UNIUBE
Universidade de Uberaba

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REVISTA JURÍDICA

UNIJUS

ISSN 1518-8280

R. Jur. UNIJUS	Uberaba-MG	V.10	n. 12	Maio 2007	p. 1-264

UNIJUS

Universidade de Uberaba

Reitor
Prof. Marcelo Palmério

Vice-Reitora
Profa. Elsie Barbosa

Pró-Reitor de Ensino Superior
Profa. Inara Barbosa Pena Elias

Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão
Prof. José Bento Alves

Diretor do Curso de Direito
Prof. Pérsio Henrique Barroso

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba
Coordenadora: Sandra Maria da Silva – Promotora de Justiça

Revista Jurídica UNIJUS

Produção da Universidade de Uberaba em parceria com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba, MG).
Editoração e publicação pela UNIUBE.
Tiragem: 1.500 exemplares - Periodicidade semestral.

Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da coordenação da Revista.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Catalogação elaborada pelo Setor de Referência da Biblioteca Central da UNIUBE

Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n.1 (1998)- . – Uberaba, MG: UNIUBE, 1998-

v.

Semestral.

A partir do volume 8 a numeração dos fascículos passou a ser contínua.

ISSN 1518-8280

1. Direito. I. Universidade de Uberaba. II. Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

CDD: 340

Conselho Editorial
Dirce Maris Nunes da Silva
Eduardo Pimentel de Figueiredo
Guido Luiz Mendonça Bilharinho
João Delfino
João Vicente Davina
Lúcio Delfino
Miralda Dias Dourado
Newton Luís Mamede
Patrícia de Oliveira Portela
Wagner Guerreiro

Coordenador Editorial
Jurandir Sebastião

Os trabalhos podem ser enviados para:
Universidade de Uberaba – UNIUBE
Secretaria do Curso de Direito
Prof. Jurandir Sebastião - Coordenador Editorial da Revista
Av. Nenê Sabino, 1801 – Bairro Universitário
CEP 38.055-500 – Uberaba-MG
Telefone: PABX (0xx34) 3319.8800 - FAX (0xx34) 3314.8910
E-mail: malthus@terra.com.br

Núcleo de Estudos Jurídicos do Ministério Público de Minas Gerais de Uberaba
Coordenadora: Dra. Sandra Maria da Silva
Rua Segismundo Mendes, n.º 175 - Centro
CEP 38.010-140 – Uberaba-MG
Telefone (0xx34) 3313.6423 - Fax (0xx34) 3333.8996
E-mail: sandras@netsite.com.br

ATENÇÃO: As normas para apresentação e envio dos trabalhos encontram-se no final deste fascículo.

UNIJUS

SUMÁRIO

EDITORIAL ..... p. 07

ARTIGOS:

A RESPONSABILIDADE CIVIL E ÉTICA
NA ODONTOLOGIA E O ÔNUS DA PROVA
Jurandir Sebastião ..... p. 13

O PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS INDIVIDUAIS
– DUAS PODEROSAS FORÇAS ANTIMAJORITÁRIAS
Paulo Fernando Silveira ..... p. 47

A DENÚNCIA ANÔNIMA E A CONSTITUCIONALI-
DADE DE PERSECUÇÃO PENAL
Rodrigo Iennaco ..... p. 73

A INDENIZAÇÃO PELO CONSUMO DE CIGARROS E
A RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO
Lúcio Delfino ..... p. 101

A NECESSIDADE CONCRETA DA PENA,
À LUZ DO PRINCÍPIO TRIDIMENSIONAL
DA PROPORCIONALIDADE
Hidemberg Alves da Frota ..... p. 111

DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL DO AVALISTA
Moacyr Borges de Castro Figueirôa ..... p. 143

DIREITOS HUMANOS E DIREITOS À SAÚDE
Marco Antonio Oliveira de Azevedo ..... p. 151

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA TUTELA
JURISDICIONAL SEM DILAÇÕES INDEVIDAS E O
JULGAMENTO ANTECIPADÍSSIMO DA LIDE
Fernando da Fonseca Gajardoni ..... p. 177

EDUCAÇÃO E CRESCIMENTO ECONÔMICO
André Del Negri ..... p. 197

UNIJUS

SUMÁRIO

O REPASSE AUTOMÁTICO DAS VERBAS AO SUS, PELOS MUNICÍPIOS, EM CUMPRIMENTO À EMENDA CONSTITUCIONAL 29/2000
Reuder Cavalcante Motta.....P. 205

O DIREITO PENAL E AS FRAUDES BANCÁRIAS PRATICADAS POR MEIO DA INTERNET
Cláudia Aparecida Salge.....P. 217

POLÍTICA AFIRMATIVA - CONSTITUCIONALIDADE
Nayara Beatriz Borges Ferreira.....P. 235

UNIJUS

EDITORIAL

Neste ano de 2007, a Revista Jurídica UNIJUS, em sua edição nº 12, inicia a marca de 10 anos de circulação ininterrupta, incluindo-se, nessa contagem, o ano de seu início, em 1998. Até 2004, as edições foram anuais. Daí para cá, passaram a ser semestrais, cumprindo o plano inaugural. Para o sucesso da revista, mostrou-se profícua a parceria da Universidade de Uberaba com o Ministério Público de Minas Gerais, para produção intelectual, via Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba.

E o perfil da revista, desde a primeira edição, tem sido observado. Seus objetivos são *informar* e *divulgar*, voltados para o aprimoramento do universo da Ciência do Direito. O *informar* se faz por meio de leitura que se oportuniza sobre variados temas jurídicos selecionados. O *divulgar* se constitui na preservação de espaço gráfico aberto à difusão de trabalhos jurídicos, de teoria e/ou de prática, elaborados por graduandos, graduados e pós-graduados, e, também, em maior volume, na difusão dos trabalhos produzidos por técnicos profissionais – professores e operadores do Direito em geral: advogados, defensores públicos, promotores de justiça, juízes, etc., todos sempre regados com a experiência profissional do cotidiano. A tônica da seleção dos trabalhos a compor cada edição tem sido a de imediata utilidade, quer de aclaramento da finalidade da norma legal examinada; quer de crítica aos textos em vigor, pelo desacerto que encerram; quer de avaliação de obras doutrinárias; quer, por fim, de análise das manifestações dos tribunais (jurisprudência). E o trabalho elaborado há de concluir pela adesão ou pelo desdobramento do texto legal criticado, ou pela proposta de modificação legal. Como regra, a revista não é lugar para tertúlias literárias, ainda que sobre tema jurídico, nem de difusão de utopias sociais mirabolantes, nem de adoção de preconceitos sociais ou de racismos ou de defesa de privilégios aviltantes. Vanguarda de idéias sociais não se confunde com a instalação do caos. E a crítica, quando adequada, não pode se distanciar da linguagem cortês. Nesses aspectos, com acerto, o Conselho Editorial tem sido intransigente em seu crivo.

Felizmente, o afluxo de trabalhos acadêmicos e/ou de profissionais da área do Direito tem sido abundante. E aqui vai o registro do nosso reconhecimento e o agradecimento a todos os autores dos trabalhos a nós remetidos e até hoje publicados.

Como de praxe, para adiantamento do conteúdo desta edição nº 12 ao leitor ávido, eis o resumo introdutório:

a) – No artigo **A RESPONSABILIDADE CIVIL E ÉTICA NA ODONTOLOGIA E O ÔNUS DA PROVA**, de nossa autoria, são analisadas as situações e as circunstâncias em que se desenvolvem as atividades odontológicas, pelo prisma da responsabilidade civil, com enfoque na obrigação de *empenho* e na conceituação de contrato com finalidade estética, fundamentados nas disposições constitucionais sobre Saúde e na legislação infraconstitucional vigente. Também são examinadas as situações de conduta ético-profissional e como o Órgão de Classe (Conselho Regional e/ou Federal de Odontologia)

procede para apuração e punição das infrações éticas. É trabalho didático destinado aos estudantes de Direito, de Medicina, de Odontologia e demais ciências da área da Saúde, e, também, é repositório de subsídios doutrinários e jurisprudenciais para a solução de conflitos judiciais que surgem em razão do exercício dessa profissão, com vistas ao ônus da prova.

b) – No artigo **O PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS INDIVIDUAIS – DUAS PODEROSAS FORÇAS ANTIMAJORITÁRIAS,** de Paulo Fernando Silveira, o autor, com sua visão de magistrado e de estudioso do Direito Constitucional, demonstra que o Poder Judiciário é a última barreira à tirania, sem se recorrer ao uso da força. Seu exercício não exige revoluções sociais armadas ou desarmadas. Basta, tão-somente, o cumprimento das regras e observância dos princípios constitucionais. Como bem escreve o autor, as classes dos cidadãos que se constituem em maiorias sociais se defendem, de ordinário, via eleição e conseqüente elaboração de leis garantidoras de seus interesses. São os interesses da maioria defendidos e exercidos por meio dos Poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, as classes minoritárias não têm de quem se socorrer, exceto ao Poder Judiciário, para que este, forte e independente, agindo com base nos direitos fundamentais da pessoa humana, garantidos em nossa Constituição Federal, não permita o desrespeito a esses mesmos direitos. Nesse ponto, de forma inédita, o autor esclarece que, quando a lei fere direitos fundamentais, cumpre ao Estado demonstrar a necessidade de assim proceder, em benefício da própria sociedade, para que, então, o Judiciário aceite essas razões, enquanto que, em não se tratando de direitos fundamentais, cumpre ao lesado/interessado, para o resguardo de seus direitos, provar que o Estado agiu contra as regras da constituição. Daí as palavras do autor, no resumo introdutório: "[...] *O Judiciário funciona como poder antimajoritário. Sua missão principal é agir como guardião dos direitos fundamentais e resguardar sua própria independência. A lei, que interfere nos direitos individuais ou restringe a jurisdição do poder judiciário, deve ser considerada suspeita de inconstitucionalidade. Submete-se, pelo judiciário, a um escrutínio estrito. No caso, nos ombros do governo recai o ônus da prova da imprescindibilidade da intervenção legal. De outra sorte, a lei que regulamenta outras normas constitucionais é controlada apenas pelo critério da razoabilidade. Nessa hipótese, o ônus da prova incumbe a quem alega a sua inconstitucionalidade*".

c) – No artigo **A *DENÚNCIA ANÔNIMA* E A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE PERSECUÇÃO PENAL,** de Rodrigo Iennaco, o autor, Promotor de Justiça e professor universitário de graduação e pós-graduação em Ciências Penais, escreve que, como regra primeira, "*a investigação criminal, para que sirva de legítima fundamentação ao exercício da ação penal, deve submeter-se aos princípios e garantias constitucionais – e legais decorrentes. A Constituição Brasileira assegura a livre manifestação do pensamento, mas veda o anonimato (art. 5º, IV, CF/88) e declara inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, prevendo indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF/88)*". Entretanto, como bem demonstra o autor, a *denúncia anônima*, quando esteada em dados objeti-

vos, pode e deve permitir o desenvolvimento da persecução criminal, sem arranhão às regras constitucionais, desde que obediente aos princípios da legalidade para o regular desenvolvimento das investigações até o satisfatório convencimento da culpabilidade ou da inocência do acusado. O trabalho, voltado para a prática no cotidiano, é rico em citações doutrinárias e jurisprudenciais.

d) – No artigo **A INDENIZAÇÃO PELO CONSUMO DE CIGARROS E A RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO**, de Lúcio Delfino, o autor, advogado e professor na UNIUBE, estudioso do tema envolvendo tabaco, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, relativamente ao aspecto do dever de informar e de garantir incolumidade ao usuário, demonstra ser juridicamente possível "*a pretensão de se ressarcir gastos com a compra de maços de cigarros, isso em processos nos quais se discute a responsabilidade civil da indústria do tabaco por danos oriundos do tabagismo*". O trabalho, com seu viés prático, atual, cotejando direito material e direito processual (inclusive o prescricional), está assentado em citações jurisprudenciais e farta doutrina, nacional e estrangeira.

e) – No artigo **A NECESSIDADE CONCRETA DA PENA, À LUZ DO PRINCÍPIO TRIDIMENSIONAL DA PROPORCIONALIDADE**, de Hidemberg Alves da Frota, o autor, advogado e estudioso das Ciências Penais, "*examina a necessidade concreta da pena, à luz do princípio tridimensional da proporcionalidade, associando a análise de tal norma jurídica, oriunda da Teoria Geral do Direito Público, com o exame da culpabilidade penal e das teorias da prevenção geral e especial da pena*". O trabalho, não obstante a complexidade do tema desenvolvido, está lastreado em farta citação doutrinária e jurisprudencial. E, numa de suas conclusões, assevera que "*não se deve ignorar, no caso concreto, a freqüente necessidade, por vezes premente, de defender a ordem jurídica afrontada, máxime na atual sociedade brasileira, onde existe clamor popular acentuado pela atuação diligente do dever-poder punitivo do Estado, em meio à crença generalizada (por vezes, catalisada pela desinformação jurídica e sensacionalismo da mídia) de que predomina no País a impunidade"* [...] *"Em todo caso — cabe enfatizar —, denota-se inultrapassável a muralha da culpabilidade"*.

f) – No artigo **O PROTESTO EXTRAJUDICIAL DO AVALISTA**, de Moacyr Borges de Castro Figueirôa, o autor, Oficial de Protesto de Títulos e Documentos da Comarca de Divinópolis/MG, e ex-Procurador da Fazenda Nacional e da Advocacia-Geral da União em Minas Gerais, desenvolve trabalho didático demonstrando a necessidade do protesto cambial do garantidor da obrigação de pagar, em benefício do credor, caso este deseje exercer o seu pleno direito de crédito, ao fundamento de que o *"O aval, por ser obrigação autônoma, persiste ainda que nula a do avalizado, salvo se a nulidade resultar de vício de forma do título. Ademais, o § 4º, do artigo 21, da Lei 9.492/97, que rege a espécie, determina que* 'os responsáveis pelo cumprimento da obrigação não poderão deixar de figurar no termo de lavratura e registro de protesto'. *Outrossim, o protesto é requisito do pedido de falência, inclusive de avalista comerciante. Já o inciso III, do artigo 202, do novo Código Civil prevê a interrupção da prescrição pelo*

protesto cambial, sendo, pois, indispensável lavrá-lo contra o avalista para preservar a garantia dada por aval".

g) – No artigo **DIREITOS HUMANOS E DIREITOS À SAÚDE**, de Marco Antônio Oliveira de Azevedo, o autor, com sua formação profissional em Medicina e em Filosofia, e respectivas docências em Porto Alegre-RS, inicia e desenvolve seu trabalho com indagações e respectivas respostas: *"O que são 'direitos humanos' e quais efetivamente possuímos? Usualmente, afirma-se que, dentre nossos direitos humanos, figuram 'direitos à saúde'. Porém, seriam todos os direitos à saúde direitos humanos? Neste artigo, resumirei duas visões distintas sobre o que são nossos direitos em geral e quais são nossos direitos humanos em particular. Chamarei-as: visão dos direitos como títulos e visão dos direitos como exigências. Defenderei que a primeira é mais clara e correta que a segunda. Pretendo também responder, em linhas gerais, as seguintes questões: 'O que são direitos à saúde?' e 'Qual a extensão de nossos direitos humanos à saúde?'. Alguns problemas concernentes à distribuição dos direitos à saúde, em especial, o problema das responsabilidades dos governos, tendo em vista tanto os direitos humanos como a legislação de nosso país, também serão abordados".* Da essência do trabalho do autor, desponta a distinção: quando se fala em *direitos humanos*, todos nós somos iguais. Mas, quando se fala em *direitos à saúde*, há de se levar em conta a singularidade de cada qual, e a possibilidade de o Estado atendê-los com a igualdade possível. Daí a precisão de seus conceitos: "*No âmbito da assistência médica, por exemplo, caberia ao governo oferecer a assistência médica necessária para garantir igualmente a todas as pessoa a proteção às suas capacidades humanas básicas, bem como garantir assistência aos economicamente desafortunados (abaixo de certo nível mínimo de renda pessoal ou familiar). Por conseqüência, caberia ao governo garantir ações de assistência médica capazes de manter as capacidades humanas básicas àqueles sem condições econômicas ou sociais para sustentá-las.* [...] *Parece-me razoável que o governo deva arcar com o ônus, por exemplo, da assistência às emergências, mas não me parece razoável que os cidadãos economicamente capazes não possam arcar com o ônus financeiro da assistência à saúde a condições mórbidas não emergenciais, às condições benignas e a certas doenças crônicas. Parece-me também razoável que o Estado possa participar do custeio da assistência à saúde a condições crônicas graves e debilitantes (justamente porque capazes de incapacitar as pessoas aquém do que poderíamos admitir como mínimo para que estas pudessem manter certo grau de autonomia e liberdade)".*

h) – No artigo **O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA TUTELA JURISDICIONAL SEM DILAÇÕES INDEVIDAS E O JULGAMENTO ANTECIPADÍSSIMO DA LIDE**, de Fernando da Fonseca Gajardoni, o autor, com sua vasta experiência na Magistratura e na docência do ensino jurídico superior em pós-graduação, desenvolve trabalho demonstrando o quanto acertada foi a modificação legislativa, por meio da Lei n. 11.277/2006, que introduziu, no CPC, o art. 285-A. Por esse novel dispositivo de Direito Processual, as ações repetitivas, idênticas e assentadas em matéria exclusivamente de direito já examinada e

rechaçada, integralmente, pelo mérito, são extintas liminarmente e sem audição da parte contrária. Acentua o autor que, **"***Além de descortinar todas as conseqüências práticas e teóricas do novel instituto (de manifesta constitucionalidade), o nítido propósito do texto é o de interpretar o dispositivo de modo a potencializar sua eficácia, admitindo a utilização do julgamento liminar em casos de identidade parcial dos elementos da demanda, e possibilitando ao Tribunal, em algumas situações, o provimento do recurso interposto das sentenças liminares, para reversão do julgado, sem anulação da decisão monocrática*".

i) – No artigo **TERRA, DIREITO E DEMOCRACIA**, de André Del Negri, o autor, professor de Direito Constitucional na UNIUBE, após verberar sobre a inadequação do sistema de quotas raciais para ingresso no ensino superior e contra a equivocada *política afirmativa* adotada com desprezo ao princípio da igualdade de oportunidade para os desiguais (todos os pobres), demonstra que "*A realidade educacional brasileira está longe de atingir padrões de qualidade. Com isso, a economia moderna faz do ser humano um elemento descartável. Um dos meios eficazes de retardar esse processo ou, no limite, até neutralizá-lo, é a educação de alta qualidade, que, por sua vez, passa pela reflexão de vida digna*". É leitura de análise e de reflexão sobre políticas sociais governamentais, com base na Constituição.

j) – No artigo **O REPASSE AUTOMÁTICO DAS VERBAS AO SUS, PELOS MUNICÍPIOS, EM CUMPRIMENTO À EMENDA CONSTITUCIONAL 29/2000**, de Reuder Cavalcante Motta, o autor, Promotor de Justiça em Itumbiara-GO, e professor da disciplina Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos, desenvolve trabalho mostrando que o repasse de verbas ao SUS, pelos municípios, não pode ficar à mercê da boa vontade de seus administradores, porque a *saúde* é interesse fundamental e prioritário, e está subordinada à norma disciplinadora constitucional cheia – a Emenda nº 29/2000. Daí as palavras objetivas do autor: *"à luz do estudo do financiamento da saúde pública nos municípios, do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e do princípio da máxima efetividade da constituição,* [...] *o repasse das verbas municipais para a área da saúde deve realizar-se diária e automaticamente".* Nesse trabalho, com crítica ao usual processo da "ambulançoterapia" adotada, indevidamente e com propósitos não dignos, por boa parte dos administradores municipais, o autor acentua o "*dever do Ministério Público e de outros atores sociais para o cumprimento do preceito constitucional em todos os municípios brasileiros".*

k) – No artigo **O DIREITO PENAL E AS FRAUDES BANCÁRIAS PRATICADAS POR MEIO DA INTERNET**, de Cláudia Aparecida Salge, a autora, Juíza Federal Substituta, em Uberaba, demonstra que "*A utilização da internet trouxe consideráveis avanços na cultura, na medicina, no meio científico em geral e na interação entre a população mundial. Em contrapartida, a evolução tecnológica deixou o seu usuário à mercê da ação criminosa dos 'piratas virtuais', que, mediante o uso da rede mundial de computadores, fazem transferências ilícitas dos saldos de correntistas incautos, provocando vultoso prejuízo às instituições financeiras. Irrompeu, portanto, um problema de conotação globalizada,*

que demanda uma teia de medidas interligadas, a fim de sanar seus sinistros efeitos". O trabalho, rico em citações doutrinárias e jurisprudenciais, tem cunho didático e se destina à consulta de tantos quantos profissionais da área do direito estiverem às voltas com esses delitos praticados por meio da internet.

l) – No artigo **A CONSTITUCIONALIDADE DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS,** de Nayara Beatriz Borges Ferreira, a autora, recém-graduada pela UNIUBE e, atualmente, pós-graduanda, desenvolve trabalho em nível de Direito Constitucional, de modo a demonstrar a constitucionalidade da adoção de políticas afirmativas. Já no início de seu trabalho, a autora tem a preocupação de estabelecer o exato conceito do tema: *"Exemplo claro de política afirmativa, em cumprimento à Constituição Federal de 1988, é a de obrigar as empresas a admitirem, em seus quadros funcionais, proporcionalmente, pessoas portadoras de necessidades especiais, aqui sem qualquer discriminação de cor de pele, de raça, de sexo, de idade, etc. Essa política é correta porque essas pessoas não têm condições de competir com aquelas que não são portadoras de necessidades especiais"*. Na seqüência, após registro dos fatos sociais ocorridos em nossa história, critica a política governamental de adoção de quotas raciais para ingresso no ensino superior, com base na cor de pele e presunção de origem geográfica (afro-descendente) pela ofensa ao princípio maior da *igualdade* social, além de fomentar, direta e indiretamente, o racismo e o preconceito, ao colocar a nação brasileira na dicotomia inadmissível de: pele branca e pele não-branca. Daí o feliz registro, no final do artigo: *"Por fim, em arremate, as políticas afirmativas não afrontam a Constituição Federal, por que a adoção desse sistema tem por meta a inclusão social e a erradicação da pobreza, onde se fizerem necessárias. Consistem em medidas políticas protetivas, que devem ser destinadas, igualmente, a todos os que se encontram socialmente excluídos ou impossibilitados de competir, vítimas ou não de preconceitos de qualquer natureza, ou de circunstâncias materiais, atuais ou históricas que geraram essa exclusão. O equívoco é entendê-las aplicáveis apenas à uma etnia ou à uma "cor de pele", em afronta ao princípio constitucional da igualdade de oportunidades – que é superior a todos*".

Repetindo a conclusão dos editoriais anteriores, críticas, sejam quais forem, serão bem vindas. Se produtivas, a elas humildemente nos renderemos.

Uberaba, maio de 2007.

Jurandir Sebastião
Coordenador Editorial

A RESPONSABILIDADE CIVIL E ÉTICA NA ODONTOLOGIA E O ÔNUS DA PROVA

Jurandir Sebastião[1]

Resumo:

Neste trabalho, analisa-se a responsabilidade civil decorrente das relações odontólogo/paciente, pelo prisma constitucional e infraconstitucional de proteção da *saúde* da pessoa humana, bem como a obrigação de *empenho* por parte desse profissional e o ônus da prova em favor do paciente, em caso de conflito judicial. De igual forma, são examinados os deveres éticos e a forma de punição administrativa pelo Órgão de Classe.

Palavras-chave: Responsabilidade civil na área de *saúde*. Relação odontólogo/paciente. Ônus da prova. Punição administrativa do odontólogo.

SUMÁRIO: 1. Conceito de Odontologia e os limites da Ciência Médica – 2. Conceito de *saúde* e sua importância individual e coletiva – 3. Disciplinamento Constitucional sobre o tema *saúde* – 4. Natureza jurídica da prestação de serviços médicos e odontológicos – 5. Obrigação de *Meios* e de *Resultados* – 6. Ônus da prova em matéria de *saúde* – 7. O Código de Defesa do Consumidor e as atividades profissionais na área de *saúde* – 8. As especialidades odontológicas e a interação profissional solidária – 9. Código de Ética Odontológica – 9.1. Prontuário médico e odontológico – 9.2. Consentimento do paciente – 9.3. Honorários odontológicos – 9.4. Honorários complementares indevidos – 9.5. Exploração de odontólogo por odontólogo – 9.6. Intermediação e captação de clientela – 9.7. Paciente de outro odontólogo – 9.8. Atestado odontológico falso – 9.9. Sigilo profissional – 9.10. Transmissão de consultório dentário e o sigilo – 9.11. Sigilo relativo ao paciente menor de idade – 9.12. Vantagem indevida (concussão) – 10. Código de Processo Ético Odontológico – 10.1. Processo e punições administrativas – 11. Prova e processo judicial – 12. Prescrição civil na Odontologia – 13. Conclusão – 14. *Abstract* – 15. Referências.

1. CONCEITO DE ODONTOLOGIA E OS LIMITES DA CIÊNCIA MÉDICA

Para se falar em responsabilidade civil *odontológica*, é preciso compreender, antes de tudo, que se trata de atividade profissional liberal, pessoa-a-pessoa, integrante das ações de prevenção, de preservação e de recuperação da *saúde*. Como ciência autônoma, destina-se aos cuidados de *prevenção* para obtenção de *dentição* saudável e *eficiente* à função mastigatória, assim como os de *preservação*, para continuidade dessa eficiência; de *restauração* para retorno a essa função; e, ainda, os de *correção estética* necessária ou voluntária, aqui, também para os efeitos de aparência visual.

Define-se *Odontologia* como sendo "*Ciência e arte de prevenir, diagnosticar e tratar os processos patológicos dos dentes e tecidos adjacentes e de restaurar dentes faltantes e as estruturas bucais*".[2] Ou, também, "*O ramo da medicina que lida com o tratamento dos dentes e das estruturas associadas da cavidade oral. A odontologia está envolvida com a prevenção, diagnóstico e tratamento das doenças dos dentes e gengivas*".[3] Já o Código de

1 Magistrado aposentado. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Ambiental. Professor de Direito Civil da Universidade de Uberaba. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Advogado.

2 Dicionário Médico Blakiston. 3ª edição. 2ª edição em português. São Paulo: Organização Andrei Editora Ltda.

3 Dicionário Médico Enciclopédico Taber. 17ª edição. 1ª edição em português. São Paulo: Editora Manole Ltda, 2000.

Ética Odontológica, em seu art. 2º, define: "*A Odontologia é uma profissão que se exerce em benefício da saúde do ser humano e da coletividade, sem discriminação de qualquer forma ou pretexto*".

Desse modo, não se pode falar em *Odontologia* sem se lembrar que estamos num dos ramos da Ciência Médica. Nesse campo, "apesar dos enormes progressos atingidos pela Medicina, a ponto de, praticamente, reconstruir o homem via enxertos, próteses, transplantes ou intervenção genética, ou, ainda, de se cogitar de clonagem do ser humano, via manipulação de gene, ela ainda é incapaz de entender e controlar um simples *vírus*, ou a singularidade do sistema imunológico, ou de entender a complexidade do cérebro, ou os motivos da estrutura psíquica do ser humano, a exemplo da instalação da paixão",[4] do autismo, da construção dos sonhos em vigília ou, dormindo, involuntária, etc. Em matéria de *nutrição*, por exemplo, a cada momento a Ciência Médica preconiza uma conduta: primeiro, apregoa que determinado alimento é essencial e deve ser consumido em abundância, para, logo após, retificar a informação e mudar a orientação, ou seja, o consumo acentuado do aludido alimento causa mais mal do que bem. Com igual incerteza, ainda como exemplo, até meados do século XX, a exposição do corpo ao sol era indispensável e somente fazia bem, sob o conceito de "quanto mais, melhor". Já ao final desse século, assentou-se, à unanimidade, que sol na pele, além do comedido, causava câncer e, por isso, devia ser evitado ou dele protegido, a todo custo, sob o conceito de "quanto mais protegido, melhor". Agora, a mesma ciência está asseverando que a ausência de exposição do corpo ao sol ou a constante proteção contra ele causa mais mal do que o seu excesso.[5] Assim, o que se vê, em profundidade, é que a Ciência Médica não conhece a vida, nem a morte. Em rigor, a Medicina – ciência finita e limitada – é mero produto do acúmulo de erros e acertos no curso do tempo. É, na prática, permanente resultado *estatístico* experimental: deu certo, prossegue-se; deu errado, muda-se. A Odontologia, como ramo dessa ciência, não foge dessa regra.

2. CONCEITO DE *SAÚDE* E SUA IMPORTÂNCIA INDIVIDUAL E COLETIVA

No século recém-findo, consolidou-se o conceito de *saúde*, pelo ângulo de *interesse público*, como sendo o bem-estar *físico*, *psíquico* e *social* de cada pessoa, examinada esta no particular e no contexto social. Nesse universo, a condição *material* em que vive o ser humano insere-se como fator essencial ao conceito de *saúde pública*. Em especial (sem se falar na indispensável ausência de doença ou de simples dor, intensa, no entanto), o senso de *auto-estima* começa no sorriso perante o espelho, no primeiro momento do dia, ocasião em que a dentição saudável e esteticamente apresentável "salta aos olhos", como elemento fundamental.

O esforço *saúde para todos* (como quer a Constituição e a Lei de Ações e Serviços de Saúde – Lei nº 8.080/90) há de ser o resultado da integração da estrutura *material* pública destinada a esse fim com o da prestação de *serviços*, em situação de *acessibilidade* por parte

4 SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade civil médico/hospitalar e o ônus da prova*. Revista Jurídica UNIJUS Vol. 9, nº 11, novembro de 2006, p.14.

5 Sobre exposição ao sol, sua necessidade e malefícios, é a reportagem de LOIS ROGERS, jornal O Estado de São Paulo, 03.01.2006, p. A-12.

de cada um do povo.[6]

Pelo ângulo de interesse *social*, constata-se que a *doença*, no ser humano, tem dois efeitos deletérios: o primeiro, de *contágio* (se contagiosa for), pelo risco de propagação generalizada; o segundo, de *desfalque* na interação produtiva comum, deixando o homem (doente) de ser *contribuinte* social *ativo* para ser tornar um *ônus* para todos (incapacidade de auto-sobrevivência e de colaboração – trabalho). Mesmo que não resulte em *desfalque* formal na cadeia produtiva de bens, nos casos de ausência *parcial* de saúde, a simples produtividade reduzida, pela ausência de auto-estima, ou precária eficiência física, redunda em prejuízo coletivo.

Por tudo isso, por qualquer ângulo por que se analise, o interesse pela *saúde* é básico e fundamental tanto para o *ser humano*, finito e individualmente considerado, como para a *sociedade*, como um todo, com vistas à sobrevivência e continuidade da *raça* humana.

Em arremate desta introdução, não se pode esquecer que, se a Ciência Médica fosse capaz de afastar o inexorável processo de envelhecimento, de degeneração do corpo e, por fim, da morte do ser humano, filhos de médicos e de dentistas não nasceriam doentes, ou com deficiências físicas ou mentais, ou com má formação dentária, não teriam cáries, nem perderiam a dentição no final da vida.

3. DISCIPLINAMENTO CONSTITUCIONAL SOBRE O TEMA *SAÚDE*

Pelo ângulo da Ciência do Direito, quando se cuida de matéria relativa à *saúde*, o enfoque é, necessariamente, Constitucional, voltado para a *dignidade da pessoa humana*, como se extrai da conjugação do art. 1º, inciso III, do art. 6º e, sobretudo, do art. 196, todos da CF/88. Por "*dignidade da pessoa humana*" – por se tratar de conceito aberto – há de se compreender o bem estar *físico*, *psíquico, material e social* do ser humano, tomando-se por parâmetro a média geral desses mesmos valores, dentro de um possível alcance geográfico de convívio (território). Nesse universo, os *médicos*, os *dentistas* e os *hospitais* são os atores principais.

A Constituição Federal, em seu artigo 196, é incisiva em dispor que "*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"*. Trata-se, assim, de *direito* de todos concomitantemente ao *dever* do Estado. Esse propósito há de ser cumprido por meio de *políticas* sociais e econômicas destinadas à *redução* do risco de doença. Portanto, não significa que o Estado há de garantir *saúde* a todos, a qualquer custo. Mas, sim, que deve pôr em prática, efetiva e objetivamente, *políticas públicas*, em especial as *preventivas*, sociais e econômicas, destinadas a esse fim. Para esse desiderato, a Constituição Federal estabelece, no art. nº 197, que as *ações* e os *serviços* de saúde estão subordinados ao Poder Público, relativamente à sua *regulamentação*, *fiscalização* e *controle*, diretamente ou através de terceiros e, também, por

6 A respeito desse enfoque, CLÁUDIA FERNANDA DE OLIVEIRA PEREIRA transcreve Halfdan Mahler, citado por Hélio Pereira Dias: "A saúde para todos significa que a saúde há de ser colocada ao alcance de cada indivíduo em um país determinado; por "saúde" há de entender-se um estado pessoal de bem-estar; ou seja, não só a disponibilidade de serviços sanitários, como também um estado de saúde que permita a uma pessoa levar uma vida social e economicamente produtiva. "A saúde para todos" obriga a suprimir os obstáculos que se opõem à saúde (desnutrição, ignorância, água não potável e habitações não higiênicas), assim como resolver problemas puramente médicos, como de falta de médicos, de leitos hospitalares, de medicamentos e vacinas". *In* Direito Sanitário. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2004, p.54.

meio de pessoa física ou jurídica de *direito privado*. Em continuidade (art. 198), estabelece que as ações e serviços públicos de saúde *integram* uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um *sistema único de saúde* posto em prática por meio de descentralização administrativa, com vistas ao atendimento *integral* do cidadão (com prioridade para as atividades *preventivas*), sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Ao lado dessas *políticas* públicas, a Constituição Federal (por meio do art. 199, em harmonia com o art. 1º, inciso IV; art. 5º, inciso XIII; e art. 170, *caput* e inciso IV) assegura espaço para a *iniciativa privada* participar da assistência à saúde. Evidentemente que, aqui, não se trata de *terceirização*. Mas, sim, de atividade *complementar* à Estatal, o que importa preservação da *autonomia*.

A Lei nº 8.080/90 (com as alterações e adições no curso do tempo), regulamentando, reproduz as diretrizes acima e *regula as ações e serviços de saúde em todo o território nacional*.

Evidentemente que, para o acesso *igualitário* e em *sistema único de saúde* – SUS –, como quer a CF/88, a regra há de ser a *gratuidade* para o paciente. O pagamento há de ser feito pelo Estado a todos que prestarem serviços profissionais de saúde e a quem fornecer materiais e medicamentos a ser utilizado. A exceção há de ser a Medicina *privada*, integralmente paga pelo próprio interessado. Essa distinção deságua na compreensão de que, em matéria de *saúde*, estamos sob a égide de um Estado *Tutelar*, de característica eminentemente *assistencial*, como *regra*, ao lado, concomitantemente, de um Estado *Liberal*, caracterizado pela *livre iniciativa*, como *exceção* (porque limitada no seu exercício e sujeito a ingerências Estatais), mas de igual respaldo legal. De qualquer forma, a atividade *privada*, na área de *saúde*, não é exercício de função *delegada* do Estado. Não é *concessão*, não é *permissão*, muito menos *monopólio*. Mas, sim, atividade autônoma (não obstante a liberdade vigiada). Com essa distinção, não se pode impor à atividade *privada*, nem aos profissionais que assim prestam serviços, a pretexto de proteger o administrado, o ônus que pertence ao Estado. Nem, sob pretensão de conduta *franciscana*, dar tratamento ao dinheiro público como se este fosse *res nullius*.[7]

Desse modo, todo e qualquer enfoque jurídico sobre *saúde* há de ser feito com vistas aos parâmetros Constitucionais acima mencionados. Como regra, o interesse *coletivo* há de se sobrepor ao *privado*, não obstante, paradoxalmente, pelo ângulo individual, *saúde* ser objeto de imediato e exclusivo interesse de cada qual, em particular. E, ainda, em caso de conflito *individual*, o intérprete há de ter em mente a presença dos requisitos da *boa-fé objetiva*[8] e da *função social do contrato*, tal como expresso nos artigos 421 e 422 do CC/2002.

7 Com propriedade e acerto a respeito dos fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado, escreve ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO: "...a responsabilidade do Estado no direito brasileiro é uma das que mais confere direitos aos administrados que sofrem danos patrimoniais ou morais, encontrando paralelo em poucos outros países. Para alguns, esta superproteção pode ser vista como um avanço do direito brasileiro em relação ao de outros países, mas outros podem vê-la como, na verdade, um nível de preocupação não muito elevado com o erário da coletividade, como uma emanação da consciência brasileira de ver o Estado menos como uma *res publica* e mais como uma *res nullius*." RT 824, p. 73.

8 Neste ponto, cumpre transcrever CLÁUDIA LIMA MARQUES, arrimada na lição de Gustavo Tepedino: "...para configurar-se a responsabilidade dos médicos e hospitais hoje, devemos determinar inicialmente quais são os deveres de boa-fé, de conduta e contratuais que foram imputados pelo direito brasileiro a estes profissionais: "os quais podem ser enquadrados em três categorias centrais: a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; b) o emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica"". *In* "A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por Falha no Dever de Informar ao Consumidor" – RT 827, p. 15.

