engloba duas normas.

Portanto, pode-se afirmar de forma didática que são impróprios ao consumo os produtos (matéria-prima ou mercadorias, para usar as palavras do inciso IX, do art. 7º supra):

1- (I) - cujos prazos de validade estejam vencidos;

2- (II-a) - deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos;

- 3- (II-b) - aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação<sup>1</sup>; e
- 4- (III) - que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Nesse contexto, afigura-se inapropriado dispensar o mesmo tratamento jurídico para os três incisos acima transcritos (e quatro normas por eles englobadas) para fins de classificá-lo como material, formal ou de mera conduta e, por consequência, para efeito de dispensar ou não a realização de perícia para caracterizá-lo, já que o elemento normativo do tipo respectivo (*matéria prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo*), repita-se, abrange quatro situações distintas e inconfundíveis a serem analisadas (individualmente) para tal propósito.

Fixada essa premissa e tendo em conta que o ponto da controvérsia reside em perscrutar se a realização de perícia é indispensável à caracterização da aludida infração penal, cumpre trazer a classificação de crime quanto ao resultado.

#### Segundo Mirabete e Fabbrini<sup>2</sup>,

No crime material há necessidade de um resultado externo à ação, descrito na lei, e que se destaca lógica e cronologicamente da conduta. Esse resultado deve ser considerado de acordo com o sentido naturalístico da palavra, e não com relação a seu conteúdo jurídico, pois todos os crimes provocam lesão ou perigo para o bem jurídico. Exemplos são o homicídio (morte), furto e roubo (subtração), dano (destruição, inutilização) etc.

No crime formal não há necessidade de realização daquilo que é pretendido pelo agente, e o resultado jurídico previsto no tipo ocorre ao mesmo tempo em que se desenrola a conduta, “havendo separação lógica e não cronológica entre a conduta e o resultado”. No delito de ameaça (art. 147), a consumação dá-se com a prática do fato, não se exigindo que a vítima realmente fique intimidada; no de injúria (art. 140) é suficiente que ela exista, independentemente da reação psicológica do ofendido etc.

Nos crimes de mera conduta (ou de simples atividade) a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente. Não sendo relevante o resultado material, há uma ofensa (de dano ou de perigo) presumido pela lei diante da prática da conduta. Exem-

1 Essa expressão, por evidente, também carece de complementação - preenchimento - por outras normas, não raro, de caráter administrativo.

2 MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 24. ed., São Paulo: Atlas., p. 123-124.



plos são a violação de domicílio (art. 150), o ato obsceno (art. 233), a omissão de notificação de doença (art. 269), a condescendência criminosa (art. 320) e a maioria das contravenções.

É possível perceber, portanto, que o inciso I e, regra geral, a parte final do inciso II do § 6º do art. 18 do CDC preenchem o tipo do art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 de maneira tal que não há necessidade da realização do resultado naturalístico para que o crime se perfectibilize. Em outras palavras, por não se enquadrarem na categoria de crimes materiais, prescindem de prova pericial.

A excepcionalidade, quanto à parte final do inciso II, reside em situações tais em que o caso concreto aponte a necessidade de demonstração, por prova material, de que a norma regulamentar de fabricação foi desrespeitada, como, por exemplo, na falta ou excesso de ingrediente na composição de determinado produto (*v.g.*, falta ou excesso de sódio em enlatados). Definitivamente, essa hipótese consubstancia rara exceção, pois, no mais das vezes, a inobservância das regras de fabricação, distribuição ou apresentação pode ser constatada mediante mera visualização do produto.

Filomeno (2010, p. 280), em Manual de Direito do Consumidor<sup>3</sup>, colaciona excerto de acórdão lavrado no âmbito do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo<sup>4</sup>, com o seguinte teor:

[...] o art. 18, § 6º, I, do Código do Consumidor, ao aludir a que são impróprios ao uso e consumo os produtos cujos **prazos de validade estejam vencidos, deixa evidenciado que essa impropriedade é meramente formal e, por isso mesmo, sua configuração independe do verdadeiro estado do produto, se ainda em condições ou não de consumo**; em outras palavras, o produto com prazo de validade vencido é de ser tido por impróprio ao consumo o que obsta seja exposto à venda, tal como sucedia com as cervejas apreendidas; também são havidos por impróprios ao consumo os **produtos em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação (art. 18, § 6º, inc. II, última figura)**; nesta hipótese, que igualmente contempla mera impropriedade formal, o produto é considerado impróprio com decorrência de desrespeito à regulamentação, inexistindo a exigência de que apresentem efetiva nocividade à saúde do consumidor; nela se enquadram os pedaços de queijo apreendidos, cujas embalagens não

3 FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 280.

4 Ap. Crim. n. 997.685-1, 8ª Câmara do TACRIM-SP, Rel.: Juiz Barbosa de Almeida, j. 26/9/1996.

traziam, por qualquer forma, informações a propósito de origem, prazo de validade e outros dados exigidos pelo art. 31, do Código do Consumidor; (sem grifos no original).

Nem poderia ser diferente, porquanto, partindo-se da premissa de que o bem jurídico tutelado (imediatos), para uns, é a proteção e integridade da relação de consumo ou, para outros, a coletividade de consumidores, tem-se como sendo de perigo abstrato as duas configurações do crime em voga, à medida que, segundo a definição de Greco, crime de perigo “É aquele no qual o tipo penal prevê um comportamento que traz perigo de dano ao bem juridicamente protegido”<sup>5</sup>, sendo que “[...] crime de perigo abstrato, também reconhecido como de perigo presumido, em que basta a prática do comportamento previsto pelo tipo para que a infração penal reste consumada, **independentemente da produção efetiva de perigo ao bem juridicamente tutelado [...]**”<sup>6</sup> (sem grifos no original).

É essa, pois, a linha de raciocínio que se entende como sendo a mais adequada para nortear a abordagem jurídica dos casos concretos, tal como adotada à unanimidade pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, em recentíssima decisão (j. 25/11/2011), fez constar do corpo do acórdão relatado pelo Des. Leopoldo Augusto Brüggemann o seguinte:

[...]

Assim. Tratando-se do inciso I e parte do inciso II, basta a constatação ocular do prazo de validade vencido no rótulo do produto, uma irregularidade na data, como data remarcada ou, ainda, ser a embalagem inadequada, para restar o agente incurso no delito supracitado. É crime de perigo abstrato, pois basta que haja o desrespeito a determinada norma para que esteja configurado, sendo irrelevante a constatação por perícia.

Repita-se, não é necessária a avaliação técnica para a verificação da data de validade do produto, pois é uma informação dada pelo próprio fabricante e que se encontra na embalagem da coisa. Assim, datas ultrapassadas e remarcadas (vide itens 9 e 32 da denúncia, dentre outros), são facilmente visualizadas.

O mesmo pode ser dito quanto a estar o produto em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação (embalagem irregular e infor-

5 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 29.

6 *Op. cit.*, p. 29.

mações tampadas – vide itens 11, 12, 16 e 31, da denúncia, por exemplo), pois suficiente a confirmação da ocorrência destas anormalidades pela simples contemplação dos invólucros ou recipientes usados para embalar as substâncias.<sup>7</sup>

Merece destaque, desde logo, o fato de que a esmagadora maioria dos ilícitos constatados nas operações mensais do consagrado Programa de Proteção Jurídico-Sanitária dos Consumidores de Produtos de Origem Animal (POA) encaixa-se nas duas situações acima descritas (inciso I e parte final do inciso II do § 6º do art. 18 do CDC).

## 2.1 APANHADO JURISPRUDENCIAL

Não obstante, o que se tem observado é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a exemplo do HC 132.257-SP, relatado pela Ministra Laurita Vaz, em 23/8/2011, tem iniciado uma inclinação noutro sentido, lastreada em acórdão paradigmático do Supremo Tribunal Federal (STF) (HC 90.779-2-PR, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, em 17/6/2008).

Contudo, ao realizar uma análise crítica do conteúdo do mencionado acórdão do STF, é possível concluir que não há fundamentos suficientes a justificar uma consolidação da aparente mudança de posicionamento, pelos motivos que seguem.

### 2.1.1 Posição do Supremo Tribunal Federal

2.1.1.1 Inciso I (“produtos cujos prazos de validade estejam vencidos”) do § 6º do art. 18 do CDC, preenchendo o art. 7º, IX, da Lei 8.137/90.

A Primeira Turma do STF, à unanimidade de votos, por intermédio de decisão proferida em 9/5/2000, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 80.090-4-SP, materializada pelo acórdão da lavra do Min. Ilmar Galvão, entendeu que a exposição à venda de mercadoria com prazo de validade vencido consubstancia crime “formal e de mera conduta, consumando-se com a simples ação do agente, sendo dispensável a comprovação da impropriedade material”.

A mesma Primeira Turma, em decisão posterior a antes mencionada, de 17/6/2008 (HC 90.779-2-PR, Rel. Min. Carlos Ayres Britto), além de não ter alterado o entendimento – até porque não abordou esse inciso –, a ela reportou-se no corpo do acórdão respectivo, de sorte que **permanece hígido o entendimento do STF de que não há necessidade de perícia para comprovar a impropriedade de produtos cujos prazos de validade estejam vencidos.**

2.1.1.2 Inciso II, primeira parte (“produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos [...]”), do § 6º do art. 18 do CDC, preenchendo o art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90.

Nenhuma das duas decisões do STF (HC 80.090-4-SP e HC 90.779-2-PR) abordou o assunto.

2.1.1.3 Inciso II, segunda parte ([...] aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação), do § 6º do art. 18 do CDC, preenchendo o art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90.

O primeiro acórdão não tratou desse ponto específico.

No segundo julgado, o Ministro Carlos Ayres Britto iniciou seu voto deduzindo consistente manifestação, inclusive destacando que

[...] tenho por acertada a decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça, pois a definição do Código de Defesa do Consumidor quanto ao que sejam produtos impróprios para o consumo evidencia a natureza meramente formal da impropriedade de que trata o inciso II do art. 6º da Lei n. 8.078/90. E de outra maneira não podia ser, dadas as peculiaridades das situações abarcadas pelas relações de consumo, tais como: a grande quantidade de pessoas expostas aos riscos, a enorme quantidade de produtos fabricados e postos em circulação no mercado nacional, etc. (fl. 257).

Entretanto, o Ministro Marco Aurélio sustentou a necessidade da realização da prova pericial, apesar de aventar que “O crime é realmente formal, mas há que se demonstrar a impropriedade do produto para o uso” (fl. 262), sendo que seu posicionamento acabou sendo decisivo para o desfecho do julgado, já que influenciou os demais votos.

Não obstante, a Ministra Cármen Lúcia, a despeito de acompanhar os demais membros do colegiado, fez as seguintes e lúcidas observações:

[...] Para esses casos dessa parte final – porque, **na verdade, esse inciso II contém duas normas** –, eventualmente nós vamos poder nos deparar com alguma situação em que o próprio confronto, o próprio cotejo permita, independentemente de perícia, qualquer coisa, mas que, de toda sorte, como não é o caso, **eu apenas estou acompanhando, não fechando essa matéria, eu me reservo para pensar.** (fl. 270) (sem grifos no original).

[...] Então, apenas para deixar o registro dessa reserva, que **eu me proponho a reestudar, e não quero fechar a questão.** (fl. 271) (sem grifos no original).

Enfim, o acórdão comentado, que acabou se tornando parâmetro para decisões subsequentes, recebeu a ementa cuja transcrição segue abaixo:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. FABRICAÇÃO E DEPÓSITO DE PRODUTO EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO. INCISO IX DO ART. 7º DA LEI 8.137/90. CONFIGURAÇÃO DO DELITO. DELITO FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA EFETIVA NOCIDADE DO PRODUTO. REAJUSTAMENTO DE VOTO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA IMPROPRIIDADE DO PRODUTO PARA USO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ÔNUS DA PROVA DO TITULAR DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Agentes que fabricam e mantêm em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. Imputação do crime do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/90. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6º do art. 18 da Lei n. 8.078/90.

2. São impróprios para o consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos.

Assim, em que pese o STF ter se posicionado, por ora, pela necessidade de prova pericial para a demonstração de impropriedade de produtos *em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação*, o fez de maneira **não conclusiva**, até porque

calçado em abordagem superficial.

2.1.1.4 Inciso III (“os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados aos fins a que se destinam”) do § 6º do art. 18 do CDC, preenchendo o art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90.

Nenhuma das duas decisões do STF abordou o assunto.

## 2.1.2 Posição do Superior Tribunal de Justiça

2.1.2.1 Inciso I (“produtos cujos prazos de validade estejam vencidos”) do § 6º do art. 18 do CDC, preenchendo o art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90.

### QUINTA TURMA

Segundo o levantamento realizado, da análise das cinco últimas decisões colegiadas da **Quinta Turma** do STJ, [1- Resp. 1.050.908/RS, Dje. 3/8/2009, Rel. Min. Jorge Mussi; 2- Resp. 1.113.330/RS, Dje. 4/2/2010, Rel. Min. Laurita Vaz; 3- RHC 24.516/RO, Dje. 5/5/2010, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; 4- AgReg em Resp. 1.181.141/RS, Dje. 17/8/2010, Min. Laurita Vaz; e 5- HC 13.257/SP, Dje. Min. Laurita Vaz] é possível concluir da fundamentação dos acórdãos **1**, **2** e **4** que o crime atinente a este inciso (I) é formal, de sorte que dispensa a realização de perícia.

No terceiro acórdão (**3**), embora o caso concreto refira-se a prazo de validade vencido (inciso I), a fundamentação do voto do relator não é suficientemente clara e não permite a extração de uma conclusão segura, pois se embasa numa ementa que aborda o inciso II, além de não explicitar as razões para convencimento.

Já no quinto acórdão (**5**), também a despeito de o suporte fático tratar de prazo de validade vencido (inciso I), a fundamentação do voto da relatora igualmente não é suficientemente clara e não permite que se obtenha uma conclusão segura, pois se embasa em três ementas, sendo a

primeira delas o acórdão **3** acima comentado e as duas outras abordam o inciso II (a segunda é o acórdão **1** e a terceira é a mais recente decisão do STF - HC 90.779-2-PR).

Ademais, a mencionada fundamentação traz as seguintes razões de convencimento:

[...] Sobre o tema, este Tribunal Superior orientava-se no sentido de que, para a conduta se adequar ao crime do art. 7º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90, c.c. o art. 18, § 6º, **inciso I**, da Lei n.º 8.078/90, basta a constatação de que os bens estão fora do prazo de validade, sendo desnecessária análise pericial para comprovar a impropriedade da substância ao consumidor.

Ocorre que esse entendimento foi revisto.

Agora, para caracterizar o crime do art. 7º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90, c.c. o art. 18, § 6º, **incisos II e III**, da Lei n.º 8.078/90 é imperiosa a demonstração da impropriedade do produto ao consumo. Segundo a melhor exegese para esse dispositivo, o descumprimento de normas administrativas referentes às condições higiênico-sanitárias não implica, necessariamente, nocividade à saúde do consumidor. Assim, essa potencialidade lesiva deve ser feita mediante exame pericial. (sem grifos no original)

Verifica-se, portanto, que inexistente sintonia entre os incisos cotados e, corolário lógico, entre o substrato jurídico deles emergente, já que, como antes mencionado, cada qual traz uma disciplina distinta.

Talvez essa a razão do equívoco quando se menciona que o entendimento foi revisto.

Por essas razões é possível concluir que permanece hígido o entendimento sufragado pelo STF no ROHC n. 80.090-4-SP, de 9/5/2000, segundo o qual **não há necessidade de perícia para comprovar a impropriedade de produtos cujos prazos de validade estejam vencidos.**

## SEXTA TURMA

Dos três últimos acórdãos da **Sexta Turma** do STJ, [**6**- RHC 15.087/SP, Dje. 5/2/2007, Rel. Min. Hamilton Carvalhido; **7**- AgReg em Resp. 1.202.213/RS Dje. 8/6/2011, Min. Haroldo Rodrigues; e **8**- Resp. 1.184.240/TO, Dje. Min. Haroldo Rodrigues], somente o primeiro (**6**)

refere-se ao inciso I, considerando-o de perigo abstrato ou presumido e, portanto, dispensando a realização de perícia. Os demais (7 e 8), que fazem uma abordagem lacônica e genérica, pois deixaram de individualizar os incisos, pontificam a necessidade de prova pericial.

Conclui-se, destarte, como registrado acima, que permanece irretocável o entendimento do STF de que **não há necessidade de perícia para comprovar a impropriedade de produtos cujos prazos de validade estejam vencidos** (art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, preenchido pelo inciso I do § 6º do art. 18 do CDC).

2.1.2.2 Incisos II e III do § 6º do art. 18 do CDC, preenchendo o art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90.

Não obstante o inciso II abarcar “duas normas” distintas, não foram localizados acórdãos de nenhuma das duas turmas que tivessem feito tal diferenciação.

O que se constatou foi a realização de uma abordagem genérica, quase sempre dispensando o mesmo tratamento aos três incisos, sendo que há uma cadeia de citações sucessivas a precedentes jurisprudenciais do próprio STJ com as mesmas particularidades ora explicitadas, além de referências circunstanciais ao segundo acórdão do STF antes comentado (HC 90.779-2-PR, Rel. Min. Carlos A. Britto, 17/6/2008).

### 2.1.3 Posição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Realizou-se um levantamento dos mais recentes acórdãos lavrados no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) acerca do assunto, cujo resultado da análise segue abaixo:

2.1.3.1 Inciso I (“produtos cujos prazos de validade estejam vencidos”) do § 6º do art. 18 do CDC, preenchendo o art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90.

Acórdãos recentes da **Primeira** (Ap. Crim. 2010.022441-2, Rel. Des. Marli Moissimann Vargas, 8/2/2011), **Segunda** (Ap. Crim. 2011.058129-



8, Rel. Des. Subst. Túlio Pinheiro, 18/10/2011) e **Terceira** (Ap. Crim, 2011.037273-0, Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, 10/1/2012) **Câmaras Criminais** trazem posicionamento claro sobre a prescindibilidade de perícia à constatação de condutas típicas relacionadas ao inciso I, à medida que entendem não se tratar de crime material.

2.1.3.2 Inciso II, 1ª e 2ª partes (“produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos // ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação”), do § 6º do art. 18 do CDC, preenchendo o art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90.

A **Primeira Câmara Criminal**, por via da decisão materializada pelo acórdão referente à Ap. Crim. 2008.055800-0, Rel. Des. Rui Fortes, 19/12/2011, posicionou-se pela desnecessidade da perícia, entendendo tratar-se de crime formal a conduta típica então ventilada. Analisando o suporte fático que deu ensejo ao processo, constata-se que se refere à abate clandestino, ou seja, capitulado na parte final do inciso II.

A **Segunda Câmara Criminal**, no entanto, ao anunciar a mudança de entendimento, passou a exigir perícia para constatação do crime previsto neste inciso (II) (Ap. Crim. 2011.061623-0, Rel. Des. Sérgio Paladino, 19/12/2011), acompanhando a última decisão do STF (vide item 2.1.1.3) e decisões da Quinta (5) e Sexta (8) Turmas do STJ (vide item 2.1.2.1), as quais foram objeto de análise crítica acima.

Merece destaque que, por não ter transitado em julgado até o momento, o acórdão da Segunda Câmara poderá ser objeto de recurso.

A **Terceira** (Ap. Crim. 2011.037273-0, Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, 10/1/2012) e **Quarta** (Ap. Crim. 2010.005053-2, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, 16/6/2011) **Câmaras Criminais**, no entanto, em sintonia com a Primeira Câmara Criminal, continuam se posicionando pela prescindibilidade de perícia para a configuração do crime relacionado à parte final do inciso II.

Digno de destaque, também, que os acórdãos mencionados aler- tam para a necessidade de se dispensar tratamento distinto para as duas categorias de impropriedades de produtos abordadas pelo inciso II, já que, segundo anotam, “as hipóteses dos **incisos II, primeira parte** (os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados,

corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde e perigosos) e **inciso III** são de perigo concreto, cuja comprovação exige prova técnica acerca da impropriedade ao uso e consumo” (Ap. Crim, 2011.037273-0 – sem grifos no original).

2.1.3.3 Inciso III (“os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados aos fins a que se destinam”) do § 6º do art. 18 do CDC, preenchendo o art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90.

Dos acórdãos analisados, somente na fundamentação dos lavrados no âmbito da Terceira e Quarta Câmaras Criminais houve menção a este inciso (III), reputando-o integrante de crime material.

## 2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

O retrato atual das últimas decisões exaradas pelo STF, STJ e TJ/SC permite afirmar que a jurisprudência sobre o assunto não está sedimentada e que a corrente jurisprudencial que está se formando carece de parâmetros mais precisos para dar o tratamento jurídico adequado ao tema, até porque vem adotando como pedra angular acórdão do STF (HC 90.779-2-PR, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, 17/6/2008) que, a par de ter enfrentado perfunctoriamente a questão, registrou no voto da Ministra Cármen Lúcia a necessidade de retomar o assunto. Ademais, os acórdãos do STJ, citados como precedentes à mudança, não trazem fundamentos consistentes a justificá-la, até porque, alguns deles, como visto, são equivocadamente embasados em decisões que tratam de assuntos – incisos –, diversos, com tratamento jurídico diferenciado.

Apesar de a jurisprudência majoritária do TJ/SC ainda indicar – corretamente na nossa perspectiva – que a perícia é prescindível à comprovação do crime vinculado à parte final do inciso II<sup>8</sup> (Primeira, Terceira e Quarta Câmaras Criminais), verifica-se que há possibilidades de alteração, tal como ocorreu no âmbito da Segunda Câmara Criminal, por meio de decisão não transitada em julgado.

8 Art. 18, § 6º, **inciso II, segunda parte**, do CDC, c.c. o art. 7º, IX, da Lei 8.137/90: quando o caso concreto tratar de crimes relacionados à *apreensão de produtos em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação*, como ocorre, por exemplo, em hipóteses de apreensão de carne oriunda de abatedouros clandestinos e de produtos de origem animal (carnes, leite, ovos) sem o selo de inspeção sanitária.

Quanto ao inciso Iº, o TJSC é unânime ao dispensar a perícia para a configuração do crime respectivo.

Como antes sustentado, as infrações penais ora comentadas (inciso I e, regra geral, parte final do inciso II) não se coadunam com a classificação de crimes materiais, pois os tipos claramente dispensam a ocorrência de um resultado naturalístico para se perfectibilizarem, de sorte que o laudo pericial é dispensável à prova da materialidade. De igual maneira, não há dúvida que se enquadram no conceito de crime de perigo abstrato, à medida que a lei descreve a conduta e presume que o agente, ao realizá-la, expõe a risco o bem jurídico tutelado.

A exata compreensão acerca da objetividade jurídica é de crucial importância para se entender porque a violação da norma penal em branco, preenchida pela parte final do inciso II do § 6º do art. 18 do CDC, não consiste em criminalização da conduta decorrente de mero “descumprimento de normas administrativas referentes às condições higiênico-sanitárias”, fundamento este (equivocadamente) utilizado por alguns julgados, inclusive do STJ, para exigir o laudo pericial para configuração do crime.

Com efeito, a importância que a sociedade e o Estado dão à defesa do consumidor é tamanha que a Constituição Federal alçou-a à condição de direito e garantia individual (CF, art. 5º, XXXII) – cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV) – e de princípio da ordem econômica (CF, art. 170, V). Não bastasse, o constituinte originário determinou ao legislador ordinário que elaborasse o CDC, fixando o prazo de cento e vinte dias para fazê-lo (CF, art. 48 do ADCT).

Ora, tendo o direito penal como função preponderante a proteção dos bens jurídicos mais caros à convivência harmônica da vida em sociedade, sendo que somente os interesses mais relevantes é que são erigidos à categoria de bens jurídicos penalmente tutelados (caráter fragmentário e de subsidiariedade), não há dúvida que a defesa do consumidor encaixa-se nesta categoria, à medida que mereceu especial atenção do constituinte originário.

Nessa linha amolda-se o propósito do legislador ordinário ao conceber a Lei n. 8.137/90, que define, entre outros, crimes contra as relações de consumo, nos quais está inserido o art. 7º, IX, aqui abordado, que

<sup>9</sup> Art. 18, § 6º, **inciso I**, do CDC, c.c. o art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, quando a conduta típica se referir à venda de *produtos cujos prazos de validade estejam vencidos*.

visa proteger o consumidor e o respectivo sistema protetivo dos efeitos deletérios ocasionados pela comercialização de produtos impróprios ao consumo definidos pelos três incisos do § 6º do art. 18 do CDC.

Ocorre que os danos decorrentes do consumo de produtos impróprios não irradiam apenas à vida, à saúde e ao patrimônio do consumidor, pois também trazem consequências nefastas ao próprio funcionamento do mercado, à medida que a circulação desses produtos prejudica também os fornecedores aprecatados que suportam os ônus decorrentes dos cuidados para manter, por exemplo, seus produtos de acordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição e apresentação (inciso II, parte final), e para evitar que permaneçam nas prateleiras aqueles cujos prazos de validade tenham expirado (inciso I).

É possível concluir, portanto, que a objetividade jurídica imediata do dispositivo penal sob comento possui duplo aspecto, pois, ao mesmo tempo que pertine à integridade das relações de consumo como sistema, busca proteger também a coletividade de consumidores indeterminados; mediatamente, protege o consumidor que, na relação de consumo, pode adoecer ou suportar prejuízos econômicos com a aquisição de produtos impróprios.

Andrade (2008, p. 90-91) explica, em parte, o porquê da dificuldade de se alcançar essa compreensão em se tratando de bens jurídicos difusos e coletivos:

[...] a delimitação desse bem jurídico é tarefa árdua e com grande possibilidade de não chegar a bom termo, existindo na doutrina grande confusão e imprecisão a respeito.

Essa dificuldade de delimitação é própria dos bens jurídicos coletivos e difusos, que, ao contrário dos bens jurídicos da dogmática tradicional, não são de fácil determinação. Estes, como bem se enfatiza, em geral aparecem ligados diretamente à pessoa (vida, saúde, liberdade, patrimônio etc.), possuindo um caráter microssocial, o que facilitava a sua delimitação. Na sociedade moderna, no entanto, notadamente no âmbito econômico, têm surgido bens jurídicos que não estão ligados diretamente à pessoa, referindo-se mais ao funcionamento do sistema e menos às bases de sua existência (v.g., qualidade do consumo, meio ambiente), cuja determinação resulta muito difícil.<sup>10</sup>

Essa noção reforça ainda mais a conclusão lógica já obtida pela

<sup>10</sup> ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes Contra as Relações de Consumo**. Curitiba/PR: Juruá, 2008. p. 90-91.

própria construção típica do dispositivo legal analisado, de que se tratam de crimes de perigo abstrato as condutas definidas pelo inciso I e, regra geral, pela parte final do inciso II e, diante disso, dispensam a realização de perícia para que se configurem.

Definitivamente, não consubstanciam mera criminalização da conduta atinente ao “descumprimento de normas administrativas referentes às condições higiênico-sanitárias”.

## CONCLUSÕES

1. O art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 é uma norma penal em branco preenchida pelo art. 18, § 6º, I, II e III, da Lei n. 8.078/90 (CDC).

2. Os três incisos abrangem quatro matrizes conceituais de impropriedades de produtos ao uso e consumo, já que o inciso II engloba duas normas, sendo que a parte final também carece de complementação.

3. Cada uma das quatro normas existentes nos três incisos deve ser individualmente analisada para efeito de extração do tratamento jurídico respectivo.

4. A construção típica que se observa das regras de conduta delineadas pelo inciso I e, no mais das vezes, pela parte final do inciso II demonstra que se trata de crimes formais e de perigo abstrato, dispensando, portanto, a existência de resultado naturalístico.

5. Por outro lado, a objetividade jurídica de ambas as regras de conduta reafirma a conclusão indicada no item “4” acima.

6. Com relação ao inciso I, a jurisprudência do STF e das quatro Câmaras Criminais do TJ/SC é pacífica ao pontificar a desnecessidade do laudo pericial, por não considerá-lo crime material. A realização de uma análise crítica da jurisprudência do STJ conduz à mesma conclusão, a despeito da ocorrência de equívocos na fundamentação de alguns julgados – demonstrados acima – que culminaram em decisões contrárias a esse posicionamento em casos isolados.

7. No que respeita à parte final do inciso II, o único acórdão do STF que trata do assunto, utilizado como paradigma a partir de então, trouxe fundamentação lacônica e explicitamente não conclusiva – além

de, no nosso ponto de vista, não justificar a mudança de entendimento. Não obstante, começaram a surgir julgados do STJ nele amparados, com fundamentos não convincentes, até porque alguns deles são equivocadamente embasados em decisões que tratam de assuntos – incisos – diversos, com tratamento jurídico diferenciado. O TJ/SC, por sua vez, por intermédio da Primeira, Terceira e Quarta Câmaras Criminais, continua entendendo que a configuração do crime vinculado à segunda parte do inciso II dispensa demonstração pericial. Apenas a Segunda Câmara Criminal, influenciada pelos precedentes do STJ e do STF com as peculiaridades antes comentadas, anuncia a mudança de entendimento por meio de decisão que ainda não transitou em julgado.

8. O estudo, ora apresentado, e a análise crítica dos fundamentos utilizados pelas decisões que estão motivando a alteração da jurisprudência reforçam ainda mais a posição do Centro de Apoio Operacional do Consumidor (CCO) de que é dispensada a perícia para provar a materialidade dos crimes do art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 c.c. o **inciso I** do § 6º do art. 18 do CDC (“vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar produtos cujos prazos de validade estejam vencidos”) e, regra geral, do art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 c.c. o **inciso II, segunda parte**, do § 6º do art. 18 do CDC (“vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar produtos em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação”), os quais constituem a grande maioria dos ilícitos constatados nas operações do consagrado Programa Jurídico Sanitário de Proteção do Consumidor de Produtos de Origem Animal (POA), desenvolvido pelo Ministério Público de Santa Catarina em conjunto com diversos parceiros.



# A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA N. 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Fábio de Souza Trajano**

*Promotor de Justiça Florianópolis-SC*

*Mestre em Ciência Jurídica*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 Direitos fundamentais. 2 Direitos positivos em face do Estado na visão de Robert Alexy e J. J. Gomes Canotilho. 3 Defesa do consumidor como direito e garantia fundamental. 3.1 Normas de ordem pública e interesse social. 3.2 A Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. Considerações finais.

## RESUMO

O Estado está proibido de deixar de proteger o consumidor, por ser considerado um direito e uma garantia fundamental, impondo-se, por consequência, uma intervenção ativa para propiciar sua adequada e efetiva tutela. Um desdobramento bastante significativo do Direito do Consumidor como direito e garantia fundamental é o fato de as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor serem consideradas de ordem pública e interesse social. O Estado-Juiz deve conhecer as cláusulas abusivas dos contratos de consumo de ofício, independente do pedido do autor. A Súmula n. 381 do STJ privilegiou o forte, dando preferência a regras processuais em detrimento das regras de direito ma-

|         |               |      |       |              |                |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 8 | n. 19 | p. 155 - 180 | jul./dez. 2011 |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|



terial e dos valores mais importantes previstos na Constituição Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado. Direito do consumidor. Obrigação proteção. Súmula 381, STJ. Inconstitucionalidade.

### ABSTRACT

The state is prohibited from leaving to protect the consumer, viewed as a right and a fundamental guarantee, necessitating therefore active intervention to provide an adequate and effective protection. A fairly significant breakdown of consumer law as a right and a fundamental guarantee is that the rules of the Consumer Protection Code to consider public policy and social interest. The State Judge should know the unfair terms of consumer contracts for office, regardless of the plaintiff. The Gist of STJ 381 favored the strong, giving preference to the detriment of procedural rules of substantive law and the most important values provided by the Constitution.

**KEYWORDS:** State. Consumer law. Obligation Protection. Gist 381 STJ. Unconstitutional.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise da Súmula n. 381 do STJ e os valores da Constituição Federal aplicáveis ao caso.

Inicialmente, trata-se dos direitos fundamentais, destacando-se que, apesar de o Estado ser destinatário dos direitos fundamentais, os particulares também a eles estão vinculados, como ocorre em uma relação de consumo.

A relação existente entre os direitos fundamentais e o Estado será abordada na sequência, sendo dada ênfase à teoria dos direitos positivos em face do Estado na visão de Robert Alexy e J. J. Gomes Canotilho.

Já a defesa do consumidor, como direito e garantia fundamental, será tratada em seguida, discutindo-se sobre os motivos que levaram à

sua inclusão no referido rol e suas consequências, como a consideração de todas as normas do Código de Defesa do Consumidor como sendo de ordem pública e de interesse social, fazendo-se uma abordagem crítica da Súmula n. 381 do STJ, que proibiu o conhecimento de ofício do abuso das cláusulas nos contratos bancários.

Por fim, enumeram-se as considerações finais.

## 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ressalta-se, inicialmente, que os direitos fundamentais têm força vinculativa, conforme lição de Alexy, relacionando tal característica com a possibilidade de comprovação perante um Tribunal de sua violação, sendo, portanto, no dizer do referido autor, “justiciáveis”. Destaca Alexy, ainda, para demonstrar a força vinculativa dos direitos fundamentais, a disposição do art. 5.º, § 1º, da CF, que tem o seguinte enunciado: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.<sup>1</sup>

Segundo Sarlet, os direitos fundamentais, junto com os princípios fundamentais, integram o núcleo essencial da Constituição Federal vigente formal e material.<sup>2</sup>

Registre-se que os direitos fundamentais, conforme Eros Roberto Grau, são considerados princípios em sentido estrito e não diretrizes, assim como os princípios da ordem econômica previstos no art. 170, o disposto nos arts. 1º, *caput*, e incisos; 2º; 4º; e 5º, *caput*, e incisos, todos da Constituição Federal.<sup>3</sup>

Silva, ao tratar da constitucionalização do Direito, relaciona a “irradiação” dos valores constitucionais aos outros ramos do Direito, destacando que o principal ponto de tal irradiação é a vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais, o que é também chamado de efeitos horizontais dos direitos fundamentais.<sup>4</sup>

Nessa mesma linha, Canaris salienta que apenas “o Estado é des-

1 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62-63.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 61.

3 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 140.

4 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização dos direitos: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18.

tinatório dos direitos fundamentais”; todavia, outros cidadãos também são atingidos, produzindo os direitos fundamentais, pelo menos indiretamente, efeito em relação a eles, porquanto “no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante outro”, salientando corresponder essa perspectiva, hoje, “à doutrina amplamente dominante”, destacando decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, como o direito de o filho conseguir da mãe informações sobre a identidade do pai biológico ou o reconhecimento da vinculação do fiador pelo contrato de fiança, sob o argumento de ter sido o próprio fiador que restringiu seu direito fundamental.<sup>5</sup>

Ainda para Canaris, em relação à autovinculação das partes por contrato, a função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela também se aplica, porquanto, embora a vinculação contratual esteja baseada na autonomia privada, “apenas adquire vigência no plano jurídico-positivo mediante um ‘reconhecimento’ por parte do Estado e da ordem jurídica, sendo, além disso, garantida por estes com sanções, que vão até à execução forçada”.<sup>6</sup>

A defesa do consumidor, como direito e garantia fundamental, conforme o art. 5º, XXXII, da CF, é um exemplo da vinculação entre particulares de direitos fundamentais (Silva) ou de efeito entre particulares de direitos fundamentais (Canaris), porquanto em uma relação entre dois particulares, sem a interferência do Estado, devem ser observadas as normas de ordem pública e interesse social previstas no Código de Defesa do Consumidor, como a relativização da autonomia da vontade, fulminando como nulas de pleno direito cláusulas abusivas.

Aliás, um óbice para a irradiação dos princípios constitucionais aos outros ramos do Direito foi, segundo Silva, a “milénar tradição” de que o direito privado se rege pelo princípio da autonomia privada, sem estar submetido às normas de direito público,<sup>7</sup> felizmente já superada, pois não há mais qualquer dúvida quanto à preponderância constitucional sobre o direito privado,<sup>8</sup> representando, na verdade, uma visão republicana dos direitos fundamentais, em vez de uma perspectiva de cunho eminentemente liberal.

5 CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 58.

6 *Idem*, p. 71.

7 SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 41.

8 *Idem*, p. 43.

Após discorrer sobre aspectos gerais dos direitos fundamentais, aborda-se, na sequência, a relação existente entre os direitos fundamentais e o Estado, tendo em conta a preocupação de que sejam efetivamente “levados a sério”, passando, na lição de Canotilho, de uma “*law in the books para uma law in action para uma ‘living constitution’*”;<sup>9</sup> ou seja, passem a integrar, pela atuação estatal, a vida das pessoas.

## 2 DIREITOS POSITIVOS EM FACE DO ESTADO NA VISÃO DE ROBERT ALEXY E J. J. GOMES CANOTILHO

Objetivando analisar a forma de atuação estatal para dar concreitude à defesa do consumidor como um direito e uma garantia fundamental, destaca-se a Teoria dos Direitos Positivos em face do Estado sob a perspectiva de Alexy e Canotilho.

Conforme lições de Alexy, “a base da teoria analítica dos direitos é uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como ‘direitos’ em (1) direitos a algo; (2) liberdades; e (3) competências”.<sup>10</sup>

Tratar-se-á apenas das ações positivas, relacionadas a um dos objetos dos “direitos a algo” (o outro seriam as ações negativas),<sup>11</sup> que é o que efetivamente importa para o presente trabalho.

Alexy divide as ações positivas que o cidadão tem contra o Estado em dois grupos: um está relacionado a uma ação fática como objeto; e outro, a uma ação normativa como objeto.

Como exemplo do grupo relacionado à ação fática, Alexy destaca o direito do proprietário de escola privada a um benefício estatal por meio de subvenções, o direito a um mínimo existencial ou à pretensão individual para a criação de vagas na universidade, não importando que a satisfação da pretensão ocorra por meio de alguma forma jurídica, pois é indiferente para a satisfação do direito a forma em que ela ocorre.

Já direitos a ações positivas normativas relacionam-se a direitos a atos estatais de edição de normas, exemplificando com a edição de norma penal para a proteção de direitos fundamentais do nascituro ou

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 1163.

10 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 193.

11 Idem, p. 195.

a proteção do titular de um direito fundamental à liberdade científica.

Quando se trata de “direitos a prestações”, normalmente, relacionam-se a ações positivas fáticas, podendo ser designados como “direitos a prestações em sentido estrito”, e, em sua essência, ser realizados por particulares. Já os direitos a prestações normativas são designados como “direitos a prestações em sentido amplo”.<sup>12</sup>

Há muitos direitos fundamentais sociais “que, considerados direitos à prestação por excelência”, contêm posições relacionadas em parte a prestações fáticas e, em parte, a prestações normativas, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente, o qual, muitas vezes, é considerado como um direito fundamental social, ou pelo menos “como algo a ele próximo”. O referido direito difere do direito à assistência social, que exige apenas uma prestação fática.

Alexy ressalta que um direito fundamental ao meio ambiente corresponde a um “direito fundamental completo”, sendo formado por uma série de posições de tipos muito distintas, explicando da seguinte forma:

Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, o que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática).<sup>13</sup>

O direito do consumidor, da mesma forma, deve ser considerado um direito fundamental completo, pois pode se relacionar a diferentes pretensões: 1 – pode ser objeto do direito à abstenção do Estado em determinada relação de consumo, como a não intervenção por intermédio de legislação isentando o consumidor do pagamento do estacionamento em estabelecimentos comerciais (direito de defesa), preservando-se, inclusive, os consumidores que não utilizam o estacionamento e são atingidos por tal medida, pois tal isenção, por certo, implicará o aumento do preço

12 Idem, p. 201-203.

13 Idem, p. 442.

dos demais serviços e produtos; ou não interferindo nos preços dos produtos e serviços, em um mercado altamente competitivo, incentivando a livre concorrência; 2 - um direito de proteção contra intervenção de terceiro lesiva ao consumidor, tais como: práticas abusivas do fornecedor em prejuízo do consumidor, como imposição de cláusulas abusivas, a venda casada ou a venda de mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência, o que também é tipificado como crime; 3 - um direito a que o Estado adote medidas fáticas para proteção do consumidor, como a implantação de um órgão municipal de defesa do consumidor já criado por lei e ainda não instalado adequadamente; ou 4 - um direito a que o Estado edite normas, como a criação de um Sistema Estadual de Defesa do Consumidor em conformidade com a legislação federal sobre o assunto, prevendo, expressamente, um Fundo Estadual de Defesa do Consumidor, conforme previsão dos arts. 57 do CDC e 29 do Dec. 2.181/1997.

A “ideia guia”, segundo Alexy, de atribuição de direitos a prestações a dispositivos de direitos fundamentais é a seguinte: “Direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.<sup>14</sup>

“Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva”. Melhor esclarecendo, referido autor afirma que “se o titular de direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, em relação a *a*, o dever de realizar *h*”, concluindo que, havendo uma relação constitucional de referido tipo, entre o titular de direito fundamental e o Estado, terá o titular do direito fundamental a competência para exigir judicialmente mencionado direito, citando, expressamente, o art. 4.º, 1, da Constituição alemã.<sup>15</sup>

Tal exigibilidade, ainda segundo Alexy,

é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um caráter *prima facie*, ou seja, a natureza de princípios. O direito de fazer ou deixar de fazer o que quiser não é um direito com menor grau de validade ou

14 Idem, p. 446.

15 Idem, p. 445.

exigibilidade apenas em razão da possibilidade de que, ao final, ou seja, definitivamente, o indivíduo, em grande medida, não possa fazer ou deixar de fazer o que deseja. Esse direito, enquanto direito *prima facie*, é simplesmente um direito necessariamente restringível.<sup>16</sup>

Canotilho, com o subtítulo “Proposta da noção de posição jurídico-prestacional”, trata das obrigações positivas do Estado, ensinando, em relação aos direitos sociais ou direitos a prestações em sentido restrito, como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente (o direito à proteção do consumidor por parte do Estado), que o problema atual está em levá-los a sério. Não podem ser considerados como simples “aleluia jurídico”, cunhando a expressão de Schmitt, independente das dificuldades decorrentes de um tipo de direito “subjectivo” em que ausente a capacidade jurídica para obter a sua efetivação prática.<sup>17</sup>

Não se pode, na visão de Canotilho, citando lição de Alexy já destacada anteriormente, pela importância dos direitos fundamentais, deixar que a sua garantia, ou não garantia, seja “deixada a simples maiorias parlamentares”, encontrando-se um cidadão “numa posição jurídico-prestacional”, explicando que, no plano jurídico-dogmático, ocorre uma inversão do objeto do direito subjetivo, passando de uma pretensão relacionada à omissão dos poderes públicos ante a esfera jurídica a uma postulação de proibição de omissão, impondo-se uma intervenção ativa de fornecimento de prestações.<sup>18</sup>

Mencionado autor refuta o entendimento de que as posições jurídico-prestacionais limitam-se a uma única modalidade de situação jurídica, “reguladas por normas indeterminadas, vagas, injusticiáveis, não acionáveis, e, em último caso, não vinculantes”.<sup>19</sup>

Com base, assim, nas lições de Alexy e Canotilho, conclui-se, que o Estado está proibido de deixar de proteger o consumidor, por ser considerado um direito e uma garantia fundamental, tendo em vista sua importância, impondo-se, por consequência, uma intervenção ativa para propiciar sua adequada e efetiva tutela, admitindo-se, inclusive, ação judicial para alcançar tal finalidade, por ser considerado um direito

---

16 Idem, p. 446.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 51.

18 Idem, p. 52.

19 Idem, p. 53.

subjetivo do cidadão.<sup>20</sup>

Marques e Miragem, tendo em vista a doutrina dos direitos fundamentais de Alexy, identificaram o direito do consumidor como o que o referido autor denomina de “espécies de direito de proteção, pelos quais o titular do direito exerce-o frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiro”, concluindo que

Neste sentido o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e, excepcionalmente, ao próprio Estado (p. ex., art. 22, CDC).<sup>21</sup>

O Ministro Gilmar Mendes, baseado na teoria dos *status* de Georg Jellinek, especialmente o *status* positivo, que garante ao indivíduo capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, garante pretensões positivas,<sup>22</sup> manifesta-se no mesmo sentido.

Com efeito, asseverou o Ministro que, se o Estado não atua de forma adequada, há uma outra dimensão do princípio da proporcionalidade, qual seja a proibição da proteção insuficiente, que deve ser observado em relação à proteção do consumidor. O Estado tem o dever de legislar e agir de um modo geral, salientando que os deveres positivos não cumpridos exigem uma atuação do ente estatal.<sup>23</sup>

Tal conclusão não é diferente daquela destacada por Canotilho anteriormente, no sentido da obrigação de intervenção positiva dos poderes públicos para tutelar determinado direito fundamental, sendo admissível, inclusive, postular uma proibição de omissão.<sup>24</sup>

Marques, na mesma linha, pontua que, em razão da evolução do

20 Neste sentido ato editado pelo Ministério da Justiça, datado de 1988, determinando a fixação de etiquetas indicativas de preços em produtos expostos à venda, considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RMS 23.732, em julgamento realizado em 17.11.2009, sendo destacado pelo Min. Gilmar Mendes, relator do acórdão, que “o ato do Ministro da Justiça não violou qualquer dispositivo constitucional”, mas, ao contrário, observou dois dispositivos da Constituição: o inc. XXXII do art. 5.º, que diz que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; e o inc. V do art. 170, segundo o qual a ordem econômica deve observar os princípios de defesa do consumidor” (*Notícias STF*, 17 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116171&caixaBusca=N>>. Acesso em: 17 dez. 2009).

21 SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (org.). **Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva** - Homagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 136.

22 JELLINEK, Georg. *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** cit., p. 258.

23 MENDES, Gilmar. **A dimensão da proteção constitucional do direito do consumidor** (palestra). VI Congresso do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: A defesa do consumidor e a justiça - Ética, equidade e riscos: desafios da próxima década. Informação verbal, Starfish Resort Hotel, Aracajú-SE, 29 abr. 2009.

24 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais** cit., p. 52.



direito, como um dos instrumentos de modificações sociais, os direitos políticos (direitos fundamentais de primeira geração), os direitos econômicos e sociais (direitos fundamentais de segunda e terceiras gerações), “passam a ter eficácia positiva”. De um efeito meramente negativo, de proibição da interferência do Estado em determinadas atitudes dos indivíduos, passaram as referidas previsões constitucionais a ganhar “uma nova força ‘positiva’”, obrigando-se “o Estado a tomar certas atitudes, inclusive a intervenção na atividade privada para proteger determinado grupo difuso de indivíduos, como os consumidores”. Essa é a razão da disposição de o legislador moderno buscar dar eficácia prática aos novos direitos fundamentais do indivíduo, inclusive os direitos econômicos, “através da inclusão destes ‘objetivos constitucionais’ em normas ordinárias de direito privado”, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor.<sup>25</sup>

Compreendendo-se, assim, a obrigação de atuação do Estado-Executivo, Estado-Legislativo e Estado-Judiciário para a concretização de direitos fundamentais que exigem uma atuação positiva, trata-se, na sequência, do direito do consumidor como um direito e garantia fundamental.

### 3 DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL

Em razão da importância do consumidor no contexto social, o constituinte entendeu por bem incluir sua defesa como direito e garantia fundamental, assim como fez com outros temas relevantes, como o racismo, considerado crime inafiançável, gerando sérias consequências para o regime jurídico geral.<sup>26</sup>

Importância, aliás, demonstrada, em 15 de março de 1962, pelo então Presidente John F. Kennedy, em mensagem especial para o Congresso sobre a proteção dos interesses do consumidor, enumerando direitos fundamentais do consumidor: à segurança, à informação, à

25 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 513. Mesma lição na obra MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1.º a 74. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 55.

26 MENDES, Gilmar. A dimensão da proteção constitucional do direito do consumidor cit.

escolha e a ser ouvido.<sup>27</sup>

O referido documento foi considerado um marco na história da defesa do consumidor, provocando a gradativa preocupação, por muitos países, com a proteção do consumidor, inaugurando, segundo De Lucca, a terceira fase da proteção do consumidor. A primeira fase ocorreu após a Segunda Guerra, todavia ainda não se diferenciavam os interesses dos fornecedores e consumidores – a preocupação era com o preço, a informação e a rotulagem adequada dos produtos. Na segunda fase, a preocupação já era com a atitude do fornecedor diante do consumidor, destacando-se a figura do conhecido advogado americano Ralph Nader.<sup>28</sup>

A famosa mensagem do presidente americano, além de inspirar a Resolução n. 39.248, da Organização das Nações Unidas, que relacionou os principais direitos do consumidor,<sup>29</sup> a qual, por sua vez, serviu de fonte para o reconhecimento dos direitos básicos previstos no art. 6º do CDC, ensejou a comemoração, todos os anos, no dia 15 de março, do Dia Internacional do Consumidor, assim como também do Dia Nacional do Consumidor.<sup>30</sup>

Entendeu, assim, o constituinte, pela primeira vez na história da República, de reconhecer a defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental, proclamando no art. 5º, XXXII, da CF: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.<sup>31</sup>

Segundo Marques, promover exprime a noção de “assegurar afirmativamente que o Estado-Juiz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses

27 KENNEDY, John F. Mensagem especial para o Congresso. *Apud* CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral: outra concepção*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

28 LANG, Tim. Consumers or citizens? *The Ecologist* 21, jul.-ago. 1991, p. 55. *Apud* DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 47.

29 Segundo José Geraldo Brito Filomeno, “outro mito que precisa ser desfeito desde logo é o de que os direitos básicos do consumidor previstos no art. 6.º do novo Código são a grande novidade. Em verdade, constam já de resolução da ONU, de 1985, que fala em direito de proteção à vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços, educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, informação clara e adequada sobre os mesmos, proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, meios coercitivos ou desleais, cláusulas abusivas em contratos, principalmente de adesão, modificação de suas cláusulas, prevenção e reparação de danos, acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 19).

30 BRASIL. Lei n. 10.504, de 8 de julho de 2002. Dispõe sobre a criação do Dia Nacional do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10504.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2009.

31 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2009.

desses consumidores”. Estão, assim, todos os entes do Estado com a obrigação de uma prestação protetiva, de uma atuação positiva, conforme visto anteriormente. É considerado “direito subjetivo público geral” não apenas de proteção contra as atuações do Estado, mas também de ação efetiva “(protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão, *Rechte auf positive Handlungen*)”.<sup>32</sup>

Miragem e Marques ensinam que o reconhecimento do direito do consumidor como direito e garantia fundamental, aliado ao seu enquadramento como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, V, CF/1988), e a determinação constitucional de elaboração de um Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do ADCT)<sup>33</sup> representam a reconstrução do direito privado brasileiro, diferenciando as relações entre iguais, de natureza puramente civil, e as relações comerciais daquelas estabelecidas entre o consumidor e um profissional, outorgando-lhes o constituinte “um *status* diferente, este sim diretamente oriundo do mandamento de proteção desse sujeito especial, identificado pela Constituição Federal de 1988, o princípio da proteção do consumidor”.<sup>34</sup>

Os mesmos doutrinadores ressaltam que a forma de o Estado promover a defesa do consumidor, conforme o texto constitucional – “na forma da lei” –, é por intermédio do legislador ordinário. Destacam, ainda, que, pela nova compreensão dos direitos fundamentais, especialmente considerando-se o entendimento da Corte Constitucional alemã, o Estado passa de uma condição de adversário – típica dos direitos-liberdades – “para uma posição de garantidor destes direitos, o que vai determinar do Poder Público não apenas uma proibição do excesso, mas também a proibição da omissão”.<sup>35</sup>

Analisando a influência da Constituição Federal de 1988 no direito privado brasileiro e, por consequência, no direito do consumidor, destaca-se mais uma lição de Marques:

A Constituição Federal de 1988 serve, assim, de centro valorativo, centro sistemático-institucional e normativo

32 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 25.

33 Ambos os dispositivos constitucionais serão apreciados mais adiante.

34 SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (org.). *Estudos de direito do consumidor* cit., p. 124-125.

35 *Idem*, p. 137-138.

também do direito privado (força normativa da Constituição), um novo direito privado brasileiro (garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e consubstanciado pelos direitos fundamentais aí recebidos), um direito privado coerente, com manutenção do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), em sua inteireza, mesmo depois da entrada em vigor de um Código Civil (Lei n. 10.406/2002), que unificou as obrigações civis e comerciais e revogou grande parte do Código Comercial de 1850”.<sup>36</sup>

Vive-se, na verdade, um período de transição, em que o positivismo jurídico cede lugar à constitucionalização do direito, dependendo todas as normas jurídicas e decisões judiciais de sua adequação aos valores consagrados no texto constitucional, conforme lição de Atienza ao responder à indagação de Roesler sobre o uso da expressão pós-positivismo. Enfatizou o referido autor que o positivismo jurídico conclui o seu ciclo, assim como o direito natural concluiu seu tempo histórico, em razão da “constitucionalização do direito”, preferindo o termo pós-positivismo a outros, por sugerir a ideia de uma fase posterior ao positivismo.

Esclarece Atienza, todavia, que, para referir-se à concepção de direito de autores como Dworkin, Alexy, Nino ou do próprio Atienza, está sendo utilizada a expressão “constitucionalismo” ou “paradigma constitucionalista” para exprimir a ideia de que “estamos vivendo dentro de um paradigma de direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição”, especialmente tendo em vista que a validade das normas depende de sua conformidade com a Constituição, não apenas considerando-se os critérios formais e procedimentais, mas também critérios materiais. Os tribunais constitucionais têm grande importância em referido cenário, por desempenharem o papel de controle da constitucionalidade das leis.<sup>37</sup>

Nunes deixa clara a necessidade de o “intérprete, de o aplicador da lei e de o legislador infraconstitucional” tratarem certas pessoas reconhecidas pela Constituição Federal como hipossuficientes, “de maneira diferenciada, visando à busca de uma igualdade material”, como é o caso do consumidor, por sua vulnerabilidade.<sup>38</sup>

Tal tratamento, na verdade, é apenas a aplicação de uma máxima

36 BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual...* cit., p. 25.

37 CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. *Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 43-84.

38 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 32-33.

reconhecida por todos os estudiosos do direito, consubstanciada no tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade, conforme dito, em outras palavras, por Bobbio,

[...] precisamente a fim de colocar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam, como ocorre, de resto, em certas competições esportivas, nas quais se assegura aos concorrentes menos experientes uma certa vantagem em relação aos mais experientes. Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades”.<sup>39</sup>

Aristóteles já ensinava que “a concessão desigual aos iguais, e de diferenças aos semelhantes, é contrária à natureza, e nada que seja contrário à natureza pode ser bom”.<sup>40</sup> Em outras palavras, e *contrario sensu*, um tratamento desigual aos desiguais seria natural.

### 3.1 NORMAS DE ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL

Um desdobramento bastante significativo do direito do consumidor como direito e garantia fundamental, ou, melhor dizendo, utilizando-se lição de Marques, a inclusão de referido objetivo constitucional na legislação ordinária de direito privado<sup>41</sup> é o fato de as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor – elaboradas por determinação constitucional (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) – serem consideradas de ordem pública e interesse social, conforme previsão do art. 1.º do mencionado estatuto protetivo, significando, conforme Filomeno, “que são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo”, ressaltando-se a possibilidade de “livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial, como, por exemplo, ao tratar o Código da convenção coletiva de consumo em seu art. 107”.<sup>42</sup>

Normas de ordem pública representam valores “básicos e fun-

39 BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 32.

40 ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Pedro Constantin Toles. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 239.

41 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos...** cit., p. 513.

42 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** cit., p. 24.

damentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos”, interessando mais “diretamente à sociedade que aos particulares”.

Por outro lado, a função social do Código de Defesa do Consumidor é representada pelo objetivo de proteger um grupo específico de indivíduos, em razão de sua vulnerabilidade diante das práticas abusivas do livre mercado, “com intervenção imperativa nas relações de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia da vontade. São normas de interesse social, cuja finalidade é impor uma nova conduta, transformar a própria realidade social”.<sup>43</sup>

Fixadas essas importantes premissas, pode-se abordar, criticamente, a Súmula n. 381 do STJ, procurando contribuir para a reflexão e consolidação dos valores constitucionais mais importantes na vida das pessoas.

### 3.2 A SÚMULA N. 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando, assim, a irradiação dos valores constitucionais por todos os ramos do Direito, a obrigação de o Estado concretizar os direitos fundamentais por meio de ações positivas, a natureza de direito e garantia fundamental do direito do consumidor e o fato de as normas do Código de Defesa do Consumidor serem consideradas de ordem pública e interesse social, a consequência, parece lógico, seria o Estado-juiz conhecer as cláusulas abusivas dos contratos de consumo de ofício, consideradas, pelo art. 51 do CDC, nulas de pleno direito, independentemente de pedido do autor, até para afastar definitivamente tais cláusulas do mundo jurídico e concretizar um dos direitos básicos do consumidor mais importantes, previsto no art. 6º, IV, do CDC.<sup>44</sup>

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, na Súmula n. 381, acabou entendendo que, “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, em manifesta oposi-

43 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários...** cit., p. 55.

44 BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/18078.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2009: “Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: (...) IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; [...]”.

ção à doutrina consumerista<sup>45</sup> e aos inúmeros precedentes dos Tribunais de várias Unidades da Federação e do próprio STJ,<sup>46</sup> admitindo, assim, que as normas de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor sejam derrogadas por vontade das partes, ou, pelo menos, de uma das partes, no caso o fornecedor.

Um dos argumentos contrários ao conhecimento de ofício que chama a atenção é do Ministro João Otávio de Noronha, que, ao apreciar o REsp 1.061.530,<sup>47</sup> salientou não caber ao magistrado afastar-se de sua neutralidade na presidência do processo, não devendo, assim, “advogar no sentido de defender interesse algum no processo”, destacando que não cabe ao juiz proteger parte alguma, mas apenas a lei, dando como exemplo a inversão do ônus da prova no caso do consumidor hipossuficiente. Em conclusão, afirma que “A este [juiz] cabe a tarefa de, diante do caso concreto, subsumir os fatos à norma e, mediante um juízo de valor, formular a regra jurídica aplicável ao caso”.

Ora, discorda-se, primeiro, da observação de que não compete ao juiz proteger parte alguma no processo. O Estado-Juiz não está afastado do cumprimento de um direito e uma garantia fundamental de proteger, na forma da lei, o consumidor. Assim, se a lei, de ordem pública e interesse social, diz que determinada cláusula contratual é abusiva, deve o juiz, interpretando adequadamente a lei, tendo como norte os princípios estruturantes do texto constitucional<sup>48</sup> – tais como a proteção da dignidade da pessoa humana, o espírito republicano, a cidadania, a justiça e a liberdade –, conhecer de ofício a nulidade da

45 Neste sentido Nelson Nery Jr., in GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* cit., p. 560.

46 STJ, 4.<sup>a</sup> T., AgRg no REsp 655.443, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 05.04.2005 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=655443&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 5 dez. 2009. No mesmo sentido, REsp 248.155-SP.

47 STJ, 2.<sup>a</sup> Seção, REsp 1.061.530-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2008 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1061530&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

48 Princípios estruturantes, segundo Canotilho, são aqueles “constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”, ou “traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do [sic] político”, enquadrando como tal, na ordem constitucional portuguesa, o princípio do Estado de Direito, o do democrático e o do republicano (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...* cit., p. 1.173). Luís Roberto Barroso considera princípios fundamentais as mais importantes decisões políticas no âmbito do Estado, incluindo, além da forma, o regime, o sistema de governo e a organização do poder político, os objetivos fundamentais da República indicados pela Constituição e os princípios que a regem em suas relações internacionais. Dentre tais objetivos, destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, por ter se tornado o centro axiológico da concepção brasileira de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial pautada pelos direitos fundamentais, divergindo, nesse particular, adequadamente, de Willis Guerra Filho, que enquadra a dignidade como princípio constitucional geral (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 374-375; e GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007. p. 57).



respectiva cláusula contratual, protegendo, por consequência, o ente vulnerável, o débil.

Por outro lado, importante registrar que o princípio prevalente, no caso, deveria ser o de proteção do consumidor, em relação a princípios de natureza processual, tendo o legislador ordinário, para dar concretude ou densidade a mencionado princípio, autorizado pelo art. 48 do ADCT, elaborada uma regra para deixar clara a impossibilidade de os envolvidos na relação de consumo disporem das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, além de obrigar o Estado a uma prestação protetiva, a uma obrigação positiva, para aplicação concreta de seus preceitos.

A linha de pensamento adotada pelo Superior Tribunal de Justiça na mencionada súmula é típica do Estado liberal do século XIX, pois se privilegiou o forte, aquele que agiu em afronta ao princípio da boa-fé objetiva, colimando apenas o lucro desmedido sem se preocupar com seu parceiro contratual, isto é, com absoluta falta de espírito de solidariedade e ética, valores que o Estado social tem a obrigação de impregnar na vida de todas as pessoas, inclusive com ações positivas, restringindo a possibilidade de os particulares regularem livremente suas relações negociais, conforme lição de Marques:

“Hoje a intervenção determinada pela própria Constituição diminui o espaço reservado para os particulares autorregular livremente as suas relações negociais, isto é, limita a própria autonomia privada, diminuindo também o espaço de decisão do próprio Estado e de seus três Poderes, levados a legislar, executar e interpretar leis conforme as linhas ordenadas pela Constituição”.<sup>49</sup>

Hesse, ao definir o conteúdo e significado do Estado social, salienta que as modificações introduzidas pela sociedade industrial exigem do Estado uma atuação mais efetiva em espaços destinados à autorregulação. A fórmula do Estado de direito social, inserta na Constituição alemã, acolhe as inovações do “desenvolvimento moderno técnico, econômico e social em si, ela normaliza tarefas que resultam em vista desse desenvolvimento, e ela põe o cumprimento dessas tarefas sob os mandamentos do Estado de direito”. Segundo o mesmo autor, a “tecnificação e especialização crescente, a complicação das condições de vida na sociedade industrial moderna tornam necessárias intervenção, guia e

49 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...* cit., p. 514.



configuração planificadora pelo Estado, sempre mais ampla”. São tarefas novas, desconhecidas até o momento, aumentando a “dependência do particular das repercussões da atividade estatal”.<sup>50</sup>

As modificações ao longo do tempo, nas relações de consumo, se encaixam perfeitamente como exemplo de necessidade de mudança no papel do Estado mencionado por Hesse, deixando um papel passivo para exercer um papel ativo, interferindo nas relações entre particulares para fazer prevalecer as normas de ordem pública e interesse social insertas no Código de Defesa do Consumidor e, acima de tudo, dando efetividade à proteção do consumidor como direito e garantia fundamental.

Alexy refere-se ao Estado de direito social, ressaltando que, quando existe um equilíbrio econômico, poucos problemas existem; todavia, quando tal equilíbrio não ocorrer, os direitos fundamentais sociais pedem redistribuição, identificando duas formas fundamentais: uma delas representada pelo oferecimento pelo Estado do mínimo necessário para a existência dos carecidos, por meio dos impostos ou outros tributos; e a segunda, que mais interessa, prestada diretamente de um para outro cidadão, esclarecendo que

A segunda forma da redistribuição social não sucede por tesouros públicos, que antes por impostos ou outros tributos foram enchidos, mas diretamente de um para outro cidadão. Assim, trata-se de uma redistribuição direta de um cidadão para outro cidadão, quando o dador de leis, para a proteção do inquilino, promulga prescrições que dificultam a rescisão ou limitam as possibilidades da elevação do aluguel.<sup>51</sup>

Nas relações de consumo, a redistribuição social direta de um cidadão para outro cidadão aparece com muita intensidade, porquanto a legislação tem como premissa tutelar o consumidor, em razão de sua vulnerabilidade, reconhecida expressamente pelo art. 4º, I, do CDC.

Entre as várias normas com tal característica, destacam-se: a necessidade de conhecimento prévio e adequado das cláusulas contratuais para obrigar o consumidor (CDC, art. 46); a obrigação do destaque da cláusula contratual que limitar direito, permitindo sua imediata e fácil compreensão (CDC, art. 54, § 4º); a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em

50 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 173.

51 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo* cit., p. 61.

razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (CDC, art. 6º, V); o direito de arrependimento para as compras efetuadas fora do estabelecimento comercial (CDC, art. 49); e, finalmente, o que mais nos interessa, a proteção do consumidor contra cláusulas abusivas (CDC, art. 6º, IV), fulminando como nulas de pleno direito as hipóteses contempladas no art. 51 do CDC.

Silva, reforçando a necessidade da redistribuição social direta, destaca que, especialmente em países democráticos, nem sempre é o Estado que oferece a maior ameaça aos particulares, mas outros particulares, notadamente aqueles com maior poder social ou econômico, explicando que os direitos fundamentais evoluíram de uma relação entre Estado e particulares para uma relação apenas entre particulares.<sup>52</sup>

Bonavides salienta que a Constituição Federal é uma Constituição de Estado social, necessitando que os problemas constitucionais decorrentes do exercício de direitos subjetivos sejam examinados em conformidade com os conceitos decorrentes dessa modalidade de ordenamento. Traçando um paralelo com uma Constituição do Estado liberal, diz o referido autor ser essa uma Constituição antigoverno e antiestado, enquanto a Constituição de Estado social é uma Constituição de valores refratários ao individualismo no direito e ao absolutismo no poder.<sup>53</sup>

Para a compreensão do significado do constitucionalismo do Estado social brasileiro, Bonavides diz não ser possível fechar os olhos “à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos sociais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal”.<sup>54</sup>

Sarlet, na mesma linha, manifesta-se no sentido de que o “princípio fundamental do Estado social” encontrou guarida em nossa Constituição, apesar da inexistência de norma expressa em tal sentido, destacando, como decorrentes do Estado social, os princípios da proteção da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária e dos princípios fundamentais sociais”.<sup>55</sup>

52 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização dos direitos* cit., p. 18.

53 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 371.

54 Idem, p. 373.

55 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 71.

Os princípios da Revolução Francesa, consubstanciados na igualdade de todos, no liberalismo, cabendo ao Estado “deixar fazer, deixar passar, deixar que as coisas transcorram livremente” (*laissez-faire, laissez-passer*), não se coadunam com o atual momento da história.

Como admitir, por exemplo, a prevalência do princípio da autonomia da vontade diante de cláusulas contratuais manifestamente abusivas? Em relações de desigualdade de partes, o Estado tem o dever de atuar para a proteção do mais fraco. Igualdade e liberdade são incompatíveis. Quanto mais se busca a igualdade, mais se renuncia à liberdade. Nas palavras ainda atuais do Padre Lacordaire,<sup>56</sup> muito antes de Marx, citado em várias obras consumeristas: “Entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.<sup>57</sup>

John Stuart Mill, em 1859, já advertia que a liberdade das pessoas deve ser limitada em ações que ocasionem prejuízos aos outros, exigindo, nos casos mais importantes, que a coletividade intervenha:

Atos de qualquer espécie que, sem causa justificável, produzem dano a outrem podem ser refreados pelos sentimentos desfavoráveis e, quando necessário, pela interferência ativa da coletividade, e, nos casos mais importantes, exigem mesmo tal. A liberdade do indivíduo deve ser, assim, em grande parte, limitada – ele não deve tornar-se prejudicial aos outros.<sup>58</sup>

Propõe Bobbio que os valores liberdade e igualdade sejam considerados “indivisíveis e solidários entre si”, salientando que a adversidade de princípios entre o liberalismo e o igualitarismo

não exclui a proposta de síntese teórica e soluções práticas de compromisso entre liberdade e igualdade, na medida em que esses dois valores fundamentais (juntamente com a ordem) de toda convivência civilizada são considerados como sendo não apenas antinômicos, mas também parcialmente complementares.<sup>59</sup>

Voltando à análise crítica da Súmula n. 381 do STJ, salienta-se, conforme observado pela Ministra Fátima Nancy Andrighi, relatora do

56 Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire foi um religioso dominicano, nascido em 2 de maio de 1802, em Recey-sur-Ource (Côte-d’Or, Borgonha), e falecido em 21 de novembro 1861, em Sorèze (Tarn). Foi padre, jornalista, educador, deputado e acadêmico, sendo considerado um precursor do catolicismo moderno e restaurador na França da Ordem dos Pregadores (Enciclopédia Wikipédia On-line. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 5 jul. 2009.