Por outro lado, o trato da *saúde*, como tema jurídico, jamais se encaixa na classificação de *atividade de risco*, muito menos como estrita *relação de consumo,*[9, 10] para os fins de reparação judicial, tanto porque a relação médico/paciente caracteriza-se por permanente *continuidade*, mercê da *singularidade* de cada pessoa humana em sua existência temporal, como porque essa relação tem permanente caráter e importância *transnacional*. Não obstante tudo isso, é irrelevante se a relação social sobre *saúde* é, ou não, de *consumo*. O certo é que a atividade profissional na área de *saúde* não se insere na moldura do parágrafo único do art. 927, do CC/2002, nem no *caput* dos arts. 12 e 14 do CDC, já que esses dispositivos, assentados no *risco*, prevêem reparação sem análise *axiológica* da conduta humana. Isso porque o trato da saúde envolve uma *necessidade* biológica do ser humano. Nunca, oferta aleatória de fornecimento de bens ou de serviços. Por óbvio que, para atender essa necessidade *biológica*, o profissional da área de *saúde*, direta ou indiretamente, assim como o fornecedor de bens para esse fim, hão de se preocupar, permanentemente, com o destinatário – no caso, o doente. Somente nesse ponto, pelo aspecto de direitos *coletivos* e/ou *difusos* envolvidos, relativamente à *saúde pública*, aplicam-se as disposições do CDC,[11] assim como as da Ação Civil Pública. Mas, em relação aos conflitos *individuais* sobre saúde, a perquirição do elemento *subjetivo* (vontade, desejo, ambição, descaso, desprezo, imperícia, etc.) na conduta individual de quem maneja atividade de natureza comercial ou de quem presta serviços com esse destino é imprescindível. Em sede de *saúde*, falar em responsabilidade *independentemente de culpa*, ao fundamento de "*atividade que implica, pela sua natureza, risco para os direitos de outrem*" – como querem alguns desavisados, com pseudo-amparo no § único do art. 927 do CC/2002 –, parece-nos total aberração. Muito menos a relação envolvendo *saúde* pode se assemelhar a contrato de *seguro*, no qual o simples *risco*, previsto como base em cálculo *atuarial* econômico (proporcionalidade custo/benefício), é o fundamento. A função principal do aplicador da regra de direito, no campo da saúde, é detectar e *valorar* a conduta pessoal do prestador do serviço. E, ao fazê-lo, há de estar atento às circunstâncias da extensão do dano, previstas no art. 944, parágrafo único, assim como a concorrência por parte da vítima, nos termos do art. 945, ambos do CC/2002. A nota sonante, sempre, há de ser a *boa-fé*. A característica principal

9 Colhe-se, por adequado, a lição de ANTONIO FERREIRA COUTO FILHO e ALEX PEREIRA SOUZA: "A vida e a saúde não são bens de consumo, posto que não podem ser comparadas a nenhum produto, como uma geladeira, um ventilador ou um telefone celular. Tampouco podem ser equiparadas, igualmente, a serviços, posto que para se constituir um serviço – a relação médico/paciente – mister que oferecesse ao mercado bens de consumo, o que a saúde e a vida indelevelmente não são. A toda evidência, se a vida e a saúde não são bens de consumo – não se podendo deixar de dizer que são muito mais que isto, são bens inalienáveis –, o médico, bem como os estabelecimentos de saúde, não são fornecedores nem prestadores de serviços e, por conseguinte, a relação médico/paciente não pode ser regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo certo dizer, ainda, que os pacientes, por sua vez, não serão consumidores ao procurarem os profissionais da saúde para se tratar". *In* Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar. Ed. Del Rey, B. Horizonte, 2001, p. 65.

10 Entendendo que se trata de *relação de consumo*, com foco principal no dever de *informar*, é o trabalho de CLÁUDIA LIMA MARQUES, intitulado "A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por Falha no Dever de Informar ao Consumidor" – RT 827, p.11-48.

11 RUI STOCO, após concluir que a obrigação de reparar prevista no art. 951 do CC/2002 destina-se tão somente aos profissionais da área da *saúde*, diante do emprego da expressão "*paciente*", como vítima de homicídio ou de lesões, escreve: "*Essa responsabilidade rege-se pelas normas do Código Civil, pois o Código do Consumidor abdicou de manter sob sua égide os profissionais liberais, como se verifica no seu art. 14, § 4º*". *In* Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2004. Capítulo VI, item 6.00, p. 496.

do contrato de prestaç ão de serviços médicos há de ser o *consentimento esclarecido*[12] do paciente, porque o ser humano não pode ser constrangido a se submeter a tratamento que lhe possa afetar a inteireza corpóreo-psíquica, nem objeto de experimentos, sem sua anuência, tal como lhe assegura o art. 15 do CC/2002, como extensão do princípio Constitucional da *dignidade da pessoa humana*.

Esse conjunto de normas abertas dará ao aplicador da lei a faculdade/dever, diante da gravidade do caso de fato, optar entre acolher o interesse *individual* sobrepondo ao *coletivo*, ao fundamento de guarida ao princípio da *dignidade da pessoa humana*, ou acolher o interesse *coletivo* como preponderante, com vistas ao prosseguimento da *raça humana*. Quando se trata de *sobrevivência* do ser humano individualmente considerando, o interesse *privado* é soberano. Preservar a *vida* é o bem maior. Mas, em *não* se tratando de imediata *sobrevivência* individual, o interesse preponderante há de ser o *coletivo*. Exemplos: em caso de necessidade de isolamento compulsório de pessoa portadora de doença infecto-contagiosa, ou de uso de substância entorpecente ou maléfica à saúde, ou em caso de vacinação compulsória, ou em caso de proibição de manipulação genética para "criação" de descendente "modelo" (ou sob medida), etc., o interesse *coletivo* há de se sobrepor ao individual, com vistas à *saúde pública*. Se, entretanto, nenhum risco de contaminação houver, se a integridade corpórea e psíquica não for afetada, se a saúde pública não estiver em risco, ou se o uso da tecnologia molecular reprodutiva não ferir os valores éticos da dignidade da pessoa humana em si mesma considerada, etc., a vontade *individual* deverá ser respeitada.

Como exemplo de supremacia do interesse *coletivo*, na área da *saúde*, vigora a Lei 9.294/96 (com as alterações das Leis 10.167/00 e 10.702/03) proibindo, dentre outros, o *uso* e a *divulgação* de produtos fumígenos (derivados ou não do *tabaco*) nos recintos fechados públicos e privados, impondo multas severas às pessoas físicas e jurídicas que descumprem. O que se vê é o interesse *público* se sobrepondo à *liberdade individual* de fumar, porque, quando o fumante fica doente, por decorrência desse hábito/vício, o ônus da recuperação de sua saúde ou os efeitos de sua incapacidade laboral refletem na *coletividade*.[13]

A intervenção do Judiciário nas relações de *saúde* – quando adequadamente provocado para preservação do direito individual à vida ou como interesse coletivo ou difuso a ser defendido – ocorre não como forma de *ingerência* no Poder Executivo, mas, sim, em cumprimento à regra do art. 196 da CF/88 – *saúde é direito de todos e dever do Estado*. É

12 Escreve FABRÍCIO ZAMPROGNA MATIELO: "Recomenda-se aos profissionais da saúde que procurem estar devidamente acompanhados quando submeterem ao paciente o plano de tratamento, a fim de que possam oferecer os seus testemunhos acerca do consentimento ou da recusa em aceitá-lo. Não constitui praxe médica fazer constar documentalmente e na presença de testemunhas a concordância do interessado que está por ser submetido, por exemplo, à cirurgia cardíaca de alto risco, embora seja prudente a adoção de tal medida para resguardo do cirurgião. Mas, mesmo em se tratando de procedimentos de menor potencial lesivo, é de total relevância não apenas o conhecimento, como também a autorização do paciente, porque, afinal, o corpo humano não é elemento disponível ao livre arbítrio do médico, tendo este de atuar sempre de acordo com a vontade do titular do direito à integridade. (...) Tanto a ministração de medicamentos como o emprego de equipamentos que possam carrear danos ao enfermo estão submetidos à análise da confrontação dos seus aspectos positivos e negativos, sendo injustificável a alegação pelo médico, em caso de conseqüência nefasta, da aceitação dos riscos em situações de evidente desvantagem emergente da citada comparação, salvo quando última alternativa para tentar evitar o óbito ou situação mórbida extrema". *In* Responsabilidade Civil do Médico, 2ª Ed. Sagra Luzzato, 2001, p. 114 e 120.

13 Como informa a reportagem de JAMIL CHADE, vários países da União Européia estão adotando, progressivamente, regras de proibição e/ou de limitação de locais para uso de tabaco, diante dos males que esse vício causa aos fumantes e fumantes-passivos. In jornal O Estado de São Paulo, 31-jan-2007, Caderno A, p. 14.

o que a Doutrina Jurídica denomina de postura *ativista* do Judiciário,[14, 15] colocando a *vida humana* como bem maior a ser preservado.

4. NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E ODONTOLÓGICOS

Como sabido, no geral, a prestação de serviços *profissionais* liberais (nesta categoria encontram-se os médicos, os dentistas e os demais profissionais da *saúde*) envolve contrato de *meios*, como regra geral. A regulamentação encontra-se no § 4º do art. 14 do CDC, estabelecendo que a responsabilidade pessoal desses profissionais será apurada mediante "*verificação da culpa*". Já o art. 951, fazendo remissão aos arts. 948, 989 e 950, todos do CC/2002, estabelece que a indenização será devida quando o agente, no exercício *profissional*, causar o dano por "*negligência*, *imprudência* ou *imperícia*". A doutrina denomina esse tipo de relação jurídica como contrato de *meios*, em oposição ao contrato de *resultado*.

Para os demais *prestadores* de *serviços*, em caso de dano ao consumidor, estabelece o art. 14, *caput*, que a reparação será feita "*independentemente da existência de culpa*".

A doutrina denomina a primeira modalidade (*verificação de culpa*) como responsabilidade *subjetiva*. E a segunda (*independentemente da existência de culpa*), como responsabilidade *objetiva*. Esta última, ainda pela doutrina, subdivide-se em *relativa* (ou mitigada) e *absoluta*.

Diga-se logo que a distinção entre contrato de *meios* e de *resultado*, assim como entre responsabilidade *subjetiva* e responsabilidade *objetiva*, destina-se, tão-somente, ao ônus da prova,[16], [17] em caso de conflito judicial a ser dirimido em juízo. Quando se fala em contrato de *meios*, significa adoção da teoria da responsabilidade *subjetiva*, o que acarreta ao paciente (proponente da ação) o dever de levar para os autos a prova da *constituição* do seu direito e a prova do *descumprimento* da obrigação por parte do acionado. E, quando se fala em contrato de *resultado*, compete ao proponente narrar a relação contratual e o dano ocorrido, enquanto que ao acionado cabe fazer a prova de que foi impossível ter atingido o resultado contratado,

14 Nesse sentido é a lição de CLÁUDIA FERNANDA DE OLIVEIRA PEREIRA, quando "o Judiciário afasta a proibição de concessão de tutela antecipada nas causas em que a Fazenda Pública é parte, quando, em jogo, o direito à saúde, à vida e à obtenção de remédios e tratamentos", consoante RESP nº 353.147-DF; RESP nº 430.536-SP; e PET nº 1.775-SP, no STJ. RE nº 247.900 e RE nº 279.519, no STF. Extrai-se da ementa do AGrRE nº 271.286-RS, Rel. Min. Celso de Melo, STF: "[...] *O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes públicos que compõem – não pode converter-se em promessa inconstitucional inconseqüente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado*". Obra citada, p. 93-97.

15 Também motiva postura *ativista* do Judiciário o amplo noticiário escrito de que o Poder Executivo negligencia o atendimento à saúde, desviando verbas em razão de conveniências políticas-eleitoreiras, a exemplo da reportagem "BRECHA NA LEI TIRA R$ 9 BI DA SAÚDE", de RICARDO WESTIN, publicada no jornal "O Estado de São Paulo", edição do dia 28.11.05 (f. A10), assim como o editorial "AS VERBAS DA SAÚDE", do dia 03.12.05 (f. A3).

16 Como já escrevemos em nosso livro Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética, 3ª ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, item 24, p. 93-98.

17 Com a costumeira clareza e acerto, escreve MIGUEL KFOURI NETO, alicerçado nas lições de García-Alcalá: "Questões relativas à responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade objetiva e subjetiva, obrigações de meios e de resultado, em última análise, resumem-se à distribuição do ônus da prova". *In* Culpa Médica e Ônus da Prova. Edição Revista dos Tribunais, SP, 2002, p. 58 (repetido na p. 60), citando Calixto Díaz-Reganõn García Alcalá (*El regimen de la prueba em la responsabildiade civil médica*. Pamplona: Aranzadi, 1996. p. 45).

por motivos justificáveis.

Em matéria de *ônus da prova*, também ocorre distinção entre os critérios de *apuração de culpa* (ou culpa provada) e o de *dispensa* de apuração de culpa. Na dicção legal, esta última categoria costuma ser grafada nos termos "*independentemente da existência de culpa*", como ocorre, por exemplo, no *caput* dos arts. 12 e 14, do CDC. Como já dito, a essa última categoria, a doutrina dá o nome de "responsabilidade *objetiva*", enquanto que, para a primeira, o de "responsabilidade *subjetiva*". Também a doutrina, assentada na exegese de casos hipotéticos e/ou fáticos, desdobra a responsabilidade *objetiva* em duas categorias: *absoluta* e *relativa*. A primeira se satisfaz apenas com o *nexo de causalidade* (como se fosse contrato de *seguro*), desprezando ou considerando irrelevante o lime de *culpa*, enquanto que a segunda importa *presunção* de culpa, fato que admite defesa mediante prova de absoluta *ausência* de culpa.

5. OBRIGAÇÃO DE *MEIOS* E DE *RESULTADOS*

A lei não define quais obrigações são de *meio* e quais são de *resultado*. Sua natureza emerge do próprio ato ou fato contratual ou extracontratual. A distinção resulta da *exegese* que a Justiça faz de cada fato ocorrido, com vistas à natureza jurídica da obrigação contratual ou à prévia intenção das partes (expressas ou implícitas), ao analisar o dano decorrente ou o inadimplemento contratual, para os efeitos de compelir o responsável à reparação.

É óbvio que todo contrato envolve a pretensão a um *resultado* (desejo, interesse, vontade, etc.), inclusive na Medicina (cura da doença).[18] Quando o fim desejado depende apenas da conduta do contratado (por exemplo: na Construção, no Transporte, na entrega em Compra e Venda, etc.), o contrato é de *resultado*, ou seja, o *risco* é só do contratado (construtor, transportador, vendedor, etc). Quando o resultado não depende apenas da conduta do contratado, porque passível da interferência de fatores *aleatórios* (a exemplo da atividade *médica*, que depende das reações naturais do corpo; da *propaganda*, que depende das reações do público; da *pedagogia*, que depende da assimilação por parte do aluno; da *advocacia*, que depende do resultado das provas e do entendimento do julgador, etc), o contrato é apenas de empenho ou *meios*, ou seja, o *risco* é do contratante.

Na relação *contratual*, a obrigação poderá ser de *resultado* (por exemplo, no Transporte, na Construção, etc.), ou de *meio* (na Publicidade, no Ensino, na Medicina, etc). Para os efeitos de responsabilidade e ressarcimento, em resumo e como regra geral, a diferença se destina em saber *quem assumiu* o *risco* em caso de frustração (não obtenção do fim) ou ocorrência de prejuízo (dano), diante do resultado negativo. Se o risco foi assumido por quem contrata (paciente, no caso da Medicina), cumpre a este, pela regra geral, provar a *culpa* do contratado (médico) pelo dano resultante – será contrato de *meios*. Se o risco é do contratado (por exemplo, transportador), cumpre a este, para se eximir da responsabilidade (uma vez que não fez a entrega a contento), provar que o insucesso derivou de fato que escapou de sua esfera de ação, quer por culpa do próprio contratante, quer porque derivado de força maior invencível ou caso fortuito inafastável – será contrato de *resultados*. Assim, na ordem prática,

18 Na lição de JORGE MOSSET ITURRASPE, citado por Miguel Kfouri Neto, encontra-se a melhor definição de obrigação de *meios* e de *resultado*: "Na obrigação de *resultado* o devedor assume o compromisso de alcançar um objetivo, conseguir um efeito determinado. Na de *meios*, o devedor *não* assegura a consecução do resultado esperado pelo credor, apenas se obriga a *empregar* os meios conduzentes à finalidade esperada; a prestação consiste na realização de uma atividade que normalmente conduz ao objetivo desejado pelo credor. O resultado é extrínseco à obrigação e não integra seu objeto." *In* Responsabilidade Civil do Médico, 5ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2003. p. 145.

na demanda judicial, essa distinção destina-se apenas à distribuição do *ônus da prova*. Por esta razão, se o contrato é de *meios*, o ônus da prova cabe ao contratante (paciente, em Medicina), demonstrando a culpa do contratado (médico), para exigir a reparação correspondente. Se o contrato for de *resultados* ou *fim*, ao fornecedor do serviço cabe provar o cumprimento da obrigação ou a impossibilidade de fazê-lo,[19, 20] porque os fatos ultrapassaram sua esfera de atuação possível. Se o contrato tiver natureza *dupla*, a ambos os interessados, dentro das possibilidades objetivas de cada qual, caberá o ônus da prova. Pelo ângulo do Direito Processual e no tocante ao exercício da Medicina, não há qualquer paradoxo relativamente ao *ônus* da prova, quando se afirma a existência de contrato de natureza *dupla*, para os casos, por exemplo, de *cirurgia estética*. Nesta hipótese, em caso de conflito, o objetivo do Judiciário será a definição do *quantum* dos honorários médicos, pela *revisão* dos valores inicialmente contratados ou, também, para eventual indenização ao paciente, se pleiteada.

Em relação à Odontologia, a doutrina dominante entende tratar-se, na maioria dos, e obrigação de *resultado*.[21, 22, 23]

De qualquer forma, pelo nosso modo de ver, essa distinção tende a tornar-se irrelevante. Em se tratando de contrato de *meio*, de *resultado* ou *duplo*, no que diz respeito à atividade médica isoladamente considerada, ambas as partes têm o dever de levar para os autos os respectivos elementos de prova ao seu alcance, dentro do princípio processual moderno

19 Ressalve-se que em determinadas obrigações, a exemplo dos casos de danos *radioativos*, a responsabilidade é de natureza *absoluta*, em razão do risco de fato e da disposição legal, situação que dispensa a pesquisa de *culpa* e afasta a força maior e o caso fortuito como excludentes do dever de reparar. Para aprofundamento, veja nosso trabalho *Fundamentos Gerais, Regras e Espécies de Responsabilidade Civil e Criminal,* publicado na Revista Jurídica UNIJUS nº 8, maio/2005, p. 11-40.

20 Transcreve-se, por adequado, a decisão da 3ª Turma do STJ, RE 10.536-RJ, em 19.08.91, Rel. Min. DIAS TRINDADE, citado por Carlos Roberto Gonçalves, obra citada, p. 273, com a Ementa: "Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito".

21 Escreve SERGIO CAVALIERI FILHO: "Convém, entretanto, ressaltar que, se, em relação aos médicos, a regra é a obrigação de meio, no que respeita aos dentistas a regra e a obrigação de resultado. E assim é porque os processos de tratamento dentário são mais regulares, específicos, e os problemas menos complexos. A obturação de uma cárie, o tratamento de um canal, a extração de um dente, etc., embora exijam técnica específica, permitem assegurar a obtenção do resultado esperado. Por outro lado, é mais freqüente nessa área de atividade profissional a preocupação com a estética. A boca é uma das partes do corpo mais visível, e, na boca, os dentes". *In* Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed. Malheiros, SP: 2003, item 116.1, p. 385.

22 RUI STOCO (como já registramos, em parte, na nota de rodapé nº 9), após concluir que a obrigação de reparar prevista no art. 951 do CC/2002 destina-se tão-somente aos profissionais da área da saúde, diante do emprego da expressão "paciente", como vítima de homicídio ou lesões, escreve: "Essa responsabilidade rege-se pelas normas do Código Civil, pois o Código do Consumidor abdicou de manter sob sua égide os profissionais liberais, como se verifica no seu art. 14, § 4º. Com relação aos cirurgiões-dentistas, embora em alguns casos se possa dizer que a sua obrigação é de meios, na maioria das vezes apresenta-se como obrigação de *resultado*. Exceto quando a atividade do dentista se aproxima daquela exercida pelo médico, como sói acontecer quando exista uma relação profissional/paciente e não profissional/cliente, ou seja, quando a pessoa contratante é portadora de um mal (doença) cuja cura não seja certa nem esteja ao alcance de quem quer que seja, segundo o atual estado da ciência, então a sua obrigação será apenas de meios. Tome-se como exemplo uma doença bucal congênita, uma cirurgia corretiva ou reparadora, mas não apenas estética, ou um tratamento de doença óssea". *In* Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2004. Cap. VI, item 6.00, p.496.

23 Escreve CARLOS ROBERTO GONÇALVES: "No que tange aos cirurgiões-dentistas, embora em alguns casos se possa dizer que a sua obrigação é de meio, na maioria das vezes apresenta-se como obrigação de resultado". *In* Responsabilidade Civil. 7ª edição Saraiva. São Paulo: 2002, p. 373.

denominado *Carga Probatória Dinâmica.*[24] Por essa nova concepção jurídica, de natureza processual, mas para eficácia da norma material, cabe ao médico produzir a prova de que *agiu* com adequada *técnica* e *empenho* profissional *necessário* e *possível.*[25] A partir daí (e coerente à dinâmica do princípio da dialética processual), cumprirá ao paciente (autor na demanda) *fazer prova em contrário*. Assim, a ambos competirá o ônus da prova, sem embargo da também regra pertinente à inversão desse ônus,[26] prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC.[27] Esse entendimento processual tanto se aplica aos casos de *cirurgia plástica voluntária*, meramente embelezadora, como a todos os demais casos envolvendo acusação de *erro médico.*

24 A respeito da *Carga Probatória Dinâmica*, RUY ROSADO DE AGUIAR JR, no artigo intitulado "*Responsabilidade Civil do Médico*", trazendo à colação os princípios processuais praticados em Portugal e na Argentina, consoante lições de Figueiredo Dias, Jorge Monteiro e Luís Andorno, escreve: "Nas relações médico-paciente, é normalmente o médico quem dispõe de maior número e de melhores dados sobre o fato, daí o seu dever processual de levá-los ao processo, fazendo a prova da correção do seu comportamento. Tocando ao médico o ônus de provar que agiu sem culpa, não se lhe atribui a produção de prova negativa, apenas se exige dele a demonstração..." do regular cumprimento do contrato. Segundo o magistério de LUÍS ANDORNO "...em determinadas circunstâncias, se produz uma transferência da carga probatória ao profissional, em razão de encontrar-se em melhores condições de cumprir tal dever (....)" e, por isso, cabe ao médico a demonstração "de como fez o diagnóstico, de haver empregado conhecimentos e técnicas aceitáveis, haver ministrado ou indicado a medicação adequada, haver efetuado a operação que correspondia em forma adequada, haver controlado devidamente o paciente, etc"." – RT 718, p. 33-53.

25 De igual forma, sem, contudo, usar a expressão *Carga Probatória Dinâmica*, mas calcado nas lições de Jorge Mosset Iturraspe (que acutila de "artificial e arbitrária" a distinção entre contrato de *meios* e de *fins*), escreve MIGUEL KFOURI NETO: "O fundamental é que o devedor dessa diligência, o médico, está obrigado a aplicar todos os meios apropriados para obter a cura. Decorre daí que a ele incumbe a prova de haver atendido a esse requisito. Não se trata da prova da culpa a cargo do credor dos meios, nem sequer da prova do descumprimento. Trata-se de que a prova do cumprimento e de que se aplicaram os meios exigidos, deve pesar sobre o devedor, neste caso o médico. Assim também sustentaram os Mazeaud, até a segunda edição de sua obra. Ao exemplo do médico, que contrai obrigação somente de meios, acrescentavam: "O credor não tem, então, que provar que o devedor tenha sido negligente; é ao devedor que incumbe estabelecer que obrou com a prudência desejável e esperada. Na prática, ter-se-ia o seguinte: o paciente afirma que não foi curado. O médico não pode, então, permanecer numa posição de negativa, pura e simples, dizendo: "prove minha imprudência", pois do fato de não haver atingido o resultado a que, sem dúvida, não se obrigou a alcançar, mas para o atingimento do qual havia prometido empenhar-se, resulta uma presunção de negligência contra ele. O médico tem, portanto, que provar necessariamente a prudência e a diligência com que se houve. Por isso, conforma-se aos princípios da obrigação de meios, obrigar os médicos a estabelecerem a certeza de que não atuaram com culpa". Em suma, o médico deve demonstrar, diante da frustração da finalidade imediatamente perseguida, que não atingiu seu desiderato pela interferência de fatores imprevisíveis e imponderáveis, por uma súbita fatalidade, por aspectos subjacentes à saúde do paciente, que não conhecia nem podia conhecer, mesmo trabalhando com toda diligência e cuidado. Ou seja, que seu objetivo, a cura do doente, chocou-se com áleas que não podia antecipar e contra as quais não pôde lutar". *In* Responsabilidade Civil do Médico, 5ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2003. p. 146.

26 A esse respeito, com assento nas lições de Nelson Nery Júnior, escreve SERGIO CAVALIERI FILHO: "Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º, VIII, do CDC. A hipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas *econômica*, mas também *técnica*, de sorte que, se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor." *In* Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 2ª Edição, 3ª Tiragem, 2000, p. 278. E, também, 4ª edição, 2003, item 113.6, p. 375-376.

27 Em cumprimento ao *devido processo legal*, para os efeitos de *inversão do ônus da prova*, deve o juiz declará-la nos autos, no curso da instrução, de modo a possibilitar ao réu o cumprimento desse ônus, tal como decidiu unânime a 4ª Câm. Cível do TAMG, Apel. Cível nº 301.800-0, Rel. Juiz ALVIMAR DE ÁVILA, assentado na doutrina de Cândido Rangel Dinamarco e Adroaldo Furtado Fabrício, com a Ementa: "A inversão do ônus da prova, como exceção à regra geral do art. 333 do CPC, depende de decisão fundamentada do magistrado antes do término da instrução processual, sob pena de não poder ser adotada na sentença, o que incorreria em cerceio de defesa, devendo ser decidida, de preferência, no momento do saneador, podendo, todavia, ser decretada no despacho inicial, após especificação das provas, na audiência de conciliação ou em qualquer momento em que se fizer necessária, desde que assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa". – Publicado no Diário do Judiciário de Minas Gerais, dia 1º de junho de 2000, p. 17.

6. ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA DE *SAÚDE*

No plano material, o exercício da Medicina, nela compreendida a *odontologia*, envolve contrato de *meios*, subordinado à teoria da responsabilidade *subjetiva*, como matéria especialmente disciplinada pela lei. São as disposições do § 4º, do art. 14, do CDC, e art. 951 do CC/2002, já mencionadas. Essas disposições, à primeira vista, levam o leitor desavisado à conclusão de que o *ônus da prova* cabe, com exclusividade, ao autor da ação (paciente). Mas assim não é porque o *dever de empenho*, como se verá no correr destas anotações, atrai o ônus da prova.

Como exceção, por força de doutrina jurídica e de jurisprudência em evolução, cogita-se de contrato de *resultado* nas especialidades de Medicina *estética*, voluntária, e na de *anestesiologia*.

Em relação às cirurgias *plásticas*, voluntárias, embelezadoras, e aos tratamentos dentários com esse fim, entende-se aplicável o enfoque de contrato de *resultado,*[28] por se tratar de intervenção *desnecessária*, sob o ponto de vista de prevenção ou de restauração da saúde. Em nosso entendimento,[29] trata-se de contrato duplo: de *meios* e, concomitantemente, de *resultado*. Isso significa, pelo ângulo do direito material, que, se o contrato não for cumprido a contento, o preço poderá ser revisto. É oportuno registrar que, nessa especialidade, o paciente *sabe o que quer*, enquanto que o médico e o dentista *sabem o que podem*. Às vezes, até podem, mas não devem (quando, por exemplo, os riscos superam o benefício). Por isso, cumpre ao médico e ao dentista *deixar* de firmar contrato quando sabem ser *impossível* ou contra-indicado realizar o desejo do paciente. E, se *possível* e indicado, *informar*, exaustivamente, o percentual dos *riscos* de complicação, para que o paciente não se surpreenda com eventual insucesso. Se o médico sabe não ser possível atender ao desejo do paciente insatisfeito com o próprio corpo (incluindo-se, aqui, a dentição) e, mesmo assim, assume o compromisso de fazer a cirurgia (ou os serviços odontológicos), estará agindo com alheamento ou com má-fé. Daí a distinção doutrinária e jurisprudencial. De qualquer modo, em caso de insatisfação do

28 Sobre a natureza da *obrigação* nas cirurgias plásticas, escreve SERGIO CAVALIERI FILHO: "Não se pode negar o óbvio, que decorre das regras da experiência comum; ninguém se submete aos riscos de uma cirurgia, nem se dispõe a fazer elevados gastos, para ficar com a mesma aparência, ou ainda pior. O resultado que se quer é claro e preciso, de sorte que, se não for possível alcançá-lo, caberá ao médico provar que o insucesso – total ou parcial da cirurgia – deveu-se a fatores imponderáveis. E como se justifica essa obrigação de resultado do médico em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor para os profissionais liberais? A indagação só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera sempre responsabilidade objetiva. Entendo, todavia, que a obrigação de resultado em alguns casos apenas *inverte o ônus da prova* quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem *obrigação de meio*; e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem *obrigação de resultado*". *In* Programa de Responsabilidade Civil. 4ª edição Malheiros. São Paulo: 2003. p. 378-379.

29 Conforme escrevemos, em matéria de cirurgia plástica *voluntária*, o conceito de *necessário* ou *desnecessário* é subjetivo e produto do senso de *estética* dominante no meio social, em cada época. Enquanto algumas pessoas não se preocupam com detalhes de sua aparência física, outras, por pequenas diferenças àquelas apontadas e valorizadas como padrão, pelos meios de comunicação de massa, ficam sem dormir, perdem a auto-estima, ou criam obsessão em torno do detalhe, a ponto de entrarem em depressão. Para essas pessoas, pormenores da aparência de seu corpo têm mais importância do que uma doença grave. De qualquer forma, cabe ao médico, com sensibilidade e honestidade, avaliar o binômio *risco-proveito*. Por exemplo, paciente com histórico acentuado de cicatriz queloidiana, provavelmente terá o mesmo resultado indesejável, contra indicando cirurgia desnecessária. *In* Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética, 3ª ed. Del Rey, Belo Horizonte, MG: 2003, p.100-104.

paciente, cabe ao médico dessa especialidade, assim como ao odontólogo, provar que aceitaram a incumbência porque o intento era plenamente *possível*, *plausível* e *adequado*, e que, a seguir, o *empenho* técnico foi absolutamente acertado, mas que, por motivo superveniente e impossível de ser afastado, ou por reações inexplicáveis do corpo humano, o resultado final não foi o desejado.

Em relação à *anestesiologia*, como especialidade médica, a interpretação como contrato de *resultado* baseia-se na *discricionariedade* com que age o profissional dessa área, especialmente nas cirurgias programadas (eletivas) com antecedência suficiente às cautelas próprias.

Enquanto doutrina e jurisprudência, em maioria, caminham para atribuir natureza jurídica de contrato de *resultado* à cirurgia *plástica* voluntária (nesta incluída a odontóloga), ocorre o inverso em relação à *anestesiologia*. Aqui, caminha-se para o nítido contrato de *meios*, diante de reações inexplicáveis do corpo humano. Até os testes prévios são, hoje, colocados em dúvida e contra-indicados, já que podem desencadear lenta reação alérgica, com ápice letal no momento da efetiva cirurgia.[30]

Registre-se, desde logo, que, na Odontologia, a aplicação de *anestesia* limita-se à *local* e à *troncular*, consoante art. 6º, inciso V, da Lei nº 5.081/66, e art. 4º, inciso V, da Resolução CFO 63/2005. Se o tratamento odontológico transbordar para ato cirúrgico bucomaxilar, em razão de traumatismo ou de procedimento cirúrgico complexo, a ser procedido em hospital e por equipe médico-odontológica, a intervenção exigirá a participação obrigatória de médico anestesista. Os procedimentos, coordenados pelo especialista da lesão mais grave ou de maior complexidade, são regulamentados pela Resolução CFM nº 1.536/98 e pelo art. 50 da Resolução CFO nº 63/2005.

Sem embargo da importância da distinção doutrinária sobre contrato de *meios* e de *resultado* e seus reflexos na distribuição do *ônus da prova*, como dito, em relação à atividade médica essa distinção é irrelevante. É que o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.246/1988), ultrapassando o simples conceito de contrato de *meios*, estabelece, nos artigos 2º, 5º, 14, 27 e 57,[31] dentre outros, que o médico tem o dever permanente de *empenho* objetivo, satisfatório e tecnicamente acertado, em prol do paciente. Idêntico tratamento legal é adotado pelo Código de Ética Odontológica (Resolução CFO nº 42/2003), dentre outros, nos seguintes dispositivos: art. 2º; art. 3º, incisos V e VI; art. 5º, incisos IV, V e VII; art. 7º, incisos IV, VI,

30 Para aprofundamento sobre responsabilidade em *anestesiologia* o leitor encontrará mais elementos em nosso livro referido na nota de rodapé acima, item 44, p. 124-131.

31 Código de Ética Médica: "Art. 2º – O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional". "Art. 5º – O médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente". "Art. 14 – O médico deve empenhar-se para melhorar as condições de saúde e os padrões dos serviços médicos e assumir sua parcela de responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde". "Art. 27 – Dedicar ao paciente, quando trabalhar com relação de emprego, o tempo que sua experiência e capacidade profissional recomendarem para o desempenho de sua atividade, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas prejudique o paciente". Art. 57 – (*É vedado ao médico*) "Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente".

VII e X; art. 9º, inciso IV; e art. 24, inciso VI.[32] Isso importa dever de o médico e de o dentista *acompanharem* e colocarem em prática, dentro do possível – mas por obrigação profissional –, a *evolução* da Ciência Médica (nesta, incluída a Odontológica).

A nosso ver, por obrigação de *empenho*, mais que a efetiva e boa *utilização* de todos os recursos adequados e disponíveis, há de se compreender o *comprometimento* do contratado com o contratante e o *dever* de *dedicação*, com afinco, para um bom resultado dos serviços prestados em prol do mesmo contratante, de maneira a evidenciar que o profissional se *interessou* pela sorte do destinatário, como se deste fosse *parte* integrante (por se tratar de relação pessoa-a-pessoa), enquanto que a obrigação de *meios* se esgota na simples e desmotivada utilização dos *recursos* adequados e disponíveis, sem a preocupação pessoal do prestador de serviços com a sorte do destinatário, ou seja, resume-se na utilização daquilo que *serve* ou *permite* alcançar um fim.

Por essa razão, não obstante a prestação de serviços médicos e odontólogos ter a natureza geral de contrato de *meios* –, fato que, à primeira vista, torna aplicável a Teoria da Responsabilidade *Subjetiva*, de modo a atribuir ao autor o ônus da prova (art. 333, I, do CPC) –, a característica especial de contrato de *empenho* obriga todos os profissionais da área de saúde (quando réus em processos judiciais) a levar para os autos a prova do efetivo *cumprimento* da obrigação, dentro das recomendações da Ciência Médica e das possibilidades de fato, caso a caso. Não se trata de simples *inversão* do ônus da prova – matéria processual de características próprias, cujo efeito é desalojar o réu da comodidade do silêncio, no aguardo da produção de provas pelo autor. Mas, sim, trata-se do dever de o *profissional* da Medicina *levar* para os *autos* todos os informes disponíveis, para demonstração do efetivo cumprimento do contrato de *empenho* a que se obrigara, para pacificação do julgador. Desse modo, nos conflitos judiciais sobre *saúde*, cabe ao paciente reclamante relatar, com minudência possível, sua insatisfação e de como, equivocadamente (a seu ver), o médico ou o dentista agiu. A estes cabem esclarecer como atenderam e como agiram profissionalmente, em benefício do paciente, dentro das circunstâncias de fato e segundo as recomendações da Ciência

32 Código de Ética Odontológica: "Art. 2º. A Odontologia é uma profissão que se exerce em benefício da saúde do ser humano e da coletividade, sem discriminação de qualquer forma ou pretexto. Art. 3º. Constituem direitos [...]: V - direito de renunciar ao atendimento do paciente, durante o tratamento, quando da constatação de fatos que, a critério do profissional, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional. Nestes casos tem o profissional o dever de comunicar previamente ao paciente ou seu responsável legal, assegurando-se da continuidade do tratamento e fornecendo todas as informações necessárias ao cirurgião-dentista que lhe suceder; VI – recusar qualquer disposição estatutária ou regimental de instituição pública ou privada que limite a escolha dos meios a serem postos em prática para o estabelecimento do diagnóstico e para a execução do tratamento, salvo quando em benefício ou à livre escolha do paciente. Art. 5º. Constituem deveres [...]: IV – manter atualizados os conhecimentos profissionais, técnico-científicos e culturais, necessários ao pleno desempenho do exercício profissional; V – zelar pela saúde e pela dignidade do paciente; VII – promover a saúde coletiva no desempenho de suas funções, cargos e cidadania, independentemente de exercer a profissão no setor público ou privado. Art. 7º. Constitui infração ética: IV – deixar de esclarecer adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento; VI – abandonar o paciente, salvo por motivo justificável, circunstâncias em que serão conciliados os honorários e indicado substituto; VII – deixar de atender paciente que procure cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro cirurgião-dentista em condições de fazê-lo; X – adotar novas técnicas ou materiais que não tenham efetiva comprovação científica. Art. 9º. Constitui infração ética: IV – ser conivente em erro técnico ou infrações éticas, ou com o exercício irregular ou ilegal da Odontologia. Art. 24. Constitui infração ética: VI – deixar de manter os usuários informados sobre os recursos disponíveis para o atendimento e de responder às reclamações dos mesmos".