57 Padre Lacordaire, *apud* BONNATO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor**: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 30.

58 MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 91.

59 BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade** cit., p. 43.

REsp 1.061.530, que o art. 168, parágrafo único, do CC determina que as nulidades do negócio jurídico devem ser pronunciadas pelo juiz, isto é, de ofício, destacando-se que, pela regra do art. 7º, *caput*, do CDC, o referido dispositivo tem inteira aplicação nas relações de consumo, porquanto os direitos previstos no estatuto protetivo não excluem outros decorrentes da legislação interna ordinária, o que é chamado de “diálogo das fontes”, exigindo uma interpretação das normas aplicáveis ao caso de forma “compatibilizadora”, “integrativa”.<sup>60</sup>

Na verdade, a preferência externada pelos Ministros foi pelas regras processuais dispostas no art. 515 do CPC (*tantum devolutum quantum appellatum*)<sup>61</sup> e no art. 267, § 3º,<sup>62</sup> do CPC, em detrimento das regras de direito material e – o fundamental – dos valores mais importantes previstos na Constituição Federal.

Miguel Reale destaca uma mudança de paradigma ocorrida na década de 1930 no Poder Judiciário, dando uma nova interpretação ao art. 924 do CC/1916<sup>63</sup>, que tem inteira aplicação nos dias de hoje e não foi, sequer de longe, observado pela Súmula n. 381 do STJ.

Segundo o autor, os advogados, até a década de 1930, inseriam no contrato cláusula exigindo o pagamento da multa por inteiro, independente do tempo do adimplemento do contrato. Ocorre que uma

60 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...* cit., p. 519. A expressão “diálogo das fontes” é utilizada por Erik Jayme e adotada por Claudia Lima Marques.

61 STJ, 3.ª T., AgRg no REsp 782.895-SC, rel. Min. Sidney Beneti, j. 19.06.2008 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=782895&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 12 dez. 2009. Destaca-se do voto do Relator: “Assiste razão ao recorrente no que concerne à impossibilidade de o órgão julgador revisar as cláusulas contratuais consideradas abusivas, a despeito de irrisignação da parte interessada, tendo em vista a natureza patrimonial dos direitos envolvidos. Consoante pacífico entendimento no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, o julgamento realizado de ofício pelo Tribunal ofende o princípio *tantum devolutum quantum appellatum* positivado no artigo 515 do Código de Processo Civil (CPC), uma vez que a Corte revisora exorbita na entrega da prestação jurisdicional, indo além do que foi impugnado nas razões recursais. Ressalvam-se, por óbvio, as restritas hipóteses em que tal atividade é autorizada.”

62 BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil: Art. 267, § 3º: “O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”; Art. 267: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; [...]” – Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

63 BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil: Art. 924 - Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento. Atualmente a matéria é regulada pelo art. 413 do Código Civil de 2002, que tem seguinte redação: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

“pobre costureira” conseguiu pagar 20 prestações da compra de uma máquina de costura, deixando de pagar as duas últimas prestações. O vendedor exigia a devolução da máquina e a multa por inteiro. “Ora, pela primeira vez na história do direito brasileiro o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou: ‘Alto lá! O contrato não pode prevalecer sobre a lei, sendo a ressalva contratual nula de pleno direito’”.<sup>64</sup>

Até aquele momento, a cláusula contratual não havia sido questionada, pela compreensão de que o referido dispositivo legal era apenas dispositivo, concluindo Reale com o seguinte ensinamento:

O Tribunal de São Paulo, ao contrário, entendeu, e entendeu bem, que essa norma legal era de ordem pública, dirigida ao juiz para um juízo de equidade. Além disso, determinou que o bem fosse avaliado, cabendo à costureira parte do valor apurado, o que a lei veio depois a consagrar. Que acontecera? **Acontecera que o individualismo anterior cedera lugar à suma compreensão social e humanística do direito**, de tal modo que, em virtude dessa nova ética valorativa, o artigo da lei, sem alteração de uma vírgula, passou a significar algo de diverso, em consonância com os princípios de equidade.<sup>65</sup> (destaque que não está no original).

Infelizmente, após tantos anos de evolução do Direito, pela compreensão da Súmula n. 381 do STJ o Estado-juiz nada poderá fazer para privilegiar a aplicação da lei, de ordem pública e interesse social, sobre uma cláusula contratual manifestamente abusiva em um contrato bancário, dependendo, para reconhecer sua nulidade de pleno direito, conforme redação do art. 51 do CDC, de pedido expresso do autor.

Brandão, em sua tese de doutorado, posteriormente convertida em livro, já defendia, pioneiramente, a aplicação da Constituição Federal para o manejo das ações constitucionais envolvendo os “novos” direitos, decorrentes da relação de participação estabelecida “entre o Estado e todos os integrantes da sociedade civil, da qual aquele é instrumento, seja numa perspectiva individual, seja coletiva”, denominados “direitos da cidadania”, estabelecida a partir da criação do Estado contemporâneo e em constante processo de evolução, especialmente a partir do século XX,<sup>66</sup> como ocorre com todas as ações envolvendo relações de consumo.

64 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e reestr., 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 125.

65 Idem, p. 125-126.

66 BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: “novos” direitos e acesso à justiça*. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC Ed., 2006. p. 21.

Os institutos clássicos do Código de Processo Civil não são hábeis para dar efetividade aos “novos” direitos contemplados nas ações constitucionais, porquanto foram concebidos para tratar de interesses meramente individuais, típicos do Estado moderno, propondo Brandão que as ações constitucionais pertençam ao âmbito da teoria política e não do processo civil.<sup>67</sup>

Por tudo isso, conclui-se que mencionada decisão violou a proteção do consumidor como um direito e garantia fundamental, além dos princípios constitucionais estruturantes umbilicalmente a ele ligados, como o republicano, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a solidariedade, valores da mais alta importância, que devem servir como farol e guia da atuação de todos os entes estatais, especialmente de nosso Tribunal da Cidadania.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise dos temas abordados e detida reflexão sobre eles, pode-se concluir que os direitos fundamentais têm força vinculativa e estão diretamente vinculados com a noção de Constituição e Estado de Direito.

Vive-se uma nova fase, no Direito, chamada de pós-positivismo ou de constitucionalização do Direito, com a irradiação dos valores constitucionais aos demais ramos do Direito.

Os direitos decorrentes das relações de consumo são um exemplo típico da modificação do papel do Estado e do Direito após a Revolução Industrial e o desenvolvimento tecnológico, exigindo uma atuação mais efetiva em espaços antes destinados à autonomia da vontade e à autorregulação, como uma das características do Estado social.

Apesar de o Estado ser destinatário dos direitos fundamentais, os particulares também a eles estão vinculados, como ocorre em uma relação de consumo.

O Estado tem a obrigação de uma intervenção positiva para dar concretude ao direito e à garantia fundamental de proteção do consumidor, admitindo-se, inclusive, a propositura de ação judicial para

---

67 Idem, p. 23.

postular uma proibição de omissão, por se considerar um direito do indivíduo diante do Estado.

As cláusulas contratuais abusivas devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, dando-se, assim, maior peso aos valores mais importantes previstos na Constituição Federal e ao direito material, em detrimento de institutos processuais.

A Súmula n. 381 do STJ padece do vício da inconstitucionalidade, pois adotou a linha de pensamento típica do Estado liberal do século XIX, privilegiando o forte, aquele que agiu afrontando o princípio da boa-fé objetiva, colimando apenas o lucro desmedido sem se preocupar com seu parceiro contratual, isto é, com absoluta falta do espírito de solidariedade e ética, valores que o Estado social tem a obrigação de impregnar na vida de todas as pessoas, inclusive com ações positivas, restringindo a possibilidade de os particulares regularem livremente suas relações negociais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2006.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Pedro Constantin Toles. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004; 7. ed., 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONNATO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: “novos” direitos e acesso à justiça**. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC Ed., 2006.



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/codigos/1916\\_lei\\_003071\\_cc/cc0916a0927.htm](http://www.dji.com.br/codigos/1916_lei_003071_cc/cc0916a0927.htm)>. Acesso em 30 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 30 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei 10.504, de 8 de julho de 2002. Dispõe sobre a criação do Dia Nacional do Consumidor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10504.htm). Acesso em: 15 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 782.895/SC. 3.ª Turma. Relator: Min. Sidney Beneti. Data do julgamento: 19.06.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=782895&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 12 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 655.443. 4.ª Turma. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Data do julgamento: 05.04.2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=655443&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.061.530/RS. 2.ª Seção. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 22.10.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1061530&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. RT, 2008.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral*: outra concepção. São Paulo: Ed. RT, 2008 (Biblioteca de Direito do Consumidor – 34. Coord. Antonio Herman V. Benjamin e Claudia Lima Marques).



CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. *Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck (20. ed. alemã). Porto Alegre: Fabris, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Ed RT, 2002.

\_\_\_\_\_; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1.º a 74. São Paulo: Ed. RT, 2003.

MENDES, Gilmar. A dimensão da proteção constitucional do direito do consumidor (palestra). VI Congresso do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: A defesa do consumidor e a justiça – Ética, equidade e riscos: desafios da próxima década. Informação verbal, Starfish Resort Hotel, Aracaju-SE, 29 abr. 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005. \_\_\_\_

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. rev. e reestr., 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (org.). **Estudos de direito do consumidor**: tutela coletiva – Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização dos direitos**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

PENAL

# CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROBLEMA DA GOVERNANÇA GLOBAL DA *INTERNET*

**Maury Roberto Viviani**

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina  
Doutorando em Ciência Jurídica (Universidade do Vale do Itajaí – Univali)*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 A Globalização como Contexto. 2 Uma Caracterização Conceitual de Governança Global. 3 A *Internet* como Revolução Tecnológica e o Problema dos Interesses Nacionais na Arena Global. 4 O Problema da Governança da *Internet*. 5 Sociedade da Informação e Sociedade do Conhecimento: Direitos Humanos e Consciência Ética Global. Considerações Finais. Referências.

## RESUMO

Este artigo tem por objetivo articular algumas considerações preliminares sobre os desafios jurídicos ocasionados pela *Internet*. Por outro lado, pretende provocar discussão sobre a governança da *Internet*, em razão de sua especial importância para a difusão da informação e do conhecimento na sociedade globalizada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Governança da *Internet*. Desafios Jurídicos. Globalização. Sociedade da Informação. Sociedade do Conhecimento.

|         |               |      |       |              |                |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 8 | n. 19 | p. 181 - 206 | jul./dez. 2011 |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|

## ABSTRACT

This article aims to articulate some preliminary considerations on the legal challenges occasioned by the Internet. On the other hand, is intended to provoke discussion about the Internet governance, by reason of its special importance in the dissemination of information and knowledge in a global society.

**KEYWORDS:** *Internet* Governance. Legal Challenges. Globalization. Infomation Society. Knowledge Society.

## INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo articular algumas considerações e reflexões a respeito dos desafios que representa a *Internet* para o campo da ordem jurídica, em especial sobre o problema quanto às possibilidades de sua governança global.

Mesmo que estruturada num espaço relativamente livre, a *Internet*, além de normas técnicas para a sua própria arquitetura, estruturação e funcionamento, não fica desobrigada de normatização legal, pelos Estados, quanto aos problemas relacionados aos direitos humanos em geral, à prática de crimes, à pornografia infantil, ao terrorismo, ao sigilo e à segurança e guarda de dados, à proteção da intimidade, aos direitos autorais, ao acesso dos cidadãos, ao comércio eletrônico, à ação dos *hackers*, além de diversas outras questões, tanto na esfera pública quanto na esfera privada.

Entretanto, embora as legislações estatais possam e devam regrad algumas das questões atinentes à *Internet*, parecem não dar conta desse fenômeno de amplitude global, ocasionando, inclusive, assimetrias e dificuldades que não se mostram capazes de ser superadas satisfatoriamente.

O artigo se desenvolve em dois principais eixos:

a) O primeiro, concernente aos aspectos referentes ao processo de globalização e dos seus efeitos na fragmentação do poder e da política

estatal, nos déficits de governança internacional e no surgimento de novos atores no cenário global. Nesse contexto, é que se trata, como alternativa, da governança global, categoria esta que se busca caracterizar.

b) O segundo, em que se trata da *Internet* como revolução tecnológica e como questão transfronteiriça e dos desafios de sua governança global, utilizando como ponto de apoio a iniciativa deflagrada pela Organização das Nações Unidas (ONU) que originou o Fórum de Governança da *Internet* (IGF).

## 1 A GLOBALIZAÇÃO COMO CONTEXTO

Como anota Gidens<sup>1</sup>, “a *Internet* é uma das mais importantes colaboradoras dos atuais processos de globalização, além de ser uma das principais manifestações de tais processos”.

Diante do cenário contemporâneo, convém mencionar que o processo de globalização reflete e influi no papel desempenhado pelos Estados, pelas organizações não governamentais e diversos outros atores, pois alguns problemas da complexa sociedade contemporânea ultrapassam os limites territoriais nacionais. A esfera política não acompanha a velocidade da economia.

Reconhece-se, com Touraine<sup>2</sup>, que a globalização não fica adstrita apenas à mundialização da produção e dos intercâmbios, “mas sobretudo como uma forma extrema de capitalismo, como separação completa entre a economia e outras instituições, particularmente sociais e políticas, que não podem mais controlá-la”.

A expressão *globalização* passa a ser mais utilizada a partir de 1980, justamente no momento histórico em que também se intensificou o fenômeno. De fato, o fenômeno passa a ganhar outra significação a partir do final do século XX. Habermas lembra os “ritmos amplos” que marcam o século XX e exemplifica pelo seguinte: a) a explosão demográfica (a população mundial registrada em 1950 será quintuplicada até 2030, em que se estima que o planeta contará com cerca de dez bilhões de pessoas);

1 GIDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. Título original: *Sociology*. p. 383.

2 TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. Título original: *Un nouveau paradigme pour comprendre le monde d'aujourd'hui*. p. 239.

b) a mudança estrutural do trabalho, pelo desenvolvimento de técnicas e métodos de aumento de produtividade. Se o trabalho caracterizou-se, por um longo período da história humana, no setor agrário, com a revolução industrial (século XVIII) começa o deslocamento para o setor secundário, da indústria e dos bens de consumo. Posteriormente, o predomínio é do setor terciário (comércio, transporte, serviços). Ocorre, entretanto, que as sociedades pós-industriais “são caracterizadas por um setor quaternário de trabalho baseado no saber – como as indústrias *high-tech* ou os serviços de saúde, os bancos ou a administração pública” (informação e educação); e c) outro aspecto marcante é o progresso científico e tecnológico, no campo dos transportes de bens e pessoas, e na transmissão, armazenamento e elaboração de informações, com reflexo inclusive na percepção de espaço e tempo.<sup>3</sup>

Para Habermas, o conceito de globalização é utilizado como um processo, e não como algo acabado, “caracterizado pela intensificação das relações de troca, de comunicação, e de trânsito, para além das fronteiras nacionais”. Também é utilizado para se tratar da “expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas, nos efeitos colaterais mundiais do ecossistema explorado ou no trabalho conjunto internacional de organizações governamentais e não governamentais”. Habermas, evidenciando sua novidade em termos qualitativos, destaca a importância da globalização na sua dimensão econômica.<sup>4</sup>

Friedman<sup>5</sup> refere-se ao efeito da globalização de “achatamento” do mundo, em que identifica historicamente três grandes eras: a primeira, que denominada de Globalização 1.0, de 1492, com Colombo inaugurando o comércio entre o Novo e o Velho Mundo, até por volta de 1800, em que o mundo foi reduzido de grande para médio (globalização de países); a segunda, denominada de Globalização 2.0, de 1800 a 2000, em que o mundo diminuiu de médio para pequeno, impulsionada pela

3 Síntese extraída de HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays. p. 53-58.

4 HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays. p. 84.

5 FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano**: o mundo globalizado no século XXI. Tradução de Cristiana Serra (et alli). 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. Título original: The World is Flat: The Globalized World in the Twenty-First Century. p. 19-22.

força dinâmica das empresas multinacionais (globalização de empresas). Nessa segunda era, a primeira fase, a integração, foi alimentada pela queda dos custos de transporte, e, na segunda fase, pela queda dos custos de comunicação. E a terceira era, a da Globalização 3.0 que inicia em torno do ano 2000, em que o mundo encolhe de pequeno para minúsculo, cuja força dinâmica corresponde à capacidade dos indivíduos e pequenos grupos colaborarem e concorrerem no âmbito global. Esse fenômeno Friedman denomina de “plataforma do mundo plano”, que, em síntese, é produto da convergência entre o computador pessoal, o cabo de fibra óptica e o aumento dos *softwares* de fluxo de trabalho. A Globalização 3.0 difere das demais principalmente por dois aspectos: a) do quanto está encolhendo o mundo do poder com que está munindo o indivíduo; e b) não se limita apenas a europeus e a americanos (pessoas e empresas), mas a toda a diversidade humana, inclusive a não ocidentais e não brancos, em todo canto do mundo.

Mobilidade e velocidade de pessoas, bens e informação, aparecem como características do mundo contemporâneo, mas que, para Bauman, “em vez de homogeneizar a condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais tende a polarizá-la”, pois emancipa apenas certos seres humanos.<sup>6</sup>

Cabe mencionar, com referência a esse processo de globalização, em especial os mecanismos regionais e internacionais (Nações Unidas, União Europeia, etc.), a atuação crescente de Organizações não Governamentais (ONGs) e Intergovernamentais (OIGs), e a atuação das Corporações Transnacionais (CTs).

Ressalta-se ainda a preocupação, na esteira do pensamento de Faria, que “Na era da transnacionalização dos mercados de insumos, produtos, capitais, finanças e consumo, como se vê, as vidas familiar, social, política e cultural são essencialmente constituídas sob a égide de “organizações complexas”. Nesse aspecto, o consenso sobre valores, sobre o justo e o injusto, fica prejudicado, pois cada qual se ajusta às regras da organização na qual está inserido.<sup>7</sup>

Enfim, os reflexos da globalização são sentidos, sensivelmente, na estrutura e ideia tradicional do Estado-nação. Conforme Faria,

6 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Título original: *Globalization: The Human Consequences*. p. 25.

7 FARIA, José Eduardo. **O direito da economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 172-173.

Toda essa engrenagem institucional forjada em torno do Estado-nação e o pensamento jurídico constituído a partir dos princípios da soberania, da autonomia do político, da separação dos poderes, do monismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais, do *judicial review* e da coisa julgada é que tem sido crescentemente posto em xeque pela diversidade, heterogeneidade e complexidade do processo de transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo.<sup>8</sup>

## 2 UMA CARACTERIZAÇÃO CONCEITUAL DE GOVERNANÇA GLOBAL

Pois bem, mas em que consiste uma Governança Global?

Por um lado, podem-se constatar as dificuldades dos Estados no que diz respeito aos temas que ultrapassam seus limites territoriais. Por outro, no mundo globalizado as relações compreendem não somente os Estados, mas incluem como atores os Estados e Organizações Intergovernamentais (OIGs), as forças do mercado e a sociedade civil.

Com essa constatação, poder-se-ia argumentar que uma governança internacional seria a alternativa cabível. Contudo, esse modelo também apresenta falhas para lidar com os temas globais e transnacionais, mas adiante apontadas.

Nessa linha, é então que terá lugar a análise da alternativa e dos fundamentos de uma governança global e, posteriormente, caberá tecer considerações sobre o caso especial da *Internet*.

Numa análise no campo das relações internacionais, Lennox<sup>9</sup> argumenta que, além dos questionamentos conceituais sobre a governança global, do crescimento da literatura a respeito e de como pode ser usado para descrever a ordem global, interessa principalmente pelo fato de desafiar os limites das teorias tradicionais das relações internacionais. Nesse sentido, diz que nenhum dos paradigmas teóricos considerados individualmente é capaz de capturar a complexidade da governança

8 FARIA, José Eduardo. *O direito da economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23.

9 LENNOX, Victoria. *Conceptualising global governance in International Relations*. Paper produzido na Universidade de Ottawa, em 2007. Para um apanhado geral das teorias e abordagens das relações internacionais: JACKSON, Robert; SORENSEN, Georg. *Introdução às relações internacionais*: teorias e abordagens. Tradução de Bárbara Duarte. Revisão Técnica de Arthur Ituassu. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. Título original: *Introduction to International Relations (Theories and approaches)*.

global, razão pela qual é necessária uma combinação de aspectos particulares do realismo, do institucionalismo, do construtivismo e do pluralismo.

O conceito de Governança suscita uma série de controvérsias, até porque, conforme Hewitt de Alcântara<sup>10</sup>, abrange diversos interesses ideológicos, com fins diferentes e contraditórios, como, por exemplo: a) para aqueles que desejam uma diminuição da presença marcante do Estado nas áreas econômica e social, de forma a deslocar parte da discussão da esfera governamental para o campo mais abrangente da governança; b) a utilização da expressão “boa governança” como facilitação de programas de reforma de Estado com um apelo mais técnico e menos político; c) outros, que não têm interesse na redução do papel dos governos nacionais, usam o conceito de governança para os problemas que necessitam de ação conjunta, em diversos níveis (do local ao supranacional), em que o Estado tem dificuldade ou não pode exercer liderança; d) fortalecimento da cultura cívica, promovendo a ação voluntária de forma a melhorar as bases sociais para a democracia; e e) forma como a comunidade internacional pode construir instituições para promover a ordem e a justiça no contexto da globalização.

No entanto, quanto à questão da governança, sem embargo das dificuldades conceituais e ideológicas, utiliza-se um artigo produzido por Brühl e Rittberger<sup>11</sup>, no qual estão sintetizadas algumas importantes linhas e mencionadas concepções teóricas de alguns autores de referência.

A categoria Governança não se confunde com a categoria Governo. A Governança refere-se à existência de um processo político que, segundo Hewitt de Alcântara, “envolve a construção de consenso, ou a obtenção de consentimento ou aquiescência necessária para realizar um programa, em uma arena onde muitos diferentes interesses estão em jogo”.<sup>12</sup>

Quanto à categoria Governo, refere-se a instituições formais que são parte de um sistema hierárquico-normativo. Governo tem o poder

10 HEWITT DE ALCÂNTARA, Cynthia (1998). Uses and Abuses of the Concept of Governance. In: *Internacional Social Science Journal*, 50. p. 105-113.

11 BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century. In: RITTBERGER, Volker (Ed.). *Global governance and the united nations system*. United Nations University: United Nations University Press, 2001. p. 1-47.

12 HEWITT DE ALCÂNTARA, Cynthia. 1998. Uses and Abuses of the Concept of Governance. In: *Internacional Social Science Journal* 50 (115). p. 105-113.



tanto de tomar decisões que são vinculativas, como de reforçar seus cumprimentos, ou seja, autoritariamente.<sup>13</sup>

Para Rosenau<sup>14</sup>, ambos, governança e governo são sistemas de regras, de mecanismos em que a autoridade é exercida para permitir que os sistemas possam preservar sua coerência e atingir as metas desejadas. Mas, conforme Rosenau, se os sistemas de regras dos governos podem ser pensados como estruturas, as de governança se caracterizam como funções sociais ou processos para a execução de diversas maneiras, em diversos momentos e em diversos lugares por uma ampla variedade de organizações.

Para melhor situar o tema, cabe ainda uma distinção entre Governança Internacional e Governança Global: a primeira refere-se a um produto de redes não hierárquicas de instituições internacionais que regulam o comportamento dos Estados e de outros atores internacionais em diferentes temas de áreas da política mundial, enquanto a segunda também é uma rede não hierárquica, mas de instituições internacionais e transnacionais. Como contraste, a Governança Global caracteriza-se por uma diminuição dos Estados e um acréscimo no envolvimento de atores não estatais. Além disso, a Governança Global é equiparada com uma governança multinível, no sentido de que se dá não apenas nos níveis nacionais e internacionais, mas também nos níveis subnacionais, regionais e locais. Enquanto na Governança Internacional os destinatários e produtores de normas e regras são estados e outras instituições intergovernamentais, na Governança Global também são incluídos os atores não estatais.<sup>15</sup>

Conforme Brühl e Rittberger<sup>16</sup>, a Governança Internacional cresceu

13 Para uma distinção das categorias Governo e Governança: BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century. In: RITTBERGER, Volker (Ed.). **Global governance and the united nations system**. United Nations University: United Nations University Press, 2001. p. 5.

14 ROSENAU, James N. Governance in a New Global Order. In: HELD, David; MCGREW, Anthony. **Governing Globalization: power, authority and global governance**. Cambridge (UK): Polity Press, 2002 (reprinted in 2007, 2010). p. 72.

15 Esta distinção entre Governança Global e Governança Internacional é situada na seguinte obra: BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. **From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century**. In: RITTBERGER, Volker (Ed.). **Global governance and the united nations system**. United Nations University: United Nations University Press, 2001. p. 2.

16 BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century. In: RITTBERGER, Volker (Ed.). **Global governance and the united nations system**. United Nations University: United Nations University Press, 2001. p. 2-3. Especificamente sobre os três desafios para a Governança Internacional (revolução tecnológica, globalização e fim da Guerra Fria), ver p. 7-19.

nos últimos 150 anos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, mas enfrenta hoje os desafios da revolução tecnológica, da aceleração da globalização e do fim da Guerra Fria. Como esses três desafios não podem ser enfrentados de forma adequada pelos sistemas de governança internacional é que se permite suscitar um rumo à Governança Global. Os referidos autores aduzem ainda que esses três desafios contribuem, num aspecto, para o surgimento de novos problemas ou tarefas de governança, como a regulamentação dos usos da *Internet* e da segurança das informações; além disso, a governança precisa lidar com a nova qualidade de conflitos internos ou o aumento das disparidades dentro e entre as nações. Num outro aspecto, como consequência desses três desafios acima identificados, novos atores ingressaram no contexto mundial, tais como as Corporações Transnacionais (CTNs) e associações empresariais, organizações de movimentos sociais transnacionais, redes transnacionais de advocacia e outras Organizações não Governamentais (ONGs).

Pode-se observar, conforme exemplificam Brühl e Rittberger, a dificuldade no cumprimento das metas e finalidades de governança nos sistemas internacionais, em que os Estados desempenham fundamental papel, como na insuficiência de proteção a determinados territórios ou populações quanto à guerra, às dificuldades de Estados e do sistema internacional em lidar com a prática de crimes que ultrapassam fronteiras (tráfico de drogas, terrorismo por organizações transnacionais, etc.) e de problemas ambientais. Ademais, em muitos Estados, não é garantida a segurança jurídica. Essas dificuldades do sistema internacional em atingir as metas suficientes de governança podem ser percebidas também nas questões que envolvem a participação dos cidadãos nas decisões políticas, bem como no déficit socioeconômico referente à desigualdades entre ricos e pobres. Podem também ser constatadas lacunas ou falhas jurisdicionais, operacionais, de incentivo e de participação, que contribuem para uma redução na legitimidade dos sistemas de governança internacional<sup>17</sup>

Diante dessa situação, ou seja, em que os Estados não são adequados para as questões que ultrapassam suas fronteiras, e diante das falhas ou impossibilidades de governança pelos sistemas internacionais hoje em prática, ou seja, insuficiência das esferas governamentais e

---

17 BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century. In: RITTBERGER, Volker (Ed.). **Global governance and the united nations system**. United Nations University: United Nations University Press, 2001. p. 20. Especificamente sobre a diminuição da legitimidade nos sistemas de governança, p. 21-24.

intergovernamentais, é que surge a proposta da alternativa da Governança Global.

### 3 A INTERNET COMO REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O PROBLEMA DOS INTERESSES NACIONAIS NA ARENA GLOBAL

Um dos principais fenômenos do mundo globalizado é o da intensa transformação dos meios de informação e da comunicação ocasionada pelo desenvolvimento tecnológico, sendo que a *Internet* caracteriza-se como um dos principais meios tecnológicos atuais de se garantir a circulação e a liberdade de informação e de conhecimento.

É possível estabelecer as seguintes premissas:

a) Informação, comunicação e conhecimento são categorias que integram o conjunto de direitos humanos, constituindo-se, portanto, em valores éticos essenciais para a convivência humana, independente de limitações territoriais, nacionais ou ideológicas. O atual estágio civilizatório, aliado ao desenvolvimento tecnológico, permite que se vislumbre o contexto de uma Sociedade da Informação já avançando para uma Sociedade do Conhecimento.

b) A *Internet*, como tecnologia que permite em especial amplitude a circulação de informação, a comunicação e a difusão do conhecimento, se constitui num conjunto de redes que não encontra limites nas fronteiras estatais. Por tais razões, por suas características particularizadas e porque se estrutura numa arena global, é que se permite refletir a respeito de uma governança global.

Não se trata de uma visão ingênua ou mesmo otimista alheia à complexidade da questão, pois os Estados, mesmo num cenário de intensa globalização, continuarão a exercer seu papel, embora com as modificações inerentes aos rumos históricos.

Ademais, concorrem com os interesses nacionais os de instituições, empresas, organizações não governamentais além de diversos outros segmentos sociais, sobretudo com fins econômicos.

De todo modo, se alguns temas fogem aos limites estatais, parece cabível que ao menos se possa refletir a respeito e analisar possíveis alternativas, tanto no campo teórico, como no prático.

Compreende-se a *Internet* como um conjunto global de redes de computadores que se comunicam por intermédio dos protocolos TCP/IP, que permite acesso a informações e transferência de dados.

Contudo, conforme anota Sassen<sup>18</sup>, o que constitui a *Internet* está em constante mudança. Se antes podia ser descrita como uma rede de redes de computadores usando um protocolo comum de comunicações, atualmente redes que usam outros protocolos também são conectadas por meios de *gateways*. Ademais, além de computadores, são conectados terminais de venda, robôs, telescópios, telefones celulares, aparelhos de TV, e uma variedade de outros componentes de *hardware*.

Desde a sua origem, já no início dos anos 1960, tendo como marco o ano de 1969 quando a *Advanced Research Project Agency (ARPA)* desenvolveu a rede experimental ARPANET, sua posterior interconexão a outras redes até que, nos meados da década de 1990, privatizada com uma arquitetura aberta, começou a sua grande expansão.<sup>19</sup>

O número de usuários da *Internet* vem crescendo fortemente. No ano de 2000, estimou-se em 360.985.492, e, em 30 de junho de 2010, os dados estatísticos apontam em torno de 1.966.514.816 os usuários globais da *Internet*. Embora os dados obtidos indiquem um crescimento de 444,8% no período de 10 anos (2000 a 2010), contata-se a ocorrência de assimetrias e disparidades quanto à acessibilidade, portanto, desigualdade.<sup>20</sup>

De fato, a comunicação faz parte da natureza humana. Configura-se como a essência das relações humanas compartilhadas como forma de coexistência, cuja intensificação, com o advento da *Internet*, está produzindo significativas mudanças nos domínios tradicionais da vida social, cujas transformações se operam na própria sociabilidade, nos relacionamentos virtuais, no trabalho, na economia, no comércio, na forma de vida em geral, nas empresas, nas instituições públicas, nas organizações sociais e na vida privada das pessoas.

18 Nota referente ao Capítulo 3 da obra: SASSEN, Saskia. **Sociologia da globalização**. Tradução de Ronaldo Cataldo Costa. Consult., Superv. e Rev.Téc. de Guilherme G. de F. Xavier Sobrinho. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 81.

19 Para uma visão da história da *Internet*, ver, dentre outros: LEINER, Barry M.; CERF, Vinton G.; CLARK, David D.; KAHN, Robert E.; KLEINROCK, Leonard; LYNCH, Daniel C.; POSTEL, Jon; ROBERTS, Larry G.; and WOLFF, Stephen. **A brief history of the Internet**. In: <<http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>>. Acesso em 6/9/2010; CASTELS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. Título original: *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business and Society*. p. 13-33.

20 Fonte: < <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> >. Acesso em 6/9/2010. Nesse *site* podem ser encontrados outros dados, inclusive de forma detalhada.

Se esse é o panorama, admite-se que a transformação tecnológica que o mundo contemporâneo experimenta pode ser entendida como um paradigma tecnológico, para se fazer uma alusão ao paradigma das revoluções científicas conforme elaborado por Kuhn.<sup>21</sup>

Nesse sentido, Castels<sup>22</sup> argumenta que o conceito de paradigma tecnológico “ajuda a organizar a essência da transformação tecnológica atual à medida que ela interage com a economia e a sociedade”, e, como características centrais desse novo paradigma, que servem de base material da sociedade da informação, aponta o seguinte: a) são tecnologias para agir sobre a informação, e não o contrário, como aconteceu nas revoluções tecnológicas anteriores; b) o segundo aspecto diz respeito à penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias, que se reflete em todos os aspectos da existência individual e coletiva, considerando que a informação é inerente a toda atividade humana; c) a terceira característica é quanto à *lógica de redes*, que podem ser utilizadas em todos os processos e organizações em qualquer sistema ou conjunto de relações; d) a *flexibilidade* é outra característica do novo paradigma tecnológico, que bem se adapta a uma sociedade em constante mudança; e e) a crescente *convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado*.

Em síntese, Castels<sup>23</sup> diz que tal paradigma

não evolui para seu fechamento como um sistema, mas rumo à abertura como uma rede de acessos múltiplos. É forte e impositivo em sua materialidade, mas adaptável e aberto em seu desenvolvimento histórico. Abrangências, complexidade e disposição em forma de rede são seus principais atributos.

De todo modo, nos momentos de ruptura ou mudança de paradigmas é que podem ser sentidos, com mais expressão, conflitos e perplexidades.

Ocorre que a *Internet* estrutura-se em redes numa arena não territorial e que, por se espargir entre os diversos Estados, podemos entendê-la como um fenômeno tecnológico de alcance transnacional. Trata-se de uma rede com suas singularidades, sem os delineamentos

21 KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2003. Título original: *The Structure of Scientific Revolution*.