Médica[33] e da Ciência Odontológica. Aplica-se, desse modo, o inciso II do art. 333 do CPC, em interpretação compreensiva, com vistas à efetividade do direito material (arts. 186, 187 e 927, do CC/2002), porque o *exato* cumprimento do *empenho* se traduz por fato *impeditivo* ou *extintivo* da pretensão do autor.

Repita-se que a doutrina denomina essa conduta processual, em área de *saúde*, como princípio da *carga probatória dinâmica,*[34] porque, na medida em que o réu leva para o processo os elementos de prova ao seu favor, transfere-se ao autor, na *dinâmica dialética* do processo, o ônus de fazer prova em contrário, para sustento do pedido inicial. Pela mesma regra, em caso de atendimento ao mesmo paciente, *sucessivamente* por médicos ou por odontólogos diferentes, a cada um destes cabe o dever de demonstrar como agiu profissionalmente.

Pelos mesmos fundamentos, ao hospital cumpre levar para os autos o exato cumprimento das obrigações de *cautela;* de bem *gerenciar;* de bem *fiscalizar;* de como bem *cumpriu e cumpre* as exigências legais pertinentes, sanitárias e de profilaxia; de como bem atendeu e bem *cuidou* do paciente, etc. Enfim, fazer prova da absoluta *ausência de culpa*. Não se pode esquecer que o caso fortuito externo, a força maior invencível, o "*acidente imprevisível e o resultado incontrolável*"[35] afastam o dever de indenizar.

Em resumo, em sede de dano à *saúde* do paciente, da mesma forma que o médico e o dentista, apesar da expressa previsão de responsabilidade *mediante verificação de culpa* (§ 4º do art. 14 do CDC), ao nosso ver, têm obrigação de fazer prova do *bom*, *acertado*, *exato*, *eficiente* e *satisfatório* cumprimento do contrato de *empenho* (diante da natureza *sui generis* da relação médico/paciente), o hospital, pela mesma aplicação do princípio processual da *carga probatória dinâmica*, para se defender, deverá levar para os autos, *quantum satis*, a prova da ausência de culpa, ou seja, do exato cumprimento das normas sanitárias e profiláticas e da atenção especial ao doente, para afastar a presunção que tem contra si.[36]

7. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS ATIVIDADES PROFISSIONAIS NA ÁREA DE *SAÚDE*

33 Cabe, mais uma vez, a lição de MIGUEL KFOURI NETO: "O autor [...], conquanto se reconheça a notória dificuldade para produção de prova pré-constituída, indicativa da responsabilidade médica, deve descrever com exatidão a negligência, imperícia ou imprudência do profissional, embasamento fático da pretensão à reparação do dano sofrido". Do outro lado, "Desde logo, em sua defesa, o médico deve apresentar toda a prova de que dispõe: documentos, literatura médica (se em idioma estrangeiro, com a respectiva tradução), laudos periciais, enfim, farto material probatório – ao qual o profissional tem acesso mais fácil. Assim, em se tratando de lide temerária, o juiz poderá prontamente sopesar a consistência dos argumentos das partes e orientar o desenvolvimento ulterior do processo". Obra citada, p. 63.

34 Nesse sentido são os elementos contidos em nosso livro Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética. 3ª edição Del Rey, Belo Horizonte, MG, 2003, p. 301-305.

35 A respeito da responsabilidade médica, escreve MARIA HELENA DINIZ: "No acidente imprevisível há um dano à integridade do paciente causado por caso fortuito ou força maior durante a atividade médica, insuscetível de ser evitado por não poder ser previsto. O resultado incontrolável é o que advém de uma situação grave e inexorável, ou seja, da própria evolução da moléstia, a qual a ciência médica atual não dispõe de meios para impedir. O acidente imprevisível e o resultado incontrolável não geram responsabilidade civil médica, por não haver nexo de causalidade entre a conduta do profissional da saúde e o dano sofrido pelo paciente em sua saúde ou vida". *In* O Estado Atual do Biodireito. Ed. Saraiva, SP, 2001, p. 548.

36 Sobre *"presunção de culpa"* na responsabilidade hospitalar (e não *"responsabilidade sem culpa"*), confira-se o nosso artigo intitulado "RESPONSABILIDADE MÉDICO/HOSPITALAR E O ÔNUS DA PROVA", compondo o Volume VI da coleção "Grandes Temas da Atualidade", com o título "RESPONSABILIDADE CIVIL", coordenado pelo Prof. Eduardo de Oliveira Leite, Editora Forense, Rio de Janeiro, no prelo em 2006.

Sem dúvida que o CDC tem por principal objetivo assegurar *saúde*, *segurança* e *qualidade* de vida (art. 4º, *caput*). Mas, para que essa finalidade seja atingida, na ordem prática e efetiva, é preciso atentar para o princípio da *boa fé* e do *equilíbrio* nas relações contratuais, para a boa harmonia e desenvolvimento do progresso material, tal como expresso nesse mesmo artigo 4º, inciso III.[37] Como já dissemos no início destas anotações, por imperativo Constitucional (art. 196) a saúde é "*direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas*", fato que subordina as relações contratuais privadas aos limites e ingerências Estatais, em qualquer momento (sistema legal sob *dirigismo* Estatal).

Se interpretação *gramatical* fosse item soberano na hermenêutica jurídica, a questão sobre *saúde*, no âmbito do CDC, seria atraída e analisada pelo § 2º, do art. 3º, desse Estatuto Consumerista – que prevê o *pagamento* como requisito de "*serviço*" ao *consumidor* (conceituação de relação de *consumo*) – situação que criaria o absurdo de duas modalidades distintas de julgamento: *uma*, de responsabilidade *subjetiva* (mediante apuração da culpa) para os profissionais que prestassem serviços *gratuitos*, assim como para os hospitais de *caridade* e os *públicos* (já que não há objetivo de lucro, nem cobrança pelos serviços prestados); e *outra*, de responsabilidade *objetiva absoluta* (sem culpa) para os serviços de saúde *não gratuitos* (no âmbito abrangente do parágrafo único do art. 927 do CC/2002), e também para os hospitais *privados*, onde há *pagamento* pela prestação de serviços (art. 14 do CDC). Por óbvio, tal distinção, se praticada, importará absoluta iniqüidade!

Igualmente, nenhum senso faz, adotar o princípio da responsabilidade *subjetiva* nas "sociedades civis" (clínicas) e o de responsabilidade *objetiva* (absoluta – sem culpa) para os estabelecimentos de saúde formalizados como "*sociedade empresarial limitada ou ilimitada*", como preconizado na reportagem publicada na Revista Jurídica Consulex, ano V, nº 113, de 30.09.2001, intitulada "*Responsabilidade Civil por Erro Médico*". Ao nosso modesto ver, sociedades lucrativas ou caritativas, pessoais de prestação de serviços ou empresariais, de responsabilidade limitada ou ilimitada não podem ter tratamento diferenciado em se tratando de *saúde* – já que o objeto principal de todas é o necessário *complemento* e extensão da *terapia* médica. Vê-se, desse modo, que a interpretação literal, gramatical, de qualquer texto legal, isoladamente não pode prevalecer.

É óbvio que as leis foram feitas para serem cumpridas. Mas, no exato momento da aplicação da abstração legal (norma) ao conflito nascido nas relações sociais (fato), compete ao Poder Judiciário identificar "*os fins sociais a que se destina a lei*", com vistas ao bem comum maior (valor). Ou seja, toda norma legal, ao ser interpretada para aplicação ao caso de fato, não pode olvidar ou se isolar do contexto social onde se insere.[38] A lei não pode ser inimiga do próprio homem. E o Judiciário, como Poder de Estado, quando não puder obter o bem maior, há de optar pelo mal menor. Na ordem prática, não se pode esquecer que a iniqüidade leva a pessoa de direito a se defender, socialmente, como for necessário. A aplicação coercitiva

37 A esse respeito, colhe-se a lição de LUIZ ANTÔNIO RIZZATO NUNES: "Deve-se ter em mente que, apesar de corretamente proteger o consumidor, o CDC não prega o antagonismo entre consumidor e fornecedor. Ao contrário, propugna pela harmonia nas relações de consumo (art. 4º, III)". *In* O Código de Defesa do Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª Ed. Saraiva, SP, 2000, p. 120.

38 Repitam-se, por oportuno, as lições do Prof. JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *in* A Lei de Arbitragem, Edição Malheiros, 1999, pág. 25, aplaudidas pelo Ministro do STJ, César Asfor Rocha, de que no Brasil "...há o hábito de tratar o Direito apenas do ponto de vista dogmático, estudando as normas com independência das realidades *social*, *política*, *econômica*, *ideológica* e *cultural*, como se fossem metajurídicas. Entendemos ser o Direito parte da sociedade na qual opera. O adequado entendimento exige o conhecimento da natureza da realidade social global". (original sem destaques). RT 785, p. 189.

de norma iníqua resulta em ação social inversa, defensiva. Além da injustiça que se poderá cometer (que não é o propósito da Ciência do Direito), a escassez de hospitais – que já é um fato social negativo – tenderá a se agravar, ilimitadamente, se médicos e empreendedores se convencerem de que o *risco* de perda ou de falência (não obstante a permanente observação de conduta correta) é superior às perspectivas de ganho ou de sucesso, ou, ao menos, de tranqüilidade para trabalhar. [39] Com vistas à *saúde pública*, o desejável é que haja, sempre, mais médicos, mais odontólogos e mais hospitais.

8. AS ESPECIALIDADES ODONTOLÓGICAS E A INTERAÇÃO PROFISSIONAL SOLIDÁRIA

A Resolução CFO 63/2005, denominada *CONSOLIDAÇÃO DAS NORMAS PARA PROCEDIMENTOS NOS CONSELHOS DE ODONTOLOGIA*, vazada em 350 artigos, dentre outras tantas classificações e regulamentações, disciplina a atividade odontológica, define as especializações profissionais e respectivos campos de atuação, assim como define e regulamenta as atividades complementares e integrantes da Odontologia e os devidos registros administrativos.

Na forma do art. 1º dessa Consolidação, a inscrição no Conselho Regional é obrigatória para as seguintes atividades odontológicas e afins: a) os cirurgiões-dentistas; b) os técnicos em prótese dentária; c) os técnicos em higiene dental; d) os auxiliares de consultório dentário; e) os auxiliares de prótese dentária; f) os especialistas, desde que assim se anunciem ou intitulem; g) as entidades prestadoras de assistência odontológica, as entidades intermediadoras de serviços odontológicos, as cooperativas odontológicas e empresas que comercializam e/ou industrializam produtos odontológicos; h) os laboratórios de prótese dentária; i) os demais profissionais auxiliares que vierem a ter suas ocupações regulamentadas; j) as atividades que vierem a ser, sob qualquer forma, vinculadas à Odontologia. A todos esses se aplicam as regras éticas (art. 31, §§ 1º e 2º, e art. 36, do CEO).

Em relação às especializações, essa Consolidação, em seu artigo 39, reconhece e disciplina 19 modalidades: a) Cirurgia e Traumatologia Buco-Maxilo-Faciais; b) Dentística; c) Disfunção Têmporo-Mandibular e Dor-Orofacial; d) Endodontia; f) Estomatologia; g) Radiologia Odontológica e Imaginologia; g) Implantodontia; h) Odontologia Legal; i) Odontologia do Trabalho; j) Odontologia para Pacientes com Necessidades Especiais; l) Odontogeriatria; m) Odontopediatria; n) Ortodontia; o) Ortopedia Funcional dos Maxilares; p) Patologia Bucal; q) Periodontia; r) Prótese Buco-Maxilo-Facial; s) Prótese Dentária; t) Saúde Coletiva.

Para que o odontólogo se inscreva em quaisquer dessas especialidades, ou em duas delas (Lei 5.081/66, art. 7º, letra "c"), deve cumprir os respectivos requisitos previstos nessa mesma Consolidação. O desrespeito a essas exigências constituirá infração ética, a ser punida pelo Órgão de Classe, mediante regular provocação, desenvolvimento processual e julgamento, como será examinado, a seguir, em item próprio destas anotações.

Em caso de dano ao paciente, independentemente de ocorrer, ou não, infração ética,

39 Aplicam-se, como luvas, as observações conclusivas do Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA a respeito da responsabilidade médica e hospitalar, após registrar reflexão de Victor Brochard: "... enquanto se constrói a teoria da responsabilidade civil médica e hospitalar, incumbe à doutrina e à jurisprudência ir encontrando, como já se afirmou, o justo ponto de equilíbrio nas situações concretas ensejadas pela realidade da vida". In Direito & Medicina, edição Del Rey, BH, 2000, p. 207.

a responsabilidade será daquele que o causou, apurado pela forma já exposta no item 6 destas anotações, pela Justiça comum. Se houver mais de um autor do dano, a todos eles será atribuído o dever de reparar, pelas regras comuns (arts. 186, 187 e 927, do CC/2002).

Se o odontólogo encaminha o paciente a outro profissional para determinado procedimento *especializado*, a exemplo de tratamento de canal e, posteriormente, detecta-se que esse tratamento de canal foi ineficiente, gerando dano ao paciente, a responsabilidade será exclusiva desse profissional *especialista*. Se, entretanto, o dano decorreu da conduta imperita do odontólogo que fez o tratamento seqüente, complementar, de finalização do tratamento do dente, causando a ruína do tratamento de canal, deste odontólogo será a responsabilidade pela reparação integral. Mas o paciente não precisa saber desses pormenores. Poderá, portanto, dirigir a ação reparatória contra apenas o odontólogo que primeiro o atendeu. Este, em sua defesa, se a origem do dano couber ao *especialista*, deverá denunciá-lo à lide. Se do exame das provas, ao cabo da instrução processual, restar o convencimento de culpa exclusiva de um dos profissionais, deste será a responsabilidade pela reparação. Em caso de dúvida a quem cabe a culpa, pela precariedade das provas, deverá o julgador condenar ambos os profissionais, solidariamente, em benefício da vítima (paciente), ressalvando o direito de regresso a cada qual dos réus, após o pagamento à vítima, para o reembolso, em ação própria. O mesmo procedimento deverá ocorrer em caso de utilização de *prótese*, assim como em qualquer outra participação de *terceiro*, no atendimento ao paciente.

9. CÓDIGO DE ÉTICA ODONTOLÓGICA

O Código de Ética Odontológica (Resolução CFO-42, de 20.05.2003) estabelece uma série de *normas de conduta profissional*, de *proibição* ou de *obrigação* e, ainda, o rol de *prerrogativas* individuais ou em grupo. Como categoria profissional regulamentada em lei (art. 5º, inciso XIII, da CF/88; Lei nº 4.324/64; Lei nº 5.081/66 e Decreto nº 68.704/71), cumpre ao Órgão de Cúpula – Conselho Federal de Odontologia – por competência delegada e mediante *Resoluções*, estabelecer e alterar as regras de conduta profissional de acordo com os avanços constantes da Odontologia e das novas necessidades do Estado e da civilização, como um todo – visto que a *saúde* é questão de interesse da própria humanidade. O próprio Código de Ética Odontológica em vigor prevê essa possibilidade de mudança (art. 47). Portanto, para o exercício da Odontologia, as Resoluções Normativas baixadas pelo CFO são normas de cumprimento obrigatório. É óbvio que tais *normas profissionais* não podem se sobrepor às leis existentes. Estas prevalecerão sobre aquelas, em caso de eventual conflito.

Seguem as anotações sobre os deveres mais importantes do odontólogo:

9. 1 Prontuário médico e odontológico

O atendimento odontológico tanto pode ocorrer no âmbito interno do consultório, para simples restauração de dentes, como para procedimento cirúrgico complexo, com internação hospitalar, quando ocorrer, por exemplo, traumatismo buco-máxilo-facial ou cirurgia corretiva mastigatória, ambos exigindo anestesia geral.

Nos casos de internamento hospitalar, público ou privado, é obrigatório o *registro* do atendimento, para cada paciente, dos fatos ocorridos desde o diagnóstico inicial. Tais registros pertencem ao estabelecimento de saúde, mas devem ficar à disposição do paciente, para fornecimento de cópia ou atestado, quando solicitado, assim como preservados do

conhecimento de estranhos, como regra de sigilo. Nesse sentido são as disposições dos arts. 69, 70 e 108, do CEM. Pela Resolução nº 1.331/89 do CFM, a guarda desse prontuário é por tempo indeterminado. Entretanto, após 10 anos, com prévia autorização da Comissão de Revisão de Prontuário Médico, esse documento poderá ser substituído por outros processos de registro, desde que permitam o fornecimento dos dados aos interessados, a qualquer tempo. Pela Resolução nº 1.472/97 do CFM, compõem o prontuário as *lâminas* de exames "*cito-histopatológico*" (alteração visível, por microscópio, da célula doente) ou "*anatomopatológico*" (estrutura física do tecido doente), as quais devem ser arquivadas pelo mínimo de 5 anos, ou, antes disso, entregues ao paciente respectivo, mediante recibo. Em se tratando de prontuário sobre *nascimento*, pelo inciso I do art. 10 da Lei 8.069/90 (ECA), a obrigação de mantença dos registros é por 18 anos, no mínimo.

Também o odontólogo, no âmbito do consultório, tem o dever de "*elaborar e manter atualizados os prontuários de pacientes, conservando-os em arquivo próprio*" (Art. 5º, inciso VIII, do Código de Ética Odontológica) e, ainda, fornecer cópia, se solicitada (inciso XVI). Até o técnico em prótese-dentária tem o dever de registrar e manter em arquivo próprio os procedimentos técnico-laboratoriais efetuados (inciso XVII).

Como se trata de obrigação legal, o seu descumprimento importará em infração administrativa. Em caso de conflito a ser dirimido em juízo, sua inexistência injustificada será interpretada como *presunção* de culpa, contra o médico, contra o odontólogo, e contra o hospital, relativamente aos fatos alegados pelo paciente. Sendo presunção *relativa* (pelo descumprimento de obrigação positiva), caberá ao réu (médico, odontólogo ou hospital) fazer prova da ausência de culpa, via comprovação dos procedimentos técnicos praticados corretamente.

A aplicação e evolução da *informática* também ocorrem na Medicina e na Odontologia. Inexorável, em médio prazo, será a prática de "Prontuário Eletrônico", com gravação de dados e de imagem eletronicamente, conectados com sistema central do hospital e também do médico e do dentista. É simples questão técnica de registro, como for regulamentada pelo CFO. Para os médicos, a regulamentação já se encontra na Resolução CFM 1.639/02. Para a ciência do Direito, é irrelevante a adoção dessas novas técnicas que, por certo, beneficiação médico, dentista, hospital e paciente.

Esse documento, manuscrito ou datilografado, digitado em computador ou mediante preenchimento de impresso próprio, ou mesmo elaborado a mão em papel comum, é o documento principal de prova do atendimento e da conduta médica ou odontológica. É documento que, fiel aos fatos relatados, tanto faz prova a favor do profissional da *saúde* e do hospital, como faz prova contra. Por óbvio que, para fazer prova a favor dos profissionais da medicina, esse documento deve ser fidedigno aos fatos e contemporâneo a eles. Constatada a infidelidade aos fatos, esse documento se somará aos demais elementos favoráveis ao paciente reclamante, para a decisão judicial e/ou administrativa. A avaliação desse documento, em juízo, é feita mediante perícia médica, no curso da instrução processual. Na esfera administrativa, pela forma que o Médico ou Odontólogo Conselheiro Instrutor ou Conselheiro Relator determinar ou entender, dentro das regras casuísticas do Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) e do Código de Processo Ético Odontológico (CPEO), respectivamente.

9.2 Consentimento do paciente

Pelo art. 7º, incisos IV, VIII e XII; pelo art. 24, inciso VI; pelo art. 39, incisos VI e VII, todos do CEO, o odontólogo, sempre, deve obter o consentimento prévio e esclarecido do paciente, para o procedimento odontológico, exceto nos casos de "*urgência ou emergência*", quando, então, soberana, prevalecerá a decisão profissional.[40] Essa regra se harmoniza com a proteção à pessoa humana, como disposto no art. 15 do CC/2002.

De forma geral, todo procedimento terapêutico tende a se subordinar à aceitação do paciente. Este é o caminho acolhido pela Ciência do Direito, coerente ao princípio de que a vida, a saúde e a integridade física são interesses do paciente, em primeiro lugar. E se o paciente for menor de idade ou maior, mas incapaz, a autorização deverá ser dada pelo seu representante legal.

9.3 Honorários odontológicos

O art. 11 do CEO estabelece os parâmetros para a fixação dos honorários odontológicos. Eles não devem ser exagerados, nem aviltados, muito menos objeto de concorrência desleal.

O art. 12 do CEO define como infração ética o oferecimento de serviços gratuitos a quem possa pagá-los, ou como prêmio em concurso de qualquer natureza. E o art. 13, também do CEO, recomenda que o aviltamento do preço dos serviços odontológicos deve ser evitado, assim como a submissão a convênio que estabeleça honorários aquém do regular. Claro que, se os serviços odontológicos forem mal executados ou executados de forma incompleta, o paciente tem o direito de rever o valor dos honorários contratados, para sua redução ao justo. Em caso de dano injusto ao paciente, por culpa do odontólogo, cabe ao mesmo paciente pedir devolução do que pagou, assim como exigir reparação, se for o caso.

9.4 Honorários complementares indevidos

O odontólogo (art. 12, inciso VI, do CEO), assim como o médico (art 95, do CEM), não podem cobrar honorários (totais ou complementares), quando prestam serviços a paciente em estabelecimento público. Se o Órgão Público deixar de pagá-los, cumpre ao odontólogo e ao médico cobrá-los judicialmente. Mas, em nenhuma hipótese, poderão exigi-los do paciente. Nem podem desviar ou canalizar para clínica ou consultório particular paciente que atenderam em estabelecimento público (art. 93 do CEM e art. 12, inciso VIII, do CEO). Mesmo que os serviços médicos sejam prestados em Hospital privado, e os odontológicos em consultório particular, se o paciente for atendido sob a responsabilidade do SUS, aplicam-se as mesmas regras.[41] Em princípio, qualquer exigência de *vantagem* pelo médico ou pelo odontólogo,

40 Em ocorrendo "iminente perigo de vida", a intervenção cirúrgica, por mais profunda ou traumática que possa ser, desde que praticada com perfeição e de acordo com os cânones da Ciência Médica, não importa em desrespeito ao paciente e nem ofensa à ordem jurídica. Daí a razão da excludente de criminalidade prevista no Inciso I, do § 3º, do art. 146 do Código Penal Brasileiro, nos termos: *"§ 3º. Não se compreendem na disposição deste artigo: I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida*;"

41 Nesse sentido é a decisão unânime da 1ª Câm. Criminal do TAMG, no julgamento do HC nº 255.014-3, Comarca de Uberlândia-MG, Rel. Juiz LAMBERTO SANT'ANA, em 01.04.98, com a Ementa: "Não é cabível a concessão da ordem de *habeas corpus* para trancamento da ação penal, se a denúncia atende o disposto no art. 41 do CPP e se refere à prática da exigência de honorários médicos da vítima, sob ameaça de não a liberar, quando o atendimento é prestado em hospital integrante da rede do SUS, configurando, em tese, o crime de extorsão". *In*, Revista de Julgados do TAMG, nº 71, p. 456-459.

quando o paciente for atendido em hospital público ou em hospital particular, ou em consultório, mas pelo convênio com o SUS, poderá caracterizar a figura delituosa de *concussão*, cuja característica é a *vantagem indevida*, obtida em razão de função pública.

9.5 Exploração de odontólo por odontólogo

O exercício da profissão de odontólogo não pode ter característica de *mercantilização* (art. 5º, inciso XI, do CEO). E, na forma do art. 9º, inciso VII, do CEO, a exploração dos serviços prestados por outro odontólogo, sob qualquer modalidade, isoladamente ou em equipe, constitui infração ética. Portanto, um dentista não pode *explorar* outro, no exercício da Odontologia, sob pena de sofrer processo administrativo punitivo perante o CRO competente.

O mesmo princípio impera entre os médicos, como se vê dos arts. 9º, 10, 76, 87 e 92 do CEM. Assim, se ocorrer situação fática de exploração profissional de um médico por outro médico, o fato motivará processo administrativo punitivo perante o CRM.

Entretanto, nada impede que o odontólogo contrate outro odontólogo, como autônomo ou como empregado, em qualquer instituição de saúde, mediante regras claras, justas e equilibradas, e cumprimento das normas legais pertinentes (trabalhistas, tributárias, etc). A mesma observação se aplica aos médicos.

Registre-se, por oportuno, que o trabalho odontológico, assim como o do médico, especializado ou não, pela qualidade e constância ao longo do tempo, poderá se consolidar em verdadeiro "*capital*" de crédito, de confiança e de respeito profissional, com nítido valor econômico (ainda que de difícil mensuração, mas de fácil percepção pela população), pela segurança que encerra, dando, às vezes, até *status* e credibilidade à clínica ou estabelecimento de *saúde*. Dentro de nosso Estado de Direito, de respeito à iniciativa privada e às qualidades profissionais pessoais, o *capital* individual (material ou moral) tem amparo legal. Por isso, ninguém é obrigado a ceder gratuitamente um *patrimônio* profissional construído ao longo dos anos, através da competência e dedicação diuturnas, muitas das vezes com sacrifício pessoal e familiar. Em casos tais, o princípio do *equilíbrio das relações sociais* permite que o titular desse *universo de crédito* (material e moral ou só este) receba a justa contraprestação daquilo que estará, em parte, repassando ou compartilhando com outrem. Igualmente, nada impede que os odontólogos, assim como os médicos, se associem, para melhor prestação de serviços, com distribuição diferente de tarefas e de percentuais diferenciados nos honorários entre eles, já que também diferente para a renda geral será a contribuição de cada qual. São questões de equidade, que deverão ser mensuradas caso a caso e desde que nunca configurem a proibida *exploração de um médico, ou de um dentista, por outro profissional do mesmo ramo*.

9. 6 Intermediação, aliciamento e captação de clientela

O odontólogo não pode *aliciar* paciente. É a redação clara do inciso VII, do art. 34, do CEO. Muito menos pode "*desviar paciente*" de outro colega, conforme previsão do inciso I, do art. 9º, do CEO. Nem fazer *intermediação* ou *captação* para conduzir paciente a outro odontólogo, ainda que gratuitamente. Nem se submeter a pagar comissão, pela intermediação a seu favor, seja ela feita por outro odontólogo ou por leigo.

Na Odontologia, a *interação* profissional é normal, conforme se viu no item 8º destas anotações. Mas *interação* de ações, no mesmo local ou em locais distintos, para a prestação de serviços odontológicos, não significa *aliciar*, não se confunde com *captação*, nem com

desvio de clientela.

Consoante art. 21 do CEO, as regras éticas se aplicam "*a todos aqueles que exerçam a Odontologia, ainda que de forma indireta, sejam pessoas físicas ou jurídicas, clínicas, policlínicas, cooperativas, planos de assistência à saúde, convênios de qualquer forma, credenciamento, administradoras, intermediadoras, seguradoras de saúde, ou quaisquer outras entidades*". E, pelo disposto no art. 24, quaisquer dessas pessoas não podem, em resumo: I – apregoar vantagens irreais; II – oferecer tratamento abaixo dos padrões de qualidade; III – executar trabalhos gratuitos ou com descontos com finalidade de aliciamento; IV – anunciar especialidades sem as respectivas inscrições; V – valer-se do poder econômico para fazer concorrência desleal; VI – deixar de manter os usuários informados sobres recursos disponíveis; VII – deixar de cumprir contrato assumido; VIII – oferecer serviços como prêmio em concursos; IX – oferecer planos de tratamento para serem executados por terceiros; X – prestar assistência e serviços odontológicos a empresas não inscritas no CRO.

9.7 Paciente de outro odontólogo

É obvio que o dentista (assim como o médico[42]) não é dono do paciente. Este tem liberdade de procurar outro profissional, quando bem entender e quantas vezes queira. Na Medicina, o pagamento da consulta representa um contrato de prestação de serviço pronto e acabado. O mesmo ocorre na Odontologia, quando os serviços prestados são regularmente pagos.

Entretanto, como em Odontologia é comum o encaminhamento de paciente para se submeter a tratamento especializado, o odontólogo "*especialista, atendendo a paciente encaminhado por cirurgião-dentista, atuará somente na área de sua especialidade*". É a redação do art. 15, do CEO. Isso importa no dever de "devolver" o paciente ao odontólogo que inicialmente dele cuidou, para continuação do tratamento.

Não sendo caso de "*encaminhamento para procedimento especializado*" – situação que exige cumprimento ao art. 15, acima referido –, quando odontólogo recebe paciente que, voluntariamente, o procura para *continuidade* de tratamento já iniciado ou refazimento de tratamento já terminado por outro colega, o novo dentista, assim como o novo médico, tem o dever de fazer o atendimento, sem qualquer preocupação de melindre ao outro colega. O respeito à ética profissional consiste em *entender* e *compreender*, se possível, a linha de procedimento técnico-profissional do colega anterior. Se o diagnóstico e tratamento anteriores coincidirem com o seu enfrentamento da questão, tem ele (o novo odontólogo ou novo médico) o dever de informar ao paciente que está sendo, ou foi corretamente tratado e nada deve ser mudado. Se divergente o entendimento técnico-profissional, mas de igual validade (pelo ângulo de sinceridade de propósito no momento inicial do atendimento, com todas as circunstâncias presentes, de escassez de dados, de urgência, etc.), deve informar ao paciente essa situação de equivalência, para resguardo do bom nome do colega que o atendeu, tal como gostaria de que ele assim agisse em situação inversa. Se discordar, em parte ou por completo da conduta profissional anterior, deve seguir seu próprio entendimento técnico, com inteira liberdade, mas sem qualquer crítica ao odontólogo (ou médico) que o precedeu (art. 9º, incisos

42 Apregoa IRANY NOVAH MORAES que é **dever** do médico, dentre outros que inúmera: "[...] 27. Não impedir jamais que outro especialista, à escolha do paciente ou familiares, seja ouvido no caso, condicionando porém essa consulta, se for no hospital, à sua presença no ato e cuidando para que se registre no Prontuário, sua opinião devidamente justificada". – *In* Erro Médico e a Lei, 3ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1.995, p. 339; e 5ª edição, 2003, p. 632.

IV e VI, do CEO). Se a conduta profissional do colega anterior se constituir em ofensa ao Código de Ética, deve denunciá-lo ao Órgão de Classe. E, não, criticá-lo perante o paciente. Para a cura ou o bem estar do paciente, em nada adiantará o conhecimento de que foi vítima de charlatão ou de mal profissional. E se, porventura, o paciente quiser apenas denegrir a imagem do primeiro profissional, sem qualquer fundamento, deve o novo odontólogo, assim como o médico, sair em defesa do colega, repudiando as críticas injustas, tal como gostaria que fosse feito em caso inverso.

Como regra geral (salutar por todos os pontos de vista e ao contrário da conduta de melindre ou de ciúme), deve o odontólogo, assim como o médico, estimular o paciente a procurar outro profissional para confirmação ou não do diagnóstico e da solução ou terapia proposta, toda vez que se cuida de procedimento radical e irreversível (procedimentos dentários complexos, ou cirurgias profundas e removedoras, especialmente as suscetíveis de complicações ou seqüelas).

9.8 Atestado odontológico falso

O odontólogo não pode "*fornecer atestado que não corresponda à veracidade dos fatos ou dos quais não tenha participado*". É redação clara do inciso XI, do art. 7º, do CEO. Se o fizer, estará incorrendo em falta ética. Se assim agir, além de falta ética, poderá incorrer em delito *penal* e, ainda, ser acionado em ação *civil* reparatória, se dano material ou moral ocorrer contra outrem. São responsabilidades distintas, apuradas, isolada e respectivamente, em cada qual das esferas.

É verdade que o dentista, assim como o veterinário, não incorre no delito de *Atestado Falso*, previsto no art. 302 do CP, uma vez que a previsão legal penal refere-se ao "médico". Por essa razão, como o preenchimento do *tipo penal* não comporta elasticidade, nesse delito não incorrerá. Entretanto, como o dentista e o veterinário também podem "atestar", no exercício da profissão, aquele que assim agir incorrerá no delito de *Falsidade_Ideológica* (art. 299 do CP, cuja pena é mais severa), se a falsidade gerar conseqüências de ordem jurídica.

9.9 Sigilo profissional

A preservação do sigilo profissional, em sentido ético *lato*, é obrigação em todas as atividades laborais regulamentadas ou não, com vistas ao sucesso e à continuidade empresarial. Mas, quando se trata de atividade que envolva o ser humano como objeto de exercício profissional, o dever há de ser maior, tanto para resguardo da intimidade da pessoa humana envolvida, como para bom desenvolvimento da profissão. Daí porque o dever de sigilo é expresso para os dentistas (art. 3º, II; art. 5º, VI, XIII; art. 10, I, todos do CEO), como para os médicos (art. 102 a 109 do CEM). Por essa razão, o dentista, assim como o médico, não pode dar publicidade sobre fatos *pessoais* colhidos no *exercício* da Odontologia e da Medicina, *sem* a autorização do paciente, cuja divulgação possa causar a este dano material ou constrangimento de qualquer espécie.

Esse respeito ao *sigilo* permanece mesmo quando o odontólogo exerce função *pericial* administrativa ou judicial e a de *auditor* (art. 6º, incisos I e II, do CEO). De igual forma, o médico, exercendo função de *perito* ou de *auditor* (quando então fica inteirado das atividades médicas exercidas), não pode divulgar fatos que envolvam quebra do sigilo, em relação ao paciente (Resolução 1.466/96, do CFM).

Por óbvio que, se o próprio paciente divulga os fatos, o odontólogo, assim como o médico, também fica liberado.[43] De qualquer forma, não é ético (sentido *lato*) odontólogo ou médico fazer comentários além do círculo profissional, ainda que o paciente não se importe com isso. Para os odontólogos, na cobrança judicial, com suporte no art. 10, § 2º do CEO, é possível a descrição pormenorizada do tratamento efetuado. Já para os médicos, mesmo para a ação judicial de cobrança de honorários ou para recebimento de despesas hospitalares, o sigilo deve ser preservado (art. 109 do CEM). Evidentemente que, nos casos de cobrança judicial, se o paciente negar a relação médica e, para prova em contrário, o médico tiver que relatar os fatos ocorridos, indispensáveis à constituição de seu crédito, não ocorrerá falta ética. A quebra do sigilo profissional, além de falta ética odontológica ou médica, poderá também tipificar, concomitantemente, o *crime* previsto no art. 154 do CP. Por isso, o médico que comete a quebra de sigilo poderá ser duplamente punido (pelo Órgão de Classe e pela Justiça Comum). Alerte-se que o procedimento judicial *penal* pende de *representação* formal da vítima.[44], [45] E o pedido indenizatório *cível* pende de aforamento de ação própria, no juízo cível.

Entretanto, nenhum dos agentes (profissionais) estará cometendo a infração, se a solicitação da informação for emanada de Autoridade Judiciária, para instrução criminal ou civil. Em caso de convocação do odontólogo, ou do médico, como testemunha, se o fato não for relevante para a decisão judicial (questão a ser aferida em diálogo com a Autoridade Judiciária), poderá omitir a informação com base no dever de sigilo.

Em relação aos odontólogos, o CEO, no art. 10, § 1º, prevê 5 hipóteses como *justa causa* afastando a quebra de sigilo: a) notificação compulsória de doença; b) colaboração com a justiça nos casos previstos em lei; c) perícia odontológica nos seus limites; d) estrita defesa de interesse legítimo dos profissionais inscritos; e) revelação de fato sigiloso ao responsável pelo incapaz. Já para os médicos, o CEM, no art. 102, prevê três hipóteses para afastar o dever de sigilo: *justa causa*, *dever legal* e *autorização do paciente*.

No Juízo Cível, quando o Juiz de Direito requisita informação, a matéria se subordina às regras dos arts. 130 e 406, do CPC, assim como art. 229 do CC/2002. No Juízo Criminal, as regras são as dos art. 207 e 234 do CPP. O cumprimento da ordem judicial se traduzirá por *justa causa*, liberando o odontólogo, assim como o médico, do dever do sigilo. E o descumprimento exporá esses profissionais ou o diretor do hospital (ou quem exercer a administração, nas hipóteses de requisição ao estabelecimento hospitalar) às penas do *Crime de Desobediência*, previstas no art. 330 do CP.[46] O atendimento à requisição legal deve se limitar ao objetivamente solicitado. Atendido o pedido, cumprirá à Autoridade Judiciária

43 Nesse sentido é o julgado do TJSC, no HC 136.032: "O médico não é obrigado a guardar segredo se sua própria cliente abriu mão do sigilo". – RT 515, p. 317.

44 Diz o artigo 154 do Código Penal: "Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Parágrafo único. Somente se procede mediante representação".

45 O crime de quebra de sigilo previsto no art. 154 do CP alcança todos os profissionais, inclusive o empregado doméstico, segundo lição de CUSTÓDIO DA SILVEIRA, citado por Celso Delmanto. *In* Código Penal Comentado, 3ª ed. Renovar, Rio de Janeiro: 1991, p. 263.

46 Colhe-se, por adequado, a decisão unânime da 8ª Câm. Criminal do TACRIM-SP, em 27.01.94, na Apel. 771.903/6, Rel. Juiz FANGANIELLO MAIEROVITCH, com a Ementa: "Fica caracterizado o crime de desobediência quando o médico desatende reiteradas vezes ofícios expedidos por juiz a requerimento de autora de ação previdenciária visando o fornecimento de seu prontuário. Inadmissível, porém, alegar-se ausência de dolo e erro de proibição, pois foi o agente advertido da prática de eventual crime, vez que sabia que o prontuário estava sendo requisitado em face da ação interposta". – RT 705, p. 332-335.

ou devolver tais informações ao fornecedor (se absolutamente irrelevantes para a causa) ou preservar o sigilo daí para frente, ordenando tramitação sob segredo de justiça e proibição de expedição de Certidões sem prévia autorização. O odontólogo, o médico e a direção hospitalar devem arquivar consigo tais requisições, para prova de que apenas atenderam à solicitação da Autoridade Pública.

De um modo geral, as conversas e comentários entre odontólogos, assim como entre médicos, a respeito de tratamento ou doença de paciente não envolvem quebra de sigilo, desde que motivadas para o benefício do próprio paciente ou da Medicina ou da Odontologia em geral. Mas esses profissionais, por dever ético, não podem dar publicidade, propalando os mesmos comentários além do círculo técnico-científico.[47]

O delito de "quebra de sigilo", para sua tipificação penal, exige conduta consciente[48] do agente (dolo direto ou eventual), pela *divulgação* do fato pessoal colhido no exercício da profissão. Entretanto, é necessário que produza ou possa produzir dano ou constrangimento ao paciente. Uma coisa é a eventual divulgação de, por exemplo, uma cirurgia para *apendicite*, que nenhum constrangimento possa levar ao paciente; outra, muito diferente, será a de correção de *disfunção eréctil*, como de tratamento de *frigidez*, para a mulher e seu marido; ou, ainda, qualquer doença grave, contagiosa ou não. O que conta, no plano criminal, é a importância que o paciente dá ou possa dar à divulgação. Daí por que esse delito pende de provocação (*representação*) da vítima, para que tenha início o processo punitivo.

Em princípio, essa *representação* pela vítima também seria indispensável para a instauração do processo administrativo, perante o CRO ou CRM. Entretanto assim não deve ser. Para o Órgão de Classe, o interesse maior é a preservação da profissão, de forma harmoniosa e em benefício dos pacientes. Eventual silêncio da vítima não pode isentar o odontólogo ou o médico indiscretos, porque essa conduta antiética refletirá, negativamente, sobre os demais profissionais. O odontólogo, assim como o médico, que tem procedimento profissional leviano, de fazer, ordinariamente e além do círculo profissional, comentários indiscretos, dando publicidade de fatos pessoais de seus pacientes, poderá e deverá ser punido pelo Órgão de Classe. Para tanto, basta que tal conduta chegue ao conhecimento do CRO ou CRM e as provas sejam convincentes à condenação. Para o Órgão de Classe (Processo Administrativo), tanto interessa a conduta *técnica* do profissional (acerto na prática da Odontologia ou da Medicina), como o indispensável *respeito* ao paciente. Ambos são valores éticos. Mesmo porque o paciente pode ser portador de anomalias as mais díspares, dentre as quais aquelas que amortecem o senso crítico ou inibem o amor próprio, ou, ainda, neutralizam reação de autodefesa (denúncia) sem, contudo, juridicamente, essa incapacidade se converter em interdição. Qualquer divulgação ou comentário fora do círculo profissional (e neste, com seriedade científica) será tido como quebra do sigilo (art. 39, VI, do CEO). Mesmo no círculo científico, ou se obtém prévia au-

47 Nesse sentido são os comentários de JOÃO JOSÉ LEAL, no item "3.1.5" de seu artigo intitulado "Exercício da Medicina e Responsabilidade Criminal", *in verbis*: "Entendemos que conversas e comentários sobre a doença e o estado de saúde do cliente, feitas em corredores, salas de reuniões ou lanchonetes dos hospitais, entre o médico e seus colegas ou seus auxiliares não configuram, em princípio, o crime de violação do segredo, desde que não se verifique a ocorrência de danos material ou moral (ou a simples possibilidade deste) ao paciente. Tal conduta é indiscutivelmente reprovável do ponto de vista ético. Porém, a configuração do tipo penal, que implica em reprimenda grave como é o caso da pena criminal, somente ocorrerá se a conversa ou comentário transcender do círculo restrito do mundo hospitalar, integrado por profissionais que, diretamente ou indiretamente, já possuem conhecimento ao menos genérico do fato e que, pela natureza da atividade que exercem, também estão obrigados ao silêncio". – RT nº 706, p. 290-300.

48 Nesse sentido são os ensinamentos de HELENO C. FRAGOSO, *in* Lições de Direito Penal, Parte Especial. Vol. 1, Ed. Forense 1.981, p. 276.

torização do paciente, ou a comunicação há de preservar o anonimato da pessoa envolvida. Cumprirá ao odontólogo, assim como ao médico, comprovar que o paciente autorizou ou não exigiu sigilo, ou, sendo pessoa normal, nenhuma importância a ele deu. Como registrado na nota de rodapé nº 43: "*O médico não é obrigado a guardar segredo se sua própria cliente abriu mão do sigilo*".

9.10 Transmissão de consultório dentário e o sigilo

O dever de *sigilo* permanece nos casos de transmissão de consultório dentário, nos termos do art. 10, inciso I, e da redação abrangente do art. 21, do CEO. Pouco importa se a transmissão decorra de compra e venda, permuta, doação, herança ou adjudicação. O *empréstimo* de consultório (comodato), assim como a *locação*, também não afasta o dever do sigilo (art. 9º, inciso III, do CEO). Enfim, a transmissão, por quaisquer dessas modalidades, não importa em quebra de sigilo, mas obriga o sucessor às mesmas regras, ou seja, impedimento de dar publicidade aos registros odontológicos que lhe foram transmitidos. Claro que as obrigações legais e as contratuais, ativas e passivas, seguem as regras comuns de sucessão de obrigação. Esse mesmo enfrentamento ocorre em relação à transmissão de consultório médico.

9.11 Sigilo relativo ao paciente menor de idade

A preservação do *sigilo* também se aplica em relação aos pacientes menores de idade ou maiores, mas incapazes. E o tratamento dentário, salvo os casos de urgência ou emergência, pendem de prévio consentimento esclarecido por parte do responsável legal (art.7º, VIII, CEO). Nos termos dos arts. 3º e 4º do CC/2002, a menoridade pode ser *absoluta* ou *relativa*. A menoridade *absoluta* envolve aqueles que ainda não completaram 16 anos de idade e também aqueles que, tendo mais de 16 anos, "*por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos*", assim como aqueles que, "*mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade*".

Nos termos do art. 5º, *caput*, do CC/2002, a menoridade, como regra geral, cessa aos 18 anos de idade, salvo os casos de permanência ou ocorrência de restrião de saúde mental. Entretanto, de forma *especial* (Parágrafo único do art. 5º referido), a menoridade poderá cessar aos 16 anos, quando ocorrer: a) emancipação convencional ou legal; b) casamento; c) exercício de cargo público; d) colação de grau em ensino superior; e) ser estabelecido comercialmente ou tiver emprego, desde que deles tenha subsistência e economia própria. Em ocorrendo quaisquer dessas hipóteses de *cessação* excepcional da menoridade do paciente, com ele o odontólogo poderá livremente contratar.

Em se tratando de menoridade *absoluta*, o odontólogo somente poderá prestar serviços mediante o prévio consentimento do responsável pelo menor. Em se tratando de menoridade *relativa*, ao nosso ver, o odontólogo poderá prestar serviços de simples reparação dentária e desde que o próprio menor possa pagá-la.

Para o exercício da Medicina, o sigilo em relação ao menor é questão mais complexa. Para o leitor interessado, sugerimos leitura de nosso livro Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética, 3ª edição, item 74, e sua adaptação às novas regras do CC/2002.

9.12 Vantagem indevida (*concussão*)

O delito de *concussão*, previsto no art. 316 do CP, destina-se ao funcionário público, com previsão de apenamento de 2 a 8 anos de reclusão. O odontólogo, assim como o médico, que desempenhar atividade como *empregado* de qualquer Órgão Público Federal, Estadual ou Municipal, ou que exercer cargo ou função temporária, receberá o tratamento legal de exercente de *cargo público*. Por crime de *concussão* compreende-se a *exigência* de vantagem *indevida*, em razão do *cargo público*. O delito é *formal*, significando, por isso, que é irrelevante se o agente obteve ou não a vantagem pretendida.[49], [50] Mesmo que o dinheiro indevidamente exigido e recebido seja devolvido à vítima, posteriormente, em nada se altera a configuração do delito de concussão.[51] A lei, para os efeitos punitivos, contenta-se com a simples "*exigência*" da vantagem indevida, direta ou indiretamente, por parte do agente público. O *não* recebimento da vantagem indevidamente solicitada importará somente na dosagem menor da pena. Mas não a eliminação do crime.

Em razão do alargamento do conceito de "função pública" pelo art. 327 do mesmo CP, o odontólogo, assim como o médico, que não é empregado de Órgão Público, mas atende pelo convênio com o SUS, estará exercendo *função delegada* do Poder Público. Por isso, se fizer qualquer *exigência* de honorários complementares, parciais ou totais, direta ou indiretamente, estará cometendo o *crime de concussão*, ainda que não ocorra o recebimento.

No que diz respeito ao SUS, a Jurisprudência ainda é controvertida sobre a questão da *competência* judicial para o desenvolvimento processual criminal, se Estadual (nos casos de hospitais particulares) ou se Federal (como é para os casos de Hospital Público mantido pela União). A predominância das interpretações, para ambos os casos, tem sido em prol da *competência* da Justiça Federal.[52, 53]

10. CÓDIGO DE *PROCESSO* ÉTICO ODONTOLÓGICO

O *processo administrativo punitivo* do odontólogo se desenvolve e se aplica de acordo com o Código de Processo Ético Odontológico – CPEO (Resolução CFO nº 59/2004), cuja observação rigorosa se constitui no *devido processo legal*. A aplicação punitiva do CPEO se submete aos mesmos princípios do Direito Penal comum: *anterioridade* da norma; *tipificação*

49 Neste sentido é a decisão do TJSP, Rel. Des. FELIZARDO CALIL, com a Ementa: "O crime de concussão é, estruturalmente, crime formal, uma vez que se exaure com o simples ato de exigir vantagem indevida. Basta que essa exigência tenha sido feita em razão da função exercida pelo agente para que o delito se configure". – RT 435, p. 304.

50 Idem, pelo STF, Rel. Min. RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO, com a Ementa: "O delito de concussão é de natureza formal. Consuma-se, pois, pela simples exigência de vantagem indevida". – RT 462, p. 455.

51 Nesse sentido é a decisão do TJSP, Rel. Des. WEISS DE ANDRADE, com a Ementa: "O delito de concussão é estruturalmente formal e se exaure com o simples ato de exigir-se a vantagem indevida. Pouco importa, pois, que o dinheiro indevidamente solicitado pelo funcionário público seja, posteriormente, devolvido. O crime se consumou no instante em que se fez a exigência". – RT 479, p. 299.

52 Assim decidiu a 3ª Câm. Criminal do TJRS, em 26.08.1999, no Recurso de Ofício nº 699.247.375, Rel. Des. SAULO BRUM LEAL, com a Ementa: "É da competência da Justiça Federal os crimes de concussão, em tese, cometidos por médicos credenciados do Sistema Único de Saúde (SUS), porque exercem função pública delegada (art. 327 do CP), e a lesão ao bem jurídico é do interesse da União". – RT 755, p. 674-678.

53 Idem, em 05.10.1999, pelo TRF - 4ª Região, HC 1.999-04.01.073881-9-RS, Rel. Juiz JOSÉ LUIZ B. GERMANO DA SILVA, com a Ementa: "Compete à Justiça Federal o processo e julgamento, pelo delito de concussão (art. 316, CP), de médicos cadastrados no SUS que, no atendimento a segurados da autarquia, exercem função pública delegada (por equiparação – art. 327 do CP). Inserem-se no conceito de funcionário público todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública, ou seja, todos aqueles que, de qualquer forma, exerçam-na, tendo em vista a ampliação do conceito de funcionário público para fins penais". RT 755, p. 712-717.

do fato; cumprimento ao *devido processo legal*, *individualização* da pena, etc. Isso significa que o dentista não pode ser punido por conduta profissional pretérita se, ao tempo da ação ou da omissão, não havia proibição ou obrigação a cumprir. Também não pode ser punido sem que primeiro lhe seja assegurado oportunidade de se defender.

Nos termos do art. 18 da Lei nº 4.324/64, art. 31 do Decreto nº 68.704/71, e art. 40 do CEO, as penas aplicáveis pelas faltas éticas são: a) – *advertência confidencial*, em aviso reservado; b) – *censura confidencial*, em aviso reservado; c) – *censura pública*, em publicação oficial; d) – *suspensão* do exercício profissional até 30 (trinta) dias; e) – *cassação* do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal.

A condenação do odontólogo pelo Órgão de Classe, por infração prevista no Código de Ética Odontológica, não significa que estará obrigado, automaticamente, à reparação civil ou incurso em algum delito penal. Nem a absolvição impedirá ação de reparação cível e ou de punição criminal judicial. O inverso também é verdadeiro, ou seja, o decreto de improcedência de ação reparatória cível ou absolvição no processo criminal, pela Justiça Comum, não impedirá o julgamento soberano pelo CRO. Uma coisa nada tem a ver com a outra. Só decorrerá ação civil para reparação patrimonial se houver dano físico ou moral no paciente, por culpa do odontólogo e assim reconhecido pela Justiça. E só terá início ação penal pública se o fato tipificar algum delito previsto. É óbvio que a Certidão do resultado do julgamento administrativo, se juntada a tempo, deverá ser um dos elementos de prova para o desfecho do processo judicial, civil e/ou criminal.[54]

10.1 Processo e punições administrativas

Independentemente dos eventuais delitos penais aplicáveis pela Justiça Comum, assim como o resultado de julgamento de ação indenizatória civil movida pelo paciente, o odontólogo poderá ser apenado pelo Órgão de Classe, na forma da legislação acima referida, aplicando-se as penas de: a) *advertência* confidencial, em aviso *reservado*; b) *censura confidencial*, em aviso *reservado*; c) *censura pública*, em publicação oficial; d) *suspensão* do exercício profissional, por até 30 dias; e) *cassação* do exercício profissional.

O Processo Ético Odontológico, no CRO, tem início de ofício, instaurado por ato do Presidente do Conselho, ou mediante representação ou denúncia (art. 10 do CPEO).

O processo se desenvolve em duas fases: uma, de *instrução* (arts. 10-20, do CPEO); outra, de *julgamento* (arts. 21-30, do CPEO).

Se a denúncia for rejeitada liminarmente pelo Presidente do CRO, o denunciante terá o prazo de 30 dias para recorrer ao Plenário do CRO (art. 10, § 5º).

Na fase de *instrução*, depois de recebida a denúncia pelo Presidente do Conselho Regional e ordenada sua remessa para a Comissão de Instrução ou Câmara de Instrução (se houver), o Presidente dessa Comissão ou Câmara designará Audiência de Conciliação e Instrução e ordenará a citação do denunciado para nela comparecer com sua defesa e provas. Se quiser, acompanhado de advogado – cuja participação não é obrigatória, mas recomenda-se sua intervenção. A audiência será sigilosa. Se a tentativa de conciliação for infrutífera, o acusado

54 Registre-se que a *condenação criminal* torna certo o dever de reparar no juízo cível, assim como a *absolvição*, decretada sob determinados fundamentos, impede ação cível. Para maiores esclarecimentos, ver nosso artigo *Fundamentos Gerais, Regras e Espécies de Responsabilidade Civil e Criminal*, item "5. Reflexo do Direito Penal no Juízo Cível", publicado na Revista Jurídica UNIJUS, vol. 8, maio de 2005, p. 20-21.

apresentará sua contestação, instruída com as provas que tiver e com o rol de testemunhas. Nessa mesma audiência serão ouvidas as testemunhas presentes. Se necessário, será ordenada a realização de prova pericial.

Se o acusado for *revel*, nos termos do art. 13, §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, ser-lhe-á nomeado defensor dativo pelo Presidente da Comissão de Instrução ou Câmara de Instrução. O defensor dativo deverá ser odontólogo inscrito no CRO, mas não poderá ser Conselheiro efetivo ou suplente.

Encerrada a instrução, a Comissão ou Câmara de Instrução, no prazo de 30 dias, emitirá parecer final e encaminhará os autos ao Presidente do Conselho. Este dará conhecimento às partes sobre o parecer final e as intimarão para apresentar, no prazo de 15 dias, as razões finais.

De posse das razões finais ou sem elas, mas após o decurso de prazo dos 15 dias, o Presidente do CRO marcará data de julgamento e designará Conselheiro Relator dentre aqueles que não participaram da instrução. O Conselheiro Relator apresentará relatório conclusivo com antecedência mínima de 10 dias à data do julgamento. E as partes serão notificadas para o julgamento, com antecedência mínima de 5 dias.

Na sessão plenária de julgamento, o Conselheiro Relator fará a leitura de seu relatório conclusivo. Em seguida será dada a palavra ao denunciante e ao denunciado para, em 10 minutos, cada qual fazer suas respectivas alegações. Concluída a sustentação oral e decidida eventual questão de ordem, o Plenário do Conselho fará o julgamento pelo cômputo dos votos individuais, lavrando-se o respectivo *acórdão*, condenando ou absolvendo o acusado, nos termos do art. 27. O resumo do acórdão será publicado na imprensa oficial e em jornal de grande circulação no âmbito da inscrição principal do acusado. As partes serão notificadas pelo Correio.

Findo o julgamento, o interessado poderá recorrer ao CFO, no prazo de 30 dias, cujo julgamento ocorrerá na forma dos arts. 41-43, do CPEO. Se a punição for de *cassação*, o CRO recorrerá de ofício ao CFO. Transitado em julgado, a pena será cumprida perante o CRO.

O odontólogo apenado, após o decurso de prazo adequado a cada punição, poderá requerer *reabilitação* perante o CRO que o condenou, cumpridos os requisitos dos arts. 48-55.

Para os efeitos de punição por falta ética, o prazo prescricional é de 5 anos (art. 56 do CPEO).

O processo ético profissional do *médico*, perante o CRM e o CFM, tem procedimento diferente do acima relatado. Para os interessados, indicamos leitura dos itens 110 e 111, dentre outros, de nosso livro *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*.

11. PROVA E PROCESSO JUDICIAL

A Ciência do Direito e a Ciência da Medicina (nesta incluída a Odontologia) têm objetivos distintos. Pela visão da Medicina, toda atividade exercida tem por escopo final *preservar a vida*. Pela visão da Ciência Jurídica, todos os conceitos de certo e de errado e os respectivos atos desenvolvidos para eficácia deles têm por objetivo *pacificar a sociedade*, assegurando a cada um o devido espaço físico e social. Para assentamento dos conflitos individuais (paz social), a Ciência do Direito percorre dois caminhos distintos: 1) – *recomposição*

do desfalque ocorrido, pelo ângulo de interesse exclusivamente privado, obrigando o ofensor à reparação, via expropriação judicial, concomitantemente ou não à punição criminal. 2) – *punição* pessoal do infrator, de interesse público e de acordo com a Ciência Criminal, com assento em fundamentos vários, cujo resumo assim pode ser feito: a) – razão *individual* – com a segregação (ou outra modalidade substitutiva) do delinqüente, evita-se a pronta repetição contra nós outros, até então não vitimados; b) – razão *sociológica* – com a segregação e devida reorientação do delinqüente, procura-se reconduzi-lo à sociedade, conscientizando-o do dever de acatar as normas de conduta imprescindíveis ao convívio (ressocialização); c) – razão *didática* – pela punição e sua publicidade, espera-se efeito de exemplaridade, a desestimular aqueles que estejam propensos à prática da mesma ou similar infração; d) – razão *pacificadora* – pela punição, dá-se satisfação à vítima e ou à sua família (ou grupo), de modo a afastar, ou, ao menos, desmotivar a vingança ou "justiça" privada.

No âmbito do Direito Penal, as formas procedimentais têm por objetivo a apuração da *verdade real* (convencimento do julgador com base em elementos processuais objetivos). Ninguém pode ser condenado *sem* defesa, e, em caso de dúvida sobre o fato ou a autoria, o réu é absolvido. E somente se permite *transação penal* ou composição entre os envolvidos, pondo fim ao processo criminal, quando houver previsão expressa (regras excepcionais).

No âmbito do Direito Civil, as formas procedimentais para a apuração do fato se contentam com a *verdade jurídica* ("aparência" formal suficiente ao convencimento do julgador), e acolhem a transação como regra geral de extinção da obrigação (forma de cumprimento tardio, mas suficiente à pacificação). O princípio *processual* civil vigente é o da *disponibilidade*, significando isso que o juiz só pode decidir os pontos (do pedido do autor ou de recusa do réu) que formalmente lhe forem submetidos. Para essa formalização (salvo as exceções expressas do Juizado Especial), a intermediação (utilização) do advogado é indispensável, tanto para a propositura do pedido, como para a defesa do acionado. No tocante à demonstração dos fatos, a prova ora é ônus do autor da demanda, ora de quem se defende, de acordo com as circunstâncias em que o fato ocorreu. É preciso que os advogados dos interessados fiquem atentos para essas circunstâncias. Para a decisão de mérito, no caso de *erro médico* – aqui compreendido o erro odontológico –, o juiz sempre levará em conta a prova *técnica* pericial, com a liberdade que lhe confere o art. 436 do CPC. Quanto mais grosseiro for o erro médico, ou evidente a negligência do estabelecimento hospitalar, mais facilmente se constatará a *responsabilidade*, e, por decorrência, a condenação impor-se-á.

12. PRESCRIÇÃO CIVIL NA ODONTOLOGIA

Para receber *honorários* odontológicos, o Código Civil de 1916 (art. 178, § 6º, IX) estabelecia o prazo de um ano. Agora, o prazo prescricional para os profissionais liberais em geral é de 5 anos (art. 206, § 5º, inciso II, do CC/2002), a contar do término da prestação dos serviços ou da interrupção pela cessação do contrato.

Já para a "*reparação civil*", o mesmo CC/2002, no art. 206, § 3º, inciso V, estabelece prazo prescricional de 3 anos.

Pelo CDC, para a vítima exigir *indenização* civil, pela má prestação do serviço (erro censurável do profissional liberal – *in casu*, por odontólogo), o prazo continua sendo de 5 anos, com base no art. 27 do CDC. Esse prazo conta da *ciência* do dano (fato) e do conhecimento de sua autoria.

O aparente conflito não é óbice. Não obstante o art. 206, § 3º, inciso V, do CC/2002, estabelecer prazo de 3 anos para "*reparação civil*", entendemos, com apoio no § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, que essa regra *geral* não altera a *especial* de prestação de serviços ao *consumidor* (art. 27 do CDC), ou seja, a nosso ver, a prescrição para as ações indenizatórias contra o odontólogo é de 5 anos. É oportuno lembrar, com base no princípio da *equidade* que deve imperar nas relações sociais, que seria absurdo negar direito ao paciente para receber indenização por *erro grave e danoso* cometido pelo odontólogo (ou qualquer outro profissional liberal), em razão do escoamento do prazo de 3 anos, e, após isso, por essa mesma conduta profissional danosa, ser o paciente acionado e compelido a pagar os honorários profissionais, diante do prazo de 5 anos estabelecido no art. 206, § 5º, do CC/2002.

Quanto à matéria processual, hoje, por força da Lei nº 11.280/06 (que *modificou* a redação do § 5º do art. 219 do CPC, e *revogou* o art. 194 do CC/2002), o juiz "*pronunciará*" (imperativo) a prescrição (seja ela qual for), de ofício. Antes do advento dessa lei, o juiz somente podia conhecer da prescrição, de ofício, se ela *não* incidisse sobre "direitos *patrimoniais*". Para os direitos *patrimoniais*, a aplicação da prescrição pendia de *provocação* pelo interessado. Agora, para a aplicação de ofício, a prescrição incide sobre toda e qualquer *lesão* de direito submetida à apreciação do Judiciário – exceto em relação aos direitos previstos, constitucionalmente, como *imprescritíveis*. A redação é imperativa: "*§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição*".

A controvérsia jurisprudencial sobre o *momento* processual da argüição da prescrição e a proibição do juiz decretá-la de ofício estão, finalmente, encerradas. Desse modo, a Inicial do pedido definitivo ou da medida cautelar será indeferida de plano (art. 295, IV; e art. 810, ambos do CPC), se o juiz detectar incidência de prescrição. Outrossim, caso o juiz deixe de decretar a prescrição no despacho inicial, poderá fazê-lo a qualquer tempo, por se tratar de *fato extintivo do direito do autor, com definição de mérito*. De igual maneira, caso o juiz deixe de assim agir, compete à parte interessada, por meio de seu advogado, requerer, a qualquer tempo, a aplicação da prescrição, com sustento material no art. 193 do CC/2002.

A *execução* da sentença também prescreverá nos mesmos prazos previstos para a respectiva ação, consoante Súmula 150 do STF. *In casu*, em 5 anos, a contar do trânsito em julgado da condenação.

A prescrição qüinqüenal, para honorários profissionais e para indenização civil, também poderá ser *intercorrente*, ou seja, ser aplicada de ofício (ou provocada, se necessário) se o respectivo processo judicial ficar paralisado por mais de 5 anos, por desinteresse do credor.

13. CONCLUSÃO

a) – Os conflitos judiciais sobre *saúde*, por se subordinarem ao princípio de que se trata de "*direito de todos e obrigação do Estado*", têm natureza própria que ultrapassa os limites da relação contratual *privada*, assim como os da relação individual de *consumo*. Em relação a esta, porque nela não se esgota, nem é, necessariamente, continuada. Em relação àquela, porque o interesse é supra Constitucional e transnacional.

b) – Para os efeitos de indenização ao paciente, não há distinção entre odontólogo particular ou funcionário público, em prestação de serviços pagos ou gratuitos. O mesmo princípio se aplica aos serviços médicos e aos serviços hospitalares. A responsabilidade é idêntica para todos.

c) – A reparação dos danos decorrentes de prestação de serviços envolvendo *saúde* é feita mediante *apuração da culpa*, nos termos do art. 951 do CC/2002 e art. 14, § 4º do CDC. Não obstante essas disposições legais, relativamente à prova e ao convencimento do julgador, por força de obrigação expressa (dentre outros, art. 2º; art. 3º, V e VI; art. 5º, IV, V e VII; art. 7º, IV, VI, VII e X; art. 9º, IV; e art. 24, VI, do Código de Ética Odontológica – Resolução CFO nº 42/2003. E, também, art. 2º; art. 5º; art. 14; art. 27 e art. 57, do Código de Ética Médica – Resolução CFM nº 1.246/88), o contrato de *meios* passa a ter natureza de *empenho*, fato que obriga o médico e o odontólogo a dar ao paciente, dentro dos limites do possível, o que a Medicina e a Odontologia tiver de mais acertado, mais avançado e mais atualizado. Por conseqüência, cabe a esses profissionais demonstrarem, em juízo, como bem agiram e como bem cuidaram do paciente.

d) – Em sede processual sobre *saúde*, em razão da aplicação do princípio da *carga probatória dinâmica*, o médico (assim como o odontólogo) carrega consigo o dever de provar o exato cumprimento do contrato de *empenho*, enquanto que os hospitais têm o dever de provar *ausência de culpa*, por meio da comprovação do satisfatório cumprimento de todas suas obrigações preventivas e, também, de assistência médica ao paciente internado.

e) – Ao valorar o conjunto probatório, para desate de conflito individual envolvendo prestação de *serviços* na área da *saúde*, o julgador há de ter por paradigma a prestação de serviços *advocatícios*, como idêntico contrato de *empenho*. Entretanto, enquanto o advogado somente pode *agir* via procedimento *escrito*, *protocolado* e, daí para frente, *público* – fato que torna fácil a prova, via Certidão, por parte do constituinte descontente ou pelo próprio advogado –, o médico (assim como o odontólogo), sujeito às urgências e emergências, em especial à singularidade do paciente, nem sempre dispõe de documentos, de protocolos, de registros públicos, ou tratar-se de fato público. Muito menos, por conclusão, dispõe de *Certidão*. A demonstração de como agiu, em determinadas circunstâncias, limitar-se-á à narrativa de como atendeu e de como enfrentou a doença do paciente, e sua coerência com os demais elementos de prova existentes – se houver. Nesses casos, eventual inexistência de *documentos* jamais poderá ser interpretada, isoladamente, como *ausência* de prova do cumprimento do contrato de *empenho*.

f) – Sem olvidar a regra de que o ser humano não pode servir de cobaia sem o seu consentimento esclarecido (art. 15 do CC/2002), o *equilíbrio* e a *sensibilidade* no julgamento dos conflitos sobre *saúde*, mais que cumprimento ao *devido processo legal*, inserem-se no contexto social como *justa* forma de composição, porque não interessa à sociedade o encolhimento das classes médica e odontológica, nem a diminuição ou desativação de hospitais.

14. *ABSTRACT*

This work deals with the civil liability resulting from the professional relationship between the odontologist and his patient under the Constitution and the laws which aim the individual health protection. It firms the dentist obligation to perform a perfect service using the adequate technique. In case of a judicial lawsuit the burden of the proof rests on the defendant. Also, the work covers the ethical duties and the due administrative punishment by the Odontological Class Entitity.

Key words: *Civil health liability. Odontologist and patient relationship. Burden of the proof. Odontologist administrative punishment.*

15. REFERÊNCIAS

ADONI, André Luis. *Bioética e Biodireito: Aspectos Gerais sobre a Eutanásia e o Direito à Morte Digna*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. nº 818, p.395-423.

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 4ª ed. SP: Saraiva, 1972.

BAUMANN DE LIMA, Gilberto. *Implicações Ético-Legais no Exercício da Enfermagem*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Mondrian, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por Atos de seus Agentes*. São Paulo: Atlas, 2000.

CASILO, João. *Dano à Pessoa e sua Indenização*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CASTRO SAMPAIO, Rogério Marrone de. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2002

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLÁUDIA FERNANDA de Oliveira Pereira. *Direito Sanitário – A Relevância do Controle nas Ações e Serviços de Saúde*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira. SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar*. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 2002.

DURVAL, Hermano. *Direito à Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

ESPERANÇA PINA, José Antonio Rebocho. *A Responsabilidade dos Médicos*. 3ª Ed. Lisboa: Edição Lidel, 2003.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Biodireito*. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica*. Curitiba-PR: Juruá Editora, 2004.

_____. Repensando o Direito do Consumidor – 15 anos do CDC. *A Responsabilidade Médico-Hospitalar e o Código do Consumidor*. Curiritiba-PR: OAB/PR, agosto de 2005.

IVAN PRUX, Oscar. *Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 1998.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
MATIELO, Fabrício Zomprogna. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2ª Ed. Porto Alegre-RS: Sagra Luzzatto, 2001.
MEDEIROS DA FONSECA, Arnoldo. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 3ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1958.
MORAES, Irani Novah. *Erro Médico e a Justiça*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
_____. *Erro Médico e a Lei*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 995.
NOTAROBERTO BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1989.
ORBÁN, Carmen Blas. *Responsabilidad Profesional Del Médico*. Barcelona. Espana: J.M.Bosch Editor, 2003.
PABLO STOLZE Gagliano. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*, Vol. III, 2ª ed. São Paulo: Saraiva.
RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
RODRIGUES ALVES, Vilson. *Responsabilidade Civil do Estado*. Campinas, SP: Bookseller, 2001.
SANTOS ESTEVES, Júlio César dos. *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo*. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2003.
SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. 3ª ed. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2003.
_____. Fundamentos Gerais, Regras e Espécies de Responsabilidade Civil e Criminal. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, Vol. 8, nº 8, p. 11-40, maio de 2005.
_____. Responsabilidade civil médico/hospitalar e o ônus da prova. *Revista Jurídica UNIJUS,* Uberaba, Vol. 9, nº 11, p. 13-50, novembro de 2006.
SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Direito Civil – Alguns Aspectos da sua Evolução*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.
STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito & Medicina*. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2000.
TEPEDINO, Gustavo, e outros. *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Edição Renovar, 2001.
VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. TALLONE, Federico. *Derecho Médico Y Mala Praxis*. Editorial Júris. Rosário/Santa Fé, Argentina, 2000.
VELOSO DE FRANÇA, Genival. *Direito Médico*. 8ª ed. São Paulo: BYK Fundo Editorial, 2003.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Contratos em espécie e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2001.

O PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS INDIVIDUAIS – DUAS PODEROSAS FORÇAS ANTIMAJORITÁRIAS

Paulo Fernando Silveira[1]

Resumo:

Três aspectos constitucionais são abordados neste artigo. Primeiro: A divisão do poder político a fim de se evitar a tirania do governo e de se defender a liberdade e a democracia. Assim, em corte horizontal surge o federalismo pelo qual se atribui à União, Estados e Municípios o poder de legislar. Em corte vertical emerge a separação dos poderes. Os ramos executivo e legislativo são eleitos. A lei constitui a expressão da vontade da maioria do povo representada por esses poderes. O judiciário tem natureza de poder não eleito. Segundo: Os direitos individuais e suas garantias são regras antimajoritárias. Desse modo, a Constituição proíbe qualquer interferência governamental neles por meio de lei, a menos que embasada num real, concreto e sobrepujante interesse público que exija uma excepcional ação governamental. Terceiro: O Judiciário funciona como poder antimajoritário. Sua missão principal é agir como guardião dos direitos fundamentais e resguardar sua própria independência. A lei, que interfere nos direitos individuais ou restringe a jurisdição do poder judiciário, deve ser considerada suspeita de inconstitucionalidade. Submete-se, pelo judiciário, a um escrutínio estrito. No caso, nos ombros do governo recai o ônus da prova da imprescindibilidade da intervenção legal. De outra sorte, a lei que regulamenta outras normas constitucionais é controlada apenas pelo critério da razoabilidade. Nessa hipótese, o ônus da prova incumbe a quem alega a sua inconstitucionalidade.

Palavras chaves: Poderes eleitos: legislativo e executivo. Poder judiciário. Poder não eleito e antimajoritário. Direitos individuais e suas garantias. Regras constitucionais antimajoritárias. O Judiciário como guardião da Constituição. A interpretação da lei sob a Constituição. Lei suspeita. Lei comum. Critério da razoabilidade da lei. Ônus da prova.

Sumário: 1. Introdução – 2. Antecedentes de governos oligárquicos e ditatoriais no Brasil – 3. A fragmentação do poder político para se evitar a tirania do governo. A doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*) – 4. Fiscalização e controle dos poderes governamentais pelo povo – 5. A lei como expressão da vontade da maioria. A função primordial do judiciário como poder antimajoritário – 6. Dois corpos distintos de normas constitucionais. Suspeição da lei que atente contra os direitos individuais e suas garantias. Escrutínio estrito e inversão do ônus da prova. – 7. Direitos individuais básicos – 8. Distinção entre advocacia de idéias e incitação ao crime – 9. Outros direitos individuais existentes além do rol do art. 5º, da Constituição Federal. – 10. Tratados e convenções internacionais. Direitos humanos. Força de emenda constitucional – 11. Características dos direitos individuais – 12. Natureza auto-exercitável. Independência de prévia lei – 13. Garantias dos direitos individuais – 14. Demais normas constitucionais. Critério da razoabilidade. Ônus da prova – 15. Conclusão – 16. *Abstract* – 17. Referências.

1 - Juiz Federal aposentado. Advogado. Jurista. Escritor. Fundador do Tribunal Arbitral da Associação Comercial e Industrial de Uberaba – ACIU. Membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro - ALTM.

1. INTRODUÇÃO

Maioria e minoria são modos de se caracterizar, na política, a forma de governo, isto é, o modo pelo qual a sociedade institui e organiza o poder político e disciplina a relação entre governantes e governados. Há o governo de uma só pessoa, como nas ditaduras ou nas monarquias. Há o de alguns, como nas aristocracias (governo dos mais sábios e competentes) e nas oligarquias (governo dos mais ricos); e há o governo de muitos, ou seja, do povo, que elege seus representantes para o exercício do poder, em rodízio, a prazo certo. Esta é a característica fundamental da república.