22 Sobre o paradigma da tecnologia da informação e suas características: CASTELS, Manuel. **A sociedade em rede** (A era da informação: economia, sociedade e cultura. V.1). Tradução de Roneide Venancio Majer. Atualização para a 6. ed.: Jussara Simões. São Paulo: Paz e Terra, 2009. Título original: *Rise of the Network Society: The Information Age: Economy, Society and Culture*, volume I, Second ed., by M. Castells. p. 108-113.

23 CASTELS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 113.

geográficos, políticos e territoriais que possam encarcerá-la num único Estado nacional.

Assim, embora essa rede se estruture no espaço transnacional, no âmbito dos Estados existem interesses de normatizações internas que influem, positiva ou negativamente, no fluxo de informação. Tais interesses dizem respeito a diversas áreas, como a criminal, a da segurança, a da liberdade de expressão e de imprensa, a da censura, a do comércio eletrônico, a da proteção do sigilo e da intimidade, a do direito autoral, a da regulação, dentre outros setores.

A propósito, no caso brasileiro, suscita polêmica o Projeto de Lei n. 84/1999, que trata da tipificação de crimes cometidos por intermédio da *Internet*, cuja última movimentação é de 5 de agosto de 2010.<sup>24</sup> Principalmente quanto à criminalização das condutas de obtenção, transferência ou fornecimento não autorizado de dado ou informação, ocorreu forte rejeição de ativistas da *Internet* livre.<sup>25</sup>

De outro lado, foi deflagrado um projeto para a construção colaborativa de um Marco Civil para a *Internet* no Brasil.<sup>26</sup>

Pode-se perceber que o Estado brasileiro, por intermédio da sociedade civil e de órgãos governamentais, busca meios legislativos no âmbito do ordenamento jurídico interno na tentativa de superar a insegurança jurídica e as relações complexas oriundas da utilização da *Internet*. Contudo, considerando que a matéria legislativa interna não tem o alcance na esfera que foge aos limites territoriais do País, típica no caso da *Internet*, pode-se compreender a existência de diversas dificuldades jurídicas e fáticas.

Aliás, discute-se, inclusive, diante do silêncio do texto constitucio-

24 Tramitação: [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=15028](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15028)

25 Elaboraram uma petição on-line intitulada "Em defesa da liberdade e do progresso do conhecimento na internet brasileira", atualmente com mais de 156 mil assinaturas. Temem as diversas interpretações cabíveis do dispositivo legal, que poderia criminalizar inclusive ações corriqueiras realizadas na web. A propósito: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/SEGURANCA/150005-DEPUTADOS-BUSCARAO-ACORDO-PARA-VOTAR-LEI-DE-CRIMES-NA-INTERNET.html>

26 De fato, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO RIO), lançou em 29 de outubro de 2009 o projeto para a construção colaborativa de um Marco Civil da *Internet* no Brasil. A construção colaborativa do processo ocorreu em duas fases distintas. Durante a segunda fase, que começou em 8 de abril de 2010, houve mais de 20 mil acessos e 500 comentários, cujo Relatório Final será apresentado brevemente. A construção coletiva está hospedada no Fórum da Cultura Digital Brasileira no "blog Marco Civil". O Fórum se constitui por meio de atores governamentais, estatais, da sociedade civil e do mercado, cuja realização tem parceria do Ministério da Cultura com a Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP). Para a construção do marco civil, pelo que se extrai das contribuições do blog mencionado, são utilizadas ferramentas e tecnologias que permitem a ampla participação dos interessados. Aguarda-se a conclusão dos trabalhos e a elaboração de texto para encaminhamento ao Legislativo. A propósito: <http://culturadigital.br/marcocivil/>

nal<sup>27</sup>, se a *Internet* é abrangida pelo capítulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que trata da Comunicação Social.<sup>28</sup>

No que concerne à *Internet*, concomitantemente podem ser encontradas normatizações setorizadas de ordem privada, ou mesmo normatizações diferenciadas entre os diversos Estados, e ainda as normatizações técnicas.

Assim, dois fatos podem ser destacados: a) as normas legais estatais não dão conta de um fenômeno que ultrapassa os limites territoriais; b) a constatação de ocorrências de assimetrias normativas, seja entre os Estados, seja entre Estados e normatizações setorizadas.

Ademais, quanto à liberdade e ao fluxo da informação, concorrem os ordenamentos jurídicos nacionais com o sistema internacional de direitos humanos, compreendendo a ONU e os Sistemas Regionais (Interamericano, Europeu e Africano). Mesmo assim, dependendo do grau de liberdade e democracia existente, cada governo pode ter atitudes de restrição e censura à liberdade na *Internet*.<sup>29</sup>

Portanto, as necessidades da ordenação interna dos Estados convivem e, algumas vezes, conflitam com o espaço internacional e transnacional.

Veja-se, como exemplo de conflito de legislação e jurisdição entre Estados nacionais, o caso<sup>30</sup> da ação movida em maio de 2000 pela *Ligue contre Le Racisme et l'Antisemitisme (Licra)* em conjunto com a *Union des*

27 O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que “Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.” ADPF 130 / DF - DISTRITO FEDERAL. ARGUMENTO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 30/04/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-208 DIVULG 05-11-2009. PUBLIC 06-11-2009. EMENT VOL-02381-01 PP-00001.

28 Por exemplo, a promoção de arquivamento, em 16/8/2010, com fundamento de que não se aplica à Internet o art. 222 da Constituição brasileira, da representação movida pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) e pela Associação Nacional de Jornais (ANJ) contra a empresa Terra Networks Brasil Ltda. Procuradoria da República no Estado de São Paulo. Peça Informativa n. 1.34.001.006715/2010-11. Requerentes: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) e Associação Nacional de Jornais (ANJ). Requeridas: Terra Networks Brasil Ltda. e Empresa Jornalística Econômico S.A. Ref.: descumprimento das restrições impostas pelo artigo 222 da Constituição Federal. O arquivamento foi submetido à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão (Consumidor e Ordem Econômica). AINDA NÃO DISPONÍVEL INFORMAÇÃO DA HOMOLOGAÇÃO. Integra: [http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/pdfs/-das-noticias/Terra\\_arquivamento.pdf](http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/pdfs/-das-noticias/Terra_arquivamento.pdf) Acesso em 26/08/2010.

29 Quanto à censura, a organização “Reporters Sans Frontières” classifica como inimigos da Internet os seguintes países: Burma, China, Cuba, Egito, Iran, Coreia do Norte, Arábia Saudita, Síria, Tunísia, Turquemenistão, Urzbequistão e Vietnã. In: <http://rsf.org> > Acesso em: 17/12/2010. A organização OpenNet Initiative também se dedica ao tema da censura mundial na Internet, inclusive com detalhes e mapeamento. In: <http://opennet.net> > Acesso em: 17/12/2010.

30 Esse caso tem referência na obra: Cassesse, Sabino. **II diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo stato**. Torino: Einaudi, 2009. p. 32-34.



*Étudiants Juifs de France* (associação francesa de estudantes que combate o antissemitismo) numa corte francesa contra Yahoo, em cujo *site* se comercializava material nazista, contrariando o Código Penal francês. O Tribunal de Grande Instance de Paris<sup>31</sup> decidiu que Yahoo.com violou a Seção R645-1 do Código Criminal francês, que proíbe a exibição de propaganda nazista, bem como artefatos com tal referência para a venda, e emitiu sentença ordenando que tomassem as providências para impedir qualquer acesso, via Yahoo, de venda de artefatos ou serviços, mesmo em outros *sites*, que constituam apologia ao nazismo. Apesar dos argumentos de que a ordem teria impossibilidade tecnológica para cumprimento, a Corte reafirmou a sentença em 20 de novembro de 2000 instando ao cumprimento no prazo de três meses sob pena de 100.000 francos por dia de inadimplemento. Contudo, preventivamente, Yahoo ingressou com ação na *United States District Court for the Northern District of California*, objetivando ver declarado que a decisão da corte francesa não poderia ser exequível nos Estados Unidos.<sup>32</sup> A referida Corte entendeu que a questão deveria ser resolvida pelo direito dos Estados Unidos e que a decisão da Corte francesa não poderia ser cumprida porque, além de vaga, afrontaria a Primeira Emenda da Constituição estadunidense, que garante a liberdade de pensamento e de expressão, já que o caso não constituía perigo de violência iminente. Assim, a Corte decidiu que a decisão francesa não teria obrigação de cumprimento nos Estados Unidos. Posteriormente, as associações francesas recorreram à Corte de Apelo, que não acolheu o pedido, fundamentando que o caso não era maduro, porque hipotético, e que as associações não requereram efetivamente o cumprimento da decisão francesa nos Estados Unidos. As associações encaminharam o caso à Corte Suprema, que decidiu não examiná-lo. Portanto, esse caso revela a ocorrência de incompatibilidades, normativa e judicial, entre ordens de duas nações diversas.

Por outro lado, deixar a regulação da *Internet* aos cuidados de determinadas organizações privadas poderia ocasionar riscos de um monopólio de domínio econômico ou ideológico que causaria desigualdades, falta de legitimidade, transparência, dentre outros problemas, afetando diretamente os valores da informação e do conhecimento.

31 Disponível em: <http://www.foruminternet.org.documents/jurisprudence/lire.phtml?id=129-35k>

32 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Yahoo; Ind., a Delaware Corporation, Plaintiff-Appellee, v. La Ligue contre le Racisme et l'Antisemitisme, a French Association; l'Union des étudiants juifs de France, a French Association, Defendants-Appellants, Appeal n. 01-17424. In: <http://www.bslaw.net/licra/>



Nesse ponto é que vem à tona a discussão sobre a possibilidade de uma governança global da *Internet*.

#### 4 O PROBLEMA DA GOVERNANÇA DA *INTERNET*

Quando se menciona o tema da governança da *Internet*, é necessário lembrar que se pode estar referindo à sua arquitetura e funcionamento técnico, como também pode corresponder a uma governança mais amplamente considerada, que envolve desde segurança, direitos humanos, acessibilidade, *spams*, etc.

De uma maneira geral e inicial, e em conformidade com a Agenda de Túnis para a Sociedade de Informação (*World Summit on the Information Society: Geneva 2003 – Tunis 2005*), entende-se como governança da *Internet* o “desenvolvimento e aplicação pelos governos, iniciativa privada e sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios comuns, normas, regras, procedimentos decisórios e programas compartilhados que dão forma à evolução e à utilização da *Internet*”.<sup>33</sup>

Contudo, não existe, atualmente, um órgão com a atribuição centralizada para a governança global no seu sentido mais amplo, mas registra-se o papel desempenhado pela *Internet Corporation for Assigned Name and Numbers (ICANN)*, que tem responsabilidade para o registro de nomes de domínio.

No âmbito interno de nosso País, foi criado o Comitê Gestor da *Internet* no Brasil (CGI.br) para coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços *Internet* no País, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação dos serviços, composto por governo, setor empresarial, terceiro setor e comunidade acadêmica.<sup>34</sup>

Conforme Pires<sup>35</sup>, pode-se dividir em cinco fases distintas a evolução da governança global da *Internet*: primeira fase, de 1958 a 1983,

33 Conceito adotado da Agenda de Tunis para a Sociedade da Informação – World Summit on the Information Society: Geneva 2003 – Tunis 2005. Document: WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev. 1)-E, 18 November 2005, Original: English. In: < <http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.pdf> > Acesso em 19/01/2011.

34 Criado por Iniciativa conjunta do Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia, pela Portaria Interministerial n. 147, de 31/05/1995. Site: <http://www.cgi.br>. Acesso em 24/2/2011.

35 PIREZ, Hindenburgo Francisco. **Governança global da Internet**: a representação de topônimos de países no ciberespaço. X Colóquio Internacional de Geocrítica, Barcelona, Universitat de Barcelona, 26 -30 de mayo de 2008, Diez Años de Cambios en el Mundo, en la Geografía y en las Ciencias Sociales, 1999-2008. In: < [www.cibergeo.org/artigos](http://www.cibergeo.org/artigos) > Acesso em 22/2/2011. p. 3-4.

no período da Guerra Fria, em que foi estabelecido o controle unilateral de governança militar; o controle era exercido pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos pela ARPANET, oriunda da antiga *Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA)*; segunda fase, de 1984 a 1991, introduziu o modelo de governança acadêmico e pós-militar, em que a *Internet* se manteve regulada por instituições acadêmicas e civis vinculadas a *National Science Foundation (NSFNET)*; terceira fase, de 1992 a 1997, a grande expansão da *Internet*, caracterizada pela formação de um marco regulatório, controlado pela *Internet Assigned Numbers Authority (IANA)*, modelo misto com parceria dos setores acadêmico, comercial e civil; quarta fase, de 1998 até o presente, em que a governança da *Internet* fica ao encargo da *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*, sociedade civil sem fins lucrativos, mas que envolve setores públicos e privados, como mantenedores ou *stakeholders* da *Internet*; quinta fase, que coexiste com a quarta fase, com o marco significativo da rede europeia independente, em 2002, a *Open Root Server Network (ORSN)*, que é uma rede de raiz de nomes para a *Internet*, como um contraponto à rede americana e à governança corporativa imposta pela *ICANN* e *VeriSign*. Conforme Pires, a *ORSN* pressiona a Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) na direção de um novo modelo de governança não corporativo ou *multistakeholders*.

A *ICANN*<sup>36</sup> (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) é uma corporação internacional sem fins lucrativos, responsável pela alocação do espaço de endereços de Protocolos da *Internet* (IP), pela atribuição de identificadores de protocolos, pela administração do sistema de domínios de primeiro nível, tanto genéricos (gTLDs) quanto com códigos de países (ccTLDs), e também pelas funções de gerenciamento do sistema de servidores-raiz. Originalmente, esses serviços foram desempenhados segundo um contrato do governo dos EUA com a *Internet Assigned Numbers Authority (IANA - Autoridade para Atribuição de Números na Internet)* e outras entidades. Agora a *ICANN* desempenha a função da *IANA*.

A *ICANN* é responsável por coordenar a administração dos elementos técnicos do DNS a fim de garantir uma resolução universal, de modo que todos os usuários da *Internet* consigam encontrar todos os endereços válidos. Para isso, ela supervisiona a distribuição dos identi-

---

36 Site da *ICANN*: [www.icann.org/](http://www.icann.org/)

ficadores técnicos exclusivos usados nas operações da *Internet*, e a delegação de nomes de domínio de primeiro nível (como .com, .info, etc.).

Outros assuntos que preocupam usuários da *Internet*, como as regras para transações financeiras, o controle do conteúdo da *Internet*, *e-mails* comerciais não solicitados (*spam*) e proteção de dados estão fora do âmbito da missão de coordenação técnica da *ICANN*.

Na estrutura da *ICANN*, governos e organizações criadas por tratados internacionais trabalham em parceria com empresas, organizações e indivíduos capacitados envolvidos na construção e manutenção da *Internet* global.

A missão da *ICANN* é de coordenação técnica e não trata de assuntos como controle de conteúdo da *Internet*, *spams* (*e-mails* comerciais não solicitados), etc.

Existe crítica, no entanto, a respeito da relação e da supervisão da *ICANN*, pois é um ente civil que está sujeito às leis do Estado da Califórnia e às leis federais dos Estados Unidos da América. A propósito, Afonso<sup>37</sup> registra, com referência a *ICANN*,

que seu poder de governança da *Internet* está limitado por vários contratos e por um Memorando de Entendimento (ou MoU, na sigla em inglês) envolvendo o governo dos EUA, a *ICANN* e a principal operadora do sistema global de nomes de domínio, uma empresa privada chamada Verisign.

Acrescenta Afonso que a *ICANN* é apenas em parte uma organização global, e que, na verdade, para se discutir sobre uma governança global da *Internet* é necessária uma organização global “que tenha autonomia com relação a qualquer governo, inclusive o dos EUA [...]”.

Com referência a essa influência estadunidense, Pires<sup>38</sup> argumenta que

os parâmetros do sistema hierarquizado de concessão de nomes de domínios, concebidos por Jon Postel, permitem a articulação e o mapeamento geográfico dos servidores regionais interconectados no ciberespaço, fortalecendo e

37 AFONSO, Carlos A. (org). **Governança da Internet: contexto, impasses e caminhos**. São Paulo: Peirópolis; Rio de Janeiro: RITS, 2005. p. 11.

38 PIRES, Hindenbrugo Francisco. **A nova geografia das redes no ciberespaço: impasses na gestão dos sistemas de zona raiz e de dns**. VIII Encontro Nacional da ANPEGE. CD-Rom. Artigo n. 565 apersentado em setembro de 2009, no GT 22, Curitiba. ISSN: 2175-8875. In: < [www.cibergeo.org/artigos](http://www.cibergeo.org/artigos) > Acesso em 22/2/2011 (não paginado).

reforçando o controle geopolítico e a concentração dos servidores da zona raiz pelos EUA.<sup>39</sup>

No entanto, como alerta Afonso<sup>40</sup>, no debate sobre a governança da *Internet* é preciso esclarecer sobre alguns equívocos como, por exemplo, “acreditar que o tráfego de conteúdo passa pelo sistema de servidores-raiz”. Portanto, o tema merece prudência e conhecimento, pelo menos de maneira geral, da arquitetura e funcionamento técnico da *Internet*.

Mueller<sup>41</sup>, na busca de esclarecimento conceitual sobre uma governança internacional da *Internet*, distingue supervisão política de supervisão estrita e ampla. A supervisão política diz respeito ao controle de governos nacionais sobre a *Internet* global, inclusive quanto a políticas públicas. Nesse caso, entende que os estados nacionais não podem ter papel exclusivo quanto a políticas públicas para a *Internet* em razão de três problemas: a) a *Internet* é global e as nações são territoriais; b) mesmo um consenso de governos nacionais não representa o interesse público global; e c) as decisões governamentais podem ser danosas “a menos que a sociedade civil transnacional e as comunidades técnicas e de negócios estejam na mesa de negociações”.

Quanto aos debates da Cúpula Mundial para a Sociedade da Informação, Muller observa que se confundem as discussões entre dois tipos de supervisão política: a estrita, que diz respeito à supervisão sobre a ICANN e sua administração dos identificadores *Internet* e a supervisão ampla, que trata de “políticas públicas globais para a *Internet* em uma extensa gama de temas, da propriedade intelectual ao spam, interconexão e privacidade, que incluem, mas vão além de nomes e números *Internet*”. A supervisão política sobre a ICANN, para Mueller, é menos complexa. Contudo, para uma supervisão ampla, “supondo que isso seja desejável, exigiria mudanças significativas e negociações de longo prazo”. Por isso, afirma que cada um deve ser tratado com suas especificidades.

No que concerne à discussão sobre uma governança global da

39 Existem 13 servidores-raiz, 10 dos quais localizados nos EUA, um na Inglaterra, um na Suécia e um no Japão (a propósito: <http://www.root-servers.org/>).

40 AFONSO, Carlos A. (org). **Governança da Internet**: contexto, impasses e caminhos. São Paulo: Peirópolis; Rio de Janeiro: RITS, 2005. p. 11.

41 MUELLER, Milton. Supervisão política da ICANN: uma contribuição para a CMSI. Tradução de Carlos A. Afonso. In: AFONSO, Carlos A. (org). **Governança da Internet**: contexto, impasses e caminhos. São Paulo: Peirópolis; Rio de Janeiro: RITS, 2005. p. 45-57. p. 46-47. (O artigo original é intitulado “Political Oversight of ICANN: A Briefing for the WSIS Summit”, de 1/11/2005, escrito por Milton Mueller com participação de Hans Klein, Jeanette Hofmann, Lee McKnight e Derrick L. Cogburn, publicado in: < <http://www.internetgovernance.org/pdf/political-oversight.pdf> >).

*Internet*, registra-se a iniciativa da União Internacional de Telecomunicações (UIT), que é uma organização internacional considerada a mais antiga do mundo, pois deriva da União Internacional de Telégrafos, fundada em Paris, em 17 de maio de 1865, com sede em Genebra, na Suíça. Desde 1949, é agência especializada da ONU para as telecomunicações. A UIT, objetivando discutir o tema *Internet* em escala mundial, resolveu, em sua Conferência de Plenipotenciários de Mineápolis, em 1998 (Resolução 73), celebrar a mencionada Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação - CMSI (*World Summit on the Information Society - WSIS*) e inscrevê-la no programa das Nações Unidas. Em 2001, o Conselho da UIT decidiu celebrar a referida Cúpula em duas fases: a primeira, de 10 a 12 de dezembro de 2003, em Genebra, e a segunda, de 16 a 18 de novembro de 2005, em Túnis.<sup>42</sup>

De fato, essa organização foi aprovada pela Assembleia Geral na Resolução 56/183 da Organização das Nações Unidas<sup>43</sup>, que outorgou a função administrativa principal a UIT em cooperação com outras organizações e associados interessados, convidando governos a participar, e encorajando contribuições, inclusive de organizações intergovernamentais, não governamentais e da sociedade civil.<sup>44</sup>

Na primeira fase da Cúpula, em Genebra, resultaram a Declaração de Princípios e o plano de ação.

Na segunda fase, em Túnis, resultou no documento de Compromisso, e a criação do Fórum de Governança da *Internet* (*Internet Governance Forum - IGF*), que foi formalmente anunciado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas em julho de 2006. O IGF tem suas atribuições e funções dispostas nos parágrafos 72 a 79 da Agenda de Túnis, que devem ser multilaterais, *multistakeholder*, democráticas e transparentes.

O 1º encontro do Fórum de Governança da *Internet* (IGF) foi realizado no ano de 2006, em Atenas (Grécia); o 2º em 2007, no Rio de Janeiro (Brasil); o 3º no ano de 2008, em Hyderabad (Índia); o 4º no ano de 2009, em Sharm el Sheikh (Egito); o 5º em setembro de 2010 em Vilnius (ou

---

42 Foi agendada a realização de outra Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação para Genebra, de 16 a 20 de maio de 2011.

43 < <http://www.un-documents.net/a56r183.htm> >. Acesso em 8/9/2010.

44 Informações e documentos sobre a Cúpula Mundial da Sociedade da Informação podem ser acessadas pelo seguinte endereço eletrônico: < <http://www.itu.int/wsis/index.html> >. Acesso em 8/9/2010.

Vilna), Lituânia; e o 6º em 2011, em Nairobi.<sup>45</sup>

Em Resolução adotada pela 65ª Assembleia Geral das Nações Unidas, ficou decidida a extensão do mandato da IGF para mais cinco anos, inclusive reconhecendo a necessidade de melhorar o Fórum para vinculá-lo a um diálogo mais amplo sobre a Governança Global da *Internet*.<sup>46</sup>

De fato, como anota Kurbalija<sup>47</sup> ao se referir à “caixa de ferramentas da governança da *Internet*”, é uma questão complexa que abrange diversas questões, atores, mecanismos, procedimentos e instrumentos e implica multidisciplinaridade, envolvendo aspectos que podem ser classificados em cinco grupos (ou “cestas”, como adotado pela DiploFoundation): 1) infraestrutura e padronização/normatização; 2) legal; 3) econômica; 4) desenvolvimento; e 5) sociocultural.

Não obstante os percalços e dificuldades, percebe-se a importância da continuidade da discussão, e até a possibilidade de ações mais concretas. A iniciativa do Fórum de Governança da *Internet* (IGF) parece uma boa oportunidade.

## 5 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SOCIEDADE DO CONHECIMENTO: DIREITOS HUMANOS E CONSCIÊNCIA ÉTICA GLOBAL

A UNESCO publicou seu Informe Mundial do ano de 2005 intitulado “*Toward Knowledge Societies*” (Rumo às Sociedades do Conhecimento)<sup>48</sup>. Se a Sociedade da Informação é decorrente do desenvolvimento e do uso global das novas tecnologias, a(s) Sociedade(s) do Conhecimento implicam dimensões sociais, econômicas, éticas e políticas muito mais amplas.<sup>49</sup>

Portanto, trata de se pensar a informação a serviço do conhecimento.

45 Página Oficial do Fórum de Governança da Internet (IGF): < <http://www.intgovforum.org/cms/> >. Acesso em 8/9/2010.

46 Disponível In: < <http://www.un.org/depts/dhl/resguide/r65.shtml> > (Resolução A/RES/65/141, de 20/12/2010).

47 KURBALIJA, Jovan. **An introduction to Internet Governance**. 4. ed. Genève (Switzerland): DiploFoundation, 2010.

48 A UNESCO utiliza o plural (sociedades), reconhecendo a diversidade envolvida.

49 UNESCO. **Towards Knowledge Societies** (Unesco World Report). Paris: Unesco, 2005. p. 17.

O Informe enfatiza a distinção das sociedades do conhecimento por seu “caráter integrador e participativo” legado do Século das Luzes e pela afirmação dos direitos humanos, em especial a liberdade de opinião e expressão (art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos), liberdade de informação, pluralismo, liberdade acadêmica, direito à educação e seus corolários (art. 26 da Declaração Universal e art. 13 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, gozar das artes e participar no progresso científico e nos benefícios que dele resultem (parágrafo primeiro do art. 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos).<sup>50</sup>

Nessa perspectiva, parece oportuna a transcrição do seguinte pensamento de Melo<sup>51</sup>:

Os limites, as possibilidades e os interesses legitimados do homem, que são fundamento do humanismo jurídico, estão presentes, por um lado, nas declarações de direito e das liberdades públicas, representando uma conquista histórica inestimável em que pese o fato de que tornar concretos esses direitos declarados exige algumas estratégias e criatividade na era em que vivemos. Por outro lado, esse humanismo deve ser reconceituado neste período de transmodernidade como sendo a busca de harmonia entre direitos e deveres não só na convivência humana, mas na relação do homem com os outros seres vivos, visando a equilibrar ambos os sistemas fundamentais: o sócio-político e o biológico, no mais amplo sentido de universalidade.

O Informe revela a esperança de que “uma sociedade do conhecimento possa integrar a cada um dos seus membros e promover novas formas de solidariedade com as gerações presentes e vindouras”.<sup>52</sup>

Extrai-se, também, do Informe da UNESCO<sup>53</sup> que

As Sociedades do Conhecimento são sociedades em redes que propiciam necessariamente uma melhor tomada de consciência dos problemas mundiais. Os prejuízos causados ao meio ambiente, os riscos tecnológicos, as crises econômicas e a pobreza são elementos que se podem melhor tratar por intermédio da cooperação internacional e a colaboração científica.

50 UNESCO. *Towards Knowledge Societies* (Unesco World Report). Paris: Unesco, 2005. p. 18.

51 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Fabris/CPGD-UFSC, 1994. p. 66.

52 UNESCO. *Towards Knowledge Societies* (Unesco World Report). Paris: Unesco, 2005. p. 18.

53 UNESCO. *Towards Knowledge Societies* (Unesco World Report). Paris: Unesco, 2005. p. 20-29.



Um elemento central das sociedades de conhecimento é a ‘capacidade para identificar, produzir, tratar, transformar, difundir e utilizar a informação com vistas a criar e aplicar conhecimentos necessários para o desenvolvimento humano. Estas sociedades se baseiam em uma visão de sociedade que propicia a autonomia e engloba as noções de pluralidade, integração, solidariedade e participação’.

Assim, essa sociedade do devir vai além da sociedade da informação no que concerne ao compromisso do conhecimento compartilhado por todos com o fim do desenvolvimento humano.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intensificação da globalização e a importância de novos atores no cenário global produzem efeitos que afetam a soberania estatal e as organizações internacionais em que os Estados são os protagonistas, gerando lacunas de governança para os temas transfronteiriços.

A *Internet* se desenvolveu a tal ponto que se tornou parte integrante e indispensável para as instituições governamentais, para as empresas, para o setor privado, para a vida pessoal e para as relações sociais em geral, cuja estruturação em um conjunto de redes não respeita os limites tradicionalmente estabelecidos, sejam geográficos, políticos, ideológicos, etc. Na “era da informação”, a *Internet* aparece como protagonista de um mundo em que as pessoas, independente de suas nacionalidades, crenças, culturas e idiossincrasias, podem se sentir partícipes de uma rede global.

Não parece adequado, contudo, para os fins da informação e do conhecimento e dos direitos humanos correlatos, que exista monopólio quanto à *Internet*, seja por determinado país, seja por determinadas organizações ou grupos econômicos.

Trata-se de um fenômeno que ultrapassa as fronteiras geopolíticas e os limites dos Estados e envolve governos nacionais, organismos intergovernamentais, organizações não governamentais, sociedade civil e instituições técnicas.

Por outro lado, não obstante o avanço e os benefícios da revolução ocasionada pelo desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação, é possível constatar que estes, muitas vezes, seguem uma racionalidade que ainda se articula num mundo de individualismo, da



ambição, do utilitarismo, do materialismo e do hedonismo, em detrimento de valores humanísticos de um mundo em que, como enfatiza Melo<sup>54</sup>, se possa recuperar, como outros desejos de mudança possíveis, as categorias da ética e da estética como elementos universais de harmonia da convivência humana.

No contexto do que é possível denominar de “Sociedade de Informação”, ou mesmo de “Sociedade do Conhecimento”, impõe-se um olhar mais amplo de compreensão e reflexão a respeito dos rumos do mundo contemporâneo, em que o pluralismo e a globalização intensificada, aliados ao desenvolvimento tecnológico, produzem perplexidades e, muitas vezes, rupturas dos paradigmas fortemente estabelecidos no meio social.

Sem dúvida, a complexidade e a amplitude da *Internet*, bem como os seus reflexos, que se fazem sentir nas mais diversas áreas, compõem um panorama que, embora desafiador, descortina novas e ricas possibilidades para o convívio harmônico na sociedade globalizada.

A ideia de uma governança global, mesmo que não alcançada, pode se constituir num bom exercício para a nossa reflexão.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, Carlos A. (org). **Governança da Internet**: contexto, impasses e caminhos. São Paulo: Peirópolis; Rio de Janeiro: RITS, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Título original: *Globalization: The Human Consequences*.

BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century. In: RITTBERGER, Volker (Ed.). **Global governance and the united nations system**. United Nations University: United Nations University Press, 2001. p. 1-47.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**: giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: Einaudi, 2009.

---

54 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/CPGD-UFSC, 1994. p. 19 e 54-63.

CASTELS, Manuel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a *Internet*, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. Título original: *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business and Society*.

CASTELS, Manuel. **A sociedade em rede (A era da informação: economia, sociedade e cultura**. V.1). Tradução de Roneide Venancio Majer. Atualização para a 6. ed.: Jussara Simão. São Paulo: Paz e Terra, 2009. Título original: *Rise of the Network Society: The Information Age: Economy, Society and Culture*, volume I, Second ed., by M. Castells.

FARIA, José Eduardo. **O direito da economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano**: o mundo globalizado no século XXI. Tradução de Cristiana Serra et al. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. Título original: *The World is Flat: The Globalized World in the Twenty-First Century*.

GIDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. Título original: *Sociology, Fourth edition*.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*.

HEWITT DE ALCÁNTARA, Cynthia (1998). Uses and Abuses of the Concept of Governance. In: **Internacional Social Science Journal**, 50. p. 105-113.

JACKSON, Robert; SORENSEN, Georg. **Introdução às relações internacionais**: teorias e abordagens. Tradução de Bárbara Duarte. Revisão Técnica de Arthur Ituassu. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. Título original: *Introduction to International Relations (Theories and approaches)*.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2003. Título original: *The Structure of Scientific Revolution*.

KURBALIJA, Jovan. **An introduction to Internet Governance**. 4. ed. Genève (Switzerland): DiploFoundation, 2010.

LEINER, Barry M.; CERF, Vinton G.; CLARK, David D.; KAHN, Robert E.; KLEINROCK, Leonard; LYNCH, Daniel C.; POSTEL, Jon; ROBERTS, Larry G.; and WOLFF, Stephen. **A brief history of the Internet**. In: <<http://www.isoc.org/Internet/history/brief.shtml>>. Acesso em 6/9/2010.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/CPGD-UFSC, 1994.

MUELLER, Milton. Supervisão política da ICANN: uma contribuição para a CMSI. Tradução de Carlos A. Afonso. In: AFONSO, Carlos A. (org). **Gover-**

**nança da Internet:** contexto, impasses e caminhos. São Paulo: Peirópolis; Rio de Janeiro: RITS, 2005. p. 45-57. (O artigo original é intitulado "Political Oversight of ICANN: A Briefing for the WSIS Summit", de 1/11/2005, escrito por Milton Mueller com participação de Hans Klein, Jeanette Hofmann, Lee McKnight e Derrick L. Cogburn, publicado in: <<http://www.Internetgovernance.org/pdf/political-oversight.pdf>>).

PIRES, Hindenbrugo Francisco. **A nova geografia das redes no ciberespaço:** impasses na gestão dos sistemas de zona raiz e de dns. VIII Encontro Nacional da ANPEGE. CD-Rom. Artigo n. 565 apresentado em setembro de 2009, no GT 22, Curitiba. ISSN: 2175-8875. In: <[www.cibergeo.org/artigos](http://www.cibergeo.org/artigos)> Acesso em 22/2/2011.

PIRES, Hindenbrugo Francisco. **Governança global da Internet:** a representação de topônimos de países no ciberespaço. X Colóquio Internacional de Geocrítica, Barcelona, Universitat de Barcelona, 26 -30 de mayo de 2008, Diez Años de Cambios en el Mundo, en la Geografía y en las Ciencias Sociales, 1999-2008. In: <[www.cibergeo.org/artigos](http://www.cibergeo.org/artigos)> Acesso em 22/2/2011.

RITTBERGER, Volker (Ed.). **Global governance and the united nations system.** United Nations University: United Nations University Press, 2001.

ROSENAU, James N. Governance in a New Global Order. In: HELD, David; McGREW, Anthony. **Governing Globalization:** power, authority and global governance. Cambridge (UK): Polity Press, 2002 (reprinted in 2007, 2010). p. 70-86.

SASSEN, Saskia. **Sociologia da globalização.** Tradução de Ronaldo Cataldo Costa. Consult., Superv. e Rev.Téc. de Guilherme G. de F. Xavier Sobrinho. Porto Alegre: Artmed, 2010.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma:** para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. Título original: Un nouveau paradigme pour comprendre le monde d'aujourd'hui.