Para *Niccolo Machiavelli* só existem duas formas de governo: república (democrática ou ditatorial) ou monarquia (hereditária ou não). Essa distinção foi feita por ele, com rara lucidez, na primeira oração de seu famoso livro "O Príncipe", quando afirmou concisa e lapidarmente que: "Todos os Estados e Governos pelos quais os homens são ou têm sido sempre governados, tem sido e são ou Repúblicas ou Principados." (*All the States and Governments by which men are or ever have been ruled, have been and are either Republics or Princedom.)*[2]

Aristóteles anteriormente já definia a democracia como sendo o governo da maioria numérica, que é suprema. Esclareceu o estagirita que, "das formas de democracia, primeiro vem a que é dita ser baseada estritamente na igualdade. Em tal democracia, a lei diz que é justo para o pobre não ter mais vantagens do que o rico, nem deve ser senhor, mas ambos iguais. Portanto, se a liberdade e igualdade, como pensam alguns, devem ser encontradas na democracia, elas melhor serão alcançadas quando todas as pessoas compartilharem o governo ao máximo. E, desde que o povo é a maioria, e a opinião da maioria é decisiva, tal governo necessariamente deve ser uma democracia".(*Of forms of democracy first comes that which is said do be based strictly on equality. In such a democracy the law says that it is just for the poor to have no more advantages than the rich; and that neither should be master, but both equal. For if liberty and equality, as it thought by some, are chiefly to be found in democracy, they will be best attained when all persons alike share in the government to the utmost. And since the people are the majority, and the opinion of the majority is decisive, such a government must necessarily be a democracy.)*[3]

Ainda, de acordo com o grande filósofo grego, a liberdade é o primeiro princípio da democracia, eis que, nela, cada um vive como quer. Subentende-se latente, na sua tese, que a igualdade, no sentido de participação na escolha dos governantes e do destino da cidade, apresenta-se como outro sustentáculo da democracia, ao afirmar que a maioria numérica é suprema na sua vontade. Di-lo: "A base do Estado democrático é a liberdade, a qual, de acordo com a opinião comum dos homens, só nele pode ser desfrutada. Afirmam ser este o grande fim da democracia. Um princípio da liberdade é todos governarem e serem governados em turnos e a verdadeira justiça democrática é a aplicação da igualdade numérica não proporcional. Daí decorre que a maioria deve ser suprema e o que aprovar deve ser o fim e o justo. Todo cidadão, é dito, deve ter igualdade, e por conseqüência, na democracia o pobre tem mais poder do que o rico, porque há mais deles e a vontade da maioria é suprema. Esta é uma característica da liberdade que todo democrata afirma ser o princípio de seu Estado. Outra é que o homem deve viver como gostar. Este é, dizem, o privilégio do homem livre, pois, de outra forma, não viver

2 Machiavelli, Niccolo. The Prince**.** The Easton Press , USA, 1980, p. 27

3 Aristotle. Politics. The Easton Press. USA, 1979, p. l28.

como gostar é a marca do escravo. Esta é a segunda característica da democracia, de onde tem levantado o clamor dos homens no sentido de não serem governados por ninguém, se possível, ou, se impossível, governarem e serem governados em turnos; assim, isso contribui para a liberdade baseada na igualdade." (*The basis of a democratic state is liberty; which, according to the common opinion of men, can only be enjoyed in such a state; this they affirm to be the great end of every democracy. One principle of liberty is for all to rule and be ruled in turn, and indeed democratic justice is the application of numerical not proportionate equality; whence it follows that the majority must be supreme, and that whatever the majority approve must be the end and the just. Every citizen, it is said, must have equality, and therefore in a democracy the poor have more power than the rich, because there are more of them, and the will of the majority is supreme. This, then, is one note of liberty which all democrats affirm to be the principle of their state. Another is that a man should live as he likes. This, they say, is the privilege of a freeman, since, on the other hand, not to live as a man likes is the mark of a slave. This is the second characteristic of democracy, whence has arisen the claim of men to be ruled by none, if possible, or, if this is impossible, to rule and be ruled in turns; and so it contributes to the freedom based upon equality.*)[4]

O princípio da prevalência da vontade da maioria, como fundamento de um governo democrático, foi decididamente encampado por *John Locke*, quando publicou (l.689/90) o livro intitulado "Dois Tratados sobre o Governo" (*Two Treatises of Government*). Nele, refutou-se, frontalmente, o poder absoluto e a doutrina da origem divina do poder. Aí, pela primeira vez na história, alguém, de modo expresso e ostensivo, considera o governo não como originário do poder divino, ou decorrente do pacto firmado entre governante e uma minoria privilegiada de governados, como ensinava *Hobbes*. Para *Locke*, o poder de governar decorre simplesmente da união, em comunidade, daquele que saiu do estado da natureza, que, assim, renuncia, a favor da maioria da comunidade – a menos que expressamente tenha concordado com número superior a essa maioria – o poder necessário aos fins para os quais se uniu em sociedade. E isso é feito simplesmente ao concordar em se unir a um corpo social político, o qual é tudo que o pacto é, ou necessita ser, entre o indivíduo que entra ou faz uma comunidade política. Assim, aquilo que inicia e verdadeiramente constitui qualquer sociedade política é nada, exceto o consentimento de qualquer número de homens livres, capazes de serem maioria, para unir e incorporar dentro dessa sociedade. E isso é tudo, tudo somente, que faz ou dá início a qualquer governo legal no mundo." (*Whosoever, therefore, out of a state of Nature unite into a community, must be understood to give up the power necessary to the ends for which they unite into society to the majority of the community, unless they expressly agreed in any number greater than the majority. And this is done by barely agreeing to unite into one political society, which is all the compact that is, or needs be, between the individuals that enter into or make up a commonwealth. And thus, that which begins and actually constitutes any political society is nothing but the consent of any number of freemen capable of majority, to unite and incorporate into such a society. And this is that, and that only, which did or could give beginning to any lawful government in the world*).[5]

O forte do pensamento de *Locke* é que a legitimidade do governo resulta, necessariamente, da decisão da maioria. Para ele, diferentemente de *Hobbes*, não há renúncia dos direitos naturais em virtude do pacto, que não é celebrado entre governante e governado, mas

4 Aristotle. Op.cit., p. 207.

5 Locke, John. Two Treatises of Government. The Easton Press, USA,199l, book II, cap.VIII, p.l78.

entre os indivíduos que formam a maioria, visando, por eleição, e não por direito hereditário, formar o governo justamente para proteger esses direitos naturais.

Daí por que *Locke* – na mesma linha de *Espinosa* – justifica o direito à rebelião quando o governo volta-se contra o povo, que forma a maioria, que o constituiu e do qual obteve sua legitimidade.[6]

Todavia, *Alexis de Tocqueville*, em seu livro *Democracy in América,*[7] alertou contra o risco da tirania da maioria. Preocupado com a perda da liberdade individual, ou de grupo social minoritário, indagou: "Quando um homem ou um partido sofre uma injustiça nos Estados Unidos, em quem ele busca socorro? Na opinião pública? É ela que forma a maioria. No corpo legislativo? Ele representa a maioria e lhe obedece cegamente. No poder executivo? Ele é eleito pela maioria e a serve como passivo instrumento. Na polícia? Ela não é senão a maioria com armas. No júri? O júri é a maioria vestida com o direito de pronunciar julgamentos: mesmo os juízes em certos Estados são eleitos pela maioria. Assim, por mais iníqua ou desarrazoada que a medida que o machuca for, você deve se submeter a ela." *(When a man or a party suffers an injustice in the United States, to whom can he turn? To public opinion? That is what forms the majority. To the legislative body? It represents the majority and obeys it blindly. To the executive power? It is appointed by the majority and serves as its passive instrument. To the police? They are nothing but the majority under arms. A jury? The jury is the majority vested with the right to pronounce judgment; even the judges in certain states are elected by the majority. So, however iniquitous or unreasonable the measure which hurts you, you must submit.)*

O próprio *Tocqueville* tentou dar a solução para o perigo da tirania da maioria, contrapondo-se-lhe os freios e contrapesos. "Mas suponha que você tenha um corpo legislativo tão bem composto que ele representa a maioria sem ser necessariamente escravo de suas paixões, um poder executivo tendo a sua própria força e um poder judiciário independente das outras duas autoridades; então, você poderá ter um governo democrático, mas dificilmente haverá qualquer risco remanescente de tirania". *(But suppose you were to have a legislative body so composed that it represented the majority without being necessarily the slave of its passions, an executive power having a strength of its own, and a judicial power independent of the other two authorities; then you would still have a democratic government, but there would be hardly any remaining risk of tyranny.)*

2. ANTECEDENTES DE GOVERNOS OLIGÁRQUICOS E DITATORIAIS NO BRASIL

Em nosso país, a partir de sua independência de 1822, o poder político sempre ficou histórica, indevida e impropriamente concentrado nas mãos do chefe do poder executivo. No tempo do império, D. Pedro I e, depois, seu filho, D. Pedro II, governaram despoticamente, eis que acumulavam, ainda, o poder moderador. Em síntese, a vontade do imperador sempre foi a lei e traduzida pela lei, editada por uma assembléia domada e servil, sem quase nenhuma representação popular. Instalada a república por meio de um golpe militar, o poder político, na chamada de república velha, foi exercido pelos coronéis, ou seja, uma minoria oligárquica,

6 Silveira, Paulo Fernando. 500 Anos de Servidão. A Lei como instrumento de dominação política no Brasil. OAB Editora, Brasília, 2004, p. 50.

7 Tocqueville, Alexis. Democracy in America. The Easton Press, USA, 1991, vol. I, p.233.

basicamente de latifundiários, banqueiros e grandes comerciantes, ou por pessoas ligadas a esses grupos de interesse. Com a revolução de 1930, Getúlio Vargas empolgou, solitariamente, o poder, vivendo o povo debaixo de uma feroz ditadura até l945. Depois desse ano, até l963, as raposas políticas seguiram a cartilha dos coronéis da primeira república. Mesmo o grande presidente Juscelino Kubitscheck de Oliveira foi cria das velhas oligarquias que haviam sido combatidas por Vargas. De 1964 a 1985, o povo brasileiro viveu debaixo da ditadura dos militares. Todas as sete Constituições, até então promulgadas e outorgadas (1824, 1891, 1934, 1937, 1967 e 1969), foram elaboradas pelo governo, à revelia do povo, ante a fraca representação congressual. Mesmo a de 1946, apesar de ser saudada como democrática, foi feita por um grupo de notáveis, sem a adequada e proporcional participação popular. Basta notar, para isso, que o analfabeto não votava e a maioria do povo era iletrada. Por isso, essas Constituições não passaram de meras folhas de papel, já que não resguardaram, adequadamente, nenhum direito individual. Somente a partir da Constituição de 05.10.1988, é que o povo começou a tomar consciência da necessidade de uma correta e proporcional representação congressual, eis que as leis, editada pelos poderes eleitos, majoritários, devem traduzir os interesses da maioria. Daí,surge a necessidade de se entender a função do poder judiciário, como poder não eleito, e a força constitucional das normas que disciplinam os direitos e garantias individuais.

3. A FRAGMENTAÇÃO DO PODER POLÍTICO PARA SE EVITAR A TIRANIA DO GOVERNO. A DOUTRINA DOS FREIOS E CONTRAPESOS (CHECKS AND BALANCES)

Com o objetivo claro de se evitar a tirania e a opressão sobre o povo por um governo centralizador, autoritário e ditatorial, a Constituição Federal, seguindo o paradigma americano, criou salvaguardas, ao fragmentar o poder político – monolítico na mão do ditador – repartindo-o de duas maneiras diferentes (federalismo e independência dos poderes), cada qual subdividindo-se em três frações distintas.

Assim, num corte horizontal, ao adotar o federalismo, criado, pela primeira vez no mundo, pela Constituição americana de 1787, a Carta Política brasileira distribuiu o poder político entre os entes federativos (União, Estados-Membros e Municípios), dotando-os de competência legislativa exclusiva e privativa e, também, de autonomia administrativa e financeira, de modo a viabilizar sua autogovernabilidade. Assim, cada ente político tem de respeitar a área de atuação constitucional, material e legislativa, estabelecida pela Carta Magna para os outros dois. O princípio federativo, que embasa essa forma de repartição do poder político, impõe que a União, como ente central, atue de modo excepcional, cuidando apenas das questões externas (p. ex.diplomacia, soberania, forças armadas etc.) e, internamente, as que envolvam interesses de âmbito nacional (p.ex. navegação marítima, aeroportos, impostos federais, polícia federal, justiça federal etc.), ou as que abranjam mais de um Estado-Membro (comércio interestadual; ICMS); por sua vez, ao Estado-Membro, como ente político periférico, ficou assegurado o controle das questões regionais (áreas metropolitanas; conflitos entre municípios, servidores públicos estaduais, polícia estadual, justiça estadual, impostos estaduais); e, finalmente, aos municípios, as matérias de interesse local (além dos assuntos específicos, como por exemplo o que trata dos servidores municipais e dos impostos municipais), todos os em que prevaleça, sobrepondo-se, o interesse local sobre o regional ou federal). Como a União atua por exceção, o grosso da legislação deve provir dos entes periféricos (em maior

parte dos municípios, onde o indivíduo de fato mora e exerce os seus direitos civis), que estão mais de perto em contato com os problemas a serem resolvidos pela administração pública.

O federalismo constitui, pois, uma forma de fragmentação do poder político, a fim de se evitar a tirania resultante do excesso de concentração do poder governamental. Nesse sentido, asseverou o *Justice Black* da Suprema Corte americana, citado por *Tony Freyer*: "Nosso conceito de federalismo se assenta na política básica de evitar concentração excessiva de poder no governo, federal ou estadual." *(Our concepts of federalism rested on the basic policy of avoiding excess concentration of power in government, federal or state.*) [8]

Consciente dessa função essencial exercida pelo federalismo, como fator descentralizador e, simultaneamente, propulsor do crescimento político das lideranças locais, que não podem ser anuladas – muito menos ficar dependentes, na sua escalada política, do poder central – *Paul J. Mishkin* enfatizou: "As funções políticas decorrentes de um real e forte federalismo têm se transformado em alguma coisa mais importante do que no passado. Por funções políticas, eu quero dizer as funções dos governos dos Estados (e locais) como fortalezas do pluralismo e da liberdade. Os Estados têm um papel como autônomos centros de poder – e como poder de base – que não são sujeitos ao controle hierárquico pelo poder central". (*The political functions of a real and strong federalism have become, if anything, more important than in the past. By 'political' functions, I mean the functions of state (and local) governments as bulwarks of pluralism and of liberty. The states have a role as autonomic power centers – and thus power bases – that are not subject to hierarchical control from the center.*)[9]

Desse modo, sob pena de concentração indevida do poder político, não se pode permitir que um ente governamental (geralmente a União Federal), usurpe a competência do Estado-Membro ou do Município, disciplinando, por lei, matéria fora de sua alçada. A lei federal não é superior à lei estadual ou municipal. Cada ente político pode e deve legislar, com exclusividade, na área de sua competência legislativa constitucionalmente delineada. Assim, uma lei municipal, dispondo sobre assunto de interesse eminentemente local, vale mais do que uma lei federal, ou estadual, porque, nesse caso, está validada e legitimada pela Constituição. Sendo a única a ter eficácia, ela naturalmente se opõe a qualquer indevida usurpação de competência originada nos entes políticos mais ao centro (Estado-Membro e União Federal), que cuidam, em razão do princípio federalista, de questões de maior abrangência territorial.

O professor *Richard Steward* tem sugerido uma estreita correlação entre a defesa da autonomia do Estado-Membro, contra a dominação da União, com os direitos individuais, aos quais se acha atada. Ele identifica quatro aspectos da estrutura federal descentralizada que podem ser considerados valores que o indivíduo desejaria implementar: *a grande precisão* com que o tomador de decisão local pode operar como útil calculador dos custos e benefícios; *a maior proteção da liberdade* que a tomada de decisão estadual descentralizada alcança ao dificultar que qualquer grupo de pessoas se assenhoreie do poder total nacional; *o maior grau de comunidade,* alavancado pela oportunidade de participação política que a descentralização torna possível; e *a maior diversificação* que a descentralização encoraja. (*Professor Richard Stewart has suggested how claims of state sovereignty might be grounded in individual rights. He identifies four features of a decentralized federal structure which can be stated as values an individual would wish to further: the greater accuracy with which a local decisionmaker*

8 Scheiber, Harry N. Federalism and the Judicial Mind. Berkeley: Institute of Governmental Studies Press. University of California, USA.,1992, p.104.

9 Scheiber, Harry N. Op.cit. p.156.

can operate as a utilitarian calculator of costs and benefits; the greater protection of liberty which the state's decentralized decisionmaking affords by making it harder for any one group to seize total national power; the greater degree of community fostered by the opportunity for political participation that decentralization makes possible; and the greater diversity which decentralization fosters).[10]

A propósito, não se pode esquecer a precisa advertência lançada pelo *Justice* Brandeis,[11] da Suprema Corte americana, ao elaborar a doutrina do estado-laboratório. Disse ele:

"Constitui um dos felizes acidentes do sistema federal que um único e corajoso Estado possa, se assim quiserem os seus cidadãos, servir como um laboratório; e tentar novos experimentos sociais e econômicos sem colocar em risco o restante do país". (*It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country)*.

À luz desses raciocínios, fortes no princípio federalista, é inconstitucional o governo federal se apoderar de imposto estadual (ICMS) e municipal (ISS), ainda que com o compromisso de repassar aos seus titulares o valor arrecadado, como estabelecido nos artigos 13 e 22, da Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte). No caso, se o empresário utilizar a guia única do Simples Nacional, compete ao estabelecimento bancário separar, de imediato, as receitas ali mencionadas como pertencentes ao município e ao Estado-Membro, creditando os valores respectivos, instantaneamente, em suas contas correntes. Receitas próprias dos entes políticos periféricos não podem, nem devem – sob risco de dominação política – ser controladas pelo ente central.

Já, num corte vertical, o poder político foi dividido entre três ramos governamentais: Legislativo, Executivo e Judiciário – LEJ. Cada um deles é independente do outro. Porém, para não se inviabilizar a governabilidade do país, devem caminhar juntos, de preferência harmoniosamente. Todavia, isto não quer dizer que devam fazê-lo, sempre, consensualmente. Ocasionais enfrentamentos legislativos, ou judiciais, entre os poderes instituídos são próprios da democracia e necessários à sua sobrevivência. São como as tempestades no mundo físico. Não obstante serem esporádicas e indesejadas, além de causarem danos colaterais, sua ocorrência é certa e inafastável e, de certo modo, necessária, a fim de se equilibrarem os efeitos da natureza. Os eventuais confrontos entre os poderes instituídos fazem parte dos freios e contrapesos (*checks and balances*), doutrina pela qual cada ramo do governo controla e fiscaliza os outros dois. Se houver consenso absoluto entre eles, ou entre dois deles, já não teremos democracia, mas ditadura dos poderes, em virtude da indevida concentração, não desejada, nem permitida pela Constituição. Os três poderes hão de falar a mesma língua (governabilidade), porém cada um se expressando à sua maneira e, às vezes, contrariamente ao entendimento dos outros dois. A democracia pressupõe a fragmentação do poder político. É como um tapete colorido, com diversos desenhos formando, harmoniosamente, um quadro. Se for da mesma cor (a prevalecer unicamente a vontade do ditador) o tapete não ressalta essas diversas nuanças. É monótono. Desdenha da criatividade. Impede a contribuição participativa. Gera a letargia, a indolência e a dependência. Em matéria de interpretação da lei, o poder judiciário detém, pela Constituição, o direito e o dever de dar a última palavra, isto é, dizer o

10 Tribe, Laurence H. American Constitutional Law. 2 ed. Foundation Press, USA,1988, p.385.

11 Brandeis, J. New State Ice Co. v. Liebmann 285 US.262 (1932).

que a lei é. O pronunciamento do Supremo Tribunal Federal – a mais alta Corte do país em matéria constitucional e, também, relativamente à validade de lei local, contestada em face da Constituição Federal ou da lei federal – só pode ser superado por emenda constitucional. Existindo, em nosso país, um tribunal intermediário, também com jurisdição nacional, que é o Superior Tribunal de Justiça, a ele pertence, quando não for suscitada a questão constitucional, a última palavra em matéria de validade de leis, exceto em se tratando de lei municipal, nos casos acima citados.

Na interpretação do texto constitucional, há de se observar o equilíbrio na distribuição do poder político, entre os Entes federados, visado pelo constituinte originário. Para alguns publicistas esse é o elemento dominador na regra interpretativa da Constituição.Esse importante, decisivo e indeclinável papel é destinado ao Judiciário, que, como poder político não eleito, tem o dever de examinar a matéria observando as reais necessidades do país.

John H. Garvey e T. Alexander Aleinikoff asseveraram que a metáfora do balanceamento refere-se a teorias de interpretação constitucional que são baseadas na identificação, avaliação e comparação dos interesses em conflito. Expõem que o melhor argumento utilizado pelos defensores do *balancing* é o que permite as Cortes Judiciais aumentar o processo de equilíbrio, dando peso a interesses que o legislativo tende a ignorar ou subavaliar. Dentro desse enfoque, a Corte desempenha dois importantes papéis: **1.** reforça a representação, assegurando que interesses impopulares ou de grupos mal representados politicamente sejam contados e considerados com justiça; **2.** protege direitos e interesses constitucionais que, às vezes, são esquecidos no *hurly-burly* da Política. Advertem, todavia, que o balanceamento pela Corte não repete a função legislativa ou suplanta os julgamentos legislativos de boa política social. Usa-se o ato legislativo como medida da importância social e, assim, como uma base para calcular o grau para o qual o interesse constitucional deverá ser "atenuado" (*A better argument for the balancer is that the Court improves the balancing process by giving weight to interests that the legislature tends to ignore or undervalue. Under this view, the Court plays two important roles. First, it reinforces representation, ensuring that the interests of unpopular or under-represented groups are conted and conted fairly. Second, it protects constitutional rights and interests that are sometimes forgotten in the hurly-burly of politics. [...] The balancing court does not replicate the legislative function or* supllant *legislative judgments of good social policy. It uses the legislative act as a measure of social importance and thus as a basis for calculating the degree to which the constitutional interest should be "softened".*)[12]

A partir dessa ótica, lícito não é aos poderes eleitos reduzirem, ou retirarem, em certos casos, por meio de emendas constitucionais ou de leis, a jurisdição do poder judiciário, nem seu poder de conceder liminares e, excepcionalmente, a antecipação de tutela. Compete a esse poder não eleito preservar sua jurisdição constitucional e sua força política para evitar lesão ou ameaça a direito dos particulares por meio de provimentos preventivos, sempre que ficarem evidenciados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O poder cautelar é ínsito ao poder jurisdicional.

A advertência feita para o legislador, no sentido de não restringir a independência do poder judiciário, serve, também, com muito mais propriedade, para o executivo federal.

Nos Estados Unidos, durante a guerra civil, os militares passaram a submeter a seus tribunais, de exceção, os civis acusados de sabotagem ou de espionagem, condenando vários

12 Garvey, John H. and Aleinikoff, T. Alexander. Modern Constitutional Theory: A Reader. St. Paul: West Publishing, USA., 1991, p.l08.

deles à morte. Em 1866, ao apreciar o caso *Ex parte Milligan*, a Suprema Corte daquele país concedeu o *Writ of Certiorari* para anular essas condenações, não permitindo a redução da jurisdição dos tribunais civis. Analisando esse caso, *Laurence H. Tribe*[13] explica que "Como temos visto, a autoridade doméstica do executivo é mais abrangente em tempos de guerra. Onde, entretanto, o Presidente procura diretamente suplantar o judiciário na solução de casos particulares, a Suprema Corte submeterá as justificações militares para tal ato a um exame estrito e meticuloso. Assim, no caso *Ex parte Milligan* a Corte regrou que lei marcial durante a Guerra Civil não pode "ser aplicada aos cidadãos nos estados que mantiveram a autoridade do governo, e onde as cortes estão abertas e seu processo desobstruído". Empregando análise similar, a Corte sustentou, em 1946, que a declaração de lei marcial no Havaí subseqüentemente ao ataque sobre Pearl Harbor era inconstitucional." (*As we have seen, executive domestic authority is most expansive in time of war. Where, however, the President seeks directly supplant the judiciary in the resolution of particular cases, the Supreme Court will subject the military justifications for such action to close scrutiny. Thus, in Ex parte Milligan the Court held that martial law during the Civil War could not "be applied to citizens in states which have upheld the authority of the government, and where the courts are open and their process unobstructed." Employing a similar analysis, the Court held in 1946 that the declaration of martial law in Hawaii subsequent to the attack upon Pearl Harbor was inconstitutional.)*

No Brasil, diferentemente, o presidente Artur Bernardes, em 1926, dominando um congresso submisso, reduziu significativamente, por meio de uma emenda constitucional, a jurisdição do Poder Judiciário, dele retirando a apreciação de vários atos praticados pelo governo (legislativo e executivo) durante o estado de sítio, que vigorou por todo o seu mandato (CF–1891, art. 60, § 5º). Esse péssimo exemplo de anulação e de apequenamento do poder judiciário foi seguido pelo ditador Getúlio Vargas, em sua constituição "polaca", outorgada de 1937 (art.170), bem como pela ditadura do regime militar, iniciada em 1964, a ver pelo AI nº 5/68, art. 11, CF de 1969 (art. 157) e EC 15/85 (art.156, § 6º). Tais medidas não foram declaradas inconstitucionais por nosso Supremo Tribunal, nem mesmo depois de passados os períodos ditatoriais, apesar de elas terem, de modo flagrante e ostensivo, violado os direitos individuais e, simultaneamente, atentado contra o princípio da independência dos poderes, diminuindo a estatura política do poder judiciário e o seu prestígio perante a população, como poder confiável e com capacidade de defender a Constituição.

Historicamente, portanto, o judiciário brasileiro sempre foi politicamente fraco e submisso, primeiro aos monarcas, e, depois, aos poderes eleitos. Talvez, daí advenha seu extremado amor pela literalidade da lei – os preceitos constitucionais, até alguns anos atrás, eram raramente invocados – e o tecnicismo doentio que lhe dá oportunidade de não enfrentar o mérito das questões que desagradem ao governo. Agora, está na hora de ele construir, de fato, sua independência, já assegurada formalmente na Constituição.

Voltando à análise da lei, como expressão da vontade dos ramos governamentais eleitos, também ela não pode impor ao poder judiciário o recurso de ofício, também chamado de reexame necessário, nos casos em que os entes estatais ou suas fundações e autarquias deixarem de recorrer voluntariamente, atuando o judiciário como substituto processual da parte vencida, em detrimento da vencedora, o que viola, ainda, o princípio da isonomia processual, abrigado pela cláusula do devido processo legal.

13 Tribe, Laurence H. – Op.cit. p.238

Muito menos pode o Congresso Nacional, mesmo por meio de emenda constitucional, impor ao poder judiciário a obrigação de executar, de ofício, as contribuições sociais devidas pelo empregador ao INSS, em razão das sentenças trabalhistas que proferir (CF–art.114, VIII, inserido por força das emendas 20/98 e 45/04). Aí, além de ter sido ferido de morte o princípio da separação dos poderes (CF–art.2º), ocorrem várias outras inconstitucionalidades, como demonstrei no meu livro Tribunal Arbitral[14], tais como: a) – indevida substituição processual (o judiciário, que é poder político independente, age como exeqüente em nome e por conta de órgão do poder executivo); b) – falta de constituição do crédito tributário pelo regular lançamento, notificação e de sua inscrição na dívida ativa, como pressupostos imprescindíveis da execução (Lei 8.212/91 (Custeio da Previdência Social), art. 33, "caput" e seu § 7º, art. 37, "caput" e seu § 2º); c) – violação do devido processo legal, por ausência de prévio e amplo direito de defesa no decorrer da inexistente constituição administrativa do crédito tributário (notificação do débito, auto de infração, etc); d) – o objeto do crédito tributário, sujeito a rígidas normas impostas por lei complementar (Código Tributário Nacional) e por lei ordinária específica (acima citada), não se confunde com o da lide trabalhista, sujeita à sentença judicial, que se submete a outros pressupostos e que envolve exclusivamente a relação jurídica controversa entre particulares, terceiros no caso (empregado e empregador). Note-se que a sentença trabalhista não pode criar para a seguridade social (terceiro, estranho à demanda) um direito que não foi objeto de discussão na lide. Ainda que crie, cabe ao INSS, de posse da sentença, constituir regularmente o crédito tributário, observado o devido processo legal, mediante ampla defesa prévia, e fazer sua inscrição da dívida ativa, notificando o contribuinte, antes de executá-lo na Justiça Federal (única competente para o caso, a ver pelo disposto no art. 109, inciso I, da CF), onde o devedor ainda tem a oportunidade de apresentar nova defesa, com os recursos a ela inerentes.

4. FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DOS PODERES GOVERNAMENTAIS PELO POVO

Uma vez que o poder político emana do povo e em seu nome é exercido, compete ao próprio povo exercer severa fiscalização, indistintamente, sobre a conduta dos agentes dos três ramos governamentais a fim de se evitar a tirania, a ditadura e a opressão, de onde decorre a perda de sua liberdade. É lição sedimentada na história que todo aquele que exerce o poder tende a se corromper e a dele abusar. Todos, sem exceção, procuram se apoderar do poder e tendem a ampliá-lo por meios impróprios e a usurpá-lo, exercendo-o além de seus limites constitucionais permitidos e autorizados. Esse controle do povo se faz, normalmente, pela mídia: jornais, radiodifusão e televisão. Também se faz por meio do Ministério Público, que, apesar de ser um órgão do poder executivo, detém independência constitucional para defender os interesses da sociedade. De forma ancilar, o próprio cidadão pode exercer sua parcela de controle dos ramos governamentais ao fazer passeatas, mandar cartas aos deputados, ao escrever artigos ou manifestar sua opinião nos jornais e emissoras de radio, ou participar de uma ONG.

Se o povo se omite nessa fiscalização, ficando inerte e deixando apenas nas mãos dos governantes a livre aplicação dos recursos financeiros arrecadados com os impostos, bem como

14 Silveira, Paulo Fernando. Tribunal Arbitral - Nova Porta de Acesso à Justiça. Ed. Juruá, Curitiba-PR, 2006, p. 293/302.

a escolha e fixação dos interesses colocados nas leis, ainda que os agentes políticos aleguem estar buscando a melhor solução social, esse povo se torna servil e inoperante. A inação, o desinteresse pelas coisas públicas, a passividade e a tolerância com a corrupção são a marca – talhada no costume secular de aceitação do domínio dos governantes por meio de suas leis inconstitucionais – de um povo escravizado. Nenhuma Constituição recém promulgada ou lei inovadora pode salvar esse tipo de povo, acostumado aos grilhões. A construção de qualquer edifício começa pela base, pelos seus alicerces. Politicamente, uma nação democrática se constrói a partir do seu povo, que deve ser livre. A democracia e a liberdade exigem que, a todo instante, se lute por elas. Daí por que os embates entre os poderes são naturais e necessários, permanecendo, ainda, todos eles sob o controle do povo, que deve ficar em constante vigilância contra os tiranos, que são muitos a ambicionar o poder, e seus previsíveis abusos.

5. A LEI COMO EXPRESSÃO DA VONTADE DA MAIORIA. A FUNÇÃO PRIMORDIAL DO JUDICIÁRIO COMO PODER ANTIMAJORITÁRIO.

Há, ainda, uma distinção, muito sutil e pouco considerada, entre os três ramos governamentais. É que em dois deles (o legislativo e o executivo) os seus agentes são eleitos pelo povo. Atuam como representantes do povo. Os parlamentares e os governantes (presidente da república, governadores e prefeitos) são eleitos pela maioria dos cidadãos justamente para defender os interesses e fazer prevalecer a vontade dessa maioria. Daí, decorre que as leis feitas no congresso nacional (ou nas assembléias legislativas e câmaras municipais) e sancionadas pelo presidente da república (ou governadores e prefeitos) devem veicular, como regra, a vontade da maioria, resguardando o interesse, geralmente econômico, dessa maioria. O princípio da representação pressupõe a lógica desse raciocínio. Portanto, esses dois poderes, cujos membros são eleitos pelo voto, representam – pelo menos teoricamente – o interesse majoritário do povo. As leis devem refletir e encampar esses interesses majoritários.

Contudo, se assim não ocorre no Brasil, é porque, há defeito no processo representativo. Como se sabe, aqui, secularmente, o Congresso Nacional sempre representou o interesse de minorias oligárquicas, protegendo, por meio de leis, os seus interesses. Instituíram-se, a seu favor, não raras vezes, verdadeiros monopólios privados, como acontece com os bancos e as empresas de telecomunicação. Basta ver, para conferir a falta de representatividade do parlamento brasileiro, que até poucos anos atrás o analfabeto não votava. Essa situação só se modificou com a promulgação da Constituição de 1988, a Constituição Cidadã, que ampliou a representatividade congressual. Ora, como se sabe, ainda hoje, parcela significativa do povo brasileiro é analfabeta. Logo, o congresso não representava, até bem recentemente, o interesse do povo ao fazer as leis. Por isso mesmo, como sabido, a maioria da legislação editada anteriormente a 1988 padece do vício da inconstitucionalidade, por resguardar, apenas, os interesses de grupos oligárquicos minoritários. Essa sub-representação deve ser considerada pelo judiciário na análise do caso concreto, devendo atenuá-la.

Voltando-se, pois, à normalidade dos países democráticos – e esquecendo o caso atípico de falta de representação congressual brasileira, que facilita a usurpação do poder pelo executivo – o modelo montado pela nossa atual Constituição pressupõe a representação majoritária dos poderes eleitos: legislativo e executivo. Por conseqüência, as leis editadas têm, necessariamente, que abranger e incorporar os direitos e interesses majoritários, sem, contudo, prejudicar os das minorias.

E esses direitos e interesses minoritários? Como são preservados?

A Constituição deu a solução para esse problema ao instituir o Poder Judiciário como poder político não eleito, portanto, antimajoritário.

Seguiu, nesse passo, o paradigma americano. Lá, como atualmente cá, o poder judiciário constitui poder político independente e autônomo.

Para que o Judiciário possa, livremente e com segurança, exercer o controle da vontade da maioria, geralmente veiculada por lei, ele foi elevado à condição de poder político, com essa missão precípua: a de confrontar a vontade do legislador (hipoteticamente representado a vontade da maioria), com a Constituição, ou seja, a vontade geral da Nação, ou do povo, de onde emana todo poder político dos três ramos governamentais.[15]

Visualizando esse cenário, registrou o *Chief Justice Rehnquist*, referindo-se à divisão do poder adotado na América, que, ao contrário da tradição inglesa, onde o juiz não pode anular ato do Parlamento, essa foi a intenção clara dos elaboradores da Constituição de 1787: "Eles queriam que os juízes fossem independentes do Presidente e do Congresso, mas também, com toda probabilidade, que as Cortes Federais fossem capazes de dizer se a legislação editada pelo Congresso era consistente com as limitações da Constituição dos Estados Unidos. Os elaboradores reconciliaram, de um modo mais ou menos grosseiro, a necessidade de uma instituição antimajoritária como a Suprema Corte para interpretar a Constituição dentro de um amplo sistema de governo basicamente comprometido com a regra majoritária." (*They wanted the judges to be independent of the president and of Congress, but in all probability they also wanted the federal courts to be able to pass on whether or not legislation enacted by Congress was consistent with the limitations of the United States Constitution. The framers reconciled in a somewhat roughhewn way the need for an antimajoritarian institution such as the Supreme Court to interpret a written constitution within a broader system of government basically commited to majority rule*).[16]

Portanto, sendo o judiciário quem dá a última palavra sobre a constitucionalidade das leis, ele, como poder não eleito e guardião dos direitos das minorias, só pode sancionar, como constitucionais, as leis, justas paras as maiorias, que não prejudiquem os grupos minoritários protegidos pela própria Constituição, a saber, exemplificativamente: idosos, crianças, mulheres, índios, *gays*, negros, aidéticos, pessoas de origem estrangeira, ou de procedência preconceituosamente estabelecida, como a dos nordestinos etc. Para isso, foi dotado, também, do poder de apreciar a justiça da lei, ou do ato administrativo, com fulcro no substantivo devido processo legal (*Substantive Due Process of Law*), doutrina que foi desenvolvida no direito constitucional americano. O princípio do devido processo legal foi incorporado na Constituição brasileira de 1988, com oito séculos de atraso. Pois, se assim o judiciário não atuar, isto é, se simplesmente der executividade a leis majoritárias que violem os direitos das minorias, constitucionalmente assegurados, ele passa a agir como braço opressor, a serviço da maioria, que os poderes eleitos encarnam. Em última análise, o poder judiciário passa a servir como braço forte do governo. Nesse caso, a quem esses grupos minoritários vão recorrer? Aos poderes eleitos, representativos dos interesses majoritários? Não estaria, aí, então, instituída a ditadura da maioria, a que alude *Alexis de Tocqueville*, na sua tão decantada "Democracia na América"?

15 Silveira, Paulo Fernando. Devido Processo Legal (Due Process of Law). Ed.Del Rey, Belo Horizonte, 3ª ed., 2001, p.327.

16 Rehnquist, William H. The Supreme Court. William Morrow, N.York, USA, 1987, p. 306.

Evidente que não! A nossa Constituição instituiu o judiciário como poder político não eleito, porém em igualdade de força política com os outros dois ramos governamentais. Ao judiciário, foi reconhecido o poder político de anular as leis feitas pelo Congresso Nacional e os atos da administração pública que violarem a Constituição. Perfilhou-se, nesse passo, o exemplo de seu paradigma americano, a Constituição de 1787, de onde foi extraído o *judicial review*[17], que foi declarado pela Suprema Corte daquele país, em inesquecível voto do *Chief-Justice John Marshall*, ao apreciar, em 1803, o caso *Marbury v. Madison*).[18]

Como no Brasil, há, historicamente, uma inversão na representação congressual, pois quem sempre dominou o Congresso foi uma minoria oligárquica (grandes industriais, banqueiros, latifundiários, os donos dos grandes jornais e canais de televisão, ou pessoas ligadas a esses grupos de interesse, ou patrocinadas ou financiadas eleitoralmente por eles), a lei, como regra, nunca representou a vontade majoritária, mas apenas a de uma minoria privilegiada. Essa minoria não é aquela que a nossa Constituição pretendeu proteger. Daí a razão de tanta pobreza e de tamanha exclusão social, existentes em nosso país. Assim, presentemente, o poder judiciário – que é, ontologicamente, o defensor das minorias – deve tomar o maior cuidado na aplicação das leis, já que elas, absurdamente, de um modo geral, beneficiam minorias financeira e economicamente fortes, que se fazem representar, quase que com exclusividade, no Congresso, e prejudicam os interesses e direitos da própria maioria do povo, eis que essa maioria, normalmente, sempre foi excluída da representação congressual na elaboração das leis.

6. DOIS CORPOS DISTINTOS DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. SUSPEIÇÃO DA LEI QUE ATENTE CONTRA OS DIREITOS INDIVIDUAIS E SUAS GARANTIAS. ESCRUTÍNIO ESTRITO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Visando proteger as verdadeiras minorias (as expressamente mencionadas na Carta Política) contra as leis, que normalmente expressam a vontade da maioria, por meio da representação congressual, a nossa Constituição federal fez, claramente, uma distinção entre os direitos fundamentais antimajoritários que, por sua própria natureza, não podem ser extintos por lei, ou ter, por esta, o seu livre exercício obstaculizado, e aquelas matérias que podem, sob qualquer aspecto, salvo pouquíssimas restrições, ser objeto de leis que, evidentemente, pressupõem a veiculação da vontade majoritária.

A nossa Magna Carta seguiu, nesse passo, as mesmas linhas mestras traçadas pela Constituição americana de 1787, que só foi ratificada pelos Estados-Membros depois de assumido o compromisso de se agregar nela um "*Bill of Rights*", o que aconteceu em 1791, por influência de *Thomas Jefferson* e iniciativa parlamentar de *James Madison*.

A importância dos direitos individuais inseridos na Constituição americana, em virtude das oito primeiras emendas, foi ressaltada pela *Justice Sandra Day O'Connor* (a primeira mulher a ter assento na Suprema Corte dos Estados Unidos), em seu livro *The Majesty of the Law.*[19] Demonstrando excepcional percepção, com acuidade, escreveu ela: "Esta é a grande ironia do *Bill of Rights*. A maioria dos americanos pensa que a Constituição e o

17 Marshall, John. Marbury v. Madison, 5. U.S. 137 (1803).

18 Sobre detalhes desse memorável julgamento, vide meu livro Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*), ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

19 O'Connor, Sandra Day. The Majesty of the Law . The Easton Press, USA, 2003, p. 59.

Bill of Rights caminham de mãos dadas. Porém a mais apropriada analogia é a da bola e da corrente" (entendido, aqui, como duas coisas distintas e opostas, mas necessariamente atadas entre si). "O *Bill of Rights* foi uma restrição imposta ao novo governo federal para evitar que atuasse fora de controle. Foi posto lá em resposta aos anseios daqueles que estariam felizes se a Constituição jamais tivesse sido ratificada. Adicione-se à ironia esse fato: enquanto a Constituição representa a pedra fundamental de nosso compromisso, como nação, aos princípios de um governo representativo e leis majoritárias, o *Bill of Rights* é, decididamente, um documento antimajoritário. No *Bill of Rights* os emulduradores da Constituição construíram um muro em volta de certas liberdades individuais fundamentais, limitando, para sempre, a possibilidade da maioria se intrometer nelas." (*This is the great irony of the Bill of Rights. Most Americans think of the Constitution and the Bill of Rights as going hand to hand. But the more appropriate analogy is ball and chain. The Bill of Rights was a restraint imposed on the new federal government to keep it from running out of control. It was put there in response to concerns by people who would have been quite happy had the Constitution never been ratified. Adding to the irony this fact: while the Constitution is the cornerstone of our nation's commitment to principles of representative government and majority rule, the Bill of Rights is a decidedly antimajoritarian document. In the Bill of Rights, the Framers built a wall around certain fundamental individual freedoms, forever limiting the majority's ability to intrude upon them."*

Objetivando alcançar o mesmo propósito, a Constituição brasileira foi dividida em duas partes distintas. Uma que protege os interesses minoritários e outra em que prevalece a vontade da maioria. Desse modo, a leitura e a interpretação da Lei Fundamental deve ser feita de dois modos diferentes, dependendo da natureza da norma submetida a exame. Resulta, daí, que não é permitida a interpretação linear, numa ótica axiológica eqüalizadora, como se todos os dispositivos constitucionais incorporassem valores paritários, de igual intensidade e mesmos pesos jurídicos. Ao inverso, a noção básica, estabelecida pela Carta Política, é a da distinção inelutável ente as regras que disciplinam os direitos individuais e suas garantias (naturalmente oponíveis ao governo e às suas leis, oposição essa que conta com a sanção da própria Lei Fundamental) e aqueles outros normativos constitucionais, que regem outras matérias.

Assim, as normas constitucionais definidoras dos direitos individuais fundamentais vêm informadas pelo princípio antimajoritário, tanto que o seu exercício não depende da edição de prévia lei para reconhecê-los ou regulá-los, a ver pelo disposto na Constituição Federal, art.5º, § 1º*: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Por serem livremente exercitáveis, a vontade majoritária veiculada pela lei não pode impedir ou anular o exercício desses direitos individuais fundamentais, essencialmente antimajoritários, eis que consagrados na e protegidos pela própria Carta Magna.

Sobre as limitações que recaem sobre a maioria, ainda que sua vontade seja instrumentalizada mediante lei, adverte *Robert H. Bork*: "Há coisas que a maioria não pode fazer, por mais democraticamente que tenha sido a decisão. São áreas deixadas para a liberdade individual, sendo a coerção da maioria nesses aspectos da vida uma tirania. [...] A tirania da maioria ocorre se a legislação invade as áreas próprias deixadas para a liberdade individual. (*There are some things a majority should not do to us no matter how democratically it decides to do them. These are areas properly left to individual freedom, and coercion by the majority in these aspects of life is tyranny. [...] Majority tyrany occurs if legislation invades the areas*

properly left to individual freedom).[20]

Daí se extrai, com clareza – considerando que o direito individual fundamental é livremente exercitável, independentemente de prévia lei, sendo esta a expressão da vontade majoritária – que a lei que pretende interferir nos direitos individuais (mesmo à guisa de regulamentar o seu exercício), constitui *lei suspeita de inconstitucionalidade.* Desse modo, há de se inverter o ônus da prova quanto à interpretação de sua constitucionalidade. Significa dizer que esse tipo de lei (a que toca nos e mexe com os direitos individuais) deve ser considerado, *a priori*, pelo judiciário como presumidamente inconstitucional, salvo se a administração pública comprovar, mediante a apresentação de dados reais e concretos, que a intervenção se deu em virtude, ou em defesa, de relevante interesse social, o qual a tenha compelido a agir ou a legislar sobre aquele direito individual.

Portanto, em relação aos direitos individuais fundamentais não se aplica, *tout court*, como verdade teórica absoluta - sem a devida comprovação fática, real e concreta, a cargo do governo, da necessidade de intervenção, motivada por um interesse público relevante e sobrepujante - o princípio da "*supremacia do interesse público sobre o privado*", oriundo da escola francesa, o qual constitui regra matriz que sempre sustentou, sem maiores indagações e questionamentos, o direito administrativo brasileiro.

Em bases constitucionais, temos, pois, que toda e qualquer intervenção do governo nessa área sensível dos direitos individuais e suas garantias deve ser considerada perigosa, salvo justificante e provada motivação social (aqui não basta a simples e genérica alegação governamental no sentido de estar atuando em defesa do interesse público; há de prová-lo substancial e concretamente). O ônus da prova, nesse caso, compete ao ente político governamental que tenha editado a lei ou o ato administrativo.

O judiciário deve exercer o mais rigoroso e meticuloso exame das razões apresentadas pelo governo para justificar a edição da lei, ou do ato administrativo. O princípio que rege essa interpretação é o do *escrutínio estrito ou exame meticuloso* das razões invocadas pela administração pública. A imprescindibilidade da atuação, ante um imperativo, real e concreto interesse público, a ser preservado, constitui a pedra angular da questão envolvendo a excepcional legitimidade do governo para agir.

7. DIREITOS INDIVIDUAIS BÁSICOS

Desses direitos ontologicamente antimajoritários, cuidou a Constituição, prioritariamente, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, onde são destacados os direitos e garantias individuais. Esses direitos, instituídos contra o Estado, ou seja, contra os poderes eleitos, que representam a vontade da maioria, são arrolados no art. 5º, da Constituição Federal.

Basicamente, os direitos individuais fundamentais são apenas dois: vida e liberdade.

A propriedade, não obstante constar da garantia do devido processo legal (*Due process of law*), de que cuidam os incisos LIV e LV, do art. 5º, da Carta Magna – ali mencionado como privação de seus bens – não constitui direito individual fundamental, já que é, de modo ínsito, fortemente imantado pelo interesse social, podendo ser extinto pela desapropriação, mediante prévia indenização (salvo outra forma excepcional de pagamento prevista na própria

20 Garvey, John H. and Aleinikoff, T. Alexander. Op.cit. p.41

Constituição), mas não podendo, jamais, ser objeto de confisco. O confisco de bens afeta e se reflete no direito à vida, prejudicando substancialmente o seu exercício. Por isso, é vedado pela Constituição.

A Constituição americana de 1787, seguindo a doutrina tripartite de *Locke*, ao tratar do devido processo legal (Emendas V e XIV), estendeu a proteção à propriedade, ao lado da vida e da liberdade, na dicção da Emenda V: "*...nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law;*

Todavia, não lhe atribuiu caráter de direito fundamental, eis que, adotando o ensinamento de *Thomas Jefferson* que, na Declaração de Independência de 4.7.1776, a excluiu do trinômio lockeano de direitos fundamentais, substituindo-a pela busca da felicidade (*We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalianabel Rights, that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness...)*

Desse modo, a Constituição americana também permitiu a desapropriação da propriedade, para uso público, mediante justa indenização: *"... nor shall private property be taken for public use, without just compensation."*

Ao julgar os chamados *Granger Cases*, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão unânime, de 1877, restringiu a proteção dada pelo devido processo à propriedade, sujeitando-a ao interesse público e à sua função social. A Corte sustentou a validade das leis contra os ataques fundados no devido processo legal, sob o fundamento de que "[...] a propriedade [...] se reveste de interesse público quando usada de maneira a causar conseqüência pública e afetar em geral a comunidade". Tal propriedade deve "ser controlada pelo público em razão do bem comum, na extensão do interesse...assim criado." (*...property....become(s) clothed with a public interest when used in a maner to make it of public consequence, and affect the comunity at large." Such property may "be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest...thus created.")*[21]

A partir daí, a propriedade passou a sofrer severa regulamentação do poder público (poder de polícia).

Os dois direitos fundamentais (vida e liberdade), acima mencionados, desdobram-se, fazendo surgir inúmeros outros que, na essência, deles se originam.

Assim, do direito fundamental à vida decorrem, entre outros, os seguintes: a) – o direito ao trabalho – ou o livre exercício de qualquer atividade econômica – isto é, de adquirir pelo trabalho os meios de sobrevivência, podendo o indivíduo exercer qualquer profissão ou atividade lícita, salvo aquelas que dependerem de qualificações técnicas, exigidas por lei, fundadas em prevalente interesse público, devidamente comprovado. A regra é que todo trabalho pessoal ou atividade econômica são lícitos, independentemente de lei ou autorização do ente governamental. Não há necessidade de prévia lei para se regular uma atividade individual, seja intelectual ou de trabalho manual. Ao contrário, a intervenção do governo, limitando o exercício do direito ao trabalho, só pode acontecer para proteger verdadeiros interesses públicos. Quanto às qualificações técnicas, há de se distinguir. Primeiramente, elas não podem ser exigidas naquelas profissões inteiramente intelectuais, como a do jornalista, cujo exercício é livre para qualquer pessoa. Segundo, a restrição está condicionada à existência de profissional, legalmente habilitado, na localidade. Caso contrário, o leigo pode atuar nos casos simples

21 Schwartz, Bernard. A Book of Legal Lists. Oxford University Press, USA, 1997, p.58.

ou emergenciais, desde que compatível com o seu grau de conhecimento experimental da matéria, como aconteceu no passado com o dentista prático (caso de Tiradentes), o rábula do direito (v.art. 75, da Lei 4.215/63 – antigo estatuto da OAB), o construtor prático (desenhava a planta e edificava a casa residencial ou de comércio) etc. Evidentemente, não havendo, na localidade, pessoa formada, o interessado no serviço não é obrigado a contratar profissional de outra cidade, salvo se de seu interesse particular. Todavia, em algumas situações, mesmo não existindo profissional qualificado na localidade, a administração pública pode impedir a atividade do leigo, como a desenvolvida na construção de um prédio de vários andares, que exija cálculos complexos, fora do seu alcance prático de conhecimento, ou a relativa ao exercício da medicina cirúrgica, salvo, é lógico, a pequena incisão, urgente e necessária para se salvar a vida, em risco iminente, do paciente, como a traqueotomia. O governo pode e deve vedar qualquer outro tipo de cirurgia, por extrapolar a área do conhecimento prático do leigo, inclusive a chamada de "espiritual", decorrente de alegada incorporação de espíritos de supostos médicos, já falecidos. Excepciona-se, é claro, as meramente simbólicas, de gestos, imitando a cirurgia real, ou por simples imposição de mãos, sem corte, perfuração ou aplicação de raio-X, *laser*, ou meio semelhante, no corpo do paciente. b) – direito de o indivíduo livremente casar ou viver com a companheira por ele escolhida, de ter ou não filhos, ou seja, o direito de procriar ou não procriar, ou de a mulher interromper sua gravidez nos primeiros meses e em certos casos criminais, como a decorrente do estupro; c) – o direito de o indivíduo ter e exigir o acesso à assistência e à saúde disponibilizadas pelo governo; d) – direito ao meio ambiente limpo e sadio, inclusive no local de trabalho; e) – direito a uma morte digna, podendo optar pela não continuação de tratamento médico doloroso ou prolongado, ou mediante o uso de aparelhos que, artificialmente, prolonguem a vida. Note-se que, neste caso, a decisão final é, sempre, do paciente e não do médico ou de membro da família, ainda que o facultativo alegue que o tratamento é necessário a fim de salvar a vida do paciente terminal. Quanto aos parentes, não se pode aceitar sua decisão, pois sobre eles sempre pesa a suspeição de haver interesses financeiros subalternos, como a herança, por exemplo. O paciente pode manifestar sua vontade oralmente, se estiver lúcido, ou por escrito, anterior ou posterior ao descobrimento da enfermidade fatal, ou que o tornou totalmente incapacitado. Qualquer um da família pode provar, por qualquer meio, a intenção do moribundo.

Sendo a *vida* o primeiro e o mais essencial dos direitos fundamentais, do qual decorrem todos os demais, não pode o Estado extingui-la, nem mesmo em tempo de guerra, em virtude de punição militar (corte marcial). Somente se admite, em caso excepcional de guerra, o alistamento militar compulsório e as punições decorrentes da covardia em combate do inimigo (expulsão da corporação, perda do direito de uso da farda, medalhas, insígnias, divisas e patentes e aplicação da pena de reclusão etc.), mas, jamais, a aplicação e execução da pena de morte. Também, não é lícita a decretação de pena de morte criminal comum, ou o estado de morte civil (*civil death*), com perda dos direitos civis e, conseqüentemente, dos meios de subsistência, nos casos de crimes de alta traição, ainda que tais sanções estejam previstas em lei. Ontologicamente, a vida – por se constituir num direito natural, inalienável e indisponível – precede à formação do Estado. Daí por que o governo, que representa a vontade majoritária da sociedade política, não tem legitimidade, jamais, para decretá-la. Mesmo que dispositivo expresso, autorizador, conste da Carta Política, ele é inconstitucional, de modo inexorável, justamente por ferir o direito à vida, que é o mais sagrado dos direitos fundamentais, em razão de sua natureza substancial, intocável, e de seu caráter estrita e absolutamente antimajoritário.

Já da *liberdade* emanam, só para arrolar alguns, (a) o direito à liberdade física propriamente (ir, vir e ficar) e os outros correlatos, como: (b) o da privacidade (o direito de estar sozinho, consigo mesmo, sem ser molestado por ninguém – muito menos pelos agentes do governo – como o de ler, particularmente, qualquer livro, ainda que tido por pornográfico, e o de praticar, de fato, privadamente, sua orientação sexual; (c) o da inviolabilidade do domicílio (minha casa é meu castelo!), ninguém pode penetrar, sem o consentimento do morador, na casa residencial à noite (salvo em flagrante delito, desastre ou para prestar socorro), ou, durante o dia, a não ser com ordem judicial; (d) o da livre manifestação do pensamento, em suas diversas facetas: 1) – o de informar (abrir jornais, instalar estações de rádio e de televisão, observado, quanto a esses dois últimos, apenas, o princípio da igual utilização por todos do espectro eletromagnético, distribuir panfletos, etc.); 2) – o de ser informado por fontes diversificadas, não monopolizadas, e sem controle do governo; 3) – o de ter crença religiosa, ou de não tê-la; 4) – o de reunião, formando clubes, associações e organizações, a fim de poder expressar e defender suas diferentes opiniões, inclusive aquelas que desagradem o governo, ou certos grupos da população.

8. DISTINÇÃO ENTRE ADVOCACIA DE IDÉIAS E INCITAÇÃO AO CRIME

No campo da livre manifestação do pensamento, há de se fazer uma importante distinção. A que expõe a diferença que existe entre a advocacia de idéias e a incitação ao crime. A Constituição assegura o direito à livre manifestação do pensamento, por quaisquer meios, inclusive os artísticos (escultura, pintura, literatura, cinema etc). Assim, o indivíduo tem direito de livremente expor suas idéias, ou defender suas ideologias, ainda que contrariem o pensamento reinante na sociedade. Pode-se dizer comunista, ateu, nazista, *gay*, evangélico, católico, maçom, espírita, pai de santo etc. Ou pode se dizer apolítico, agnóstico ou ateu. Pode defender a superioridade de qualquer raça ou sexo. Pode usar os símbolos, emblemas e insígnias que julgar conveniente para expressar suas idéias, como, por exemplo, a cruz, a suástica, o martelo entrelaçado com a foice e a estrela vermelha. Lícito lhe é, ainda, usar as vestimentas próprias de sua doutrina: a batina, o hábito, o uniforme, o capuz (este como na procissão do fogaréu, em Goiás, ou na passeata pacífica dos membros da Ku Klux Klan nos EUA) etc. Pode-se até queimar a bandeira brasileira em protesto político. Estamos, pois, aqui, no domínio da advocacia de idéias, permitida e assegurada pela Constituição. Diferentemente ocorre quando há incitação ao crime, mediante a prática de atos concretos de início de execução do delito. Saliente-se, todavia, que a Constituição protege a defesa de tese, no sentido de não ser delituosa determinada conduta, ainda que tipificada como tal no Código Penal. Difere da apologia do crime, onde se incita à prática de determinada conduta delituosa, sem se defender a atipicidade do ilícito. Enfim, a troca de idéias é salutar e garantida pela Constituição, salvo quando incitam, concretamente, à pratica do fato penalmente típico, dando início, com atos de execução, ao *iter criminis*.

9. OUTROS DIREITOS INDIVIDUAIS ALÉM DO ROL DO ART. 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os direitos individuais fundamentais e suas garantias se encontram, em regra, arrolados literalmente no art. 5º, da Constituição Federal. Contudo, esses direitos e garantias nela expressos, como afirma a própria Carta Política, não excluem outros decorrentes do regime e

dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário (CF – art. 5º ,§ 2º).

O exemplo advém da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Ela não cuidava, textualmente, do direito à privacidade. Ao julgar o caso *Griswold v. Connecticut* (1965), a Suprema Corte, em voto memorável do *Justice William O. Douglas,* estabeleceu, pioneiramente, o direito constitucional à privacidade (*right to privacy)*, quando afirmou – baseando-se em outros direitos civis não mencionados na Constituição, tais como o direito de associação, o de educar os seus filhos e o de liberdade acadêmica – que: "Específicas garantias do *Bill of Rights* têm penumbras, formadas pelas emanações daquelas garantias, que ajudam a lhes dar vida e substância." (*Specif guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help gave them life e substance)*.[22]

Logo, outros direitos civis, não mencionados na Constituição brasileira, decorrem diretamente, ou podem ser extraídos de sua penumbra, do regime de governo adotado, isto é, Estado democrático de direito, sob o império da lei, esta subordinada à Constituição, enfeixando o princípio da igualdade e o exercício da cidadania (sua maior expressão é o voto secreto – que, como direito, não pode ser obrigatório, nem ser a abstenção objeto de multa pelo governo – e, ainda, o direito de exercer cargos públicos por eleição ou concurso público), forma e sistema de governo (república e presidencialismo) e de Estado (federalismo), e dos princípios adotados pela Carta Magna, podendo ser citados, entre outros, o republicano (ninguém pode exercer a função pública ou permanecer no cargo público, senão por prazo certo e determinado), o federalismo (divisão de poder entre os entes federativos (União, Estado-Membro e Municípios, respeitando-se sua autogovernabilidade), o da separação dos poderes políticos (Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um independente dos outros dois), o pluralismo político (as várias tendências políticas e visões do mundo devem ser expressadas por partidos políticos distintos; não pode haver um só partido político comandado pelo governo, ou mesmo mais de um, de fachada, se forem dominados pelo governo), o respeito à dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa na ordem econômica, com repúdio aos monopólios, cartéis e trustes. Destaca-se, notadamente, ainda, dentre os princípios tributários, o que proíbe o confisco.

10. TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. DIREITOS HUMANOS. FORÇA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Como se viu, nem todo direito individual se acha expresso literal e taxativamente na Constituição.

A Carta Magna inclui, também, entre os direitos individuais fundamentais os decorrentes dos tratados internacionais de que o país seja parte (CF-art.5, § 2º). Promulgado o tratado pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, ele se incorpora ao ordenamento jurídico nacional. Na parte em que dispõe sobre direitos individuais, ele é recepcionado, instantaneamente, como adição às garantias constitucionais, valendo como norma constitucional, não podendo, pois, ser abolidos por emendas constitucionais ou, sequer, por leis, em decorrência da cláusula pétrea que protege os direitos individuais contra a intrusão do Estado (CF-art. 60,4º,IV).

22 Kairys, David. With Liberty and Justice for Some. The New Press, USA, 1993, pg.151.

Portanto, qualquer outro direito individual, não arrolado no art.5º, de nossa Carta Política, e que seja objeto de tratado internacional, passa a se incorporar ao citado rol instantaneamente, mediante a simples promulgação, pelo Congresso, do decreto legislativo que referenda o tratado internacional firmado pelo poder executivo. Para efeito de aprovação desse tipo de tratado não se exige forma especial (CF-arts.49,I e 84,VIII).

Já, no caso de tratados e convenções internacionais dispondo sobre direitos humanos, eles terão equivalência à emenda constitucional se forem aprovados em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos (CF-art.5º, §3º). A restrição se justifica, uma vez que expressão "direitos humanos" é mais ampla e abrangente do que a de "direitos individuais", eis que nem tudo referente ao gênero humano é pertinente ao indivíduo, como espécie.

Exemplo de direitos humanos se tem no tratado ou convenção internacional que dispõe sobre o tratamento que deve ser dispensado ao prisioneiro de guerra. Também, viola os direitos humanos a manutenção de prisioneiros, oriundos de conflitos bélicos, sem guerra declarada, em cadeias secretas dispersas por vários países.

Em razão da matéria versada nesses tratados, por ser muito mais abrangente do que a relativa aos direitos individuais, exige-se forma especial de aprovação congressual para sua incorporação entre os direitos fundamentais, já que o tratado passa a equivaler a uma emenda constitucional.

Tal formalidade (aprovação em dois turnos, com quorum qualificado), porém, não se aplica aos direitos individuais, mesmo quando embutidos nos direitos humanos, já que uns se distinguem nitidamente dos outros, em virtude da relação gênero/espécie.

Enquanto os direitos individuais decorrentes de tratados internacionais se incorporam definitivamente em nossa Constituição, não podendo ser mais abolidos, em razão da garantia pétrea que os protege, os direitos humanos podem ser modificados, atenuados ou anulados por meio de emenda constitucional, já que não gozam daquela específica garantia constitucional.

Não se referindo a direitos humanos e/ou a direitos individuais, os tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil e promulgado pelo Congresso valem apenas como leis ordinárias.

11. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

Os direitos individuais fundamentais têm características próprias, a saber:

a) – são direitos livremente exercitáveis, independente da existência de prévia lei. Portanto, a ausência de lei não impede o seu pleno exercício, já que a própria Constituição afirma que as normas constitucionais que os definem têm aplicação imediata (CF–art.5º, § 1º). A lei, quando vier e se vier, não pode extingui-los, mas apenas disciplinar o seu uso comum, considerando a existência de relevante e compelidor interesse público, que deve ser real, concreto e demonstrável. Só nessas condições o governo pode interferir, mediante lei, nessa área sensível e usualmente intocável dos direitos individuais. Quando a Constituição diz, no que pertine aos direitos individuais – já que a norma está inserida no capítulo que deles trata (art.5º, inciso II) – que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*", está consagrando o princípio de que tudo é permitido, sem nenhum embaraço governamental, salvo se vier lei regendo o exercício do direito em questão. Nesse

caso, a lei, para ser constitucionalmente válida, já que adentra na seara restrita, normalmente proibida, dos direitos fundamentais, não pode impedir o exercício do direito assegurado na Constituição. Ela só pode outorgar poderes de gestão ao governo, para que administre o uso comum do direito, de modo que todos dele usufruam, sem uns prejudicarem os outros.

b) – os direitos individuais e suas garantias são protegidos pelo núcleo constitucional pétreo, não podendo ser abolidos, ou suprimidos, por lei, nem por emenda à Constituição (CF–art.60,§ 4º, IV); a lei só pode regular o seu exercício, a bem da comunidade, comprovando-se a necessidade, real e efetiva, de sua edição.

12. NATUREZA AUTO-EXERCITÁVEL. INDEPENDÊNCIA DE PRÉVIA LEI.

Justamente por serem os direitos individuais de natureza antimajoritária, protegidos contra a agressão da lei (ou de emenda constitucional), que é, ostensivamente, de cunho majoritário, eles não podem ser abolidos, extintos ou ter o seu exercício impedido, máxime sob o falso argumento de ausência de lei. Assim, os direitos fundamentais não precisam de lei para validá-los e lhes dar eficácia. Obtêm a sua legitimação e sua auto-executividade da própria Constituição, que os reconheceu e lhes deu aplicação imediata. Num país, como o nosso, que se rege, formalmente, pelo Estado Democrático de Direito, é a Carta Política que, ao positivá-los, dá vida e substância aos direitos civis fundamentais, não obstante a existência deles a preceder. Assim, a falta de lei sobre determinado direito fundamental, arrolado como tal na Constituição, não torna o seu exercício ilegal, clandestino ou pirata.

13. GARANTIAS DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

De nada valeria a especificação dos direitos individuais fundamentais se não houvesse meios de implementá-los, de realizá-los, de torná-los efetivos e oponíveis perante o governo.

Para que o indivíduo realmente deles desfrute, a Constituição enumerou, junto com eles, uma série de garantias, que também não podem ser violadas, ou anuladas, pela lei, tampouco por meio de emendas constitucionais (CF.art.60, § 4º, inciso IV).

Por conta disso, a lei não pode proibir o judiciário de apreciar certas questões, retirando-lhe a jurisdição (o que ocorreu, freqüentemente, durante as ditaduras), nem mesmo impedindo-o de dar liminares sobre os direitos individuais, a uma porque maltrata, expressamente, o texto constitucional que resguarda os direitos individuais e suas garantias e, a duas, porque se viola o princípio da separação dos poderes. O judiciário é quem detém, pela Constituição, o poder de dar a última palavra na interpretação da Lei Fundamental. No tocante aos direitos individuais e suas garantias, nem por emenda constitucional os poderes eleitos podem derrubar a decisão judicial. O Judiciário tem o dever de resguardar o direito individual, e sua garantias, contra os ataques dos ramos eleitos do governo, seja por lei ou ato administrativo, não podendo se furtar, ou ser proibido, de emitir provimentos cautelares para assegurar o exercício do direito em risco de perecimento.

Essas garantias constitucionais se resumem, basicamente, no livre acesso ao poder judiciário, eis que, consoante o texto constitucional (CF–art.5º, inciso XXXV), "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*"

Sem o livre acesso ao poder político – o judiciário – que tem a missão de resguardar

o direito e os interesses da minoria, não há como alguém defender os direitos individuais. O compromisso dos ramos políticos eleitos é, em tese, com a maioria. Vimos que no Brasil a coisa ocorre de maneira diferente, em face do defeito na representatividade popular no congresso nacional. Por conta disso, uma tarefa maior é atribuída ao nosso judiciário: defender a maioria, excluída dos benefícios, das riquezas e das oportunidades, em virtude de leis feitas por poderosas minorias insulares, em defesa de privilégios, o que, por isso mesmo, as torna, no mais das vezes, maculadas e inconstitucionais, eis que padecem dos vícios da injustiça e da falta de alcance majoritário.

Complementa esse direito fundamental de acesso ao judiciário outra garantia de excepcional valor na defesa dos direitos individuais. Refiro-me à cláusula milenar do Devido Processo Legal (*Due process of law)*, abrigada nas alíneas LIV e LIV, do art. 5º, da Constituição Federal, cuja dicção é a seguinte: "*LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."*

Resumidamente[23], o princípio do devido processo legal tem duas dimensões. Na primária, ele assegura ao indivíduo o direito de não sofrer nenhuma penalidade, administrativa ou criminal (multa, apreensão de bens, perda de bens, pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos etc), sem que lhe tenha sido dada, antes, a oportunidade de exercer a mais ampla defesa, inclusive mediante o contraditório (ter acesso aos termos precisos da acusação, seus fundamentos de fato e de direito, as provas contra ele já colhidas, inclusive os documentos que a acompanham, para poder se defender adequadamente, produzindo sua prova e suas alegações, em prazo adequado) e o recurso a ela inerente (a Constituição não se aceita, em regra, decisão de uma só instância, seja administrativa ou judicial, sem direito a recurso), com igual tratamento perante a lei, isto é, gozar das mesmas franquias do acusador (mesmos prazos processuais, para efetuar a defesa e qualquer diligência, e os mesmos prazos recursais, devendo sempre o acusado falar por último). Essa mesma cláusula milenar do devido processo legal, já numa ótica substantiva, impõe ao poder judiciário o dever de julgar a causa que lhe é submetida – seja cível, administrativa, tributária ou criminal – sempre, pelo modo mais justo, correto, honrado e decente, ainda que a lei disponha de modo contrário. Nesse caso, a lei que trouxer consigo qualquer grau de injustiça é, nesse particular aspecto, plenamente inconstitucional, já que a nossa Carta Magna não compactua, em face dos princípios por ela adotados, com o injusto, o incorreto, o desonesto e o imoral, pois a fonte de validade e de legitimidade da lei é, sempre, a Carta Política, da qual – e não da lei – é o judiciário o seu último e principal guardião.A sub-representação congressual, de onde decorre lei injusta, pode e deve ser enfocada pelo poder judiciário com base no substantivo devido processo legal.

O acesso ao poder judiciário se faz, normalmente, com a utilização do instrumental colocado à disposição do indivíduo pela própria Carta Política. Realça-se, entre outros, os três abaixo, que são os principais:

a) – o pedido de *habeas-corpus,* destinado a garantir a liberdade física (direito de ir, vir e ficar), que pode ser manejado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, isto é, pelo próprio interessado ou por terceiros, inclusive por advogado contratado por ele ou por seus familiares (CF–art. 5º, inciso LXVIII; CPP–art. 654);

23 Para maior aprofundamento, vide meu livro Devido Processo Legal (Due Process of Law) –Ed.Del Rey, Belo Horizonte-MG – 3ª ed., 2001.

b) – o mandado de segurança, individual ou coletivo, visando proteger qualquer direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus,* quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do poder público. Depende de advogado para o seu ajuizamento (CF–art.5º, incisos LXIX e LXX);

c) – o pedido de *habeas-data*, objetivando assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; ou para a verificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (CF–art.5º, inciso LXXII, alíneas "a" e "b"). A petição judicial deve ser feita por meio de advogado.

De forma indireta, o indivíduo conta, também, com o apoio do Ministério Público (Promotores de Justiça estaduais e Procuradores da República federais), a quem a Constituição deu competência para "*zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (CF*–art.*129, II*).

É o Ministério Público, por força constitucional, o principal defensor dos interesses da sociedade.

Assim, o prejudicado pode, querendo, representar ao Ministério Público que, conforme o caso, está autorizado, entre outras atividades, a impetrar *habeas-corpus*; a promover a ação penal; a realizar o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; a defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

14. DEMAIS NORMAS CONSTITUCIONAIS. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. ÔNUS DA PROVA

De outra sorte, as demais normas constitucionais, observados os princípios constitucionais que as orientam, estão sob o comando da vontade da maioria. Desse modo, a lei editada pelos poderes eleitos, que representam a maioria do povo, quando regulam esses dispositivos constitucionais, tem, naturalmente, a presunção de constitucionalidade. O governo goza desse benefício. Por isso, pressupõe-se que a lei é constitucional, salvo prova em contrário, a ser feita por quem se diz prejudicado. O ônus da prova é do que alega a inconstitucionalidade. O governo nada tem que provar ou justificar. A interpretação constitucional, a ser feita pelo judiciário, rege-se pelo *princípio da razoabilidade*. Em face desse princípio, a lei só será anulada pelo judiciário, por vício de inconstitucionalidade, se o governo extrapolar os limites da administração moral, eficiente e razoável. Em termos constitucionais, a administração pública está vinculada, dentre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CF–art.37). A lei, no caso, não é considerada, aprioristicamente, suspeita de inconstitucionalidade, devendo, apenas, superar o crivo da razoabilidade.

15. CONCLUSÃO

Finalizando, os direitos individuais fundamentais, essencialmente antimajoritários, só serão efetivamente garantidos – e a sociedade gozará das liberdades civis – se se contar com um Poder Judiciário realmente forte e independente, capaz de enfrentar o governo. Só

assim ele terá condições de cumprir sua missão primordial, como instituição antimajoritária, de defender o povo contra a tirania dos poderes eleitos, veiculada por meio das leis, costumeiramente inconstitucionais em nosso país.

Não se deve esquecer que, na França, o judiciário, atualmente, não constitui poder político, já que não detém o poder de, constitucionalmente, anular leis. Isso só aconteceu porque, durante a revolução francesa de 1789, os revolucionários, deixando de seguir o modelo tripartite de divisão do poder político, pregado por Montesquieu e adotado na Constituição americana de 1787 – de que os revolucionários tinham detido conhecimento, pois *Jefferson*, na época, era embaixador na França – não confiaram no poder judiciário francês de então, porque os juízes da época agiam, de modo subserviente, sempre no interesse do governo (rei) e da nobreza (minoria oligárquica que comandava as leis e o judiciário), com desprezo pelo povo, que vivia na pobreza, na miséria e na ignorância.

Infelizmente, o judiciário brasileiro – mercê da secular dominação política do executivo, que remonta ao tempo do Brasil império, quando o juiz era demissível pelo monarca – ainda não alcançou, de fato, por problemas culturais, o grau de independência que a Constituição expressamente lhe concedeu. Por isso, a exemplo do juiz francês, o magistrado brasileiro, de um modo geral, comporta-se como escravo da lei, ou seja, submisso à vontade das minorias oligárquicas e privilegiadas, que a fazem.

Contudo, há, atualmente, bastante esperança de se mudar esse quadro, passando o judiciário a ser verdadeiro poder político independente. Sem um judiciário forte não há chances para a democracia.

16. ***Abstract:***

Three constitutional issues are treated in this work. ***First****: The division of the governmental power against tirany and for the safety of the democracy. Horizontal cut and the federalism. Union, State and Municipality legislative power. Vertical cut and the separation of power. The elective powers: legislative and executive branchs. The law as the expression of the majoritarian will of the elective powers. The judiciary as a non elective power.* ***Second****: The individuals (civil) rights and its guarantees as antimajoritarian rules. So, the Constitution forbids any governmental interference with this kind of rights by the edition of law, wich represents the majoritarian will of the people, unless supported by a real and comppeling public interest that demands an unusual governmental action.* ***Third****: The judiciary as an antimajoritarian power. Its prime mission is acting as a guardian of the individual rights and its own independence. The law that interferes with the civil rights or restrict the judicial power must be considered a suspect law by the judiciary, where it must be submited to a strict scrutiny. On the govern shoulders falls the burden of the proof. Otherwise, the law that rules other constitutional matters is controlled only by the reasonable analysis. In this case, the burden of the proof remains with the plaintiff.*

Key words: *The majoritarian elective powers: legislative and executive branchs. Judicial power. Antimajoritarian and non elective power. Civil rights and its guarantees. Antimajoritarian constituticonal rules. Prime judicial power mission as the guardian of the Constitution.. The interpretation of the law under the Constitution. Suspect law. Strict judicial scrutiny. Common statute. Reasonableness of the law. Burden of the proof.*

17. REFERÊNCIAS

ARISTOTLE. **Politics**. The Easton Press – USA, 1979.

BRANDEIS, J. **New State Ice Co. v. Liebmann 285 US.262 (1932)**

GARVEY, John H; Aleinikoff, T. Alexander. **Modern Constitutional Theory: A Reader**. St. Paul. West Publishing, 1991.

KAIRYS, David. **With Liberty and Justice for Some**. The New Press, USA, 1993

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. The Easton Press. USA, 1991.

MACHIAVELLI, Niccolo. **The Prince**. The Easton Press. USA, 1980.

MARSHALL, John. **Marbury v. Madison**, 5. U.S. 137 (1803).

O'CONNOR, Sandra Day. **The Majesty ot the Law**. The Easton Press. USA. 2003.

REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. New York. William Morrow, 1987.

SCHEIBER, Harry N. **Federalism and the Judicial Mind**. University of Califórnia, USA,1992

SCHWARTZ, Bernard. **A Book of Legal Lists**. Oxford University Press, USA, 1997.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal** (*Due Process of Law*). 3ª Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2001.