UNESCO. **Towards Knowledge Societies** (Unesco World Report). Paris: Unesco, 2005.

World Summit on the Information Society: Geneva 2003 – Tunis 2005. Document: WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev. 1)-E, 18 November 2005, Original: English. In: <<http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.pdf>> Acesso em 19/1/2011.

# APLICABILIDADE DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

**Sara Fernandes Goulart**

*Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça de Santa Catarina  
Pós-graduada em Direito Processual Civil (Faculdade Internacional de Curitiba)*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 Contexto Histórico Do Processo Civil Brasileiro. 2 Ônus da Prova no Direito Processual Civil Brasileiro. 2.1 Ônus da Prova no Código de Processo Civil. 2.2 Ônus da Prova nas Relações de Consumo. 3 Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. 3.1 Conceito. 3.2 Critérios de Aplicação. 3.3 Inversão e Distribuição do Ônus da Prova. 3.4 Momento Processual Adequado. 3.5 Aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Direito Processual Civil Brasileiro. 3.5.1 Projetos de Lei do Novo Código de Processo Civil. 3.5.2 Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova na Jurisprudência. Considerações Finais. Referências.

## RESUMO

O presente trabalho trata da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, com o objetivo geral de demonstrar que sua aplicação é possível no processo civil brasileiro. Partiu-se de uma proposição geral, a Constituição Federal e o Código de Processo Civil e outras legislações,

|         |               |      |       |              |                |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 8 | n. 19 | p. 207 - 240 | jul./dez. 2011 |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|

até atingir-se uma conclusão mais específica a respeito da aplicabilidade da teoria no processo civil brasileiro. Assim, o tipo de pesquisa realizada foi a bibliográfica por meio de revisão da matéria em livros e revistas especializadas, bem como documental, colhendo informações na jurisprudência. Verificou-se que a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova pode ser utilizada no processo civil brasileiro, com apoio nos princípios processuais e constitucionais, na interpretação sistemática do Código de Processo Civil e da jurisprudência. Percebeu-se também que algumas doutrinas e algumas decisões entendem que essa teoria e a inversão do ônus da prova presente no Código de Defesa do Consumidor são sinônimos. Concluiu-se que a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova pode ser utilizada no processo civil brasileiro sem a necessidade de expressa previsão legal e que essa teoria é diferente da inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo civil. Prova (Direito). Ônus da prova. Defesa do consumidor.

### ABSTRACT

The present study is about the Dynamic Theory of Distribution of the Responsibility of the Proof, which the general objective is to demonstrate that their application is possible in the civil trial Brazilian. To develop the study, the method of deductive approach was used, starting from a general proposition, the Federal Constitution and Code of Civil Procedure, until we reach the more specific conclusion about the applicability of the theory in the civil trial Brazilian. The procedure method used was the monographic and comparative, therefore, we done a limited and detailed study about the theme, to better explain it, we used comparisons with the civil trials of the other countries. Thus, the kind of research used was the literature by reviewing the theme in specifics books and magazines, as well in documents, collecting information in case law, reaching to a depth exploratory research. It verified that the Dynamic Theory of Distribution of the Responsibility of the Proof can be used in civil trial Brazilian, with support on procedural

and constitutional principles, in the interpretation of the Code of Civil Procedure and the case law. Also were observed that some doctrines and some case law understand that this theory and the reversal of the responsibility of proof in this Code of Consumer Protection are synonymous. It was concluded that the Dynamic Theory of Distribution of the Responsibility of the Proof can be used in civil trial Brazilian without to be writing in the law and this theory is different from the reversal of the responsibility of the proof provided by the Consumer Protection Code.

**KEYWORDS:** Civil Trial. Proof (law). Responsibility of the Proof. Defense of the Consumer.

## INTRODUÇÃO

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, ou das cargas probatórias dinâmicas, reflete um novo olhar sobre a repartição do encargo da produção de provas no processo civil, visto que propõe a divisão do ônus de acordo com a possibilidade de produzir a prova que cada litigante possui, e não de acordo com a posição que ocupa no polo da lide. No entanto, tal teoria não está expressamente prevista em nosso ordenamento jurídico, embora existam decisões baseadas em seus fundamentos e haja outros institutos semelhantes na legislação brasileira.

Dessa maneira, este trabalho visa a demonstrar que é aplicável a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Direito Processual Civil brasileiro, buscando para tanto apoio nos princípios processuais e constitucionais, na jurisprudência e na legislação pátria.

O tema é de grande importância porque a rigidez com que o *onus probandi* vem sendo tratado no Direito Processual Civil pátrio tem sido causa de inúmeras injustiças. É que a aplicação da regra do ônus da prova, sem uma análise da situação fática envolvida, acaba punindo uma das partes por presumir que, quando alguém estava encarregado de trazer certa(s) prova(s) aos autos não o faz, age assim somente por desídia.

Destarte, no intuito de investigar a recepionalidade da teoria referida no direito adjetivo brasileiro, analisar-se-á como é regulada e aplicada a atual regra processual civil acerca da repartição do encargo probatório e

as penalidades por seu descumprimento. Nesse sentido, será diferenciada a atual regra do ônus prevista pelo Código de Processo Civil (CPC), das propostas pela Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova e da inversão do ônus da prova trazida pelo direito consumerista.

Assim sendo, esse trabalho justifica-se por procurar tornar conhecida a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, facilitar a produção probatória, o alcance do direito material pleiteado, bem como o acesso à justiça, nos termos postulados por Capelletti e Garth<sup>1</sup>.

Ademais, o uso da presente teoria no âmbito do Ministério Público poderá auxiliar a instituição a alcançar êxito em variados tipos de ações, nos seus diversos âmbitos de atuação, sobretudo nas causas cíveis.

Registre-se, por fim, a necessidade de os membros adiantarem-se e conhecerem melhor a teoria, visto que há previsão no projeto de lei do novo Código de Processo Civil de que as cargas probatórias dinâmicas serão aplicadas com sua entrada em vigor.

## 1 CONTEXTO HISTÓRICO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Após o reconhecimento do Direito Processual Civil como um ramo autônomo da ciência jurídica, o rigor e o formalismo do processo tomaram o Direito durante a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX, trazendo à baila falta de efetividade, conforme comenta Bueno:

A premissa científica adotada pelas escolas “autonomistas”, contudo, acabou por conduzir o estudo do processo civil para algo muito distante da realidade, muito distante do direito material controvertido e, por isto mesmo, acabou por transformá-lo ou, quando menos, criar condições para transformá-lo em uma ciência pouco prática ou, menos que isto, extremamente difícil de ser colocada em prática.<sup>2</sup>

A partir, sobretudo, do início da segunda metade do século XX, principalmente sob os auspícios do socialismo, os processualistas começaram a abrir os olhos para a necessidade de que o processo fosse mais justo e efetivo, que realmente atendesse à pacificação dos conflitos sociais:

No pensamento contemporâneo do direito processual

1 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

2 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 43.

civil, tem prevalecido o entendimento de que o estudo científico do Direito Processual Civil deve evitar os excessos ou os extremos das fases anteriores e que eles devem ser extirpados em nome de uma melhor e mais adequada compreensão do papel a ser desempenhado pelo direito processual civil. [...] Entender o processo como método de atuação do Estado Democrático de Direito, e, neste sentido, algo completamente distinto do conflito que é levado ao Poder Judiciário para resolução, não significa dizer que os contornos deste conflito não possam, em alguma medida, ser úteis ou, até mesmo, indispensáveis para compreender, quando menos, algumas das finalidades do Direito Processual Civil e, vale a ênfase, da própria compreensão de vários de seus institutos, inclusive do próprio processo.<sup>3</sup>

Essa nova visão do direito processual teve impulso com a publicação da obra “Acesso à Justiça” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na Itália, em 1978.<sup>4</sup> No Brasil, essa obra foi traduzida e publicada pela primeira vez em 1988 e teve grande aceitação. E ainda hoje, afirma a necessidade de se buscar um processo mais justo, célere e efetivo.

#### O processo tem progredido e

seu aperfeiçoamento tem decorrido de um movimento no sentido da reconstrução, a partir da revisitação dos elementos que compõem o processo, que possibilitam uma releitura vanguardista do conteúdo e a readequação da função que cada um exerce dentro da relação processual.<sup>5</sup>

Nesse contexto, é que foi criada e promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 e, como consequência, é nesse sentido que também está fundamentado nosso direito processual, porque este é resultado das disposições contidas naquela.

Portanto, não é demais ressaltar que o direito adjetivo brasileiro está baseado nos conceitos de um processo efetivo e justo, o qual está previsto na Carta Magna, mormente nos princípios do Direito Processual Civil do devido processo legal, igualdade, contraditório, ampla defesa, lealdade processual e cooperação<sup>6</sup>, os quais embasam a Teoria

3 BUENO, 2009, p. 45.

4 CAPPELLETTI; GARTH, 1978.

5 CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 8.

6 Sob a nova ótica de acesso à justiça, o processo cível tem a função ampla de pacificar os conflitos sociais e não apenas os litígios particulares. Dessa forma, as partes devem ser vistas não como inimigas, mas como cooperadoras do juízo no intuito de se alcançar a verdade dentro do processo e, com isso, uma sentença mais justa, conforme afirma Airasca: “por força do Princípio da Cooperação, as partes têm o dever de se conduzir no processo com lealdade, probidade e boa-fé, o dever de colaborar entre si para desentranhar a verdade dos fatos e o dever de cooperação com o órgão jurisdicional para averiguar como ocorreram os fatos para que este possa ditar uma sentença justa”. Cf. AIRASCA apud CREMASCO, 2009. p. 84.



da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

## 2 ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Antes de analisar a teoria em estudo, faz-se necessário relembrar alguns conhecimentos prévios imprescindíveis à compreensão da Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas, em especial o ônus da prova, sua distribuição e função no Processo Civil brasileiro.

Segundo Santos, a palavra

ônus – do latim *onus* – quer dizer carga, fardo, peso. *Onus probandi* traduz-se apropriadamente por *dever de provar*, no sentido da *necessidade* de provar. Trata-se apenas de *dever* no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes<sup>7</sup> (grifo do autor).

O ônus da prova remonta o Direito Romano.<sup>8</sup> Foram, porém, os juristas alemães e austríacos que aperfeiçoaram o conceito de ônus e lhe deram a configuração atual. Chegaram à conclusão de que o ônus não poderia ser uma obrigação, pois, se o fosse, somente a parte poderia produzir a prova, ao magistrado não seria possível determinar sua produção de ofício. E mais, caso a parte produzisse a prova que lhe cabia, teria automaticamente vencido a lide, já que teria cumprido a obrigação que lhe era imposta.<sup>9</sup>

No entanto, comprovar, ou não, um fato não é uma obrigação da parte a quem toca a prova; é, na verdade, um interesse, uma necessidade, um ônus. A parte não terá nenhuma sanção ao não realizar a prova, mas, se não demonstrar a veracidade das alegações que fez, corre sérios riscos de sucumbir.<sup>10</sup>

7 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 24. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral dos Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 358.

8 Ibid, p. 359.

9 CREMASCO, 2009, p. 23.

10 Ibid, p.25.

## 2.1 ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Atualmente, no Código de Processo Civil, o ônus da prova é distribuído de forma estática, ou seja, está prévia e abstratamente previsto na Lei de acordo com a posição processual que a parte ocupa e a natureza do fato a ser provado, obedecendo à regra do art. 333 do CPC: “o ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...]”.<sup>11</sup>

Os fatos constitutivos são aqueles que informam a existência do direito que o autor busca, no dizer de Holthausen é

aquele que quando ocorrido faz nascer uma relação jurídica, ou seja, cria direitos por ligar o acontecimento a uma intenção, cuja base legal encontra-se no ordenamento. Dessa forma, ao autor cabe a prova desses fatos para que sua pretensão seja recepcionada e procedente.<sup>12</sup>

Já o fato extintivo, conforme afirma Câmara,

é aquele que põe fim à relação jurídica deduzida no processo, como, *e.g.*, o pagamento, em ações de cobrança. [...] Assim, no exemplo anteriormente referido, da ‘ação de cobrança’ de dívida decorrente de mútuo, cabe ao réu provar que já efetuou o pagamento (ou que, por qualquer outro modo, a obrigação se extinguiu), e não ao autor provar que o réu se encontra em mora [...].<sup>13</sup>

O mesmo autor explica ainda que o

fato impeditivo é um fato de conteúdo negativo, a ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei). Assim, incumbe ao réu demonstrar ao juiz que, *e.g.*, o agente era menor de dezoito anos - e, por conseguinte, relativamente incapaz -, ou que o contrato de depósito foi celebrado oralmente. Por fato modificativo entende-se aquele que altera a relação jurídica *in iudicium deducta*, como o pagamento parcial.” (grifo do autor)<sup>14</sup>

11 BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2012.

12 HOLTHAUSEN, Fábio Zabet. **Inversão do ônus da prova nas relações de consumo**: momento processual. Tubarão: Editora Unisul, 2006. p. 101.

13 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. p. 414-415.

14 *Ibid*, p. 416.

Outrossim, a doutrina chama de ônus objetivo ou subjetivo as duas funções importantes que o encargo probatório pode exercer dentro do processo: servir de regra de julgamento, quando o magistrado não consegue firmar convicção sobre a lide (objetivo); ou ser uma regra de conduta dirigida às partes, para que cada uma saiba exatamente o que deve provar, de modo a não protelar o feito com a efetivação de atos inúteis (subjetivo).<sup>15</sup>

Assim, a distribuição do ônus subjetivo implica muito mais a organização do processo (autor da prova fato constitutivo, réu fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor), do que em consequências jurídicas. O que na verdade trará desdobramentos ao feito é a falta de provas. Assim, havendo provas, independente de quem as tenha efetivado, o magistrado julgará conforme sua convicção e motivará a decisão, consoante previsão do art. 131 do CPC.<sup>16</sup>

A ausência de provas necessárias ao deslinde do feito, em contraponto, trará à mente do magistrado dúvidas acerca do julgamento do caso, no entanto o juiz não pode se furtar de sentenciar o processo, visto que a demanda não poderá se prolongar indefinidamente.<sup>17</sup>

Nessa situação, o julgador se utilizará das regras de distribuição do ônus da prova e analisará, caso a caso, qual parte não se desincumbiu de seu ônus, ou seja, se foi o autor quem deixou de provar o fato constitutivo do seu direito, ou se foi o réu quem não comprovou os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, decidindo em desfavor daquele que não cumpriu seu encargo.<sup>18</sup>

Vê-se, pois, que tal regra de julgamento poderá conduzir a grandes injustiças, mormente quando se está diante de fato que a parte contrária tem condições de provar e não o faz, enquanto que a parte a quem toca o ônus não pode produzi-la e acaba perdendo a demanda.

Destaque-se, por fim, que existem algumas possibilidades de inversão do ônus da prova previstas no Código de Processo Civil. Por exemplo, o parágrafo único do art. 333 do CPC. Segundo essa regra, pouco usada no Direito pátrio, por meio de cláusula no contrato, os

---

15 Ibid, p. 416.

16 CÂMARA, 2007, p. 416.

17 CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução Hebe Caletti Marengo. 4. ed. Sorocaba: Minelli, 2006. p. 135.

18 CREMASCO, 2009, p. 31.

contratantes podem de livre e espontânea vontade pactuar a inversão do ônus da prova, o que, por lógico, só terá validade naquele caso específico.

No entanto, a convenção sobre o *onus probandi* comporta exceções: ações sobre direitos indisponíveis (logicamente, se a parte não pode dispor do direito material, também não poderá dispor das regras processuais) e quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Além da convenção, chamamos atenção para a presunção relativa que, quando alegada por uma das partes, causa a inversão do ônus da prova em relação à outra parte.<sup>19</sup>

Outra forma de inversão do ônus da prova é a prevista no Código de Defesa do Consumidor, conforme se demonstrará no próximo item.

## 2.2 ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A Constituição Federal de 1988 previu, em seu art. 5º, o seguinte: “XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”<sup>20</sup>

Seguindo a determinação da Carta Magna, o legislador infraconstitucional criou a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou Código de Defesa do Consumidor (CDC). Essa legislação, reconhecendo a hipossuficiência do consumidor perante o fornecedor, trouxe várias formas de proteção àquele.

Entre elas está a previsão da inversão do ônus da prova, conforme dispõe o inc. VIII do art. 6º do CDC:

A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, em seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.<sup>21</sup>

Assim, a inversão do ônus da prova no direito consumerista mo-

19 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. p. 206.

20 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2012.

21 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2012.

difica a regra geral instituída no Código de Processo Civil, de maneira que, com a inversão, o réu deverá demonstrar o fato não constitutivo do direito do autor.

Nesse sentido, afirma Theodoro que caberá ao réu provar “aquilo que possa excluir o fato da esfera de sua responsabilidade, diante do quadro evidenciado no processo, *v. g.*, o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, a falta de nexo entre o resultado danoso e o produto consumido etc.”<sup>22</sup>

Outrossim, a inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, inc. VIII, do CDC não é automática, depende do preenchimento de alguns requisitos previstos no mesmo dispositivo.

Primeiro, a norma dispõe sobre a verossimilhança da alegação, ou seja, deve haver pelo menos algum indício do fato constitutivo do direito do autor.<sup>23</sup>

O outro requisito é a verificação da hipossuficiência do consumidor. Durante algum tempo, acreditou-se que esse requisito estava ligado somente às condições econômicas do consumidor, porém hoje se aceita que a

hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc.<sup>24</sup>

A maior discussão não reside, no entanto, nos requisitos para o deferimento da inversão do ônus da prova, mas se os quesitos são cumulativos<sup>25</sup> ou alternativos<sup>26</sup>, não havendo consenso na doutrina a

22 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 480.

23 *Ibid.*, p. 480.

24 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 740.

25 “A partir de uma interpretação literal do dispositivo, pode-se concluir que, seja diante da verificação isolada da verossimilhança, seja diante da ocorrência isolada da hipossuficiência, ou, ainda, diante da presença cumulativa da verossimilhança e da hipossuficiência, deve ser invertido o ônus da prova.” Cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 272.

26 “O fundamento desta teoria diz respeito à fragilidade de ambos os requisitos se analisados separadamente, ou seja, em caso de se ter um consumidor hipossuficiente, mas com alegações totalmente desmerecedoras de credibilidade, improváveis e sem plausibilidade, o magistrado não teria alternativa que não a inversão do ônus da prova, podendo colocar o fornecedor em desvantagem exagerada frente ao consumidor, eis que um dos requisitos legais foi devidamente cumprido.” Cf. HOULTHAUSEN, 2006, p. 116.

esse respeito.

Outra indagação fundamental é se a decretação da inversão do ônus da prova é um dever ou um poder do juiz.

Nunes afirma o seguinte:

[...] na hipótese do art. 6º, VIII do CDC, cabe ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor. Vale dizer, *deverá* o magistrado determinar a inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.<sup>27</sup>

Portanto, numa análise sistemática da norma que pretende proteger o consumidor, percebe-se que, quando presentes os requisitos, é dever do juiz ordenar a inversão do *onus probandi*, tanto de ofício, quanto quando requisitado. Obviamente que tanto a decisão que decreta a inversão, quanto aquela que nega, devem ser devidamente fundamentadas.

Outro ponto importante é o momento processual em que o *onus probandi* deverá ser invertido. Não há previsão legal acerca do assunto, de modo que a doutrina e a jurisprudência discutem três possibilidades: no despacho inicial<sup>28</sup>; do despacho inicial até a decisão de saneamento<sup>29</sup>; e na sentença<sup>30</sup>.

Analisando os momentos possíveis, verifica-se que a primeira e a segunda hipóteses aproximam-se mais do modelo de um processo constitucional que oportuniza às partes as garantias do contraditório e da ampla defesa, visto que possibilita a parte conhecer previamente o ônus que lhe cabe e produzir a prova necessária para obter êxito no feito.

Há, ainda, a inversão do ônus da prova prevista pelo CDC em seu art. 38. Trata-se das hipóteses de ações contra propagandas enganosas ou abusivas. Essa inversão é automática, ou seja, não depende

27 Nunes, 2005, p. 739.

28 Nogueira e Mello, citados por Holthausen, defendem a primeira posição, afirmando que o réu necessita saber da inversão no despacho inicial (que determina a citação) para melhor preparar sua defesa. Cf. NOGUEIRA; MELLO *apud* HOLTHAUSEN, 2006, p. 118.

29 Nunes afirma que a inversão deve ser decretada entre o despacho inicial até a decisão de saneamento do feito, porque podem ocorrer casos em que o juiz não tenha elementos para visualizar os requisitos do art. 6º, inc. VIII, do CDC, de modo que a contestação ou a réplica poderão aclarar a situação e possibilitar ao magistrado a convicção de inverter ou não o ônus da prova. Cf. NUNES, 2005, p. 743.

30 "Para defesa desse posicionamento, reforça-se a tese de que a regra que distribui o ônus da prova teria a natureza de regra de julgamento, sendo o juiz o destinatário das provas, além do fato de que, diante da possibilidade da inversão do ônus da prova, já deveria o fornecedor preparar-se corretamente para a defesa." Cf. NERY JÚNIOR *apud* LEONARDO, 2004. p. 287-288.

de decretação do julgador, ocorre sempre, nesses casos, independente de qualquer requisito.

A utilização dos institutos comentados no âmbito das relações de consumo e das outras formas de inversão do ônus da prova previstas no CPC, no entanto não são suficientes para abarcar todos os casos concretos em que é difícil a uma das partes produzir a prova necessária para convencer o juízo. Devido a isso, foi criada no direito comparado, e tem sido acolhida paulatinamente pelo direito brasileiro, a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, conforme será estudado no próximo item.

### 3 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas, como é chamada a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova na Argentina, é relativamente nova no cenário jurídico.<sup>31</sup>

Dall’Agnol<sup>32</sup> atribui a Jorge W. Peyrano, jurista argentino, a sistematização e a divulgação da teoria, o que tomou corpo no início da década de 1990, na doutrina do país de origem desse professor, principalmente no tocante à responsabilidade profissional, especialmente a médica:

Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (e a similar teoria do princípio da solidariedade e colaboração) de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello (na verdade, seus principais mentores): surgiu na Argentina onde os ditos autores, a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschmidt, passaram a defender a

31 Cremasco reconhece que não se pode determinar com precisão quando surgiu a referida teoria, mas afirma: “a doutrina ressalta a aplicação expressa da distribuição dinâmica dos encargos probatórios pelo BGB, na Alemanha, já no início do século passado, ao adotar a nomenclatura – beweisumkehr – que nada mais significa que trânsito cambiante (ou em sentido contrário) da prova. Além de ter sido claramente adotada pelos §§ 282, 891 e 892 do BGB, a carga dinâmica encontra respaldo também da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Alemão para os casos de responsabilidade médica com culpa gravíssima, responsabilidade em matéria de consumidores, de declaração e comunicação de negócios jurídicos, de condições gerais de contratação, de direito do trabalho, de contratos financeiros e de direito ambiental. Outrossim, há notícias também acerca da adoção ampla da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo Tribunal Supremo da Espanha, que há muito prevê a flexibilização dos encargos probatórios, em razão da obrigação das partes de colaborarem com o Poder Judiciário na descoberta da verdade e da obtenção de um resultado justo, sobretudo nos casos de concorrência desleal e de publicidade ilícita. [...] Já em meados do século XX, mais precisamente em 1957, porém é possível encontrar na jurisprudência da Corte Suprema de Justicia de La Nación, na Argentina, precedente envolvendo a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova – ainda que sem referência expressa à teoria – [...]” Cf. CREMASCO, 2009, p. 69-70.

32 DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Distribuição Dinâmica dos ônus probatórios**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 788, p. 92-107, jun. 2001.

repartição dinâmica do ônus da prova. Baseando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade (com atuação do juiz) [...] <sup>33</sup>

Azevedo ainda refere à utilização da teoria em estudo no Uruguai e, recentemente, alguns tribunais brasileiros contêm decisões que utilizam a teoria das cargas probatórias dinâmicas, como, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, conforme se verá mais adiante.<sup>34</sup>

### 3.1 CONCEITO

A Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas é preceito de divisão dos encargos de prova no qual o magistrado confere a parte que tem melhores condições (econômicas, técnicas, culturais, físicas), o *munus* de produzir a prova necessária ao alcance da verdade no processo, de modo que o juiz não fique desagasalhado no momento de firmar sua convicção.

Creiasco melhor explica:

[...] a partir do exame das circunstâncias particulares de cada caso, o magistrado define, *in concreto*, qual dos litigantes tem melhores condições para comprovar cada um dos fatos controvertidos, impondo-lhes o ônus respectivo e, por conseguinte, o risco decorrente do seu eventual descumprimento.<sup>35</sup>

Nesses termos, o magistrado decidirá quem deverá provar quais fatos, baseado nas regras de experiência, aferindo quem tem melhores condições para realizar determinada prova.

Portanto, a teoria em estudo não se preocupa com a posição que a parte ocupa no polo da demanda, nem mesmo com o tipo de fato a ser provado, o que importa são as condições de cada parte em acessar e produzir o meio de prova.

Dall' Agnol bem sintetiza esse pensamento:

Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto: a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato

33 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. vol. 2. p. 90-91.

34 AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>>. Acesso em: 25 maio 2010.

35 CREMASCO, 2009, p. 73.



do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc.

Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a 'natureza' do fato a provar imputando-se o encargo àquelas partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.<sup>36</sup>

A criação da teoria deu-se justamente em razão de a distribuição estática não servir para resolver a situação das provas em muitos casos. A rigidez desse tipo de distribuição engessa o processo e, muitas vezes, leva o julgador a decidir a demanda em desfavor da parte que tem o direito, mas não pode comprová-lo, não se desincumbindo do ônus. Note-se que nem sempre o não cumprimento do ônus é produto de desídia, mas de pura impossibilidade.<sup>37</sup>

Destarte, a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova está calcada numa nova visão do processo e demanda um juízo ativo, que se preocupa em redistribuir o *onus probandi* com o fim de trazer elementos de convicção ao processo. Dessa forma, a decisão resulta mais efetiva, em sintonia com os princípios constitucionais e processuais existentes em nosso ordenamento jurídico.

Contudo, não se está aqui pregando o rompimento total com a distribuição estática do ônus. Todavia, é evidente que essa repartição prévia e abstrata não pode ser a mais acertada em absolutamente todas as situações concretas. Seria impossível ao legislador prever todos os casos *sub judice* e cominar o ônus correto para todas essas situações.

Exatamente por isso que se defende a flexibilização do ônus, de forma que a teoria deve ser usada subsidiariamente, quando, naquele processo em análise, o art. 333 do CPC não puder resolver o problema da distribuição do *onus probandi*, sem que isso não resulte em prejuízo a uma das partes.

Sobre a subsidiariedade, comenta Knijnik:

a ideia de um ônus dinâmico não afasta de *per se*, as regras legais a esse respeito fixadas pelo legislador: ao contrário, persistiria o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional. A invocação do ônus dinâmico entraria em jogo

36 DALL'AGNOL, 2001, p. 92-107.

37 CREMASCO, 2009, p. 84.

quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzisse a uma *probatio diabólica*, vindo a inutilizar a ação judiciária e ao acesso útil ao Estado-jurisdição.<sup>38</sup>

Será maior injustiça manter o ônus e não alcançar a verdade no processo, ou redistribuir o ônus e produzir-se a prova necessária ao deslinde do feito? Não é compreensível que o juiz, sabendo que tem a possibilidade de conhecer a verdade, prive-se de chegar a ela devido a formalismos processuais.<sup>39</sup>

### 3.2 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

Os requisitos para a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova perpassam pela verificação de apenas duas situações no caso em concreto: uma das partes não ter condições de provar o que lhe determina o ônus estático, e, em contrapartida, a outra parte ter plenas condições de produzir tal prova sem grandes óbices.<sup>40</sup>

Nesse pensar, importa saber exatamente o que é ter “condições de provar”. Barberio (citado por KNIJNIK) afirma que esse pressuposto configura-se quando o

sujeito a quem se atribui a carga probatória revista uma posição privilegiada ou destacada em relação ao material probatório e em face de sua contraparte. É dizer que, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar de posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição para revelar a verdade, e seu dever de colaboração se acentua, a ponto de atribuir-lhe uma carga probatória que, em princípio, segundo as regras clássicas que mencionamos mais acima, não teria.<sup>41</sup>

Vê-se que a dificuldade, ou a impossibilidade, de se produzir uma prova pode derivar de várias razões diferentes: social, econômica,

38 KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: FUX Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006. p. 942-951.

39 CREMASCO, 2009, p. 74.

40 Ibid., p. 88.

41 BARBERIO *apud* KNIJNIK, 2006, p. 942-951.

técnica, física, de informação, cultural, etc. E “não há, pelo menos em princípio, qualquer tipo de distinção ou de gradação entre a natureza da dificuldade ou da impossibilidade de produção da prova e a adoção da distribuição dinâmica.”<sup>42</sup>

Assim, seja qual for o entrave que a parte responsável pela produção da prova, conforme o ônus estático, enfrente, o *onus probandi* poderá ser distribuído adequadamente de ofício ou a requerimento da parte impossibilitada.

A conclusão da possibilidade de decretação de ofício é evidente: se o magistrado, ao determinar a produção de certa prova (o que é permitido pelo art. 130 do CPC), rompe com o *onus probandi*, visto que, segundo a regra do art. 333 do CPC, o encargo é apenas do autor e do réu, por que não poderia este mesmo magistrado, numa interpretação sistemática do código, determinar a produção de certa prova à parte que possui condições mais favoráveis (e não segundo a regra clássica)?<sup>43</sup>

Basta alargar um pouco mais a interpretação do art. 130 do CPC para se perceber que a teoria em estudo é plenamente aplicável em nosso ordenamento jurídico.

Outrossim, a repartição da carga probatória pode recair apenas sobre um, alguns ou todos os fatos controvertidos, importa apenas que sejam aqueles que uma parte tem condições de produzir, enquanto que a outra, não. Obviamente que os fatos controvertidos deverão ser fixados previamente na audiência preliminar ou no despacho saneador.

Por fim, é bom salientar que

se depois de valer-se dos seus poderes instrutórios o juiz tocar o ônus da prova de um determinado fato a um litigante que tenha condições de cumpri-lo, o magistrado faz com que, se se tornar necessário o uso da regra de distribuição no julgamento, suporte as consequências a parte que por desídia – e não por impossibilidade – não cumpriu com o seu encargo. É que mesmo não sendo a solução ideal, já que não permite a certeza quanto à verdade, pelo menos se aproxima de um critério mais justo, porquanto impõe a consequência àquele que não quis – e não que não pôde – cumprir o encargo.<sup>44</sup>

42 CREMASCO, 2009, p. 86.

43 Ibid., p. 84.

44 CREMASCO, 2009, p. 84.

Logo, mudando-se o encargo de mãos, conseqüentemente, as desvantagens do seu não cumprimento também mudam.

A essa altura deve-se indagar que a dinamização do ônus poderá acarretar, em algum momento, que a parte esteja obrigada a produzir prova contra si, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico por força do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.<sup>45</sup>

Vê-se que, embora esse princípio faça parte muito mais da seara do Direito Processual Penal, conforme, inclusive, se pode inferir do tratado firmado, não deixa de permear o Direito Processual Civil.

Sobre o assunto, defende Cremasco (2009, p. 108-109):

[...] embora a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova seja bastante recente no direito brasileiro, seguindo uma postura recorrente nos doutrinadores pátrios tanto no que concerne à Teoria do Direito, quanto à Teoria do Processo, não faltaram doutrinadores hábeis a criticar, *ab initio*, a teoria da carga dinâmica, taxando-a, *a priori*, de perigosíssima, ao fundamento maior de que sua adoção acarretaria uma afronta à garantia da não produção de prova contra si mesmo [...] a distribuição dinâmica do ônus da prova não necessariamente levará a que a parte produzir prova contra ela mesma. Pode ser que sim, como pode ser que não. Em caso afirmativo, está-se aqui diante de um conflito de interesses: o interesse individual do litigante em não produzir uma prova contra ele mesmo (e a ele é dado não fazê-lo, pois o deslocamento do ônus não impõe, de *per se*, que a prova seja efetivamente realizada), o interesse individual do outro litigante que veio a juízo reclamar uma dada pretensão e que deseja efetivamente obtê-la e, ainda, o interesse da coletividade de que o resultado das decisões emanadas pelo Poder Judiciário sejam condizentes com a verdade dos fatos, capazes de atuar no mundo concreto e produzir todos os resultados a ela inerentes. Nesse conflito de mudança de paradigma experimentada pelo Direito e pelo Processo nos dias atuais, é, a meu ver, o interesse da coletividade que deve prevalecer sobre o interesse individual [...].<sup>46</sup>

A legislação processual civil brasileira impõe o dever de dizer a

45 "Art. 8º. [...] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada." Cf. CONVENÇÃO americana de direitos humanos 1969 (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 30 maio 2010.

46 CREMASCO, 2009, p. 108-109.

verdade, conforme o art. 339 do CPC, o qual prevê que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.<sup>47</sup> Ou seja, todos, principalmente as partes, têm o dever de dizer a verdade, mesmo que isso lhes prejudique, salvo algumas exceções previstas pelo próprio ordenamento.

Ademais, com a crescente publicização do processo, torna-se difícil escolher a “não produção de prova contra si”, interesse particular, quando o alcance da verdade reflete o interesse da real pacificação social, ou seja, o interesse da coletividade.

### 3.3 INVERSÃO E DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Embora haja doutrinadores<sup>48</sup> (e inclusive a própria jurisprudência) que defendem que a inversão do ônus no CDC é a mesma Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas, só que aplicada apenas nas relações de consumo, o estudo apurado desses institutos leva a concluir que são distintos.

A primeira diferença reside na discricionariedade. Azevedo afirma que a discricionariedade do magistrado não existe no sistema do CDC porque, verificada a hipossuficiência ou a verossimilhança, o magistrado não pode escolher se inverte ou não o ônus, ele é obrigado a fazê-lo.<sup>49</sup> Sua discricionariedade reside apenas na análise dos requisitos para a inversão, de acordo com suas máximas de experiência. Já a teoria em estudo respeita uma maior discricionariedade do juiz, que terá liberdade para análise de várias situações de cada caso concreto, ao aplicar ou não a distribuição.