_____. **500 Anos de Servidão – A Lei como instrumento de dominação política no Brasil.** OAB Editora. Brasília, 2004.

_____. **Freios e Contrapesos** (*Checks and Balances*). Ed.Del Rey. Belo Horizonte, 1999.

_____. **Tribunal Arbitral – Nova Porta de Acesso à Justiça**. Ed. Juruá, Curitiba, 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. The Easton Press. USA, 1991.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law.** The Foundation Press Inc., USA, 2ª ed., 1988.

A *DENÚNCIA ANÔNIMA* E A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE PERSECUÇÃO PENAL

Rodrigo Iennaco[1]

RESUMO:
A investigação criminal, para que sirva de legítima fundamentação ao exercício da ação penal, deve submeter-se aos princípios e garantias constitucionais – e legais decorrentes. A Constituição Brasileira assegura a livre manifestação do pensamento, mas veda o anonimato (art. 5º, IV, CF/88) e declara inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, prevendo indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF/88). O presente trabalho pretende aprofundar o debate em torno da validade constitucional do procedimento criminal deflagrado por *denúncia anônima*, buscando estabelecer critérios a partir da sistematização e da abordagem jurisprudencial da matéria.
PALAVRAS-CHAVE: Denúncia anônima. Legalidade e legitimidade. Teoria da prova ilícita por derivação. Princípio da proporcionalidade.

SUMÁRIO: 1. Investigação Criminal e Estado de Direito: início do procedimento investigatório – 1.1 A notícia de crime: variações – 1.2 Notícia de crime, delação ou denúncia anônimas: indefinições terminológicas na teoria e na *praxis* – 2. Ponderação de bens jurídicos em conflito: divergência doutrinária e jurisprudencial – 2.1 A denúncia anônima e a vedação constitucional ao anonimato – 3. A denúncia anônima e a vedação constitucional à obtenção ilícita de provas – 3.1 Obtenção ilícita de provas e nulidade derivada – 4. Critérios de validade das investigações originadas de denúncia anônima – 4.1 Necessidade de registro e controle da notícia anônima pelos órgãos de Defesa Social: anonimato ou sigilo? 4.2 Necessidade de verificação de procedência das informações – 4.3 Denúncia anônima como fundamento de busca e apreensão domiciliar, quebra do sigilo das comunicações telefônicas, de dados bancários ou fiscais e medidas assecuratórias – 4.4 Denúncia anônima e prisão provisória – 4.4.1 Denúncia anônima e prisão em flagrante – 4.4.2 Denúncia anônima e prisão preventiva – 4.4.3 Denúncia anônima e prisão temporária – 4.4.4 Denúncia anônima e prisão decorrente de condenação recorrível ou de pronúncia – 4.5 Valor probatório da denúncia anônima – 5. Conclusões – 6. *Abstract* – 7. *Resumé* – 8. Referências.

1. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E ESTADO DE DIREITO: INÍCIO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO

A característica principal do Estado de Direito é a submissão do Poder Público às suas próprias normas, instituídas na estruturação do Estado, como expressão do princípio da legalidade. São normas constitucionais estabelecidas como autêntica garantia e limitação ao poder, de acordo com a divisão de competências institucionais que funciona num sistema de *freios e contrapesos*. As noções de governo republicano e regime democrático se com-

1 Promotor de Justiça de Sete Lagoas/MG. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da UFJF. Coordenador do site www.direitopenalvirtual.com.br.

plementam, instrumentalmente, na consagração do processo como conjunto de princípios e garantias que disciplinam a resolução judicial de conflitos. Em matéria de responsabilidade criminal, ninguém será privado de seus direitos sem a observância do devido processo penal,[2] aí referenciados seus corolários: o contraditório e a ampla defesa.

Na persecução penal que se desenvolve no Estado de Direito Democrático, a dignidade da pessoa humana expressa seu valor fundamental. Todas as regras que se referem à investigação preparatória, à ação penal e ao procedimento judicial devem ser interpretadas nessa ótica garantista[3] em que o respeito à Constituição não representa interesse individual em face do interesse público violado com o crime, mas interesse coletivo de respeito à democracia, à humanidade e à cidadania.[4]

A investigação criminal, assim, como fase preparatória ao exercício da ação penal, está submetida, como condicionante de sua legitimidade, aos princípios e garantias constitucionais – e legais decorrentes.

A investigação das infrações penais é atribuição, em regra, das polícias judiciárias, consubstanciada no inquérito policial. A outras autoridades a Constituição remete, outrossim, o poder investigatório, sobretudo relacionado às respectivas funções administrativas (parlamentar, fiscal, previdenciária, tributária, disciplinar etc.), cujos fatos tenham repercussão também na esfera penal, sem prejuízo da atuação da polícia judiciária (art. 4º, CPP).

Igualmente tem assento constitucional a legitimação do Ministério Público (art. 129, VI e VIII, CR/88; arts. 7º, 8º e 38, LC 75/93; Lei 8.625/93) e da Magistratura (art. 33, parágrafo único, LC 35/79) para a investigação de infrações penais.

A presidência do inquérito policial é atribuição da autoridade policial. Por outro lado, a Polícia Judiciária não detém, nem de longe, o monopólio do poder investigatório do Estado. O inquérito policial, no regime jurídico-constitucional inaugurado em 1988, é apenas uma das várias espécies de procedimentos administrativos investigatórios.

O Ministério Público, como titular do direito de ação penal pública condenatória, está legitimado para proceder a investigações administrativas, no âmbito do inquérito civil público (inclusive quanto a fatos que tenham repercussão na responsabilidade civil, administrativa e criminal), bem assim para instaurar, em caráter excepcional, procedimentos administrativos investigatórios criminais, disciplinados, no Estado de Minas Gerais, pela Resolução Conjunta PGJ CGMP n. 2, de 14.09.2004,[5] e em âmbito nacional pela Resolução n. 13, de 02.10.2006, do Conselho Nacional do Ministério Público. Até porque o inquérito policial não é expediente imprescindível à propositura da ação penal.[6]

Em se tratando de crimes de ação penal de iniciativa pública (incondicionada), tanto

2 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) et alii. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, p. 269-271; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 42.

3 FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*.

4 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 13-14.

5 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 248-257; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 37-43.

6 Conforme entendimento pacífico no STF, a instauração de inquérito policial é prescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção (HC 70.991, Min. Moreira Alves; RE 233.072, Min. Nelson Jobim). Da mesma forma, não há impedimento para que o Ministério Público efetue colheita de depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merece ser elucidado (HC 83.463/RS, j. em 16.03.2004, Segunda Turma). No mesmo sentido o entendimento do pleno do STF (inquérito 1.957-7/PR, j. 11.05.2005).

o inquérito policial quanto o procedimento administrativo investigatório ministerial devem ser instaurados de ofício. Com efeito, as autoridades públicas incumbidas da persecução penal devem agir de ofício, sem necessidade de provocação formal ou de assentimento de outrem (princípio da *oficiosidade* ou *oficialidade*)[7] – art. 5º, I, CPP.

Ciente da prática de um crime, a autoridade policial tem o poder-dever de instaurar o inquérito policial ou confeccionar procedimento correlato nas infrações de pequeno potencial ofensivo (TCO); na mesma medida, o órgão de execução do Ministério Público está obrigado a requisitar a instauração de inquérito policial ou, se as circunstâncias o recomendarem, instaurar o competente procedimento administrativo investigatório criminal.

Nesse caso, qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência da infração penal poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito (art. 5º, §3º, CPP).

Embora noticiar o crime seja mera faculdade conferida ao cidadão interessado em colaborar com a atividade repressiva do Estado[8], toda pessoa pode (e deve) ser testemunha, embora, em determinadas circunstâncias, algumas possam apresentar recusa (art. 206, CPP), estejam proibidas (art. 207, CPP) ou impedidas de depor (arts. 252, II, 258 e 564, I, CPP e art. 405, §2º, CPC). Há lei prevendo regras para organização e manutenção de programas especiais de proteção a testemunhas ameaçadas (Lei n. 9.807/99, regulamentada, no plano federal, pelo Dec. 3.518/00). A testemunha, dado o valor probatório de seu depoimento (título VII do Livro I do CPP), deve ser identificada (art. 205, CPP), constituindo a recusa de fornecimento dos dados pessoais contravenção penal (art. 68, LCP). Aquele que, sendo testemunha, não diz o que sabe, omitindo-se ("negar ou calar a verdade"), pratica o crime de falso testemunho (art. 342, CP). Ademais, quem dá causa à instauração de investigação contra pessoa sabidamente inocente, imputando-lhe crime, incide nas sanções do art. 339 do CP.

Por outro lado, a mesma Constituição Federal que assegura a livre manifestação do pensamento, *veda o anonimato* (art. 5º, IV, CR/88) e declara inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando direito indenizatório decorrente de dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CR/88).

Do confronto entre o dever legal de servir como testemunha, a todos imposto (salvo exceções), e a inviolabilidade da vida privada, surge a indagação sobre a validade e legitimidade, perante a ordem jurídico-constitucional, da notícia anônima de crime.

De um lado, a Constituição veda expressamente o anonimato, limitando a livre manifestação do pensamento individual. No mesmo passo, a legislação infraconstitucional impõe o dever de testemunhar e identificar-se como testemunha. De outro, a autoridade que recebe notícia de crime de ação penal de iniciativa pública tem o dever de verificar a procedência das informações e, confirmada esta, de instaurar procedimento investigatório.

Aquilo que a Constituição parece vedar é estimulado pelas instituições oficiais de Defesa Social, sobretudo as vinculadas à Segurança Pública: a "denúncia" anônima.

A notícia anônima de crime é constitucional? Pode deflagrar e fundamentar, por si só, a instauração de procedimento investigatório? Pode servir de base à representação pela

7 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 22; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 201; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 50.

8 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 217-218; CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 78.

determinação judicial de medidas assecuratórias (seqüestro e hipoteca legal de bens, arts. 125 e 134, CPP), de busca e apreensão domiciliar (art. 240, §1º, CPP c/c art. 5º, XI, CR/88) ou de quebra de sigilo de dados (fiscais, bancários etc.) ou comunicações (Leis n. 6.538/78 e 9.296/96 c/c art. 5º, XII, CR/88)?

O presente trabalho pretende aprofundar o debate em torno dessas questões, buscando estabelecer critérios a partir da sistematização e da abordagem jurisprudencial da matéria.

1.1 A notícia de crime: variações

Já vimos que a legitimação para a ação penal influi, também, no procedimento a ser adotado pelos órgãos oficiais incumbidos da fase pré-processual da persecução penal. No caso de notícia de crime em que se procede mediante ação penal pública incondicionada, a investigação deve ser iniciada de ofício, desde que a autoridade competente tome ciência da ocorrência da infração, por conhecimento próprio e direto, ou mediante comunicação de qualquer do povo, independentemente de representação de eventual ofendido ou representante seu. Se for caso de ação pública condicionada à *representação* (do ofendido) ou *requisição* (do Ministro da Justiça), a investigação somente poderá ser formalizada a partir da satisfação da condição de procedibilidade (pelo ofendido, seu representante ou Ministro da Justiça, conforme o caso). O mesmo sucede nos casos de ação penal de iniciativa privada, em que o procedimento investigatório somente pode ser iniciado se houver requerimento de instauração por parte do legitimado (art. 5º, §5º, CPP).[9]

Em todas as situações, desde que satisfeitas as condições nos casos cabíveis (crimes de ação penal pública condicionada e de ação penal privada), tem-se indisponível poder-dever da autoridade em providenciar a apuração mediante o instrumento investigatório adequado (inquérito policial, a cargo da Polícia Civil, ou Procedimento Administrativo Investigatório Criminal, no caso de investigação capitaneada pelo Ministério Público).

A instauração do inquérito policial, nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada, pode se dar de ofício ou por provocação consubstanciada em *notícia de crime*. Neste caso, a *notitia criminis* pode se revestir de: a) requisição do Ministério Público;[10] b) representação ou requerimento[11] do ofendido ou seu representante legal; c) delação por terceiro,

9 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 26-27.

10 A possibilidade de instauração de inquérito policial a partir de requisição do Juiz de Direito (art. 5º, II, CPP), com o advento da CF/88, tornou-se controvertida. Cf. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 220; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 27-28.

11 A doutrina costuma reservar o termo *representação* exclusivamente para os casos de crimes cuja ação penal depende de representação, utilizando-se requerimento para as hipóteses em que o ofendido pleiteia a instauração de procedimento para apuração de crimes de ação penal privada ou pública incondicionada (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 80-81; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 221) Em essência, não há distinção formal ou substancial, pois há crimes em que a lei condiciona a adoção de providências da autoridade à representação do ofendido, o que não significa que, nos casos em que não há exigência de tal condição (crimes de ação penal pública incondicionada), não possa ela (a representação) ser oferecida.

qualquer do povo (*delatio criminis*).[12]

Do ponto de vista formal, a doutrina costuma apontar como peças inaugurais do inquérito policial: a) portaria (no caso de instauração de ofício); b) auto de prisão em flagrante; c) requerimento ou representação do ofendido; d) requisição do Ministério Público; e) requisição do Ministro da Justiça.[13] No Estado de Minas Gerais, o art. 8º da Instrução Normativa n. 01/95, do Conselho Superior de Polícia, determina que os inquéritos policiais sejam iniciados por Auto de Prisão em Flagrante ou, nos demais casos, por Portaria. Na Portaria, quando não se tratar de instauração *ex officio*, a autoridade policial fará constar que se trata de requisição do Ministério Público, do Ministro da Justiça etc.

Interessante notar que, no Estado de Minas Gerais, a Polícia Civil não disciplina a postura que deve assumir o Delegado de Polícia diante de recebimento de notícia anônima de crime. Porém, os arts. 1º e 2º da Portaria 005, de 24.09.04, da Corregedoria-Geral de Polícia, que estabelece critérios sobre procedimentos investigativos a serem adotados em face de denúncias anônimas contra policiais civis, prevê que a Corregedoria não deve receber representação denunciatória que contrarie o art. 144, da Lei n. 8.112/90, determinando, portanto, o arquivamento da delação que não permita a identificação do representante, que, sendo assim, não poderá servir de base ao início de procedimento administrativo ou penal em desfavor de policial civil representado[14]. A conjugação dos arts. 4º e 5º do mencionado ato administrativo normativo, entretanto, autoriza a Câmara Disciplinar do Conselho Superior de Polícia Civil Mineira, em casos excepcionais, havendo indícios de verossimilhança das alegações que consubstanciam a delação anônima, a deliberar sobre o retorno do expediente à Corregedoria para levantamento preliminar, reservado e sigiloso, acerca da veracidade da notícia anônima.

Já a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais não possui ato que discipline a questão, quer se trate de denúncia anônima endereçada ao Promotor de Justiça, quer de notícia anônima de infração disciplinar ou penal praticada por Promotor

12 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 220-222. A delação, quando apresentada por terceiro ou qualquer do povo, é espécie de *notitia criminis*, podendo converter-se em prova se o seu signatário for arrolado e ouvido como testemunha. No caso de delação de autoria apresentada por co-réu durante a fase pré-processual ou na instrução do feito, após a instauração de inquérito baseado em autêntica *notitia criminis*, para que a delação tenha força probatória, imprescindível a incidência do contraditório ao interrogatório do co-réu delator. Não se pode admitir conteúdo probatório a manifestação de vontade que permaneça incólume ao princípio da bilateralidade, ainda que diferida e incidente *a posteriori*.

13 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 80-81; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 221.

14 Nas considerações que motivaram a edição do ato normativo, a Corregedoria-Geral da Polícia Civil destaca que "dar azo à ilegalidade da delação anônima [diante da vedação constitucional ao anonimato] pode causar intolerável constrangimento e mesmo danos morais ao servidor e à própria dignidade do cargo público, porquanto os agentes públicos poderiam sofrer influências nocivas ao bom desempenho de suas atribuições funcionais, sendo inadmissível que o servidor submeta-se à ação irresponsável e leviana de denúncias anônimas, às vezes originadas a partir de interesses pessoais ou políticos, quiçá de deliberada corrupção de particulares desejosos de afastar um bom e honesto funcionário do Estado para, com a ausência da mão proba do injustamente denunciado, poder satisfazer seus propósitos, justamente contra o princípio da moralidade e do interesse público falsamente invocados como motivos das peças denunciatórias apócrifas." Aduz ainda que "não raras vezes, acusações contra servidores públicos apresentam-se sem um mínimo de respaldo de veracidade, desacompanhadas de quaisquer provas ou indícios, constituindo-se em meras alegações, engendradas na maledicência e, quase sempre, com o único propósito de macular o servidor policial que, no exercício de seu mister, involuntariamente desagrada e gera eventuais desafetos". E conclui, citando jurisprudência da 5ª turma do TRF 2ª região (proc. n. 2002.02.01.006435-0): "o inquérito instaurado a partir de denúncia anônima causa aos acusados constrangimento ilegal, previsto pela legislação penal, uma vez que os indiciados não têm como argumentar contra eventuais vícios que possam estar contidos na acusação."

apresentada ao órgão corregedor.[15] Cumpre notar, entretanto, que a Resolução CNMP n. 13, de 02.10.2006, que regulamenta o art. 8º da LC 75/93 e o art. 26 da Lei n. 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, prevê, na conjugação dos arts. 3º, *caput*, parte final, e 4º, que a identificação do autor da representação que dá origem ao procedimento investigatório constará, "sempre que possível", da portaria inicial. Vale dizer, a Resolução do Conselho Nacional do *Parquet* admite, *contrario sensu*, o início do procedimento baseado em denúncia anônima, a despeito da ausência de tratamento expresso a respeito do tema.

1.2 Notícia de crime, delação ou denúncia anônimas: indefinições terminológicas na teoria e na *praxis*

A terminologia adotada nos temas que cercam o presente estudo nem sempre é clara, do ponto de vista técnico-jurídico. Alguns conceitos necessitam de maior atenção.

Notícia de crime é o conhecimento de um fato criminoso pela autoridade, de maneira espontânea ou provocada.[16] A *notitia criminis* pode ser: a) de cognição imediata (art. 5º, I, CPP); b) de cognição mediata, por expediente escrito (art. 5º, II, CPP); c) de cognição coercitiva, por condução do preso em flagrante (art. 302, CPP).

Delatio criminis, por seu turno, é espécie do gênero *notitia criminis*. O que caracteriza a delação é a comunicação por terceiro, qualquer do povo, excluído o ofendido ou seu representante legal (art. 5º, §3º, CPP).[17] A delação (*delatio criminis*), assim, tanto pode ser de cognição imediata quanto mediata, conforme se trate de fato comunicado diretamente à autoridade, no exercício rotineiro de suas atividades, ou mediante documento produzido por escrito e a ela encaminhado.[18]

No contexto e nos limites do presente estudo, podemos estabelecer a seguinte definição: ***denúncia anônima*** é a ***delatio criminis*** **formulada por qualquer do povo, sem identificação, mediante expediente apócrifo de cognição mediata** (telefonema, e-mail, carta etc.).[19]

---

15 O art. 292 da Lei Complementar Estadual n. 59/2001, que estabelece a organização e a divisão judiciárias de Minas Gerais, dispõe que, para fins de sindicância e processo disciplinar no âmbito da Magistratura, a denúncia sobre irregularidade será objeto de apuração *desde que contenha a identificação e o endereço do denunciante* e seja formulada por escrito.

16 FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 132; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 207; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 221; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 26; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 86; CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 76.

17 Cf. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 222. Fernando Capez, ao contrário, inclui no conceito de *delatio criminis* a comunicação feita pela vítima. Para o professor paulista, a delação simples ocorre quando há mero aviso da ocorrência de um crime, sem qualquer solicitação; a delação postulatória se dá com a comunicação do fato, acompanhada de requerimento de instauração da persecução penal (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 78; no mesmo sentido: VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo Penal Completo*, p. 124). Na classificação adotada por Capez, são expressões sinônimas indicativas da *notitia criminis* de cognição imediata: cognição direta, espontânea ou "inqualificada". E de cognição mediata: indireta, provocada ou qualificada. (ob. cit. p. 76). No mesmo sentido: NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 18.

18 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 86; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 221-222.

19 A doutrina se limita, sem maiores considerações, a reproduzir a lição de José Frederico Marques, que a classifica como *notitia criminis* inqualificada. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 87; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 222; CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 78.

Deve-se frisar que o termo *denúncia anônima* deveria ser evitado, por causar perplexidade técnica no cotejo do instituto da denúncia (propriamente dita), usado como indicativo da petição inicial nos crimes de ação penal pública, apresentada pelo Ministério Público em juízo, nos termos do art. 41, do Código de Processo Penal. Teríamos, tecnicamente, ***delação anônima***.

Com efeito, a *denúncia anônima* "não é uma denúncia no significado jurídico do termo", como advertem Aloisi e Mortara, citados por Tourinho Filho.[20] Porém, a teoria deve, nesse caso, buscar a conciliação com a *praxis*. Em fenômeno semelhante ao que ocorre com a "queixa", já se consagrou, no senso comum, a figura da "denúncia anônima", propalada por instituições oficiais de Segurança Pública e Defesa Social como mecanismo de fomento à participação da comunidade na elucidação dos crimes, sem necessidade de identificação ou sob promessa de sigilo.

Portanto, na técnica processual penal brasileira, denúncia (*stricto sensu*) "significa a peça inaugural da ação penal, promovida pelo Ministério Público."[21] Porém, o próprio Código Penal utiliza o termo denúncia em sentido lato, para designar a comunicação de fato criminoso à autoridade, conforme se vê na rubrica do tipo de injusto capitulado no art. 339, em que se adjetiva de caluniosa a "denunciação". *Denunciação* como expressão do ato de denunciar, noticiar fato criminoso à autoridade, dar causa a instauração de procedimento oficial. Quando se fala em denúncia anônima, então, tem-se a expressão tomada *lato sensu.*[22] Denúncia anônima não é denúncia propriamente dita, mas modalidade de *notitia criminis*.

2. PONDERAÇÃO DE BENS JURÍDICOS EM CONFLITO: DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Por um lado, a Constituição Federal veda o anonimato – e o faz ao consagrar a liberdade de manifestação do pensamento. Por outro, há o interesse coletivo e o dever das autoridades estatais no sentido de que os crimes sejam apurados e seus autores punidos. A denúncia anônima traz em si, portanto, aparente colisão de princípios constitucionais.

A denúncia anônima, ao transmitir à autoridade imputação de prática criminosa, instaura uma tensão dialética entre valores constitucionalmente agasalhados. Surge, com a apresentação da *delatio criminis* anônima, estado de colisão de direitos, confrontando-se liberdades revestidas de envergadura jurídica equivalente. Necessário, pois, definir a primazia de uma delas, sem que a outra seja completamente esvaziada. A superação do conflito entre direitos essenciais, cujos titulares são sujeitos diversos, deve-se basear em critérios que afastem o aparente antagonismo, com a utilização do método da ponderação proporcional de bens, em atenção a cada caso concreto, sem que isso importe no esvaziamento do conteúdo

20 *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 218.

21 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 365.

22 A denúncia, *stricto sensu*, quando apócrifa, é ato processual inexistente, por ausência de imputação válida pelo órgão de execução ministerial que não assina a peça inicial veiculadora da pretensão punitiva estatal. Denúncia apócrifa, nesse sentido, equipara-se a denúncia assinada por quem não é Promotor (ou Procurador, conforme o caso) de Justiça, embora se admita o suprimento da irregularidade, com a ratificação dos termos da denúncia oferecida pelo *Parquet* e, por descuido, não assinada. A denúncia anônima, *lato sensu*, é o expediente utilizado por qualquer do povo, que intencionalmente não se identifica, para levar ao conhecimento da autoridade notícia da prática de crime: *delatio criminis* anônima, cuja validade jurídica é objeto de discussão deste trabalho. Com entendimento semelhante, porém evitando falar em "denúncia" fora da hipótese de petição inicial: VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo Penal Completo*, p. 124, nota 66.

essencial dos direitos fundamentais.[23]

Lá, há a norma que veda o anonimato (art. 5º, IV, CF/88), buscando preservar, na liberdade de expressão, a incolumidade dos direitos da personalidade (honra, imagem, intimidade). Aqui, postulados básicos, igualmente consagrados constitucionalmente, buscando conferir efetividade à exigência de que os comportamentos sociais se ajustem à lei, dentro de determinados padrões ético-jurídicos agasalhados pelo próprio sistema constitucional, donde se extrai o dever de atuação das instâncias formais de controle da criminalidade.

Na exegese constitucional, tendente à superação do conflito axiológico – adverte Alexandre de Moraes, citando Canotilho –, deve-se buscar a concordância prática (ou harmonização) dos interesses colidentes, coordenando-se e combinando-se os bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.[24]

Sobre o tema, os Tribunais estão divididos.

A 5ª Turma do STJ já decidiu, por unanimidade, que não há ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações deflagradas por denúncia anônima, eis que a autoridade tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, desde que se proceda com a devida cautela, sobretudo quando a investigação e o inquérito sejam conduzidos sob sigilo.[25] No voto do Relator, Min. Gilson Dipp, consignou-se que se tratava de investigação da Polícia Federal ("Operação Albatroz"), deflagrada por denúncia anônima que deu origem a inquérito policial. Instaurado o procedimento, foram determinadas diversas diligências (entre elas a quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico), que, renovadas, fundamentaram a prisão temporária dos investigados e busca e apreensão (domiciliar e nos locais de trabalho). Para fundamentar a constitucionalidade do procedimento instaurado a partir da delação anônima, o Min. Gilson Dipp entendeu que a base para a instauração do inquérito não teria sido simplesmente a "denúncia anônima", mas sim o resultado das investigações conduzidas sob sigilo pela Polícia Federal a partir daquela. Afirmou o relator, por fim, que "a referida carta anônima não contaminou o restante do acervo probatório", relativizando o alcance da *teoria dos frutos da árvore venenosa*.

Já em outro feito, a Corte Especial do próprio Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, entendeu que uma carta anônima não pode movimentar polícia e justiça sem afrontar a norma constitucional do art. 5º, IV. Cuidava-se, nesse caso, de inquérito policial instaurado com base em delação anônima de supostos crimes praticados por Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Seguindo o voto do Relator, Min. Ari Pargendler, determinou-se o arquivamento dos autos do inquérito policial.[26]

No julgamento de ação penal de sua competência originária, o Supremo Tribunal Federal admitiu, por maioria, a legitimidade de procedimento investigatório e ulterior processo penal inaugurados por delação anônima, observados alguns parâmetros em cada caso concreto. Ao suscitar questão de ordem no julgamento do inquérito 1.957-7/PR, o Min. Marco Aurélio se posicionou radicalmente contrário à validade do procedimento assim deflagrado, invocando, ao lado da vedação constitucional, o disposto nas Leis 8.112/90 e 8.429/92 (art. 14)

23 CANOTILHO, J J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 661; BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, p. 363-366; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 193-203.

24 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 42.

25 HC n. 38.093/AM (2004.0126445-4); DJ 17.12.2004. No mesmo sentido: RO em HC n. 7.329/GO; Rel. Min. Fernando Gonçalves; DJ 04.05.1998.

26 Agravo Regimental no Inquérito n. 355/ RJ (2002/0132706-7); DJ 17.05.2004.

e art. 4º, II, da Resolução 290/2004 que dispõe sobre os procedimentos da Ouvidoria do STF, diplomas que também vedam a instauração de procedimentos a partir de delação anônima. Para Marco Aurélio, o denunciante que se esconde sob o anonimato não exerce um direito inerente à cidadania e deixa de assumir responsabilidade que possa, em um passo seguinte, improcedente a imputação, desaguar na denunciação caluniosa. A carta anônima, como defeito inicial, contaminaria toda a persecução a partir do inquérito.

Assim, a questão de ordem levantada pelo Min. Marco Aurélio, que acabou sendo rejeitada por maioria, discutia a viabilidade da seqüência do próprio inquérito, em que o elemento básico desencadeador da apuração de certos dados iniciais é uma carta anônima:

> Vivemos em um Estado Democrático de Direito e, no caso, a Carta da República só prevê o sigilo quando ele é inerente à própria atividade profissional desenvolvida. Não podemos imaginar a inauguração de uma época que se faça a partir do denuncismo irresponsável. Não podemos imaginar uma verdadeira época de terror em que, a partir de uma postura condenável, chegue-se à persecução criminal.

No mencionado julgado, o Min. Marco Aurélio diferenciava *notícia de materialidade* de *notícia de imputação*. Por exemplo, se há um telefonema anônimo comunicando à polícia que, em tal lugar, há um cadáver ou está sendo praticado tráfico de drogas, evidentemente a polícia teria de verificar a procedência da informação, indo ao local (notícia anônima de materialidade). Por outro lado, se há uma carta anônima atribuindo atos criminosos a determinada pessoa (imputação anônima de autoria), haveria o prejuízo de tudo mais que fosse levantado a partir dela, não podendo a *delatio criminis* gerar efeitos jurídicos válidos, tal como fundamentar a instauração de inquérito para apuração dos fatos.

Acompanhando o entendimento, o Min. Eros Grau execrou a validade de delação anônima.

Raciocínio análogo foi encampado pelo Min. Cezar Peluso, para quem seria inadmissível a abertura de procedimento investigatório a respeito de um fato típico baseado em documento ilícito, que não deveria gerar nenhuma conseqüência jurídica. Uma denúncia anônima não poderia ganhar forma como figura de juízo para dar início a uma investigação de caráter formal, pois assim se proclamaria a irresponsabilidade civil e penal do delator, que não responderia por acusação falsa. Sua conclusão é que o ordenamento abomina e excomunga o anonimato, considerando-o um desvalor jurídico que, como tal, não poderia ser considerado para nenhum efeito. E cita o próprio Código Penal, que mostraria reprovabilidade máxima ao anonimato ao agravar a pena da denunciação caluniosa em tal circunstância. No exemplo citado, se o cadáver é encontrado, começaria investigação válida. Abrir, porém, inquérito baseado em carta anônima seria conferir valor jurídico a um objeto que nem documento pode ser considerado.

O Min. Gilmar Mendes, embora concordando com o Min. Cezar Peluso no sentido de restringir-se a eficácia da denúncia anônima, defendeu que a situação deveria ser analisada em cada caso concreto. Noutro exemplo: há um contrato administrativo; se se informa à autoridade, em carta anônima, a existência de irregularidades em procedimentos licitatórios, a informação, em suma, é da existência de contrato publicado no Diário Oficial. Lembra o Ministro que a lei de licitação determina que haja a publicação da síntese ou extrato do convênio ou contrato, que poderá, a qualquer tempo, ser objeto de investigação ou questionamento, inclusive mediante ação popular. Nesse caso, não se poderia concluir pela ilegalidade das investigações

deflagradas por delação anônima. É que, no caso, o inquérito instaurado prescinde da carta anônima, haja vista que os atos (objeto de investigação) são públicos.

Já o ex-Min. Nelson Jobim defendeu que não se formulasse, sobre o tema, tese *in abstracto*, decidindo-se caso a caso, em atenção às particularidades de cada situação concreta. Para Jobim, a denúncia anônima pode desencadear atividades de investigação. O que não se admite é que seja autuada como documento lícito capaz de, ao gerar conseqüências jurídicas, originar um procedimento formal de investigação. Ou seja, não admite a abertura de inquérito com base em carta anônima.

Para o Min. Carlos Britto, pode haver investigação a partir de denúncia anônima; embora não se possa admitir uma denúncia, peça inicial do processo penal, exclusivamente baseada numa *notitia criminis* anônima – admitindo que a cidadania, como ponto de partida, pode manifestar-se anonimamente, em colaboração para com o Poder Público no desvendamento de atos ilícitos, devendo-se analisar em cada caso concreto.

O Min. Sepúlveda Pertence, a seu turno, formulou indagação sobre a ação que se espera da polícia diante de telefonema anônimo em que se comunique haver um cadáver ou ocorrência de seqüestro em determinado lugar. Estaria a polícia impedida de verificar a informação? Partindo de tal questionamento, demonstra que o princípio da vedação do anonimato, posto que nobilíssimo, não pode ser levado às últimas conseqüências. Se uma carta anônima informa a existência de contratos administrativos celebrados sem licitação, é como se dissesse que há um cadáver em determinado lugar. A materialidade do crime seria, em tese, a documentação dos contratos. Embora não se possa intimar o delator anônimo, pode-se verificar se existe o fato material noticiado, cujo resumo é de publicação obrigatória no órgão oficial de imprensa. Para Pertence, a delação anônima não tem validade nem como prova, nem como elemento de informação da persecução penal, caso contrário haveria violação aos princípios constitucionais do processo. Por outro lado, defende que a delação anônima não isenta a autoridade que a tenha em mãos dos cuidados para apurar sua verossimilhança e, a partir daí, instaurar o procedimento formal. Até porque – argumenta – se o art. 339, §1º, do CP prevê causa de aumento de pena para o denunciante que se vale do anonimato, é que a delação anônima pode, sim, dar margem à deflagração da investigação – embora não seja prova nem informação confiável por si só.

Carlos Velloso, para ilustrar seu ponto de vista, reproduz exemplo dado, noutra oportunidade, por Sydney Sanches: mediante interceptação telefônica não-autorizada, descobre-se um cadáver de mulher, que estava desaparecida; numa das mãos há cabelos; a mulher morrera lutando; faz-se exame de DNA e localiza-se o assassino. As investigações poderiam prosseguir? Para o ex-Min. Carlos Velloso sim, por aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É o que ocorreria, *mutatis mutandis*, nos casos de denúncia anônima contra criminosos perigosos, narcotraficantes etc. A notícia do crime seria inicialmente tratada sob sigilo, propiciando investigações válidas, com a observância do princípio da proporcionalidade.

O voto do Min. Celso de Mello merece maior atenção e destaque. Observa o ilustre Ministro que a proibição constitucional do anonimato busca impedir abusos no exercício da liberdade de expressão, aí incluída a denúncia anônima. Ao se exigir a identificação, busca-se a possibilidade de responsabilização do delator pelos excessos. Cuida-se de norma positivada no

sistema constitucional brasileiro desde a primeira Carta Republicana (art. 72, §12, CR/1891), que tem como único escopo permitir que o autor de escrito ou publicação possa submeter-se às conseqüências jurídicas derivadas de seu comportamento abusivo, em defesa do patrimônio moral das pessoas agravadas.[27] A vedação do anonimato, assim, traduz medida constitucional destinada a desestimular manifestações abusivas do pensamento, de que poderiam decorrer gravames a terceiros, desrespeitados em sua esfera de dignidade.

Nesse contexto, sustenta o Min. Celso de Mello que nada impede que a autoridade, recebendo denúncia anônima, adote medidas informais, "com prudência e discrição", destinadas à apuração prévia e sumária da notícia de crime, com o objetivo de posterior instauração do procedimento penal. Desse modo, haveria a desvinculação da delação formulada por autor desconhecido, que não é ato de natureza processual, da investigação estatal (*informatio delicti*). Disso resultaria a impossibilidade de o Estado dar início à persecução criminal tendo por "único fundamento causal" a denúncia anônima. A exemplo do que sucede na Itália, sustenta, com apoio no magistério de Giovanni Leone, que "os documentos e escritos anônimos não podem ser formalmente incorporados ao processo, não se qualificam como atos processuais e deles não se pode fazer qualquer uso processual":

> [...] após reconhecer o desvalor e a ineficácia probante dos escritos anônimos, desde que isoladamente considerados, admite, no entanto, quanto a eles, a possibilidade de a autoridade pública, a partir de tais documentos e mediante atos investigatórios destinados a conferir a verossimilhança de seu conteúdo, promover, então, em caso positivo, a formal instauração da pertinente *persecutio criminis*, mantendo-se, desse modo, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas que forem encaminhadas aos agentes do Estado, salvo [...] se os escritos anônimos constituírem o próprio corpo de delito ou provierem do acusado.[28]

Conclui, então, diante de revelação anônima de fatos revestidos de aparente ilicitude penal, pela possibilidade do Estado adotar medidas sumárias de investigação, destinadas a esclarecer a idoneidade e verossimilhança da delação, que, se confirmada, dará ensejo à instauração do procedimento formal, diante da observância do postulado da legalidade e do dever da autoridade, consideradas razões de interesse público, de apurar a verdade real em torno da materialidade e autoria de fatos criminosos. Os escritos anônimos não justificam, só por si, isoladamente considerados, a instauração da *persecutio criminis*, eis que não podem ser incorporadas formalmente ao processo – salvo quando produzidos pelo acusado ou quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (solicitação de resgate na extorsão mediante seqüestro; cartas que evidenciam ofensas à honra, veiculam ameaças ou corporificam o *crimen falsi* etc.).

No âmbito do STF, há ainda processo emblemático, pendente de julgamento. Cuida-se do HC 84.827/TO, impetrado em desfavor do relator da notícia crime 359 do STJ, ao argumento de ilegalidade do procedimento deflagrado por denúncia anônima. Em votação da 1ª Turma, o Min. Sepúlveda Pertence apresentou pedido de vista, após a ordem ser concedida nos votos dos Ministros Marco Aurélio, relator, Eros Grau e Cezar Peluso, e denegada pelo Min. Carlos Britto.

27 Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 713; MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 128; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 238.