Cambi aponta outra diferença:

O magistrado continua sendo o *gestor da prova*, agora, contudo, com poderes ainda maiores, porquanto, em vez de partir do modelo clássico (art. 333 do CPC) para inverter o *onus probandi* (art. 6º, inc. VIII, CDC), tão-somente nas *relações de consumo*, cabe verificar, no caso concreto, sem estar atrelado aos critérios da verossimilhança da alegação

47 BRASIL, 1973.

48Dentre eles: DALL’ AGNOL, 2001, p. 92-107. BORGE, Felipe Dezorzi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**: expressão do acesso à justiça . Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2429, 24 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14401>>. Acesso em: 18 maio 2010. Didier; Braga; Oliveira, 2008. p. 92.

49 AZEVEDO, 2007.

ou da hipossuficiência do consumidor, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir este ônus entre as partes.<sup>50</sup>

Portanto, os requisitos para a inversão do ônus da prova (além de a relação tratar-se de direito do consumidor) são a hipossuficiência ou a verossimilhança, enquanto que, na Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, os requisitos são a impossibilidade de uma parte e a facilidade da outra, o que parece serem exigências mais brandas que as do CDC.

Há que se destacar que não só a discricionariedade do juiz e os requisitos para a aplicação das duas técnicas diferem uma da outra. As Cargas Probatórias Dinâmicas têm aplicação mais ampla e geral em comparação com a inversão do CDC, posto que esta se restringe às relações de consumo, e a outra não.

Outra grande diferença entre as duas técnicas é que a inversão ocorre em relação a todos os fatos controvertidos da causa, já a distribuição poderá incidir sobre um, alguns ou todos os fatos desta natureza.

Além disso, Cremasco também assinala que, em relação a qualquer forma de inversão do ônus da prova (não apenas a descrita no art. 6º, inc. VIII, do CDC), a distribuição da carga probatória também se difere:

Vale dizer: para a adoção da teoria da distribuição dinâmica, o critério legal ou clássico de distribuição do *munus* tem sua atuação previamente afastada daquele caso, quanto ao fato que deverá ser objeto de prova. Só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica de distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as particularidades do caso concreto, com base em máximas de experiência, irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado.

A inversão, por sua vez, pressupõe a existência de uma responsabilidade que é atribuída, *a priori*, a uma das partes e, uma vez presente determinados requisitos previstos em lei, é imposta de forma cogente à parte contrária.<sup>51</sup>

Finalizando, a distribuição dinâmica se difere da inversão do ônus, pois aquela é mais um instrumento processual a serviço da busca da verdade, ao lado desta.

50 CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 341.

51 CREMASCO, 2009, p. 75-76.

### 3.4 MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO

A distribuição do ônus da prova foi criada para trazer a verdade aos autos e tornar o processo mais efetivo. Dessa forma, é um contrasenso deixar sua decretação para a sentença, como pregam os juristas argentinos.<sup>52</sup>

Assim, o momento processual ideal para a decretação da distribuição é antes da fase instrutória, ou em sede de saneador, ou na audiência preliminar, já que o ônus da prova cumpre não só sua função objetiva, mas também subjetiva, conforme afirmam Didier, Braga e Oliveira:

Ademais, essa repartição casuística do ônus da prova deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo de a parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova, [...]. Trata-se de regra de atividade e, não, de julgamento.<sup>53</sup>

A decretação da distribuição antes da fase instrutória não só é necessária para possibilitar às partes oportunidade de se desincumbir de seus encargos, como também evita “decisões surpresas”, que desrespeitam os princípios processuais e constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, bem como os princípios fundantes desta teoria, principalmente o da solidariedade e cooperação.

Entretanto, a adoção desse entendimento conduz a outra questão: a denominada “carga superveniente”:

[...] se por força da ocorrência de algum fato superveniente, a condição do litigante para produzir a prova que lhe foi destinada é atingida e alterada, a distribuição do encargo deve ser revista, notadamente de modo a possibilitar a efetiva realização daquela prova para o bem do processo e da decisão do julgador.<sup>54</sup>

Nessa linha de raciocínio, o magistrado deverá reavaliar a distri-

52 Consoante afirma Azevedo, os juristas argentinos: “sustentam sua posição notadamente em dois pilares fundamentais: a) a ciência prévia dos litigantes insertos naquele sistema jurídico sobre a possibilidade de que, em determinados casos, reiteradamente assentados na doutrina e jurisprudência, a distribuição dinâmica venha incidir, inexistindo, portanto, surpresa na sua aplicação; e b) o fato de tratar-se a carga dinâmica de questão relativa a valoração da prova, na qual o juiz, verificando as circunstâncias do caso e, inclusive, a forma como as partes se conduziram no processo, impõe o ônus – e, ainda, as conseqüências decorrentes da ausência da prova – a um ou outro litigante.” Cf. AZEVEDO, 2007.

53 DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 90-91.

54 CRESMACO, 2009, p. 92-93.

buição do ônus, quando a parte a quem foi distribuído o *onus probandi*, por circunstâncias posteriores, torna-se impossibilitada de produzir a prova. Assim, o togado verificará se a outra parte, de quem inicialmente foi retirado o encargo, não se tornou posteriormente mais apta a produzir a prova, caso em que deverá retornar o ônus a esta. Ou, se ambas se encontram sem condições de produzir tal prova, o magistrado deverá utilizar-se do ônus (clássico) objetivo para julgar a demanda.<sup>55</sup>

### 3.5 APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Importante discussão doutrinária gira em torno da (des)necessidade de previsão legal para a aplicação da teoria em estudo no Direito Processual Civil brasileiro.

Parte da doutrina que se posiciona contra as cargas probatórias dinâmicas afirma, simplesmente, que a teoria não pode ser aplicada porque não há previsão legal para tanto, conforme comenta Ferreira:

Os opositores da aplicação da teoria dinâmica utilizam-se como argumento principal a de que ela não tem previsão legal, tendo sido adotada pelo legislador a regra estática prevista no artigo 333 e incs. do Estatuto Processual Civil. Realmente, não encontramos em sede do Código Instrumental Civil previsão para aplicação da teoria da distribuição dinâmica.<sup>56</sup>

Entretanto, aqueles que reconhecem a importância da teoria em comento afirmam que não é necessário, para sua aplicação, estar expressamente contida em lei. Inclusive, na Argentina, ela vem sendo aplicada vastamente sem estar positivada.<sup>57</sup>

No Brasil, vários doutrinadores também entendem que as Cargas Probatórias Dinâmicas podem ser aplicadas, mesmo sem previsão legal clara, porque sua recepionalidade decorre de uma interpretação sistemática e principiológica do Código de Processo Civil e da Constituição

55 Ibid., p. 93.

56 FERREIRA, Reinaldo Alves. Da aplicação da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova como forma de obtenção de um processo justo e igualitário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2021, 12 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12187>>. Acesso em: 25 maio 2010.

57 KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002. p. 138.



Federal.

Cambi, buscando demonstrar a aplicabilidade da teoria, faz um breve resumo sobre os artigos do CPC que podem ser interpretados como favoráveis a teoria em estudo:

A facilidade da demonstração da prova, em razão desses argumentos de ordem técnica, promove, adequadamente, a isonomia entre as partes (art. 125, inc. I do CPC), bem como ressalta o princípio da solidariedade, presente, no sistema processual, no dever de os litigantes contribuírem com a descoberta da verdade (arts. 14, inc. I, e 339, CPC), na própria exigência da litigância de boa-fé (p. ex., arts. 17, 129 e 273, inc. II, CPC) e no dever de prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça (art. 125, inc. III, e 600, CPC).<sup>58</sup>

Aliás, como já visto em item anterior, a distribuição do ônus da prova está enraizada nos poderes instrutórios do juiz (art. 130 do CPC) e, como bem esclarece o art. 131 do CPC, corolário do princípio da persuasão racional do juiz, pouco importa quem trouxe aos autos quais provas, importa que elas sejam suficientes para o entendimento dos fatos e o julgamento da lide, o que é clara previsão a favor dos preceitos das cargas probatórias dinâmicas.<sup>59</sup>

O próprio art. 333, em seu parágrafo único, inciso II, do CPC adverte que o ônus não pode ser modificado quando implica tornar excessivamente difícil à parte a prova do fato. Em que pese a previsão servir para a inversão prevista em convenção, não se pode negar sua aplicabilidade nos demais casos.

Por fim, adentrando a regulação específica de alguns meios de prova, encontramos também previsões afinadas com a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova:

[...] o procedimento de exibição de documento ou coisa, que é disciplinado nos arts. 355 a 362 do Código [...]. Ou seja, pela sistemática já inserta no CPC para o procedimento de exibição, o juiz pode fazer com que o litigante traga aos autos documentos que à luz do art. 333 do CPC, não lhe era incumbido trazer, sob pena de admitir-se 'como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar' (art. 359). Ocorre aqui a alteração inequívoca da distribuição dos encargos prevista pela disciplina do art. 333, alteração esta que é determinada, no caso

58 CAMBI, 2006, p. 342.

59 CREMASCO, 2009, p. 95.

concreto, a partir da necessidade sentida pelo magistrado quanto à apresentação de um dado documento ou coisa.<sup>60</sup>

Assim, diante de tudo o que foi exposto nessas linhas, está mais que demonstrado que o Direito Processual Civil brasileiro, mesmo que implicitamente, recepciona a Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas, sendo irrelevante sua disposição expressa. Embora não se descarte que a positivação do tema contribuiria em muito para o processo, o que será abordado no próximo tópico.

### 3.5.1 Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil

O Projeto de Lei n. 8.046/2010 é o projeto mais importante para a aplicação definitiva da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. O referido Projeto prevê a criação de um novo Código de Processo Civil. Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados e aguarda a análise de 900 emendas propostas.<sup>61</sup>

Uma das inovações previstas, de acordo com a redação dada até agora ao documento, é em relação ao ônus da prova. O Projeto de Lei n. 8.046/2010 mantém o ônus atual no art. 357, mas o art. 358 prevê a utilização da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova quando necessário de acordo com o caso concreto. Além disso, o antigo parágrafo único do art. 333 do CPC, que possibilitava a inversão do ônus da prova por convenção, está disposto no art. 359 do Projeto:

Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

<sup>60</sup> CREMASCO, 2009, p. 96-97.

<sup>61</sup> BRASIL. **Projeto de lei n. 8.046, de 22 de dezembro de 2010.** Institui novo Código de Processo Civil e revoga a Lei n. 5.869, de 1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Art. 359. É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

*Parágrafo único.* O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses

deste artigo.<sup>62</sup>

Ressalte-se que, pela redação do art. 357 do Projeto, o juiz, ao distribuir o ônus da prova, deverá observar o contraditório, o que nos leva a crer que o momento para a distribuição é anterior à sentença, antes da fase instrutória, como defende este trabalho em item anterior.

Acerca da redação dada ao dispositivo que trata da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, Marinone e Mitidiero (2010, p. 104) criticam:

O Projeto explicitou a possibilidade de dinamização do ônus da prova no seu art. 262<sup>63</sup>. Seu texto, no entanto, pode ser mais bem redigido.

É preciso perceber que a dinamização do ônus da prova não significa inversão do ônus da prova. Não se pode confundir ambos os institutos. A dinamização é atribuição *ex novo* do ônus da prova em atenção às circunstâncias da causa. Por ela não se distribui de “modo diverso” o ônus da prova. Distribui-se de forma originária. Só se pode distribuir de modo diverso aquilo que já está distribuído. É impróprio fazer alusão a “modo diverso” a respeito da dinamização do ônus da prova.

Igualmente, não há que se falar em inversão do ônus da prova com a dinamização. Só se pode inverter o que está vertido – vale dizer, aquilo que já está estabelecido. A dinamização do ônus da prova ocorre mediante declaração judicial. A inversão, mediante constituição, porque há alte-

62 BRASIL, 2010.

63 Na primeira versão do projeto de lei que prevê a instituição do Novo Código de Processo Civil o dispositivo que tratava do ônus da prova era o art. 262. Todavia, após várias emendas, atualmente o mesmo dispositivo encontra-se no art. 358.

ração de algo já instituído. É impróprio, portanto, falar em inversão do ônus da prova a propósito da dinamização.<sup>64</sup>

Os mesmos autores sugerem como mais apropriada a seguinte redação para o dispositivo:

Considerando as circunstâncias da causa, o juiz poderá, em decisão fundamentada e observado o contraditório, atribuir o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzi-la. Parágrafo único. A dinamização do ônus da prova será sempre seguida de oportunidade para que a parte onerada possa desempenhar adequadamente seu encargo.<sup>65</sup>

Ainda comentando sobre as mudanças que serão trazidas pelo novo Código de Processo Civil, Chehab afirma que muitas delas já podem ser aplicadas, sem necessariamente haver previsão legal:

O art. 357 do projeto (art. 261 da proposta original) mantém a regra geral, mas adota, no art. 358, a teoria dinâmica [...]. Na minuta original, o art. 7º previa o princípio da aptidão da prova como decorrência da isonomia processual (paridade de armas), em face do êxito da aplicação do art. 6º, VIII, do CDC na inversão do ônus probatório. O texto aprovado no Senado suprimiu a expressão “hiposuficiência técnica”, mas manteve a idéia de igualdade de tratamento entre as partes, inclusive no que tange aos ônus, “competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”. A moderna doutrina processual defende a aplicação imediata da teoria dinâmica do ônus da prova, por força do CDC ou imperativo constitucional. [...] É plenamente aplicável atualmente a teoria dinâmica do ônus da prova.<sup>66</sup>

Portanto, diante de tais considerações acerca da legislação, verifica-se que a expressa previsão legal e a aplicação em larga escala da teoria em estudo são, provavelmente, uma questão de tempo, até que tal projeto seja aprovado, sancionado e entre em vigor.

64 MARINONE, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 104.

65 *Ibid.*, p. 104.

66 CHEHAB, Gustavo Carvalho. **Projeto de Novo Código de Processo Civil: algumas novidades que já podem ser utilizadas**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, ano XV, n. 341, p.48-50, 1º de abr. 2011. p. 50.

### 3.5.2 Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova na Jurisprudência

Mesmo com a ausência atual de positivação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, muitos tribunais brasileiros, percebendo as injustiças causadas pelo ônus clássico, vêm admitindo a distribuição do ônus àquela parte que tem melhores condições de apresentar a prova necessária à procura da verdade.

Assim, analisaremos duas decisões, a título de exemplificação, sem, obviamente, esgotar todas as decisões existentes nos pretórios de nosso País acerca do assunto.

Primeiro, relevante destacar o Recurso Especial n. 316.316, do Paraná:

SORTEIO. Telebingo. Prova. Código de Defesa do Consumidor.

- A adquirente da cartela que afirma ter sido sorteada deve instruir o seu pedido com esse documento, cabendo ao organizador da promoção demonstrar que foram outros os números sorteados.

- Aplicação do CDC para atribuir ao organizador o ônus de provar os fatos do sorteio.

- Julgamento antecipado que se anula. Recurso conhecido e provido.

A relação que se estabelece entre o adquirente da cartela de programas de sorteio tipo “telebingo” é regulada também pelo CDC, pois a pessoa que a compra está adquirindo um produto fornecido pela vendedora (chance de concorrer), e esta também se compromete a prestar o serviço necessário para a realização do evento em que será feita a escolha aleatória dos números que indicarão o ganhador. [...] A teoria da distribuição dinâmica da prova transfere o ônus para a parte que melhores condições tenha de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias da causa. Na hipótese dos autos, encontramos um bom exemplo para a aplicação dessa regra probatória, pois apenas a organizadora do certame televisionado poderia fornecer os elementos esclarecedores do ato que promoveu, porquanto não seria razoável exigir que o concorrente gravasse o programa a fim de eventualmente produzir prova em juízo. Não lhe cabe fazer essa demonstração apenas com os recursos do telemática, mas também com a simples juntada do registro

constante da ata exigida na legislação pertinente. [...]<sup>67</sup>

Cambi faz importante análise sobre essa decisão:

Percebe-se que nesta situação concreta, que, por não existir relação de consumo (já que o Clube Atlético Paranaense não é fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC, uma vez que não exerce atividade de exploração de bingos), seria aplicável não o art. 6º, inc. VIII, Lei 8.078/90, mas o Código Civil. Conseqüentemente, seria aplicado o art. 333 do CPC, o que tornaria excessivamente difícil para a pessoa que se diz sorteada provar que seus números foram sorteados. Para tutelar adequadamente os direitos materiais, em casos como este, em que é mais fácil para o demandado provar o fato constitutivo do direito, aplica-se a teoria da carga dinâmica da prova.<sup>68</sup>

Como se pode perceber da análise feita pelo autor, os tribunais confundem a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova com a inversão do ônus da prova prevista no CDC, pois, embora reconheçam a aplicabilidade da legislação consumerista e confirmem a decretação da inversão nos termos do art. 6º, inc. VIII do CDC, decidem o julgado de acordo com a teoria em estudo, sem justificar essa mudança de escolha. Isso leva a concluir que entendem a inversão e a distribuição como sinônimas.

Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem aplicando corretamente a teoria em estudo consoante se verifica no seguinte aresto:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE IMPUGNAÇÃO FACE A HABILITAÇÃO DE CRÉDITO EM FALÊNCIA. PROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL IMPRESCINDÍVEL. ISENÇÃO DA CEF ENQUANTO GESTORA DO FGTS. INCIDÊNCIA DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.844/94. RECURSO PROVIDO. [...]

No caso dos autos, embora deferida a realização de prova pericial para a apuração da existência ou inexistência de crédito em favor da CEF, houve negativa de pagamento dos honorários periciais tanto pela Massa Falida quanto pela CEF. [...] Resta, pois, fixar qual seria o fato jurídico a ser provado através da perícia e a quem incumbiria o pagamento dos honorários periciais, vez que a prova pericial foi requerida tanto pelo falido quanto pela CEF que aquiesceu e mencionou interesse em sua realização. No caso dos autos

67 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 316.316, do Paraná**. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 20 de janeiro de 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=145056&nreg=200100393330&dt=12/11/2001&formato=PDF>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

68 CAMBI, 2006, p. 346.

tem-se que a CEF se diz credora de determinada quantia a qual foi contestada pela Massa Falida e pelo Falido sob a alegação de pagamento parcial ou, eventualmente, ser o referido valor indevido em face do pagamento diretamente efetuado aos ex-empregados. Surge, assim, que o objeto da prova fixa-se na demonstração de inexistência de crédito a ser habilitado ou, em tendo havido pagamento parcial, o valor real a ser habilitado. Vê-se pois que o interesse da prova dos fatos pertence a ambos os litigantes e, deste modo, impõe-se apurar a quem incumbiria o ônus da prova e as conseqüências de não produzi-la. [...] Parece-nos que a concepção mais acertada sobre a distribuição do ônus da prova é essa última: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode. [...] O CPC não contém regra expressa adotando a teoria. Mas a doutrina acolhe essa concepção, a partir da interpretação sistemática de nossa legislação processual. [...] Portanto, à luz do caso concreto tem-se que incumbiria à CEF, em vista de sua condição processual, produzir a prova pericial capaz de evidenciar nos autos a existência do crédito que pretendia habilitar. Ora, estabelecido que incumbiria à CEF a produção de prova pericial porquanto, pelos documentos juntados aos autos não teria o julgador a possibilidade de identificar o direito reclamado, necessário estabelecer a quem importaria o ônus das despesas decorrentes da produção da referida prova pericial. [...]<sup>69</sup>

Infere-se do Acórdão que a relação entre a Caixa Econômica Federal e a falida não era de consumo, pois a instituição bancária está no feito como gestora do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e não como fornecedora de serviços bancários. Diante da dificuldade da falida em produzir a prova, essa foi acometida, por meio da distribuição dinâmica do ônus da prova, ao banco. Portanto, tal decisão acolhe a teoria nos termos aqui estudados.

As decisões apresentadas são apenas exemplos de sua aplicação. Em pesquisa ao tema, pode-se encontrar muitas outras decisões acatando a teoria em estudo nas mais diversas áreas do Direito Processual Civil, confirmando a possibilidade de sua utilização também no âmbito de

69 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2008.060090-7, de Blumenau**. Relator. Des. Stanley da Silva Braga. Florianópolis, 30 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.frase=&parametros.todas=Apela%E7%E3o+C%EDvel+n.+2008.060090-7%2C+de+Blumenau&parametros.orgaoJulgador=&parametros.pageCount=10&parametros.dataFim=&parametros.dataIni=&parametros.uma=&parametros.ementa=&parametros.juiz1GrauKey=&parametros.cor=FF0000&parametros.tipoOrdem=relevancia&parametros.juiz1Grau=&parametros.foro=&parametros.relator=&parametros.processo=&parametros.nao=&parametros.classe=&parametros.rowid=AAARykAAHAAABLTAEE>>. Acesso em: 1º jun. 2010.

atuação do Ministério Público.

Diante de tudo o que aqui foi exposto, verifica-se que a jurisprudência tem oscilado e, muitas vezes, entende a Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas como sinônimo da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC.

No entanto, a teoria em estudo é sempre utilizada no intuito de estabelecer um critério probatório mais justo para o julgamento. Nesse sentido, está intimamente ligada aos preceitos constitucionais, como uma importante alternativa para a efetivação de direitos que, muitas vezes, não seriam alcançados, se fossem levadas em consideração somente as regras previstas no Código de Processo Civil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A repartição do encargo probatório de forma estática, como se apresenta atualmente, não tem satisfeito os anseios dos princípios constitucionais e processuais estampados no primeiro capítulo deste trabalho, e muito menos corresponde ao contexto histórico em que está inserido o Direito Processual Civil brasileiro nos dias de hoje.

Além disso, em que pese a regulação da teoria geral da prova declinar ao juiz amplos poderes instrutórios, muitas vezes não é possível produzir as provas necessárias ao deslinde do feito respeitando o ônus clássico. Tais fatos fizeram surgir diferentes formas de inversão do ônus da prova: por convenção, por aplicação de presunções relativas, ou amparada no CDC.

Embora haja esses recursos, não são suficientes para concretizar o acesso à justiça em várias situações do processo civil, principalmente naquelas em que o direito consumerista não pode ser empregado. Por isso, a importância da aplicação da distribuição do ônus da prova, que encontra fundamento não apenas nos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, mas, também, na interpretação sistemática do CPC e na jurisprudência pátria.

Nessa linha de pensamento, pode-se ainda chegar à conclusão de que a teoria estudada pode ser aplicada independente de sua posituação (embora muito bem-vinda), porque é desnecessária diante



do que está estabelecido no CPC e na Constituição Federal, mormente nos dispositivos que preveem a colaboração com o Poder Judiciário na busca da verdade e os amplos poderes instrutórios declinados ao juiz, os quais fazem perceber que a flexibilização do ônus é apenas uma de suas várias faces possíveis.

Outrossim, deduz-se que o emprego da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova não significa uma total subversão à repartição do encargo probatório previsto no art. 333 do CPC, mas no uso subsidiário da teoria somente nos casos de real impossibilidade ou dificuldade da parte onerada. Entretanto, quando ambas as partes estão impossibilitadas de produzir a prova, a única solução é a aplicação do ônus estático como regra de julgamento.

E, ainda, a utilização da Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas não significa infração ao princípio “de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si”, mas sua mitigação diante de outros princípios importantes no feito, como a busca da verdade e o caráter público do processo.

Podemos também inferir que a aplicação da teoria estudada tanto pode ser provocada pela parte que se sente prejudicada pelo ônus estático, como pode ser decretada de ofício pelo juiz, diante de seus poderes instrutórios. Obviamente que a flexibilização do ônus será decidida de acordo com as máximas de experiência, que permitirão a verificação da dificuldade para assunção da prova no caso concreto.

Assim, também podemos coligir que o momento ideal para o emprego da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova é antes da fase instrutória, especialmente no despacho saneador ou na audiência preliminar, já que, nessas ocasiões, é que serão avaliados os fatos que precisam ser provados e quando poderá também ser analisada a dificuldade/facilidade de cada parte em trazer aos autos a prova que lhe cabe. Além disso, relegar a aplicação da teoria em estudo à sentença, impossibilitaria o contraditório a ser exercido pela parte a quem foi flexibilizado o ônus.

Há ainda que se destacar importante conclusão: a distribuição do ônus é diferente de sua inversão prevista no CDC. Isso porque, em primeiro lugar, a inversão pressupõe uma relação de consumo entre as partes e, em segundo lugar, exige a hipossuficiência do consumidor ou

a verossimilhança de suas alegações. A Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas pode ser aplicada em qualquer situação amparada pelo Direito Processual Civil e possui requisitos mais brandos, com a verificação de apenas duas situações no caso em concreto: uma das partes não ter condições de provar o que lhe determina o ônus estático e, em contrapartida, a outra parte ter plenas condições de produzir tal prova sem grandes óbices.

E mais, sendo a inversão do ônus da prova direito do consumidor, como uma de suas formas de defesa, nesses casos, verificadas as condições de hipossuficiência e verossimilhança, o juiz é obrigado a decretar a inversão. A discricionariedade do magistrado reside apenas na verificação, por meio de máxima de experiência, dos requisitos para a inversão. Já a teoria estudada, não. O juiz tem discricionariedade para analisar todas as situações que envolvem o caso concreto.

Ademais, a inversão do CDC ocorre em relação a todos os fatos controvertidos da causa; já a distribuição poderá incidir sobre um, alguns ou todos os fatos dessa natureza, a depender da percepção do julgador.

Igualmente, o exame do Projeto de Lei n. 8.046, de 2010 (Novo Código de Processo Civil) leva a ultimar que é provavelmente uma questão de tempo até que a legislação processual incorpore expressamente a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

Conclui-se, ainda, que, a par da ausência de positivação, a teoria vem sendo aplicada por parte da jurisprudência, embora, muitas vezes, seja entendida como sinônimo da inversão prevista no CDC.

Analisando todas essas proposições, percebe-se ser positivo o uso da Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas no direito adjetivo brasileiro, pois, sob a perspectiva de um processo civil efetivo, assumido com sua constante publicização, não é dado sonegar o direito à prova e à verdade, as quais, omitidas, nunca levariam à pacificação social dos conflitos, objetivo maior do Poder Judiciário e do próprio Ministério Público.

Por isso, é de se recomendar aos profissionais do Direito, sobretudo aos membros do Ministério Público, que reiviniquem e utilizem a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova em sua atuação judicial, de modo a facilitar a produção das provas e alcançar a pretensão que detêm.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no Direito Processual Civil brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>>. Acesso em: 25 maio 2010.

BORGE, Felipe Dezorzi. A distribuição dinâmica do ônus da prova: expressão do acesso à justiça . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2429, 24 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14401>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em:10 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei n. 8.046, de 22 de dezembro de 2010**. Institui novo Código de Processo Civil e revoga a Lei n. 5.869, de 1973. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em: 14 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 316.316, do Paraná**. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 20 de janeiro de 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=145056&nreg=200100393330&dt=12/11/2001&formato=PDF>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 69.309, de Santa Catarina**. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 18 de junho de 1996. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199500333414&dt\\_publicacao=26-08-1996&cod\\_tipo\\_documento=3](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500333414&dt_publicacao=26-08-1996&cod_tipo_documento=3)>. Acesso em: 1º jun. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução Hebe Caletti Marengo. 4. ed. Sorocaba: Minelli, 2006.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **Projeto de Novo Código de Processo Civil**: algumas novidades que já podem ser utilizadas. Revista Jurídica Consulex. Brasília, ano XV, n. 341, p. 48-50, 1º de abr. 2011.

CONVENÇÃO americana de direitos humanos 1969 (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 30 maio 2010.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 788, p. 92-107, jun. 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. vol. 2.

FERREIRA, Reinaldo Alves. Da aplicação da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova como forma de obtenção de um processo justo e igualitário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2021, 12 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12187>>. Acesso em: 25 maio 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

HOLTHAUSEN, Fábio Zabat. **Inversão do ônus da prova nas relações de consumo**: momento processual. Tubarão: Editora Unisul, 2006.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-  
-obstetria. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: FUX Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de

Janeiro: Renovar, 2004.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONE, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2008.060090-7, de Blumenau**. Relator. Des. Stanley da Silva Braga. Florianópolis, 30 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.frase=&parametros.todas=Apela%E7%E3o+C%EDvel+n.+2008.060090-7%2C+de+Blumenau&parametros.orgaoJulgador=&parametros.pageCount=10&parametros.dataFim=&parametros.dataIni=&parametros.uma=&parametros.ementa=&parametros.juiz1GrauKey=&parametros.cor=FF0000&parametros.tipoOrdem=relevancia&parametros.juiz1Grau=&parametros.foro=&parametros.relator=&parametros.processo=&parametros.nao=&parametros.classe=&parametros.rowid=AAARykAAHAAABLTAEE>>. Acesso em: 1º jun. 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 24. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral dos Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

# FRACIONAMENTO DE DESPESAS À LUZ DA LEI DE LICITAÇÕES

**Fernanda de Ávila Moukarzel**

*Acadêmica de Direito do Centro Universitário Estácio de Sá de Santa Catarina*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 Art. 23, § 1º. 2 Art. 23, § 2º. 3 Art. 23, § 5º. 4 Fracionamento e a Lei de Improbidade Administrativa. Conclusões. Referências.

## RESUMO

O presente artigo tem a finalidade de apresentar as polêmicas geradas em torno da redação do art. 23, parágrafos 1º, 2º e 5º, da Lei n. 8.666/1993, sobre o fracionamento de despesas em licitações. Nesse sentido, foram realizadas pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias com o objetivo de elucidar as dúvidas decorrentes das ações da Administração Pública em seu exercício, quanto à contratação de obras ou serviços e a modalidade correta de licitação a ser desempenhada em cada caso. Ressalta-se a importância do agente público que, em atenção à Lei de Licitações, deve escolher a modalidade devida para cada licitação realizada, e ainda, o entendimento dos Tribunais de Justiça e Tribunais de Contas em relação ao tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licitação. Fracionamento de despesas. Fracionamento de licitação. Administração Pública. Improbidade administrativa.

## ABSTRACT

This article aims to present the controversies around the wording of the article 23, paragraphs 1º, 2º e 5º of the Law n. 8.666/1993, about the fractionation of costs in biddings. In this sense, doctrinal and jurisprudential researches were performed aiming to elucidate the questions arising from the actions of the Public Administration in its exercise, about the contracting of works or services and the correct mode of bidding to be performed in each case. It's relevant to emphasize the importance of the public agent that, in attention to the Bidding Law, must choose the appropriate mode for each bidding performed, and also, the point of view of the Justice Courts and Courts of Auditors about the subject.

**KEYWORDS:** Bidding. Fractionation of costs. Fractionation of bidding. Public Administration. Administrative improbity.

## INTRODUÇÃO

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n. 8.666/1993, teve sua redação original alterada em virtude da Lei n. 8.883/94 e n. 9.648/98, posteriormente sancionadas.

Diante dessas mudanças, surgiram diversos questionamentos acerca da nova redação da referida Lei, o que motivou uma vasta discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

O presente artigo visa a promover as elucidações necessárias ao esclarecimento do art. 23, §§ 1º, 2º e 5º, da Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre a vedação ao fracionamento de despesas em licitação nos casos elencados.

Inicialmente, cumpre destacar o conceito de fracionamento de despesa. Para tal, utilizaremos o conceito do Tribunal de Contas da União, que diz o seguinte:

“O fracionamento se caracteriza quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa, ou para efetuar contratação direta”<sup>1</sup> (TCU, 2003, p. 30).

Ou seja, o fracionamento de despesas nada mais é do que a utilização de modalidade “dispensa de licitação”, “carta-convite” ou “tomada de preços”, quando o valor global do objeto licitado caracterizar modalidade diversa.

Em verdade, o fracionamento por si só não é vedado, não constitui ilícito. Inclusive, a Lei expressamente obriga a Administração Pública a realizar as obras, serviços ou compras em tantas parcelas quanto se mostrarem técnica e economicamente viáveis (art. 23, § 1º). Nesse sentido, Di Pietro (2000, p. 156) leciona que: “É interessante observar que a lei não veda o parcelamento; pelo contrário, ela até o recomenda. O § 1º do art. 23 [...] praticamente *determina* que obras, serviços e compras sejam divididos”.<sup>22</sup>

O que se repudia, então, são as práticas ímprobas com o objetivo de burlar e fraudar o procedimento licitatório devido, ao se fracionar um certo objeto, que, por sua natureza, poderia e deveria ser licitado por inteiro.

Vê-se o objetivo do legislador que procurou banir a prática de fraude à licitação (arts. 89 e 93 da Lei de Licitações) em virtude de realização de procedimento licitatório mais brando do que seria o devido, o que a doutrina denominou de fracionamento *indevido* de despesas, pois, segundo Marçal:

Os parágrafos 2º, *in fine*, e 5º do art. 23 devem ser interpretados conjugadamente. Determinam que a pluralidade de licitações, embora acarretando a redução da dimensão do objeto licitado, não podem conduzir à modificação da modalidade de licitação. Seguindo o mesmo princípio, a Lei veda que o fracionamento produza dispensa de licitação fundada no preço inferior ao limite mínimo (art. 24, incs. I e II).

Não há vedação ao fracionamento (excluídas as hipóteses em que isso acarretar prejuízos econômicos à Administração ou em que haja impedimento de ordem técnica). O que

1 **Licitações e Contratos: orientações básicas**. Tribunal de Contas da União. 2. ed. Brasília: TCU, 2003.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, et al. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.



se proíbe é o fracionamento ser invocado como pretexto para modificação do regime jurídico aplicável à licitação. A determinação da obrigatoriedade de licitação e a escolha da modalidade cabível devem fazer-se em face do montante conjunto de todas as contratações, independentemente de fracionamento. (JUSTEN FILHO, 2000, p. 215)<sup>33</sup> (grifou-se)

## 1 ART. 23, § 1º

Art. 23, §1º: As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

Conforme anteriormente exposto, a Lei traz hipóteses de obrigatoriedade de fracionamento. O dispositivo legal mencionado preserva uma certa relação com o art. 8º e seu parágrafo único. No entanto, a diferença entre os dois reside em que, no parágrafo 1º do art. 23 existe a obrigatoriedade do fracionamento de *licitações*, enquanto no art. 8º existe a vedação ao fracionamento da *execução* dos objetos licitados.

Sobre o assunto, Justen Filho (2000, p. 212) leciona que a

execução (programação) parcelada não se confunde com o fracionamento do objeto em diversos lotes ou parcelas. [...] No caso de fracionamento, a Administração divide a contratação em inúmeros lotes, cujo conjunto corresponde à satisfação integral da necessidade pública. Em princípio, todas as contratações fracionadas são executadas simultaneamente. Na situação de programação parcelada, a Administração executa um certo objeto em etapas – o que significa uma dissociação temporal na execução do objeto.

Nesse sentido, ainda de acordo com os ensinamentos de Justen Filho, o fracionamento é obrigatório visando ampliar a competitividade, diminuindo as dimensões quantitativas, qualitativas e econômicas dos objetos, permitindo o aumento do número de participantes aptos a disputar o certame licitatório.

Entretanto, tal obrigatoriedade encontra limites na própria lei, que prevê a divisão das obras, dos serviços ou das compras em tantas

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

parcelas quantas se comprovarem “técnica e economicamente” viáveis.

De acordo com Justen Filho (2000, p. 213), os limites de ordem técnica para o parcelamento dizem respeito à integridade qualitativa do objeto a ser executado, pois “Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória”.

Já sobre os limites de ordem econômica, dos quais a Lei faz referência, o autor (p. 213) afirma que “[...] se relacionam com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração”. Ou seja, não faria sentido o Poder Público licitar um objeto que, fracionado, lhe custará mais do que se licitado conjuntamente.

Entretanto, como nos ensina Motta (1999, p. 144), a opção do administrador pelo parcelamento deverá ser devidamente justificada. Citando o Ministro Paulo Afonso Martins de Oliveira, o autor afirma que:

O Tribunal de Contas da União chegou mesmo a sugerir, no seu anteprojeto, a chamada habilitação parcial ou por itens, que, evidentemente, não deveria significar “... a fragmentação do objeto e a realização de várias licitações no lugar daquelas de modalidade mais complexa, exigível em cada caso”.<sup>44</sup>

## 2 ART. 23, § 2º

O § 2º do art. 23 da Lei de Licitações é, talvez, o mais importante dispositivo tratado nesse artigo, em virtude das diversas dúvidas que o rodeiam, de forma que a Administração Pública deve prestar especial atenção para evitar uma possível Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa.

É esta a sua redação:

Art. 23, § 2º: Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

<sup>44</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, com a redação dada pela Lei 9.648 de 27/5/98*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Inicialmente, é importante destacar que a antiga redação da Lei foi modificada pela Lei n. 8.883/94. Em seu texto original, o § 3º do art. 8º dizia que, “na execução parcelada, inclusive nos casos admitidos neste artigo, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, do serviço ou do fornecimento, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução total do objeto em licitação.” (grifou-se)

Com a supressão da expressão “preservada a modalidade pertinente para a execução total do objeto em licitação”, surgiram diversos posicionamentos acerca da vontade do legislador em retirar tal expressão. Estaria querendo com isso, então, que a modalidade a ser utilizada nos casos de fracionamento fosse àquela pertinente a cada objeto a ser licitado?

A doutrina é pacífica no sentido de que a falta da referida expressão não alterou a interpretação do dispositivo. Neste sentido, Di Pietro (p. 157) afirma que “À primeira vista, pode parecer que houve alteração da sistemática. Mas essa conclusão se altera pela leitura do § 5º do art. 23, também na nova redação”.

Isso significa que devem ser somados os valores dos objetos fracionados para fins de escolha da modalidade correta de licitação a ser utilizada, no caso de se tratarem de obras ou serviços da mesma natureza e no mesmo lugar (ressalvados os entendimentos contrários, como se verá adiante), que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente (inteligência dos §§ 2º e 5º).

Vejamos dois exemplos práticos:

Suponhamos que a Administração precise contratar empresa para aquisição de móveis para a Secretaria de Educação da Prefeitura. Não é lícito realizar dois certames licitatórios (ou mais) na modalidade carta-convite cada um para compra de cadeiras no valor de R\$50.000 e outro para compra de mesas no valor de mais R\$50.000. A soma dos valores ultrapassa o permitido para a modalidade carta-convite (R\$80.000), sendo que os objetos licitados são da mesma natureza, para o mesmo local e podem ser entregues conjunta e concomitantemente. A modalidade correta para cada certame licitatório seria a tomada de preços.

Outro exemplo prático, tratando-se agora sobre contratação de serviços. Nesse caso, a Administração necessita contratar serviços de

auditoria a serem realizados na Secretaria de Obras da Prefeitura. Entretanto, a auditoria pode ser fracionada em duas, uma vez que os objetos são auditoria no setor de arquitetura e auditoria no setor de projetos. A Administração não pode realizar dois procedimentos licitatórios distintos, cada um no valor de R\$50.000, e na modalidade carta-convite, uma vez que a soma determinaria a realização de tomada de preços. Ambos os objetos fracionados são da mesma natureza (auditoria), realizados no mesmo local (Secretaria de Obras) e podem ser executados conjunta e concomitantemente. A Administração poderia realizar duas licitações, uma para cada objeto, desde que cada certame licitatório fosse feito na modalidade tomada de preços.

Outra dúvida surge diante do segundo exemplo: se o serviço a ser fracionado for de execução em Secretarias diferentes, poderia a própria Prefeitura ser considerada como um único local?

A doutrina não traz a hipótese elencada acima, no entanto, não parece razoável a consideração de Secretarias e Órgãos diferentes como um mesmo local. Tomando outro exemplo, se tratarmos do Poder Público na figura da União, a visualização fica mais clara. Não é possível considerar o Ministério da Agricultura e o Ministério da Defesa como sendo um mesmo local. Afinal, embora façam parte do mesmo todo, a União, trata-se de unidades autônomas e que, muitas vezes, não têm qualquer vínculo entre si.

### 3 ART. 23, § 5º

O dispositivo legal em comento assim dispõe:

Art. 23, § 5º: É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. (Redação dada pela Lei n. 8.883, de 1994)

Em análise à redação do referido diploma legal, é possível per-

ceber que a primeira dúvida surge com a expressão “parcelas de uma mesma obra ou serviço”.

De acordo com os ensinamentos de Marçal, entende-se por tal o “conjunto integrado e harmônico de bens. Ou seja, aquilo que puder ser considerado como ‘parcela’ de um certo todo, não deverá ser tratado isoladamente”.

Mais adiante tem-se a vedação das modalidades carta-convite ou tomada de preços “para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente”, quando o somatório dos valores caracterizar modalidade diferente.

É possível auferir da redação do dispositivo, que a intenção do legislador foi atribuir cumulação à natureza do objeto licitado e ao local a ser realizado:

Observe-se que os requisitos legais são cumulativos. A Lei não se refere a parcelas de mesma natureza *ou* que devam ser executadas no mesmo local. A preposição utilizada foi outra (“e”). Portanto, não basta a mesma natureza das prestações para produzir-se o somatório. É imperiosa a presença de ambos os requisitos: mesma natureza e execução no mesmo local. (MARÇAL, 2000, p. 217).

Nesse sentido, tem-se firmado no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina:

Em conformidade com o preceito do artigo 20, da Lei Federal n. 8.666/93, os procedimentos licitatórios podem ser realizados descentralizadamente, com a adoção da modalidade correspondente às obras, serviços ou compras a serem efetivados local ou regionalmente, conforme o caso, atentando para a ressalva da norma legal em sua parte final.

O artigo 23, em seus parágrafos 1º, 2º e 5º, da Lei Federal n. 8.666/93, com redação dada pela Lei Federal n. 8.883/94, permite os seguintes procedimentos:

- obras, serviços e compras podem ser parceladas ou realizadas por etapas, desde que observada a cada evento a modalidade de licitação correspondente à execução total do objeto em licitação (§§ 1º e 2º, do artigo 23);

- obras e serviços da mesma natureza a serem realizados no mesmo local deverão observar a modalidade licitatória pertinente ao objeto global em licitação (§ 5º, do artigo 23);

- obras e serviços, ainda que da mesma natureza, a serem

realizados em locais diferentes, podem ser licitados na modalidade correspondente a cada objeto em licitação (§ 5º, do artigo 23); (grifou-se)

- obras e serviços realizados no mesmo local, cujas parcelas ou etapas possam ser executados, por sua natureza, por empresas especializadas diversas, serão licitadas individualmente, observando a modalidade correspondente a cada objeto em licitação.<sup>55</sup>

Divergindo do entendimento acima, o Ministro Raimundo Carreiro, do Tribunal de Contas da União, proferiu o seguinte voto que trata do tema em questão:

8. No que concerne aos indícios de fracionamento de despesa em relação aos Convites 13/2006 e 14/2006, esta Corte de Contas pronunciou-se sobre a matéria em diversas assentadas, como no caso do Voto condutor do Acórdão 1.570/2004- Plenário, transcrito em parte no Relatório precedente. Naquela oportunidade, exarou entendimento no sentido de que não se deve realizar licitações distintas para a contratação de serviços de mesma natureza, mesmo em locais diversos, quando os potenciais interessados forem os mesmos.

9. O art. 23, § 5º, da Lei 8.666/93, veda a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para obras de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”.

10. À luz dessa norma, à primeira vista, assistiria razão ao responsável que argumenta que os municípios de Cujubim e Pimenteiras, onde seria feita a adequação dos prédios para o funcionamento das Agências de Correio, distam um do outro 766 km, tratando-se, a seu ver, de obras independentes.

[...]

12. Examinando o caso concreto em maior profundidade, verifico que, com exceção das empresas WE Engenharia e LD Construções Ltda. que receberam apenas o Convite 14/2006, as demais potenciais licitantes (Peres Construções e Comércio Ltda., Panatís Construções Ltda., Coringa Construções Ltda., CEEC - Construtora e Construtora Opel Ltda.) foram convidadas a participar das duas licitações e retiraram o edital.

13. Tal fato demonstra que essas quatro construtoras podem atuar indiferentemente em qualquer das duas cidades, não

sendo permitida, assim, a realização de licitações distintas para obras e serviços de mesma natureza, uma vez que os potenciais interessados nos dois certames são os mesmos. Nesse sentir, aplica-se o entendimento deste Tribunal que visa assegurar o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.<sup>66</sup> (grifou-se)

Segundo o Ministro, não importa que os locais de execução da obra ou serviço sejam diferentes, se as empresas participantes dos diferentes certames forem as mesmas, ou seja, se a mesma empresa puder realizar os objetos descritos em todos os editais ou convites licitatórios, a modalidade de licitação deve ser aquela pertinente ao valor global dos objetos licitados.

Outra exigência é a possibilidade de execução conjunta e concomitante. A expressão utilizada tem caráter abstrato, visto que não há lei que estabeleça um suporte ao intérprete para definir quais os serviços que poderiam ser realizados ao mesmo tempo. Nesse sentido, Marçal entende que, caso seja impossível, por qualquer motivo, a execução conjunta e concomitante e no mesmo local, não surge o dever de realizar licitação considerando o valor global dos objetos contratados.

Por último, a parte final do dispositivo traz uma excessão à regra prevista no parágrafo quando se tratarem de “parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.”

Como exemplo, podemos citar a aquisição de computadores pelo Poder Público e o serviço de manutenção. Muito embora os objetos sejam semelhantes, ambos têm naturezas diferentes. A realização de duas licitações distintas para cada objeto, em modalidade inferior àquela que seria devida caso fossem adquiridas em um mesmo certame licitatório, propiciaria maior concorrência e eficiência, tendo em vista que a quantidade de empresas participantes poderia ser maior, uma vez que o objeto não teria especificidade tão acentuada. Isso permitiria que, tanto grandes empresas de informática participassem de ambos os certames, quanto pequenas empresas que só teriam condições de participar de um deles, pois poderiam fornecer somente os computadores, em virtude de não

---

6 AC-1620-24/10-P Sessão: 7/7/10 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro RAIMUNDO CARREIRO – Fiscalização.

possuírem número suficiente de funcionários para atender a demanda de manutenção dos mesmos.

No exemplo acima, a Administração estaria em vantagem, pois poderia ter a melhor proposta de um certame vinda de uma empresa para aquisição dos computadores e a melhor proposta do outro vinda de uma outra empresa para manutenção dos mesmos, podendo desta forma, garantir o princípio da economicidade.

#### 4 O FRACIONAMENTO E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A inobservância aos dispositivos da Lei de Licitações, relacionados ao fracionamento indevido de despesas, pode caracterizar, além das condutas dispostas nos art. 89 e 93 da referida Lei, ato de improbidade administrativa, previsto no art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/92:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[ ..... ]  
VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

A doutrina e a jurisprudência, no entanto, divergem quanto à possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/92, no caso de não ficar comprovado o prejuízo ao erário e má-fé do agente, tendo em vista que o dispositivo encontra-se na Sessão II que trata “dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário”.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO - NÃO OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - IRREGULARIDADE QUE NÃO DEVE SER PUNIDA COM BASE NA LEI 8.429/92 - NÃO COMPROVAÇÃO DE DOLO NA CONDUTA DO AGENTE - INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO - NECESSIDADE DE CONHECER A INTENÇÃO DO AGENTE - MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADA - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPOR-



CIONALIDADE - REFORMA DA DECISÃO - PROVIMENTO DO APELO - DECISÃO UNÂNIME.

A própria Lei de Improbidade assevera a necessidade de outros elementos para que se configure um ato como ímprobo, tais como, dano ao erário e má-fé (dolo ou culpa) do agente.

Analisando detidamente os documentos acostados ao feito, não se vislumbra o prejuízo ao erário, uma vez que os contratos eivados de irregularidades foram cumpridos. Restou evidenciado o fornecimento dos produtos contratados.

[ ]  
A lei de improbidade, apesar de dispor que a aplicação das sanções nela previstas se verifica independentemente do efetivo prejuízo ao patrimônio público, quer significar que não é punido apenas o dano material, mas também qualquer tipo de lesão à moralidade administrativa.

Não é a melhor exegese entender que se devem aplicar as penalidades previstas na lei ainda que não haja dano, pois ao julgador é cometida a ampla análise da conduta do agente, devendo, ao aplicar a pena, dosá-la em função do prejuízo do erário.<sup>77</sup>

E ainda:

AÇÃO POPULAR - ALEGAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO, EM VISTA DO FRAÇIONAMENTO DA COMPRA DE MATERIAIS ESPORTIVOS E DE ALIMENTOS PARA SUSTENTAR LICITAÇÃO DO TIPO CARTA CONVITE E NÃO TOMADA DE PREÇOS OU CONCORRÊNCIA.

Acrescente-se que da análise destes onze volumes e vasta documentação emerge cristalinamente a inexistência de dano ao erário, eis que o material adquirido foi realmente entregue no prazo estipulado, inexistindo qualquer evidência de dano ao erário porque o preço pago, ao que se colheu nos autos, foi o correto, pese embora o deslize administrativo na escolha do procedimento formal de concorrência. (grifou-se)<sup>88</sup>

De fato, a doutrina e jurisprudência dominantes admitem a necessidade de ser comprovada a má-fé do agente para aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Entretanto, o que se discute é a possibilidade de ficar caracterizado o ato de improbidade, punível na forma da Lei, diante de ausência de prejuízo ao erário.

Portanto, se a Administração contratar serviço com modalidade

7 2010215928 SE, Relator: DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO, Data de Julgamento: 14/4/2011, 1ª CÂMARA CÍVEL.

8 19308619928260405 SP 0001930-86.1992.8.26.0405, Relator: Regina Capistrano, Data de Julgamento: 24/5/2011, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 2/6/2011.

de licitação inferior àquela exigida em lei, tendo o contrato valor compatível com o preço de mercado e a execução seja finalizada de maneira satisfatória, caberia a aplicação da Lei de Improbidade, tendo em vista a ausência de prejuízo ao erário? Parte da jurisprudência afirma que sim, pois independentemente de prejuízo pecuniário à Administração, a Lei de Improbidade tutela a moralidade administrativa e o ato em questão atenta contra os princípios da honestidade, legalidade e lealdade das Instituições Públicas, de forma que a conduta enquandra-se também no art. 11, inciso I, da Lei n. 8.429/92:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência.

O entendimento assenta-se no fato de que a modalidade de licitação pertinente seria obrigatória e o agente público, ao realizar procedimento diverso, estaria agindo em desacordo com a lei, visando fim diverso do previsto. Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. RECURSO QUE NÃO É CONHECIDO, EM FACE DA AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO PARA SUA APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL. ART. 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TREINAMENTO PARA OS SERVIDORES MUNICIPAIS SEM LICITAÇÃO. PARCELAMENTO DAS DESPESAS COM A FINALIDADE DE EVITAR A ABERTURA DO CERTAME, EM RAZÃO DA INSUFICIÊNCIA DO VALOR. ARTS. 23, INCISO II, ALÍNEA “A”, E 24, INCISO II, DA LEI N. 8.666, DE 21.6.1993. ATO QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11, “CAPUT”, DA LEI N. 8.429, DE 2.6.1992. AUSÊNCIA DE PROVA DO PREJUÍZO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO ART. 10, INCISO VIII, DA LEI N. 8.429, DE 2.6.1992. DESNECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PARA VERIFICAR SE HOUVE DANO PATRIMONIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. DEVER DO JUIZ DE INDEFERIR PROVA INÚTIL E PROTETATÓRIA. ART. 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 12, INCISO III, DA LEI N. 8.429, DE 2.6.1992, QUE DISPENSA A PROVA DO PREJUÍZO. ART. 21, INCISOS I E II, DA LEI N. 8.429, DE 2.6.1992. CONDUTA DOLOSA DEMONSTRADA PELA REITERA-

ÇÃO DA PRÁTICA EM VÁRIAS OUTRAS AQUISIÇÕES DE MATERIAIS PELO ENTE PÚBLICO. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS POR 5 (CINCO) ANOS E MULTA CIVIL NO VALOR DE 5 (CINCO) VEZES A REMUNERAÇÃO RECEBIDA NO EXERCÍCIO DO CARGO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. O tribunal não conhece do agravo retido interposto se ausente o pedido expresso para sua apreciação.

2. O fracionamento indevido de despesas, com o único propósito de impedir a realização do processo de licitação, constitui ato de improbidade administrativa. [...]

4. A aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa atenderá o princípio da proporcionalidade, levando-se em conta a gravidade do ato, a sua reiteração pelo agente político e a repercussão na comunidade. (TJSC, Apelação Cível n. 2008.003862-5, de Santa Cecília, rel. Des. Jânio Machado, j. 9-7-2009).<sup>99</sup> (grifou-se)

Para arrematar:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REALIZAÇÃO DE QUATRO LICITAÇÕES NA MODALIDADE CONVITE. A SOMA DE TODAS AS LICITAÇÕES DETERMINAVA A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA MODALIDADE TOMADA DE PREÇO. PROCEDÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE FINANÇAS MUNICIPAL RECONHECIDA. O RECORRIDO PARTICIPOU DE ATOS EM RELAÇÃO AO CERTAME QUE ULTRAPASSAM AO SIMPLES PAGAMENTO DOS VALORES OBJETO DO CONTRATO. MODALIDADE DE LICITAÇÃO INFERIOR AO RECOMENDADO PELA LEGISLAÇÃO PARA O TOTAL DE DESPESAS. FRACIONAMENTO DO SERVIÇO QUE EXTRAPOLA O VALOR TIPIFICADO NA LEI 8.666/1993 (ART. 23, II, A). IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA RECONHECIDA COM A CONDENAÇÃO DOS APELADOS AO PAGAMENTO DE MULTA CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência.

A tomada de preço era obrigatória, o que permite a subsunção da conduta dos Recorridos ao dispositivo legal citado [...].<sup>1010</sup>

<sup>9</sup> TJSC. Apelação Cível n. 2008.003862-5, de Santa Cecília, rel. Des. Jânio Machado, j. 9/7/2009.

<sup>10</sup> TJPR. 4ª C. Cível AC 0643822-2 - Marechal Cândido Rondon - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Fabio Andre Santos Muniz - Unânime - J. 6/4/2010.

## CONCLUSÕES

O agente público tem o dever de pautar seus atos com a estrita observância dos princípios da moralidade, legalidade, publicidade e eficiência. Nesse sentido, deve sempre observar a modalidade pertinente a cada licitação de que a Administração necessitar, sob o risco de incorrer na prática de ato de improbidade administrativa. Sob esse prisma, esse artigo visa contribuir com a elucidação de eventuais dúvidas do funcionário e administrador públicos na gestão da coisa pública.

## REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, et al. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8 ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, com a redação dada pela Lei 9.648 de 27/5/98**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



# DEPOIMENTO SEM DANO: UMA NOVA ALTERNATIVA DE OUVIR CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL

**Júlia Matias da Silva**

*Aluna de Pós-Graduação na Escola do Ministério Público de Santa Catarina*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 Considerações acerca da Criança e do Adolescente no Contexto Familiar, Social e Jurídico. 2 As Espécies de Violência Praticada contra a Criança e o Adolescente. 3 A Oitiva de Crianças e Adolescentes Vítimas de Abuso Sexual e a Técnica da Entrevista Forense. 4 Depoimento sem Dano: uma nova alternativa de ouvir crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. 5 Confrontação do Depoimento com Redução de Danos e o Depoimento Tradicional de Oitiva de Crianças e Adolescentes em Juízo. Conclusão. Referências.

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo pesquisar e comparar o projeto denominado “Depoimento Sem Dano” com a tomada de depoimento tradicional de crianças e adolescentes vitimizados sexualmente. O referido estudo tem por base a preocupação com a ausência de previsão legal para ouvir jovens e infantes em juízo, bem como pela falta de preparo dos profissionais que ouvem as crianças e adolescentes vítimas do abuso sexual. Para tanto, faz-se uma breve análise histórica da criança

|         |               |      |       |              |                |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 8 | n. 19 | p. 257 - 280 | jul./dez. 2011 |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|

e do adolescente no seio familiar, bem como se especifica as principais formas de violência praticada contra crianças e adolescente e suas consequências às vítimas, e, por fim, contrapõe-se o projeto “Depoimento Sem Dano” com o método tradicional vigente de oitiva das vítimas, sob o viés da prevenção à vitimização secundária nos procedimentos processuais penais. Diante do embate doutrinário, concluiu-se que o método tradicional de oitiva de crianças e adolescentes vitimizados em juízo não leva em consideração a proteção integral dos jovens e infantes, tampouco preserva as vítimas dos danos secundários, decorrentes das intervenções inadequadas. Nesse contexto, o projeto “Depoimento Sem Dano” mostrou-se mais adequado na política de redução de danos às vítimas infantojuvenis do abuso sexual. Isso porque trabalha a interdisciplinaridade na realização do ato processual de ouvi-las em juízo, respeitando-as como sujeitos de direitos e como seres em situação peculiar de desenvolvimento, o que, conseqüentemente, acaba por dar mais legitimidade para os seus testemunhos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abuso sexual infantojuvenil. Vitimização secundária. Depoimento Sem Dano.

## RESUMEN

Este trabajo científico tiene como objetivo analizar y comparar el proyecto denominado “Testimonio Sin Daño” confeccionado con recolecciones de testimonios de niños y adolescentes víctimas de abuso sexual. El referido estudio tiene como base la preocupación con la ausencia de legislación para escuchar jóvenes y niños durante la causa, también por la falta de preparación de los profesionales que escuchan los niños y adolescentes víctimas de abuso sexual. Para conseguir, se hará una breve análisis histórica del niño y del adolescente en el seno familiar, también especificando las principales formas de violencia practicada contra niños y adolescentes y sus consecuencias para con las víctimas, y, por fin contrapone el proyecto “Testimonio Sin Daño”, contra el método tradicional vigente de escuchar las víctimas, con la intención de prevenir la victimización secundaria en los procedimientos procesales penales. Levando en consideración la doctrina, se puede

concluir que el método tradicional de escucha de niños y adolescentes victimizadas durante las causas no toma en cuenta la protección integral de los jóvenes e infantes, tampoco preserva las víctimas de los daños secundarios, decurrentes de las intervenciones inadecuadas. En este contexto, el proyecto “Testimonio Sin Daño”, se mostró mas adecuado en la política de reducción de daños a las víctimas infante-juveniles del abuso sexual, porque trabaja la interdisciplinariedad en la realización del acto procesal de escucharlas durante la causa, respetándolas como sujetos de derechos y como seres en situación peculiar de desenvolvimiento, lo que, consecuentemente, acaba por dar mas legitimidad para sus testimonios.

**PALABRAS-LLAVE:** Abuso sexual infante-juvenil. Victimización secundaria. Testimonio Sin Daño.

## INTRODUÇÃO

A violência sexual praticada contra crianças e adolescentes não é um produto apenas de nossa época, está presente no início da humanidade e das civilizações mais remotas. Observa-se que, nas últimas décadas, as lutas a favor do respeito aos direitos humanos fundamentais e os movimentos sociais têm alertado a sociedade mundial para o problema da carência de direitos protecionistas dos jovens e infantes.

Diante dessa dura realidade, este artigo tem por escopo estudar e discutir o tratamento tradicional dado em juízo às crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, tendo por base o respeito aos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ante a inobservância das normas processuais penais à condição peculiar de ser em desenvolvimento das crianças e adolescentes, bem como a ausência de previsão legal para a oitiva delas em juízo, pois estão sendo ouvidos sem a devida cautela que lhes é conferida pelo art. 227 da Constituição Federal. Descreve-se, neste trabalho, a abordagem judicial aos jovens e infantes, e como ela vem sendo realizada, em contraponto ao denominado projeto “Depoimento Sem Dano”.

O referido projeto se propõe a possibilitar que as crianças e os



adolescentes vitimizados sejam ouvidos não apenas pelos operadores do Direito, mas principalmente por profissionais especializados e capacitados na área de oitiva às crianças e adolescentes, que é feito geralmente por um profissional do ramo da psicologia ou do serviço social, tendo como objetivo maior a prevenção da vitimização secundária aos jovens e infantes.

Frisa-se que a terminologia “Sem Dano” é vista pela psicologia como inadequada, visto que para uma criança ou um adolescente relatar um abuso sofrido, mesmo que com todos os cuidados propostos no projeto, não a imuniza do sofrimento de recordar o evento danoso, nesse trabalho busca-se tratar de modo especial a política de redução do dano secundário às vítimas, que é o principal enfoque do projeto piloto em estudo.

O método utilizado para elaboração, da pesquisa científica é o dedutivo que parte da observação dos casos gerais e até se chegar aos casos específicos que se deseja estudar. E a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica que tem como base analisar e comparar o material já elaborado sobre o tema.

Inicialmente foi feita uma abordagem da criança e do adolescente no meio familiar, social e jurídico. Além disso, também se falou a respeito do princípio basilar da Proteção Integral e sua trilogia, a saber: liberdade, respeito e dignidade.

Em seguida, buscou-se descrever as formas de violência contra crianças e adolescentes mais comumente praticadas, que são: (a) violência física; (b) violência psicológica; (c) negligência; (d) violência sexual; e (e) violência institucionalizada.

Por fim, foi abordado sobre a oitiva de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual e o que diz a técnica forense sobre essa temática. Ainda, promoveu-se um debate entre o método tradicional vigente de ouvir vítimas infantojuvenis, com o projeto “Depoimento Sem Dano”, na tentativa de minimizar os danos passados por crianças e adolescentes vítimas da violência sexual, bem como de inverter o processo perverso que prioriza a busca da condenação, a qualquer custo, ignorando os males que produz na vítima infantojuvenil, que é tratada como mero objeto de investigação.

## 1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO CONTEXTO FAMILIAR, SOCIAL E JURÍDICO

A criança e o adolescente são indivíduos em desenvolvimento e precisam ser assistidos pela família e pelo Estado para que se tornem cidadãos plenos.

É no seio familiar que o ser humano tem seus primeiros contatos sociais; portanto, não seria exagero falar que a família é a célula-mãe da sociedade, porque é nela que as crianças terão a sua primeira socialização e as primeiras noções de valores (certo e errado).

No entanto, ao contrário do que se espera como um comportamento ideal, em muitos casos é dentro do próprio ambiente familiar que incide grande parte da violência praticada contra crianças e adolescentes.

Foi por meio de muitas lutas e movimentos sociais, no âmbito internacional, que os direitos da criança e do adolescente começaram a chamar a atenção da sociedade, e pode dizer-se que atualmente, em termos legislativos, passaram a dispor de proteção legal capaz de colocá-los na condição de sujeito de direitos.

Áries (1981) descreve que a família antiga, na fase que antecedeu a sociedade industrial, não tinha função afetiva. Destinava-se a conservar os bens, a praticar um ofício comum, a ajudar-se mutuamente e, ainda nos tempos de crise, a proteger a honra e a vida, ou seja, não existia o enlace afetivo entres seus membros.

A família foi se transformando gradativamente à medida que modificou suas relações internas com a criança. O grande acontecimento que marcou a história das famílias, no final do século XVII, foi o reaparecimento da preocupação com a educação. Passou-se a incentivar os pais a colocarem seus filhos nas escolas, admitindo-se assim que a criança ainda não estava madura para a vida, e que era preciso submetê-las a um regime especial antes de permitir que ela se unisse aos adultos (ÁRIES, 1981).

A primeira legislação específica para crianças e adolescentes, no Brasil, foi o Código de Menores, de 1927, que atuou quase que exclusivamente sobre os órfãos, os abandonados e com pais presumidos ausentes.

Em 1979, tem-se um novo Código de Menores, inspirado na dou-

trina da situação irregular. Assim, Costa (2002, p. 39) esclarece sobre essa doutrina:

Considera-se em situação irregular as crianças privadas das condições essenciais de sobrevivência, mesmo que eventuais, as vítimas de maus-tratos e castigos imoderados, as que se encontrassem em perigo mortal, entendido como as que viviam em ambientes contrários aos bons costumes e as vítimas de exploração por parte de terceiros, as privadas de representação legal, pela ausência dos pais, as que apresentassem desvio de conduta e as autoras de atos infracionais.

Porém, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal se alterou profundamente a realidade social e o ordenamento jurídico até então vigente. A CRFB/1988 traz, pela primeira vez, dispositivos sobre os direitos da criança e do adolescente.

A Constituição Federal de 1988 teve por escopo o princípio da proteção integral, e questões envolvendo crianças e adolescente terão “prioridade absoluta”.

Em 13 de julho de 1990, foi publicada a Lei n. 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que, conforme Veronese e Costa (2006), deu continuidade aos grandes movimentos formados em torno da defesa dos direitos da criança e do adolescente. A partir daí, a Doutrina da Proteção Integral representa uma mudança fundamental, posto que rompe com a chamada doutrina da situação irregular, passa agora a se chamar Proteção dos Direitos da Infância. Ela é um salto qualitativo fundamental na consideração social da infância.

A Doutrina da Proteção Integral tem como fundamento os seguintes princípios basilares: liberdade, respeito e dignidade.

Liberdade consiste na “faculdade ou poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas” (DE PLÁCIDO E SILVA, 2005, p. 84). No entanto, não há que se olvidar que é preciso “[...] conciliar as incapacidades da legislação civil que pressupõem restrições no exercício de direitos, com as limitações de natureza protetiva no âmbito do exercício do direito à liberdade” (PEREIRA, 2008, p.144).

Segundo Pereira (2008, p. 145), “O respeito, é um direito fundamental da criança e do adolescente, vincula a sua condição de ser dependente de outras pessoas.”

Nesse sentido, Dallari e Korczark (1986, p. 21), ao destacarem o “direito de ser”, alertam que “a criança não é projeto de pessoa, como alguma coisa que no futuro poderá adquirir a dignidade de um ser humano”. Enfatizam os citados autores que a criança e o adolescente, pelo simples fato de existirem, já são pessoas e merecedoras de respeito e dignidade.

O direito à dignidade é indispensável para que a população infantojuvenil não venha a se tornarem marginalizada, estigmatizada e nem portadora de carências (PEREIRA, 2008).

A dignidade é um valor absoluto, é um direito intrínseco à essência da pessoa humana. Por ser a criança e o adolescente sujeitos de direitos em situação peculiar, detentores de potencialidades a serem trabalhadas e desenvolvidas, todos devem velar de modo especial por sua dignidade humana.

## **2 AS ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE**

São inúmeras as formas de violência praticadas contra a criança e o adolescente, e, lamentavelmente, alcançam índices alarmantes nos tempos atuais, o que nos permite apontar, em primeira análise, que se vive em uma época da “banalização do mal”, e que a violência acaba sendo encarada como parte integrante da cultura social contemporânea.

Diante das várias formas com que a violência praticada contra a crianças e o adolescente se apresenta, abordar-se-á as que mais comumente ocorrem na sociedade, a saber: (a) violência física; (b) violência psicológica; (c) negligência; (d) violência sexual, mais difundida como abuso sexual; e (e) violência institucionalizada.

A violência física é, entre as formas de violência, a que, com mais frequência, ocorre no âmbito familiar, pois geralmente é originada das múltiplas formas de punição, repressão, correção e disciplinamento (VERONESE; COSTA, 2006).

A violência física infantojuvenil é caracterizada por qualquer ação, seja ela única ou repetida, não acidental, ou seja, é intencional, perpetrada por um agente agressor adulto ou mais velho que a vítima, que

promove um dano físico à criança ou ao adolescente. Esse dano causado pelo ato abusivo pode variar de lesão leve até consequências bastante extremas como a morte da vítima (MARQUES, 1994).

A violência psicológica está intrinsecamente presente dentro de todas as formas de abuso contra crianças e adolescentes. É a forma de abuso mais difícil de ser constatada, porque não deixa marcas evidentes no corpo da vítima. As marcas, porém, ficam cravadas na psique da criança ou do adolescente, passando por muitas vezes como imperceptíveis até mesmo aos olhos mais atentos dos órgãos de proteção.

Conforme o Ministério da Saúde, a violência psicológica se constitui em

[...] toda forma de rejeição, depreciação, discriminação, desrespeito, cobrança exagerada, punições humilhantes e utilizando da criança ou do adolescente para atender às necessidades psíquicas dos adultos. Todas essas formas de maus-tratos psicológicos causam danos ao desenvolvimento e ao crescimento psicossocial da criança e do adolescente, podendo provocar efeitos muito deletérios na formação da personalidade e na sua forma de encarar a vida. Pela falta de materialidade do ato que atinge, sobretudo, o campo emocional e espiritual da vítima e pela falta de evidências imediatas de maus-tratos, este tipo de violência é dos mais difíceis de serem identificados no Brasil (BRASIL, 2002).

A negligência revela-se como sendo a mais rotineira forma de abuso infantojuvenil, pois não ocorre somente na esfera familiar, ocorre também sob várias formas na sociedade.

Em linhas gerais, Farinatti, Biazus e Leite (1993, p. 243) definem a negligência como sendo

[...] a omissão dos responsáveis em garantir cuidados e satisfação das necessidades da criança/adolescente sejam elas primárias (alimentação, higiene e vestuário), secundárias (escolarização e lazer) e terciárias (afeto, proteção). Cada um dos níveis de necessidades não satisfeitos determinam sérias consequências no desenvolvimento da criança/adolescente, que podem ir do óbito prematuro à delinquência. Não é considerada negligência a omissão resultante de situação que foge ao controle da família.

Acerca da definição acima, faz-se necessário ressaltar uma dúvida contundente: como diferenciar a negligência da pobreza?

A respeito dessa necessária separação entre negligência e pobreza, advertem Veronese e Costa (2006, p. 120) que

[...] faz necessário evidenciar que num país em que há pobreza é flagrante, há que se ter uma atenção especial ao lidarmos com essa questão, para que não se incida na simplista culpabilização da família. Em síntese: O que afasta a falta de bens materiais, de acesso à saúde, educação, moradia, saneamento básico e negligência?

A resposta para o questionamento acima resta evidente, visto que, muitas vezes, a negligência está na escassez de recursos disponibilizados pelo Estado, o que resulta em um quadro alarmante de negligência no tocante às necessidades básicas e dignas de sobrevivência de crianças e jovens.

De acordo com o Ministério da Saúde, a violência sexual infantojuvenil consiste

[...] em todo ato ou jogo sexual, relação heterossexual ou homossexual cujo agressor está em estágio de desenvolvimento psicossocial mais adiantado que a criança ou o adolescente. Tendo a intenção de estimulá-la sexualmente ou utilizá-la para obter satisfação sexual. Apresenta-se sob a forma de práticas eróticas e sexuais impostas à criança ou ao adolescente pela violência física, ameaças ou indução de sua vontade. Esse fenômeno violento pode variar desde atos em que não se produz o contato sexual (voyeurismo, exibicionismo, produção de fotos), até diferentes tipos de ações que incluem contato sexual sem ou com penetração. Engloba ainda a situação de exploração sexual visando lucros, como é o caso da prostituição e da pornografia (BRASIL, 2002).

Conforme o Ministério da Justiça, “o Brasil registra por ano cerca de 50 mil casos de violência sexual contra crianças e adolescentes. A estimativa dos pesquisadores é de que os números oficiais representem somente 10% do total de casos” (BRASIL, 2001, p. 33).

Entre os diversos termos utilizados para designar a violência sexual contra crianças e adolescente, um dos mais populares e difundidos é

o “abuso”. A expressão abusar significa “fazer pouco caso, ridicularizar; menosprezar; humilhar; faltar à confiança; enganar, ultrajar o pudor de; tirar a virgindade de, deflorar; desonrar; seduzir; agredir com insultos ou injúria; afrontar” (HOUÍAISS; VILLAR; FRANCO, 2001, p. 33).

Inicialmente, é importante considerar, em relação ao tema em exposição, que há diferença no trato de da criança e do adolescente, relativo ao consentimento no ato sexual praticado, como explica Gomes (2001, p. 144):

Um ato sexual praticado contra uma criança significa abuso sempre ou praticamente sempre (somente em casos escabrosos e raríssimos, de crianças com vida sexual pública militante e notória, poder-se-ia imaginar o afastamento do delito sexual, inclusive com apoio num eventual erro de tipo sobre a idade). [...] Enquanto se trata de criança há a *innocentia consilli*. Cuidando-se de adolescente, cada caso é um caso. Pode haver violência real, mas também pode haver consentimento válido. Tudo depende do caso concreto.

Gauderer (1998, p. 159) ressalta acerca da caracterização do abuso sexual contra crianças e adolescentes:

O que caracteriza o abuso sexual é a falta de consentimento do menor na relação com o adulto. A vítima é forçada fisicamente ou coagida verbalmente a participar da relação, sem ter necessariamente capacidade emocional ou cognitiva para consentir ou julgar o que está acontecendo.

O abuso sexual infantil pode ser extrafamiliar ou intrafamiliar. No primeiro caso, o abusador não é membro da família da criança ou do adolescente; e, no segundo, que abarca a grande maioria dos casos registrados, a prática dos abusos ocorre em âmbito familiar.

O abuso sexual intrafamiliar é definido como

[...] todo ato ou jogo sexual entre a criança/adolescente e um familiar, seja ele seu responsável legal ou não. Pode ou não haver contato físico e uso de força física. Ex.: apresentação de material pornográfico, voyerismo, uso de linguagem erotizada, carícias nos órgão genitais e relações orais, anais e vaginais (ROUYER, 1997, p. 62).

O abuso sexual intrafamiliar é comumente chamado de “incesto” pelos literatos do assunto. O incesto nada mais é do que o envolvimento de caráter sexual entre parentes consanguíneos ou afins (BRAUN, 2002).

Cumprido destacar que, nas relações incestuosas, os atos pratica-

dos são marcados pela síndrome do segredo e pela negação. Trata-se, portanto, de uma violência silenciosa.

Nesse sentido, Dias (2006, p. 1) comenta que

O abuso sexual contra crianças e adolescente é um dos segredos de família mais bem guardados, sendo considerado o delito menos notificado. Tudo é envolto em um manto de silêncio, por isso é muito difícil estabelecer uma estimativa que permita uma idéia a respeito de números.

Os fenômenos possíveis de acontecer nesses casos, que irão influenciar na revelação ou no testemunho infantojuvenil, são as síndromes de segredo e de adição. Segundo Santos (2003, p. 90), “Em ambos os casos, o agente ativo irá estabelecer uma relação extremamente profunda com sua vítima.”

De acordo com Santos (2003, p. 90),

Por Síndrome de Segredo entende-se como um “acordo” entre abusador e abusado de que aquilo que ocorre entre eles deve permanecer oculto. A criança passa a ver esta relação como um “pacto” e que, portanto, não pode ser rompido. Já a Síndrome de Adição deve ser entendida como um vício, ou seja, a criança passa a funcionar como uma “droga” da qual o dependente é viciado. Em ambos os casos, estrutura-se um vínculo extremamente forte.

Acerca da negação, Furniss (1993, p. 29) explica que “a negação, via de regra, acompanha a situação de abuso sexual, sendo-lhe atribuída natureza específica de síndrome de segredo, para a criança e a família, e síndrome de adição, para a pessoa que comete o abuso”.

Uma das principais características da maior parte dos abusadores é, para eles, a prática do abuso sexual funciona “como adição, isto é, constitui inicialmente uma experiência de prazer, mas uma necessidade para alívio de suas tensões, tal como álcool funciona para o alcoolista, a droga para o drogadito” (CEZAR, 2007, p. 50).

Por fim, a violência institucionalizada é a forma de violência causada pelo sistema judiciário e também pode ocorrer na fase policial. Após a constatação do abuso sexual sofrido, a falta de conhecimentos específicos dos operadores do direito sobre as técnicas de oitiva infantojuvenil leva à nova violação de direitos, chamada de *vitimização secundária*, que é a violência institucional do processo investigatório criminal, causando a revitimização.



### 3 A OITIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL E A TÉCNICA DA ENTREVISTA FORENSE

Inexistem normas especiais ou procedimento específico no atual Código de Processo Penal ou no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que considerem as condições peculiares das vítimas infantojuvenis – o ECA somente prevê medidas de proteção às crianças (arts. 99 a 102 e 105) e aos adolescentes, além dessas, também garantias processuais (art. 110). Portanto, o legislador foi omissivo quanto aos procedimentos específicos para a oitiva de crianças ou adolescentes em juízo.

Assim, mesmo em se tratando de pessoas que merecem tratamento diferenciado, crianças e adolescentes são ouvidos da mesma forma que os adultos em juízo e na fase policial.

De acordo com Dobke (2001, p. 49), “as crianças possuem um nível cognitivo, intelectual e psicossocial diferente dos adultos e, por isso, a tomada de suas declarações devem ser repensadas pelos operadores do direito”.

Faz-se necessário que os entrevistadores tenham total domínio sobre a dinâmica do abuso sexual infantojuvenil, posto que ouvir crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual não é o mesmo que ouvir vítimas de outros delitos (DOBKE, 2001).

Por certo, a proteção das crianças e adolescentes deve ser prioridade no procedimento de oitiva sobre o abuso. Da mesma forma, as declarações delas, única prova em muitos processos, precisa ser tomada com a máxima capacitação profissional, de maneira apropriada, com atenção e, acima de tudo, com coragem para ouvir a resposta (DOBKE, 2001).

Para melhor oitiva de crianças e adolescentes, segundo Dobke (2001, p. 50), “[...] é necessário o estabelecimento do vínculo de confiança; que as perguntas, preferencialmente abertas, refiram-se também à estrutura familiar, que haja desdramatização do fato e o inquiridor transmita à criança sempre a permissão para revelar”.

Impende salientar que a conversa com crianças ou adolescentes vitimizados sexualmente deve iniciar com assuntos gerais, atividades de que mais gosta, escola, brincadeiras, etc., e, depois de estabelecida a

confiança e o respeito, devem ser formuladas as perguntas mais específicas (FURNISS, 1993).

Conforme exprimem Sanz e Molina (1999), essa fase introdutória, além de possibilitar o vínculo de confiança com a vítima, também permite avaliar o grau de desenvolvimento cognitivo, intelectual, psicossocial e psicosssexual da criança ou do adolescente, a fim de melhor direcionar as perguntas subsequentes.

Após realizada a fase introdutória da oitiva, que tem a finalidade de estabelecer o vínculo de confiança, cumpre agora ao entrevistador, antes de perguntar sobre o abuso sexual, fazer indagações a respeito da família da criança ou do adolescente.

Ressalta-se que as perguntas abertas são as mais recomendáveis para a entrevista, porque, segundo Dobke (2001, p. 52),

[...]são aquelas que não sugeram resposta alguma (pois não sugere o abuso), possibilitando à criança dar uma resposta com maior conteúdo, (o que aconteceu quando seu pai fica em casa com você?), o que é de todo útil tendo em vista que um relato detalhado do abuso merece maior credibilidade.

Ainda, a mesma autora descreve que

Muitas vezes, a criança não responde às perguntas neutras, necessitando o inquiridor formular perguntas específicas, que sugerem a possibilidade de abuso, mas antes da resposta à pergunta fechada deve formular uma neutra, *ele te tocou com a mão? Onde ele te tocou?* (DOBKE, 2001, p. 52).

Lamb et al. (2000 *apud* PISA; STEIN, 2007) ressaltam que, durante o relato livre, o entrevistador não deve interromper, limitando-se a manifestações de incentivo para a criança prosseguir o relato – *E aí?, Sim, o que mais?, E então, o que aconteceu?*. A declaração obtida em relatos livres, embora menos detalhada que aquela produzida por questionamentos específicos, tende a ser mais precisa.

Ao perguntar sobre o abuso sexual propriamente dito, é importante que o entrevistador transmita à criança ou ao adolescente a sua não responsabilização pelo que aconteceu, deixando claro que ela pode relatar sem medo que algo ruim possa lhe acontecer (FURNISS, 1993).

Para Gauderer (1998), é imprescindível que os operadores do Direito deixem claro à criança que outras estiveram em juízo, com a mesma

experiência, com o mesmo segredo, o que implica a desdramatização do fato, deixando-a mais à vontade para relatar, dando-lhe permissão para contar o segredo.

Ao final da oitiva, depois de a criança ou de o adolescente fornecerem as informações de que foram capazes de relatar, a literatura sugere que os entrevistadores perguntem à criança ou ao adolescente se existe alguma informação adicional. Conforme orientam Sternberg et al. (2002 *apud* PISA; STEIN, 2007), essa é a oportunidade de agradecer a colaboração da criança ou do adolescente, recapitular e verificar a veracidade do resumo do entrevistador, explicar a sequência dos atos legais, permitir que a criança ou o adolescente esclareçam suas dúvidas e subsequentemente oferecer um momento para retomar um assunto neutro.

Ademais, os pesquisadores supracitados apontam que é fundamental que a entrevista seja gravada, posto que a confiabilidade das informações obtidas nas entrevistas investigativas somente pode prosseguir quando há um completo registro eletrônico, não só pelas respostas fornecidas pela criança ou pelo adolescente, mas também para analisar as perguntas formuladas e os estímulos pelos quais as respostas foram produzidas (STERNBERG et al., 2002 *apud* PISA; STEIN, 2007).

Portanto, é clarividente que perguntas formuladas de maneira adequada levam a um bom conteúdo de relato, o que possibilita uma convicção segura sobre o cometimento, ou não, do abuso sexual, mormente quando não há outras provas a corroborar a versão da vítima infantojuvenil, que tem fundamental importância nos delitos cometidos na clandestinidade (DOBKE, 2001).

Diante de todas as explicações, observa-se o quanto os profissionais que atuam na oitiva de crianças e de adolescentes vítimas de abuso sexual devem estar preparados, quer psicológica e emocionalmente, e passar por constante aperfeiçoamento, visto que o tema exige conhecimentos específicos aprofundados, sob pena de se obterem provas insuficientes para a comprovação do fato e, ainda, o que é pior, causar a revitimização, ou, vitimização secundária às vítimas.

#### 4 DEPOIMENTO SEM DANO: UMA NOVA ALTERNATIVA DE OUVIR CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL

Antes de adentrar no tema central deste artigo, importante se faz registrar que, sem desmerecer ou pretender qualquer imiscuição na origem e fixação do instituto, a utilização da expressão designativa *Depoimento com Redução de Danos* parece mais adequada ao propósito do projeto porque, como amplamente demonstrado pelos campos de conhecimento da psicologia, é praticamente impossível reviver um evento traumático, sem que qualquer dano seja gerado.

O projeto Depoimento Sem Dano foi instituído na capital gaúcha, em 2003, mais especificamente na 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre, pelo Juiz de Direito José Antônio Daltoé Cezar, e está sendo gradativamente disseminando para outros estados brasileiros como Acre, Goiás e Pernambuco. O projeto se fundamenta pela observância e utilização de uma metodologia focada na não revitimização das crianças e dos adolescentes vítimas da infração penal, com um olhar especial ao princípio da proteção integral, bem como aos dispositivos protecionistas constitucionais.

O projeto piloto surgiu com a constatação de que crianças e adolescentes vitimizados, seja qual for o tipo de violência sofrida, passam por uma nova violação de seus direitos quando são chamadas para relatar o dano primário sofrido. Agora a violência é institucional, realizada pelas instituições judiciais, visto que os operadores do Direito, na maioria dos casos, não possuem capacitação para entrevistar crianças e adolescentes adequadamente, bem como no depoimento tradicional não lhes são respeitados o princípio constitucional da proteção integral e, do mesmo modo, não são tratados como sujeito de direitos, e sim como objetos da investigação penal.

É importante mencionar que o projeto observa o contraditório e a ampla defesa, que são garantias do processo e da jurisdição, e, portanto, inarredáveis à constituição do devido processo legal, bem como se pauta, à luz das normas processuais vigentes, no respeito e na dignidade das crianças e dos adolescentes que são ouvidos em juízo, com absoluta prioridade, conforme determina o art. 227 da Constituição Federal (CEZAR, 2007).

O novo procedimento ocorre na ocasião dos depoimentos de crianças e adolescentes vítimas; consiste em retirá-las do ambiente formal das audiências e transferi-las para uma sala especial projetada para que elas se sintam mais acolhidas, protegidas, familiarizadas e tranquilas para falar. Essa sala estará ligada, por áudio e vídeo, ao local onde se encontram o Magistrado, o Promotor de Justiça, o Advogado de defesa, o acusado e os serventuários da Justiça, os quais, quando necessário, podem intervir durante o depoimento (CEZAR, 2007).

O papel exercido pelo técnico entrevistador, durante o depoimento das crianças e adolescente vitimizados sexualmente, é primordial nessa metodologia, ante a natureza multidisciplinar que envolve o abuso sexual, e será realizado por um profissional do serviço social ou da psicologia (CEZAR, 2007). Exige-se, portanto, um profissional altamente capacitado e bem treinado, para que se possa promover uma entrevista adequada às vítimas, bem como para que elas se sintam à vontade durante a oitiva.

Impende salientar que essas providências atendem aos três principais objetivos do projeto, a saber:

- 1) redução do dano durante a produção de provas em processos judiciais, nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha; 2) a garantia dos direitos da criança e do adolescente, proteção e prevenção de seus direitos, quando, ao ser ouvida em Juízo, sua palavra é valorizada, bem como sua inquirição respeita sua condição de pessoa em desenvolvimento; 3) Melhoria na produção da prova produzida (CEZAR, 2007, p. 62).

Uma das vantagens que se apresenta no “Depoimento Sem Dano” decorre da previsão de que vítima e acusado não se encontrem em momento algum, principalmente nos corredores do Foro, fato muito comum que pode, com frequência, aterrorizar a vítima antes e depois do depoimento (CEZAR, 2007).

Além disso, cumpre destacar que o mencionado projeto permite que se realize a produção antecipada de provas, evitando com isso a repetição do relato da vítima por inúmeras vezes, em diferentes lugares, como acontece no processo penal atual, visto que normalmente a criança ou o adolescente são ouvidos no Conselho Tutelar, na Delegacia, no Instituto Médico Legal e no Ministério Público para se chegar, finalmente, em Juízo – onde terá que depor mais uma vez.

A reforma do processo penal de 2008, dada pela Lei n. 11.690, fez

constar no seu art. 156, inciso I, que ao magistrado é facultado ordenar, mesmo que antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, sempre se observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Portanto, conforme constataam Canezin e Perozim (2010), o mencionado artigo deu base legal para que crianças e adolescentes vitimizados fossem ouvidos desde o início da constatação ou suspeita de abuso por meio do projeto “Depoimento Sem Dano”, antes mesmo da propositura da ação penal.

Com a finalidade de regulamentar, em âmbito nacional, a prática do “Depoimento Sem Dano” - DSD, como regra geral na oitiva de crianças e adolescente em juízo, a Deputada Federal Maria do Rosário (PT-RS) apresentou o Projeto de Lei n. 7.524/2006, transformado no PLC n. 35/2007 (ANEXO I), substitutivo ao PL n. 4.126, de 2004, pretendendo fazer inserções no Código Penal, Código de Processo Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme ementa abaixo:

EMENTA: Acrescenta a Seção VIII ao Capítulo III - Dos Procedimentos - do Título VI - Do Acesso à Justiça - da Parte Especial da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo sobre a forma de inquirição de testemunhas e produção antecipada de prova quando se tratar de delitos tipificados no Capítulo I do Título VI do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, com vítima ou testemunha criança ou adolescente e acrescenta o art. 469-A ao Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Todavia, o projeto Depoimento Sem Dano tem provocado calorosos debates entre os profissionais envolvidos na sua execução: juristas, psicólogos e assistentes sociais.

Àqueles que defendem a nova metodologia de ouvir crianças e adolescentes vitimizados em juízo, segundo Brito (2008), reconhecem a importância da interdisciplinaridade, atribuindo-se aos avanços das ciências humanas a notoriedade desses depoimentos no âmbito jurídico.

Entretanto há os manifestadamente opositores do projeto, como o Conselho Federal de Psicologia, por exemplo. Este órgão encaminhou, em 2007, ao Senado Federal, manifestação contrária à aprovação do Projeto de Lei que institui o Depoimento Sem Dano (PLC n. 35/2007), porque, ao sobrepesar critérios éticos, teóricos, metodológicos e técnicos,

entendem que não é tarefa de psicólogos tal entrevista, já que para eles a revitimização da criança ocorrerá de uma forma ou de outra, bastando apenas que seja obrigada a depor (BRITO, 2008).

Na visão do Conselho Federal de Psicologia, crianças e adolescentes vitimizados devem ter o direito de decidir o momento em que estarão preparados para falar a estranhos sobre sua experiência e, ainda, se deseja depor, não devendo ser obrigado pelo processo penal. Logo, à medida que se sentirem preparados para falar, terão condições de dizer diretamente ao juiz, sem haver necessidade de mediadores para isso (VERONA; CASTRO, 2008).

Rebatendo essa visão, Wolff (2008 *apud* CEZAR, 2010, p. 76) discorre a respeito:

[...] estranheza advém da defesa do CFP do imperativo de a criança calar-se sobre o evento traumático, quando no mínimo não há consenso sobre isso. A “Terapia Cognitivo-Comportamental que, segundo a *American Psychological Association (APA)* possui a melhor prática baseada em evidências para enfrentamento de trauma e seus derivados (como o Transtorno de Estresse Pós-Traumático, notadamente na área de abuso sexual, dentre outras), utilizando o inverso: a técnica da prática narrativa par dessensibilizar traumas.

Em que pesem as críticas e os elogios relativos aos projetos e estudos referentes à oitiva de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, é preciso se ter em mente que ouvi-los nos processos que lhes digam respeito não é mera faculdade, é um direito inerente a eles, que está expressamente estabelecido no ordenamento jurídico, e que, portanto, deverá verificar a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, realizada de maneira profissional e acolhedora, sem transformar esse direito em prejuízo para eles (CEZAR, 2010).

Por fim, na política de redução dos danos causados ao jovens e infantes, vítimas do abuso sexual, deve-se aceitar o fato de que a visão técnico-jurídica tem limites e, por vezes, se mostra insuficiente. Portanto, exige-se uma postura interdisciplinar na proteção integral dessas crianças e desses adolescentes vitimizados, aceitando propostas de outras áreas do conhecimento.



## 5 CONFRONTAÇÃO DO DEPOIMENTO COM REDUÇÃO DE DANOS E O DEPOIMENTO TRADICIONAL DE OITIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTE EM JUÍZO

No método tradicional de oitiva a sala de audiência é formal, e a criança ou o adolescente conversam com o Juiz na frente do Promotor, do advogado e dos serventuários da Justiça e na frente do acusado. Diferentemente, no depoimento com redução de danos, a sala é adaptada para a oitiva da vítima, e ela será ouvida por uma técnica especializada na oitiva infantojuvenil: será um (a) psicólogo (a) ou um (a) assistente social, com quem conversa por meia hora antes do depoimento (DOBKE, 2001).

No procedimento comum, não existe uma metodologia específica que considere as suas condições peculiares vítimas e testemunhas infantojuvenis. A ouvida de crianças e adolescentes são as mesmas que regem a dos adultos (DOBKE, 2001).

Já no procedimento de escuta com redução de danos, um técnico em entrevista forense infantojuvenil – um assistente social ou um psicólogo com formação em psicologia evolutiva e capacitação na problemática do abuso sexual – escuta a criança ou o adolescente numa tentativa de melhor atingir os objetos da ouvida, que é não causar danos secundários e obter um relato fidedigno (DOBKE, 2001).

Constata-se que o modelo padrão de oitiva de crianças e adolescentes vitimizados em juízo tem por objetivo maior a produção de provas do ato delituoso e, ainda, é constantemente confrontado com as demais provas dos autos na busca da ficta “verdade real”.

Nesse ponto, o depoimento com redução de danos não busca somente a produção de provas, de uma maneira a produzir respostas mais fidedignas, mas especialmente de valorizar a palavra da criança ou do adolescente, de acolhê-los como sujeitos de direitos (TEBAJASKI; PAIVA; VISNIEVSKI, 2010).

Ainda vale ressaltar que os técnicos-entrevistadores dão o tempo necessário para a criança ou o adolescente falarem conforme a sua vontade. Usam-se bonecos, desenhos para ajudá-los na descrição da cena do abuso. Enquanto que, no depoimento tradicional, quando a criança não consegue responder, muitos juízes encerram a audiência perguntando: “Você não quer mais falar sobre isso?” (DOBKE, 2001), ou



também utilizam a formulação de perguntas inadequadas que inibem e constroem a criança e o adolescente de falarem.

Fatos que nos levam a entender que o depoimento tradicional é na verdade uma “[...] formulação e reformulação de perguntas e insinuações, normalmente, utilizadas de forma imprópria levando a vítima a sofrer duas vezes o ato de violência” (BITENCOURT, 2007, p. 273).

A gravação em vídeo do depoimento da vítima infantojuvenil, que é feito no método alternativo de ouvir este público, conforme Bitencourt (2007, p. 287), “reduz o número de depoimento a que está submetida, [...] permitindo melhor análise das declarações”. Uma vez que a criança ou o adolescente vítimas de abuso sexual no processo tradicional percorre “um itinerário quase que infundável, [...] encaminhada ao serviço de orientação educacional na escola, [...] seguem-se após o Conselho Tutelar, Rede Pública de Proteção, a Delegacia de Polícia, o Instituto Médico Legal e o Ministério Público” (CEZAR, 2007, p. 98).

Por oportuno, salienta-se que a produção antecipada de provas adotada pelo “Depoimento Sem Dano” é uma louvável alternativa na intenção de minimizar danos, como já explicada, tendo em vista a realidade acima em que a criança acaba por sofrer uma violência institucionalizada ao ter que relatar por diversas vezes sua experiência traumática.

Portanto, certo é que o depoimento com redução de danos ainda não é a opção ideal e definitiva no que tange à oitiva e à proteção de jovens e infantes. Porém se reconhece que é um passo à frente da situação atual, que precisa ser repensada e melhorada a fim de que se preservem as garantias fundamentais tanto do acusado, como da vulnerável vítima da infração penal (GOMES, 2010).

Cumprir registrar, ainda, que esse método não significa simplesmente nova técnica de investigação, mas, conforme bem elucidada Bittencourt (2009), gera-se uma nova cultura ética de tutela processual aos infantojuvenis.

Logo, faz-se necessário uma mudança ética na cultura de ver o outro na relação jurídica, é imprescindível que se enxergue a vítima-testemunha como pessoa e não somente como uma prova processual.

Por fim, do confronto acima realizado, destaca-se que o depoimento com redução de danos se mostra como um bom método alternativo dirigido à tutela dos interesses superiores de crianças e adolescentes ao serem ouvidos em juízo.

## CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar, neste artigo, a necessidade de se atentar para a política de redução de danos às crianças e aos adolescentes vítimas de toda e qualquer forma de violência, em especial abordagem, as vítimas de abuso sexual no momento da sua oitiva em juízo.

Portanto, apresentou-se uma abordagem a respeito da criança no âmbito familiar, social e jurídico, e as suas gradativas mudanças de paradigma até torna-se, em tese, sujeita da proteção prioritária estatal. Foi feita também uma abordagem ao princípio basilar da “Proteção Integral” e sua trilogia de valores, que são: a liberdade, o respeito e a dignidade, em que o universo do direito da infância e da juventude busca meios de consolidar políticas públicas voltadas para o segmento infantojuvenil, com caráter protecionista e emancipador.

Discorreu-se também acerca das formas de violência perpetradas contra o público infantojuvenil e suas graves consequências às vítimas. Trabalharam-se as formas mais frequentes que são: (i) violência física; (ii) violência psicológica; (iii) negligência; (iv) violência sexual; e, por fim, (v) violência institucionalizada.

Ainda, foi abordada a oitiva de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual e a técnica da entrevista forense, em que se constatou a necessidade da utilização e aperfeiçoamento das técnicas para que se promova uma adequada oitiva dos jovens e infantes vitimizados, a fim de que suas palavras recebam mais credibilidade e confiança.

Buscou-se explicar o procedimento “Depoimento Sem Dano” e as principais características do projeto piloto, ratificando-se que a metodologia apresenta novos parâmetros para as oitivas do público infantojuvenil em juízo.

Por consequência, procurou-se confrontar o depoimento tradicional de ouvir crianças e adolescentes em juízo com o depoimento com redução de danos, o que foi possível constatar, com base nas escassas literaturas sobre o tema, que o depoimento com redução de danos visa à proteção integral de crianças e de adolescentes e propõe um olhar à luz dos princípios constitucionais do direito brasileiro, tendo por objetivo minimizar o dano primário, bem como não promover a vitimização secundária durante os atos investigatórios do delito.

Com base nessa análise, constatou-se que o procedimento tradicional de ouvir crianças e adolescentes em juízo não leva em consideração a condição peculiar de desenvolvimento incompleto dos jovens e infantes. Portanto, a corrente majoritária entende que o método tradicional de ouvir se mostra ineficaz na tentativa de ouvir vítimas de abuso sexual infantojuvenil, visto que não as preserva do dano secundário e, tampouco, pauta-se nos princípios constitucionais da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Por fim, é oportuno salientar que as propostas de minimizar a violência estatal às vítimas sexuais, sejam elas crianças ou adolescentes, não serão suficientes e, tampouco, eficientes se o perfil ético dos sujeitos e sua postura inquisitorial não mudarem. Portanto, é importante que a cultura jurídica sofra sérias transformações em direção a uma sociedade mais protecionista da dignidade, da compreensão, do respeito dos direitos inerentes às crianças e aos adolescentes durante a sua passagem pelo sistema de justiça criminal.

## REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BITENCOURT, Luciane Potter. Vítima sexual infantojuvenil: sujeito ou objeto do processo judicial. **Revista da AJURIS/ Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v.34, n.105, p. 265-285, mar. 2007.

\_\_\_\_\_. **Vitimização Secundária Infantojuvenil e Violência Sexual Intrafamiliar**. Por uma Política Pública de Redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Diretrizes nacionais para a política de atenção integral à infância e à adolescência**. Brasília: CONANDA, 2001.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Notificação de maus-tratos contra crianças e adolescentes pelos profissionais da saúde: um passo a mais na cidadania em saúde**. Brasília: Ministério da Saúde / Secretaria de Assistência à Saúde, 2002.

BRAUN, Suzana. **A Violência Sexual Infantil na Família: do silêncio à revelação do segredo**. Porto Alegre: AGE, 2002.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Depoimento sem dano, para quem? **Núcleo interdisciplinar de pesquisa e intercâmbio para a infância e adolescência**

**contemporâneos**, Rio de Janeiro, 30 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.psicologia.ufrj.br/nipiac/blog/?p=84>>. Acesso em: 18 out. 2010.

CANEZIN, Claudete Carvalho; PEROZIM, Ana Carolina Benassi. Do crime de abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes e o depoimento sem dano. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v.11, n.57, p. 118-139, dez./jan.2010.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano**: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_, José Antônio Daltoé. A Escuta de Crianças e Adolescentes em Juízo. Uma Questão Legal ou um Exercício de Direitos? In: POTER, Luciane; BLTENCOURT, Cezar Roberto (Orgs). **Depoimento sem dano: por uma política criminal de redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTR, 1997.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Violência Intrafamiliar praticada contra a criança e o adolescente e o fator delinquência**: uma abordagem interdisciplinar. 2002. Tese de doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Jamusz. **O Direito da Criança ao Respeito**. Tradução de Yan Michalski. São Paulo: Sumus Editorial, 1986.

DE PLACIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Incesto: um pacto de silêncio. **Revista CEJ**. Brasília, n. 34, p. 11-14, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/722/902>>. Acesso em: 18 de set. 2010.

DOBKE, Veleada. **Abuso Sexual**: A inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Ricardo Lentz Editor, 2001.

FARINATTI, Franklin; BIAZUS, Daniel B.; LEITE, Marcelo B. **Pediatria social**: a criança maltratada. Rio de Janeiro: MEDSI, 1993.

FURNISS, T. **Abuso sexual da criança**: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e intervenção legal integrados. Tradução Maria Adriana Veríssima Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GAUDERER, Christian. **Crianças, adolescente e nós** – guia prático para pais, adolescentes e profissionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Revinter, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Décio Alonso. Confrontação de Depoimento com Redução de Danos (abordagem desde uma perspectiva criminal). In: POTER, Luciane; BITENCOURT, Cezar Roberto (Orgs). **Depoimento sem dano: por uma política criminal de redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARQUES, Maria Aparecida Barbosa (org.). **Violência Doméstica Contra Crianças e Adolescentes**. Petrópolis: Vozes, 1994.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente: Uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. (coord.). **Direito da Criança e do adolescente: Uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. Abuso Sexual Infantil e a Palavra da Criança Vítima: pesquisa científica e a intervenção legal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 96, n. 857, p. 456-477, mar. 2007.

ROUYER, Michele. As crianças vítimas, consequências a curto e médio prazo. In Marcelino Gabel (Org.). **Crianças vítimas de abuso sexual**. Tradução Sonia Goldfeder. São Paulo: Summus, 1997.

SANTOS, Sandro Schmitz dos. A violência contra a criança e sua revitimização no processo criminal. **Revista Jurídica**. São Paulo: Notadez Informação, v.309, jul. 2003, p. 85-92.

SANZ, Diana; MOLINA, Alejandro. **Violencia y abuso em la familia**. Buenos Aires: LUMEN/HVMANITAS, 1998.

TABAJASKI, Betina; PAIVA, Cláudia Victolla; VISNIEVSKI, Vanea Maria. Um Novo Olhar sobre o Testemunho Infantil. In: POTER, Luciane; BITENCOURT, Cezar Roberto (Orgs). **Depoimento sem dano: por uma política criminal de redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VERONA, Humberto; CASTRO, Ana Luiza de Souza. Conheça a manifestação do Conselho sobre o PL que trata do Depoimento sem Dano. **Psicologia online**, 9 abr. 2008. Disponível em: <[http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia\\_080409\\_932.html](http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia_080409_932.html)>. Acesso em: 18 out. 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli M. M. da. **Violência doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente: uma leitura interdisciplinar**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.