28 Cf. LEONE, Giovanni. *Il Códice di Procedura Penale illustrato articolo per articolo*, p. 562-564.

Não só na orientação pretoriana; também na doutrina há divergência. Há quem negue validade jurídica à denúncia anônima. Tourinho Filho argumenta que:

> (...) se o nosso CP erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os 'denunciados' chamar à responsabilidade o autor da *delatio criminis*, se esta pudesse ser anônima? A vingar entendimento diverso, será muito cômodo para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros da impunidade. Se se admitisse a *delatio* anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza, ao tempo da *inquisitio extraordinem*, quando se permitia ao povo jogasse nas famosas 'Bocas dos Leões' suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno.[29]

Em sentido oposto, na esteira do magistério de Frederico Marques e Rogério Lauria Tucci, manifestam-se Mirabete e Capez, respectivamente:

> No direito pátrio, a lei penal considera crime a denunciação caluniosa ou a comunicação falsa de crime (Código Penal, arts. 339 e 340), o que implica a exclusão do anonimato na *notitia criminis*, uma vez que é corolário dos preceitos legais citados a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido, no caso de atuar abusiva e ilicitamente.
>
> Parece-nos, porém, que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando delação anônima lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. Se, no dizer de G. Leone, não se deve incluir o escrito anônimo entre os atos processuais, não servindo ele de base à ação penal, e tampouco como fonte de conhecimento do juiz, nada impede que, em determinadas hipóteses, a autoridade policial, com prudência e discrição, dele se sirva para pesquisas prévias. Cumpre-lhe, porém, assumir a responsabilidade da abertura das investigações, como se o escrito anônimo não existisse, tudo se passando como se tivesse havido *notitia criminis* inqualificada.[30]
>
> Não deve haver qualquer dúvida, de resto, sobre que a notícia do crime possa ser transmitida anonimamente à autoridade pública [...].
>
> [...] constitui dever funcional da autoridade pública destinatária da notícia do crime, especialmente a policial, proceder, com a máxima cautela e discrição, a uma investigação preambular no sentido de apurar a verossimilhança da informação, instaurando o inquérito somente em caso de verificação positiva. E isto, como se a sua cognição fosse espontânea, ou seja, como quando se trate de *notitia criminis* direta ou inqualificada.[31]

29 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 218.

30 FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 147.

31 TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, prisão e liberdade*, p. 34-35.

> Nada impede [...] a notícia *anônima* do crime [...]. Na hipótese, porém, constitui dever funcional da autoridade pública destinatária, especialmente a policial, proceder, com a máxima cautela e discrição, a uma investigação preliminar no sentido de apurar a verossimilhança da informação, instaurando o inquérito somente em caso de verificação positiva.[32]
>
> A delação anônima (*notitia criminis* inqualificada) não deve ser repelida de plano, sendo incorreto considerá-la sempre inválida; contudo, requer cautela redobrada por parte da autoridade policial, a qual deverá, antes de tudo, investigar a verossimilhança das informações.[33]

Quanto ao argumento de direito material, temos a lição de Nelson Hungria:

> Segundo o §1º do art. 339, 'A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto'. Explica-se: o indivíduo que se resguarda sob o anonimato ou nome suposto é mais perverso do que aquele que age sem dissimulação. Ele sabe que a autoridade pública não pode deixar de investigar qualquer possível pista (salvo quando evidentemente inverossímil), ainda quando indicada por uma carta anônima ou assinada com pseudônimo; e, por isso mesmo, trata de esconder-se na sombra para dar o bote viperino. Assim, quando descoberto, deve estar sujeito a um *plus* de pena.[34]

Percebe-se, claramente, que a melhor interpretação não é encontrada na visão de um único dispositivo constitucional, isoladamente, mas no cotejo do entrelaçamento de valores que defluem do texto constitucional, sistemática e principiologicamente orientado.

2.1 A denúncia anônima e a vedação constitucional ao anonimato

A Constituição Federal consagra a liberdade de pensamento e expressão, mas veda, expressamente, a manifestação anônima. Historicamente, a vedação do anonimato parece se dirigir, em especial, à liberdade de crítica, de imprensa, de opinião, viabilizando a responsabilização em face de excessos que atinjam direitos de terceiros: dignidade, honra, imagem, vida privada etc.

Não se pode negar à notícia de crime, endereçada à autoridade por qualquer instrumento de comunicação (telefone, correspondência manuscrita, impressa ou eletrônica etc.), a qualidade de manifestação do pensamento. A rigor, o cidadão que faz uso da prerrogativa da delação, deve-se identificar. Essa é a regra. Não se pode negar, todavia, que em situações peculiares ou excepcionais, o cidadão pode contribuir com a autoridade pública, na defesa dos interesses sociais de controle da criminalidade, sob o anonimato. É o que sucede, por exemplo, nos casos em que a revelação de sua identidade poderia comprometer concretamente sua própria segurança, não havendo efetividade, nesses casos, dos programas oficiais de proteção de testemunhas.

Há situação de colisão de interesses jurídico-constitucionais, que deve ser afastada pelo critério da *proporcionalidade*. Nesse caso, a limitação a direito individual do delatado só tem razão de ser se a delação materializar valores igualmente relevantes do sistema cons-

32 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 87.

33 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 78.

34 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 466.

titucional.

No processo de elaboração e conceituação do princípio da proporcionalidade, consagrou-se a idéia de que o exercício do poder-dever estatal é limitado, justificando-se restrições a direitos individuais somente por razões de *necessidade*, *adequação* e *prevalência do valor* a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido. Além disso, a medida restritiva deve ser imposta, quando a lei o exigir, por decisão judicial, sempre motivada, em qualquer caso, pelas circunstâncias concretas.[35]

Daí se pode registrar, numa primeira análise, que a notícia anônima de crime viola, em tese, o disposto no art. 5º, IV, da CR/88 e, como tal, não pode fundamentar, isoladamente, a instauração de inquérito policial ou a determinação judicial de medida que restrinja direito constitucionalmente assegurado (inviolabilidade do domicílio, do sigilo fiscal, bancário, das comunicações telefônicas, de dados etc.). Isso não significa, embora possa parecer paradoxal, que toda e qualquer notícia anônima de crime seja desconsiderada pela autoridade destinatária. Ao contrário, recebendo delação anônima, a autoridade tem o dever de verificar seu conteúdo e sua procedência – leia-se, verossimilhança das informações –, mediante a utilização de recursos ordinários de investigação que não violem frontalmente as liberdades públicas instituídas constitucionalmente. Confirmada a fidedignidade da delação, o procedimento formal será deflagrado, desvinculando-se a instauração e os conseqüentes elementos de convicção da notícia anônima original.

Com essa interpretação, o princípio da proporcionalidade não esvazia o conteúdo garantista das liberdades constitucionais. Ao contrário complementa o princípio da reserva legal e reafirma o Estado de Direito, harmonizando os interesses constitucionais aparentemente conflitantes.[36]

3. A DENÚNCIA ANÔNIMA E A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À OBTENÇÃO ILÍCITA DE PROVAS

O art. 5º, LVI, da CF/88, proclama a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. A vedação alcança tanto as provas obtidas com violação à norma de direito material (prova ilícita propriamente dita) quanto de direito processual (prova ilegítima). O sistema consagrado entre nós, no processo, é o do livre convencimento motivado, em que não há hierarquia prévia dos meios de prova. A liberdade probatória e o livre convencimento encontram na Constituição, porém, a limitação de seu alcance.

Uma prova, embora tomada e considerada em si mesma como lícita, *a priori*, não se reveste de idoneidade jurídica como meio de convencimento válido do Julgador, se a ela se chegar por intermédio de outra prova, sendo esta, a precedente, obtida ilicitamente. Nesses casos, ainda que em prejuízo da verdade material, mas na afirmação do interesse coletivo de respeito às liberdades públicas, deve ser descartada e repudiada – por mais relevantes que sejam os fatos nela consubstanciados.[37]

35 A doutrina aponta dois pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade: um, formal, o da legalidade; outro, material, o da justificação teleológica (a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional) Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano apud FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 53-54.

36 Cf. Suzana de Toledo Barros apud idem.

37 STF, Ação Penal 307-3/DF, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 13.10.1995. No mesmo sentido o voto do Min. Celso de Mello.

Embora com repúdio de setor significativo da jurisprudência pátria,[38] advoga-se a aplicação do princípio da proporcionalidade para que a prova obtida por meio ilícito seja considerada, em hipóteses de caráter excepcional e em casos extremamente graves, ao argumento de que nenhuma liberdade pública é absoluta. Seria possível, portanto, excepcionalmente, ponderar bens em conflito, prestigiando-se interesses de maior envergadura social em detrimento de individuais mais estreitos, como intimidade, sigilo de dados, liberdade de comunicação etc.[39] Essas garantias são estabelecidas para o exercício de direitos, não para instrumentalização de crimes.

Várias "inviolabilidades" são previstas na Constituição como garantias de resguardo de direitos fundamentais: intimidade, vida privada, honra, imagem (art. 5º, XII e XLIX), domicílio (art. 5º, XI), sigilo das comunicações e dos dados (art. 5º, XII). A violação dessas garantias, se empreendida na persecução penal, renderia ensejo à formação de prova ilícita. Antônio Scarance Fernandes, sobre o tema, comenta:

> Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis a eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa.
>
> Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranqüilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.
>
> Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios ilícitos.[40]

Do confronto entre a vedação da prova obtida por meio ilícito e a proibição do anonimato, ambas erigidas ao plano constitucional, conclui-se que à delação anônima não se pode emprestar qualquer valor probatório. O raciocínio contrário representaria o aniquilamento do conteúdo da norma constitucional e, conseqüentemente, de garantia individual fundamental, o que não se admite, ainda que ao argumento da proporcionalidade.

De outra banda, não se pode olvidar que, em casos excepcionais, o cidadão não pode contribuir com a apuração de crimes, alguns com severa danosidade social, identificando-se. O Estado não pode, a seu turno, prescindir dessa cooperação.

Nesse sentido, aí sim com a aplicação legítima do princípio da proporcionalidade, a despeito de não possuir, propriamente, valor probatório, a denúncia anônima é instrumento válido para deflagração do poder investigativo do Estado. Sem que, a partir dela, isoladamente,

38 STF, HC 74.678/DF, 1ª T., rel. Min. Moreira Alves, Informativo n. 75.

39 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 124.

40 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 83-84.

determine-se a abertura de inquérito, autorizem-se medidas judiciais restritivas de garantias constitucionais ou formule-se em juízo a pretensão punitiva.

Se a delação anônima não tem valor probante, também não se submete, por outro lado, ao crivo da vedação à obtenção ilícita de provas. Noutras palavras, a conjugação dos incisos IV e LVI do art. 5º da Constituição Federal impede a consideração da delação anônima para a formação da convicção do julgador sobre o mérito da imputação, mas não impede que a autoridade pública seja acionada para que, verificada a procedência das informações, instaure-se, com base nessa investigação preliminar informal, o regular procedimento inquisitivo. Obviamente, as provas reunidas durante a investigação serão tomadas desvinculadas da delação anônima, portando analisadas em si mesmas quanto à sua licitude.

3.1 Obtenção ilícita de provas e nulidade derivada

O problema que surge da admissibilidade da investigação deflagrada por denúncia anônima diz respeito à aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*). Vimos que a denúncia anônima não possui, por si só, força probatória. Não pode fundamentar, isoladamente, sem o apoio em outros elementos de informação – ainda que dela decorrentes – instauração de procedimento formal de investigação criminal sem contrariar o mandamento constitucional que veda o anonimato.

Se a considerássemos prova obtida por meio ilícito, porque contrária à Constituição, ainda assim deveríamos delimitar a conseqüência da sua imprestabilidade, definindo se haveria contaminação de todas as demais provas dela resultantes.

É pertinente a indagação: incidiria, na hipótese, a comunicabilidade da ilicitude das provas, aplicação do princípio da *conseqüencialidade* em matéria probatória?

Embora a posição majoritária do STF seja no sentido de que a prova ilícita originária, sendo nula, contamina as provas dela decorrentes,[41] que seriam nulas por derivação, a questão da denúncia anônima deve ser resolvida sob o prisma da ponderação proporcional dos bens conflitantes. Sabemos que as liberdades públicas não podem ser usadas como "escudo protetor" para acobertar a prática de atividades ilícitas.[42]

Não há uma causalidade (ou conseqüencialidade) inexorável entre a denúncia anônima e as provas produzidas no procedimento investigatório por ela deflagrado. Isso se dá também porque a denúncia anônima não traduz, em si mesma, modalidade probatória. Há, nela, apenas notícia de fato em tese criminoso que pode ser comprovado pelos meios idôneos previstos na legislação. Na denúncia anônima, não temos ofensa direta a qualquer das inviolabilidades públicas asseguradas constitucionalmente (casa, comunicações telefônicas, dados bancários ou fiscais etc.), para além da esfera de intimidade individual.

A denúncia anônima, sobretudo quando traz notícia de fatos de significativa nocividade social, não possui qualquer valor processual em si mesma. Apenas traduz, para a autoridade, o dever de diligenciar, em apuração perfunctória, superficial e sumária, a verossimilhança da informação. Ou seja, implica o dever de averiguar a existência do crime para posterior

41 STF, HC 69.912-0/RS, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16.12.1993, *DJU* 25.03.1994. QO no MS 21.750, 24.11.93, Rel. Min. Carlos Velloso. HC 72.588/PB, rel. Min Maurício Corrêa, 12.06.1996, Informativo n. 35. HC 73.351/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 09.05.1996, Informativo n. 30. HC 73.510-0/SP, rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 12.12.1997, p. 65.565.

42 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 127.

comprovação de sua materialidade e autoria em sede de investigação criminal formal. O inquérito policial decorrente será instaurado com base nos elementos de informação colhidos nessa "apuração prévia" – *verificação de procedência das informações*, na dicção do Código de Processo Penal.

Essa desvinculação das provas em relação à denúncia anônima originária se estabelece axiologicamente, numa exegese constitucional teleologicamente orientada para a consagração dos valores constitucionais que têm por fundamento a supremacia do interesse público sobre o privado – sem que isso represente, no caso da denúncia anônima, esvaziamento do conteúdo de quaisquer garantias individuais. Noutras palavras, tal hermenêutica se fundamenta no princípio da proporcionalidade, que, no caso, opera a desvinculação – a quebra da causalidade (ou conseqüencialidade) –, impedindo a contaminação das provas legitimamente reunidas no inquérito policial.[43]

Afinal, não se pode ignorar a existência de um fato ilícito somente em função da procedência do seu conhecimento.[44] A denúncia anônima não é prova, mas notícia de fato criminoso que se pode (ou não) validamente comprovar. Não há vício de origem capaz de contaminar toda a persecução.

A verificação da procedência das informações autoriza o descarte da delação, substituindo-a por completo, de modo que as investigações formalmente instauradas nascem desvinculadas, normativamente (à luz da proporcionalidade), da notícia inaugural, em homenagem ao interesse social de apuração dos fatos criminosos.

No que diz respeito à denúncia anônima, desde que respeitados determinados parâmetros e observados certos critérios, de acordo com o raciocínio que vem sendo estruturado até aqui, não há o risco de sua aceitação constituir estímulo à violação de garantias individuais fundamentais, como ocorreria, por exemplo, na admissão de confissão obtida por tortura, de prova testemunhal prestada em escuta telefônica clandestina etc.

A prevalecer tese contrária, bastaria que o criminoso providenciasse sua denúncia anônima ou formulasse, ele próprio, auto-acusação anônima para impedir o sucesso da investigação contra sua pessoa, pois tudo que viesse a ser produzido seria considerado ilícito em virtude de contaminação – no caso, forjada.[45]

Por fim, vale lembrar que o nexo que une a notícia de crime, os elementos de formação da *opinio delicti* no inquérito e as provas no processo é normativo. Da mesma maneira, na teoria do Direito Processual, o liame entre uma prova e outra, dela derivada, não é ontológico. O princípio da proporcionalidade, assim, atua como elemento de aperfeiçoamento e interpretação axiológica do nexo entre as provas, desvinculando, normativamente, a notícia de crime das provas produzidas na persecução penal.

Há, assim, no tema da denúncia anônima, uma relativização da teoria dos frutos da árvore venenosa, não sua negação. Com isso estabelecemos, no plano teórico, o princípio da incomunicabilidade normativa da ilicitude das provas em referência à notícia do crime, por atuação do postulado da proporcionalidade.

43 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 125-134.

44 STJ, HC 38.093, rel. Min. Gilson Dipp.

45 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 89.

4. CRITÉRIOS DE VALIDADE DAS INVESTIGAÇÕES ORIGINADAS DE DENÚNCIA ANÔNIMA

4.1 Necessidade de registro e controle da notícia anônima pelos órgãos de Defesa Social: anonimato ou sigilo?

Quem delata (apresenta *notitia criminis*), dando causa à abertura de inquérito policial, exerce um direito (art. 5º, II e §§1º e 5º, CPP), e exercendo regularmente esse direito, não pratica crime, sendo suficiente a verdade subjetiva para afastar o dolo, como leciona Bitencourt.[46] Com efeito, o legislador não poderia incriminar conduta identificada pelo exercício regular do direito de petição.

Por outro lado, quando o agente dá causa a instauração de inquérito em desfavor de sujeito passivo determinado, conhecendo sua inocência e imputando-lhe a prática de crime, pratica infração contra a administração da justiça. A norma constitucional que veda o anonimato é concretizada, no plano infraconstitucional, para os fins do direito penal, com a responsabilidade do denunciante caluniador, assim entendido, na dicção do art. 339 do Código Penal, quem dá causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto, a pena é aumentada (§1º).

Isso nos leva à conclusão de que a autoridade pública que recebe notícia de crime deve providenciar o registro da qualificação do delator, quando se identificar, ou dos dados acessíveis quando da transmissão da notícia, para a hipótese de necessidade futura de identificação, de acordo com o meio utilizado para a comunicação do fato.

Se o Poder Público fomenta a participação da comunidade na apuração de crimes e identificação de seus autores, mediante serviços especiais (disque-denúncia, sítios na internet etc.), deve estruturá-los em obediência à legislação. Vale dizer, primeiro deve informar ao cidadão se a notícia anônima de crime será admitida e verificada. Deve, além disso, diferenciar entre as hipóteses em que não é necessária a identificação do delator e as que sua identificação será mantida sob sigilo. Finalmente, nos dois casos, deve manter registro da origem da notícia, de acordo com os recursos tecnológicos compatíveis (como endereço eletrônico do remetente de e-mail, número de telefone identificado e gravação da chamada originada etc.).

Essas providências mínimas, de um lado, permitiriam a comprovação de que a notícia do crime foi espontaneamente apresentada por qualquer do povo, desestimulando a produção de prova ilegal e clandestina pelo aparato policial (como escutas telefônicas desautorizadas etc.), que poderiam ser artificialmente transformadas em denúncias anônimas. De outro, possibilitariam investigações futuras de identificação do delator, para a hipótese de sua responsabilidade por denunciação caluniosa.

Caso contrário, a norma do §1º do art. 339 do CP seria letra morta.

4.2 Necessidade de verificação de procedência das informações

A denúncia anônima não pode fundamentar, direta e imediatamente, qualquer ato formal de persecução penal, seja no inquérito, seja no processo. Ao receber a delação, a autoridade deve verificar se a notícia de crime veiculada apresenta, no contexto fático, qualquer

46 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, p. 517.

indício de verossimilhança. Não se exige uma confirmação em nível de certeza, mas de possibilidade concreta, consubstanciada em circunstâncias fáticas que indiquem a materialidade do crime e levantem suspeita de autoria.

Embora a regra seja a publicidade dos atos processuais, aí incluído o inquérito policial, é da essência da investigação ser ela sigilosa. A autoridade poderá se valer, portanto, para verificação da procedência das informações veiculadas em denúncia anônima, de qualquer modalidade lícita de investigação, ressalvadas as hipóteses constitucionais de "inviolabilidades". Ou seja, a autoridade policial, apoiada estritamente na denúncia anônima, não poderá pleitear a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas etc., mas poderá efetuar levantamentos de campo, infiltrar agentes, realizar campanas e buscas pessoais, entrevistar pessoas, de modo a reunir, ainda que em simples comunicação de serviço firmada por agentes de polícia, elementos de convicção capazes de fundamentar o início do procedimento formal de investigação, com todas as medidas a ele inerentes.

Dessa maneira, a denúncia anônima será descartada do ponto de vista processual. A verificação da procedência das informações substituirá, para os fins da persecução criminal, integralmente a delação anônima, desvinculando totalmente o procedimento e as provas nele produzidas da *notitia criminis* original. Em suma, a mediação entre a denúncia anônima e as provas produzidas a partir da investigação formal é feita pela verificação da procedência das informações.

4.3 Denúncia anônima como fundamento de busca e apreensão domiciliar, quebra do sigilo das comunicações telefônicas, de dados bancários ou fiscais e medidas assecuratórias

O ordenamento jurídico-constitucional protege de violação vários interesses, erigidos, então, ao ápice da hierarquia das normas. É o que acontece com a casa, com a privacidade das comunicações, com os dados bancários, fiscais, patrimoniais etc. Algumas encontram disciplina legal específica, outras se incluem na previsão genérica da proteção da vida privada e da intimidade (art. 5º, X, CR/88). Esses interesses ou bens, integrantes do patrimônio jurídico do cidadão, não são protegidos de maneira absoluta, a despeito da inclusão no nível constitucional.

Sempre que houver necessidade de preservar outro bem de maior valor, também amparado constitucionalmente, a aferição da justa causa para violação será apreciada em cada caso concreto, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

A própria Constituição autoriza a busca e apreensão domiciliar precedida por ordem judicial e executada durante o dia, embora a casa seja o asilo inviolável do indivíduo. A interceptação telefônica, admitida pela Constituição Federal nos termos da lei (art. 5º, XII, CR/88), tem suas hipóteses de admissibilidade reguladas pela Lei n. 9.296/96.

Em todos os casos em que a Constituição assegura determinado interesse com a chancela da inviolabilidade, a denúncia anônima não pode fundamentar decisão judicial em sentido oposto, ressalvadas hipóteses excepcionalíssimas. É que a busca e apreensão cumprida em domicílio, a interceptação telefônica e a quebra do sigilo de dados de uma maneira geral, exigem um mínimo razoável de indícios de atividade criminosa.

Se há notícia anônima de comércio de drogas ilícitas numa determinada casa, a po-

lícia deve, antes de representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, proceder a diligências veladas no intuito de reunir e documentar outras evidências que confirmem, indiciariamente, a notícia. Se confirmadas, com base nesses novos elementos de informação o Juiz deferirá o pedido; se não confirmadas, não será possível violar o domicílio, sendo a expedição de mandado desautorizada pela ausência de justa causa. O mandado expedido exclusivamente com apoio em denúncia anônima será abusivo. O mesmo raciocínio se aplica à interceptação telefônica, mormente porque a lei não admite, por disposição expressa (art. 2º, Lei 9.296/96), a determinação judicial da medida quando não houver indícios razoáveis de infração penal punida com reclusão e quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, vale dizer, meios que não se contraponham a inviolabilidade constitucionalmente assegurada.

Também às medidas assecuratórias previstas no art. 125 e seguintes do Código de Processo Penal se aplica a assertiva da impossibilidade de deferimento com base em notícia anônima, exclusivamente. Tais medidas são autênticas *cautelares*, que reclamam, por isso, demonstração *in concreto* de sua necessidade. Necessidade que se apóia na presença de indícios veementes (art. 126, CPP) ou, na expressão genérica aplicável às medidas instrumentais correlatas, "fumaça do bom direito". O regime das medidas acautelatórias, por isso, é incompatível com a determinação judicial apoiada apenas em denúncia anônima.

4.4 Denúncia anônima e prisão provisória

Denomina-se prisão provisória a prisão de natureza cautelar, decretada durante a persecução criminal; não se pode confundir, aqui, a privação provisória da liberdade com a "pena" privativa de liberdade (a prisão como sanção jurídica prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora). A finalidade da prisão provisória, em suas diversas modalidades, é de índole processual, devendo ser examinada, portanto, mediante fundamentos e princípios próprios, fora da teoria da pena, que é aspecto atinente à parte geral do Código Penal.

O Código de Processo Penal de 1942, originariamente, adotava a rigidez em matéria de prisão: a regra era a prisão ser mantida; a exceção, a liberdade provisória. Com as alterações posteriores, entre elas as decorrentes do advento da CR/88, o sistema passou a adotar a liberdade provisória como regra, admitindo, em caso de excepcional necessidade, a prisão.

A doutrina aponta cinco modalidades de prisão provisória:[47] flagrante (art. 301 e segs., CPP); preventiva (art. 311 e segs., CPP); em virtude de pronúncia (art. 408, § 1º, CPP); decorrente de condenação recorrível (art. 393, I, e 594, CPP); e temporária (Lei 7.960/89). As duas primeiras (flagrante e preventiva) encontram-se previstas no título IX do Código de Processo Penal. Todavia, ainda àquelas previstas fora do título IX ("da prisão"), aplicam-se as disposições gerais do capítulo I do Título IX.

A prisão pode ser cumprida a qualquer momento (dia ou noite), respeitadas as normas sobre inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF/88): a casa é asilo inviolável, salvo hipóteses de flagrante, desastre, socorro e ordem judicial (durante o dia).

Pode a prisão provisória ocorrer com apoio exclusivo em denúncia anônima?

47 Prisão provisória é o gênero que tem como espécies as cinco modalidades aqui expostas. Deve-se observar que "prisão especial" é uma modalidade não de prisão provisória, mas de cumprimento de prisão provisória. Pode ser acolhida, ainda, como sucedâneo da prisão provisória, e está prevista no art. 295, do CPP, (além de outras leis extravagantes), em dispositivo de duvidosa constitucionalidade.

4.4.1 Denúncia anônima e prisão em flagrante

A Constituição Federal prevê a prisão em flagrante, sem, contudo, explicitar-lhe o conteúdo. A elaboração do *tipo processual*, portanto, é deixada a cargo do legislador infraconstitucional – sendo recepcionado, então, o art. 302 do CPP. O elemento temporal é essencial à configuração do estado de flagrância que autoriza a prisão. Verifica-se que os incisos do art. 302 do CPP dilatam, progressivamente, o limite temporal caracterizador do flagrante delito.[48]

Presente a tipicidade processual, ou seja, se a situação de fato se amolda à descrição abstrata da lei processual, a prisão será legal; do contrário, ilegal, independente dos elementos de convicção coletados por ocasião da confecção da lavratura do respectivo auto pela autoridade policial. Da mesma forma, se a seqüência procedimental prevista no art. 304 do CPP for desrespeitada, a prisão em flagrante também será viciada,[49] em ofensa ao princípio da legalidade das formas.

Se a autoridade recebe denúncia anônima de que um crime está sendo cometido em determinado lugar, acessível ao público, deve comparecer ao local, verificando a procedência das informações. Constatada a prática de crime e presente o aspecto temporal do flagrante, caracterizado por qualquer dos incisos do art. 302 do CPP, a prisão será válida. Idêntico raciocínio se aplica no caso de denúncia anônima de prática de crime no interior de residência, haja vista que a própria Constituição autoriza a violação do domicílio quando há situação de flagrante delito.

Na prática, porém, a autoridade deve atuar com redobrada cautela, pois não terá como verificar a procedência das informações ingressando na residência contra a vontade de seu morador. Na hipótese corriqueira, por exemplo, de denúncia anônima de tráfico ilícito de drogas em residência, deve a autoridade certificar-se de que há indícios de mercancia no local, por meio de diligências sigilosas nas imediações, materializando-os *a posteriori* (comunicação de serviço circunstanciada dos investigadores, registro em boletim de ocorrência policial de busca pessoal em supostos usuários etc.). Com apoio nesses indícios concretos, recomenda-se que represente pela expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar. Ainda que pudesse ingressar na residência para efetuar prisão em flagrante dos responsáveis pelo tráfico, no caso de não ser apreendida a droga, prejudicada a materialidade, prejudicada estaria também a legalidade da medida, acarretando inclusive responsabilidade por abuso de autoridade.

4.4.2 Denúncia anônima e prisão preventiva

Nos limites estritos do CPP, instrução criminal é o lapso compreendido entre o recebimento da denúncia e a audiência das testemunhas arroladas pela defesa (art. 394, CPP). Como a prisão preventiva é cabível em qualquer fase do inquérito policial ou "da instrução

48 Não é supérfluo frisar que o limite de 24h consolidado na cultura popular não corresponde à apreciação técnica do flagrante.

49 Confrontando o estudo da prisão provisória com o da liberdade provisória, convém notar que a prisão ilegal deve ser atacada com o pedido de "relaxamento de prisão em flagrante" (ou, eventualmente, *habeas corpus*), restituindo-se ao preso sua liberdade genuína e incondicional (não provisória). A prisão legal (flagrante) poderá ser desfeita com o pedido de "liberdade provisória – com ou sem fiança" (eventualmente, *habeas corpus*). Já a prisão preventiva, insubsistentes os requisitos ou os motivos de sua decretação, desafia o pedido de "revogação da prisão preventiva" (eventualmente, *habeas corpus*). Percebe-se que o *habeas corpus* (ação autônoma de impugnação, de índole constitucional) é cabível sempre que se verificar restrição (ou ameaça) ilegal ao *status libertatis*.

criminal", para os fins da prisão preventiva, o entendimento acerca da instrução criminal é alargado, passando a compreender todo o processo criminal.

Para que seja validamente decretada, devem-se atender certos *requisitos legais* (art. 313, CPP): a) crime *doloso* apenado com reclusão; b) crime doloso apenado com detenção, desde que o acusado seja vadio, não identificado ou reincidente em crime doloso. Há necessidade de atendimento, também, aos *pressupostos* (art. 312, parte final, CPP): a) prova da existência do crime; b) indícios suficientes de autoria. Presentes os requisitos e satisfeitos os pressupostos, a autoridade judicial deverá demonstrar a necessidade pelos *fundamentos* (motivos)[50] ensejadores da medida (312, CPP): a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) assegurar a aplicação da lei penal.

Como visto, os pressupostos da prisão preventiva são incompatíveis com a denúncia anônima. Com efeito, ainda que se pudesse admitir que a notícia de crime viesse acompanhada de elementos que comprovassem a materialidade, exigem-se indícios suficientes de autoria. A notícia de crime veiculada em denúncia anônima, por contrariar o texto constitucional, não possui idoneidade intrínseca capaz de indiciar suficientemente seu autor, de modo a ensejar diretamente a decretação da prisão preventiva.

Imagine-se uma investigação criminal em curso, realizada durante a regular e formal tramitação do inquérito. Surge denúncia anônima atribuindo a autoria do crime sob investigação a determinada pessoa. Cabe, com base exclusivamente nessa notícia, a decretação da prisão preventiva? A resposta que se impõe é negativa, nada impedindo que a verossimilhança da informação seja apurada, até com intimação do "suspeito" para declarações formais no inquérito, se conveniente. Em suma, a notícia anônima de autoria não é indício, mas permite a busca de elementos que a confirmem ou neguem, produzindo-se, a partir daí, validamente as provas necessárias à demonstração da imputação.

4.4.3 Denúncia anônima e prisão temporária

Raciocínio semelhante se aplica à prisão temporária. A prisão temporária é fundada num juízo de suspeição, para viabilidade da investigação criminal.

Cabe prisão temporária,[51] nos termos da Lei n. 7.960/89: a) quando imprescindível para a investigação (art. 1º, I); b) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, II); c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação, de autoria ou participação do indiciado em homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão e extorsão mediante seqüestro, estupro e atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal com resultado

50 A fundamentação, portanto, é vinculada. O legislador restringe o poder geral de cautela do juiz, restringindo as hipóteses de fundamentação jurídica indispensável à legalidade da medida. O juiz, para decretar a prisão preventiva, está adstrito à demonstração de que o fundamento fático contido nos elementos de convicção coligidos no processo corresponde a um dos fundamentos de direito, não podendo ampliar o elenco nem se pautar em conjecturas.

51 A prisão temporária pode ser decretada pelo juiz, mediante representação da autoridade policial (ouvindo-se o MP) ou do Ministério Público, por 05 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período (art. 2º, Lei 7.960/89) – ou 30 (trinta) dias, prorrogáveis pelo mesmo prazo, em se tratando de crime hediondo ou equiparado (art. 2º, §3º, Lei 8.072/90). A prorrogação, em qualquer hipótese, só é admitida em caso de extrema e comprovada necessidade. A prisão, obviamente, só pode ser executada após sua decretação e correspondente expedição de mandado. Decorrido o prazo da temporária, se não prorrogada ou convertida em preventiva, deve o preso ser imediatamente colocado em liberdade pela autoridade policial, comunicando-se ao Juiz.

morte, quadrilha ou bando, genocídio em qualquer de suas formas típicas, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro (art. 1º, III).

A interpretação majoritária recomenda a exegese do instituto em conformidade com a Constituição Federal. Assim, prevalece o entendimento de que os incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89 não constituem tipos processuais autônomos. Assim, o requisito previsto no inciso III do art. 1º da lei seria de incidência obrigatória, atuando cumulativamente com qualquer dos outros dois.

Estabelece-se, a partir desse prisma, um quadro comparativo entre a prisão temporária e a prisão preventiva. As hipóteses legais da prisão temporária estão previstas no art. 1º, III, da lei específica (rol de crimes); da prisão preventiva no art. 313, do CPP. Os pressupostos da temporária são fundadas razões, na prova, quanto a um dos tipos previstos no art. 1º, III, e suspeição concreta de autoria; da preventiva são a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Os motivos que autorizam a temporária são aqueles previstos no inciso I ou II da Lei 7.960/89; os que autorizam a preventiva são aqueles do art. 312 do CPP.

A exigência de que haja fundadas razões de autoria revela-se incompatível, de plano, com a denúncia anônima de autoria. Nada impede, ao contrário se recomenda, que as informações dela constantes sejam verificadas e, se confirmadas num juízo de verossimilhança, venham a fundamentar representação pela prisão temporária.

4.4.4 Denúncia anônima e prisão decorrente de condenação recorrível ou de pronúncia

O art. 393, I, do CPP, estabelecia, no sistema original, a prisão como efeito da sentença condenatória ("conservado na prisão"). A prisão era mantida, mas ocorria a "mudança do título": a prisão que até então era preventiva (cautelar) se convertia em efeito da sentença; deixava, portanto, de ser preventiva.

Porém, a Lei n. 5.941/73 alterou o art. 594 do CPP, sem que qualquer modificação ocorresse no dispositivo do art. 393, I. Logo, deveriam ser conjugados. O efeito da sentença não ocorreria quando: a) o sujeito se livrasse solto; b) o sujeito fosse reconhecido na sentença primário e de bons antecedentes; c) prestasse fiança.[52] Fundamentalmente, passa a haver essa restrição: não pode recorrer em liberdade, salvo quando se reconhece, na sentença, que é primário e possui bons antecedentes.

Se a prisão é efeito da sentença condenatória, não haveria necessidade de fundamentação: este era o espírito da lei. Com o advento da CR/88, determina-se a fundamentação de todas as decisões, além de se erigir, em sede constitucional, o princípio da presunção de inocência.

Na doutrina, a natureza da medida é controvertida:[53] a) efeito automático da condenação recorrível; b) medida cautelar obrigatória; c) execução provisória da pena; d) regra procedimental condicionante da apelação; e) prisão de natureza processual; f) prisão de natureza cautelar. O entendimento majoritário é no sentido de que se trata de medida cautelar.

52 A análise da fiança (logicamente em crime afiançável) só é feita subsidiariamente, no caso do sujeito que não é primário ou não tem bons antecedentes; primário e de bons antecedentes, então, sempre recorre em liberdade.

53 IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Prisão decorrente de condenação recorrível: a opressão jurídica (ilegítima) da liberdade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, São Paulo, n. 96, 2000.

Damásio E. de Jesus[54] e Weber Martins Batista[55] concluem pela necessidade de recolhimento à prisão como condição para apelar, admitindo-se a presunção (legal) de periculosidade do condenado. Cuida-se de "necessidade abstrata" baseada em critérios legislativos: obrigatoriedade da prisão (efeito automático da condenação recorrível) que subtrai do juiz a verificação concreta da necessidade da medida a partir do *periculum libertatis*.

Luiz Flávio Gomes aduz que "a prisão derivada de sentença recorrível só pode ter natureza cautelar (...)".[56] No mesmo passo, Frederico Marques salienta que "não sendo execução provisória, apenas medida cautelar, na verdade se traduziria em autêntica prisão preventiva obrigatória, o que também viola o princípio constitucional de inocência". [57]

Com efeito, observa Afrânio Silva Jardim[58] que a prisão para apelar não possui, tecnicamente, característica cautelar: a) não há vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação condenatória, é o próprio acolhimento da pretensão punitiva; b) é a própria pena pleiteada na denúncia, aplicada sob condição resolutiva; c) não visa, na sistemática do CPP, à prevenção de prováveis danos (*periculum in mora*); d) a sentença condenatória sequer deriva de cognição sumária (*fumus boni juris*), mas é o exame do próprio mérito da pretensão punitiva - afirmação do *jus puniendi* estatal; e) a marca da provisoriedade é mitigada, em que pese a condição resolutiva; f) e principalmente não há conotação da instrumentalidade.

Tourinho Filho,[59] posto defenda a cautelaridade da medida, admite que, quando da elaboração do CPP, considerava-se tal prisão como uma provisória execução da pena (art. 669, I); todavia, com a LEP (art. 105), exige-se trânsito em julgado para o início da execução. Conclui o eminente processualista, então, que até o advento da LEP tínhamos execução provisória da pena; depois da CR/88, tal concepção afronta a presunção de inocência.

Rogério Lauria Tucci[60] aduz que não se pode confundir a prisão provisória tipicamente cautelar (flagrante, preventiva e temporária) com a de natureza processual. A derivada de sentença recorrível (e a de pronúncia) tem por pressuposto o proferimento de ato decisório. E conclui: somente quando for o caso de prisão provisória tipicamente cautelar é que, por não ocorrer apriorística consideração de culpa do acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional (art. 5º, LVII).

No cotidiano forense, é amplamente majoritário o entendimento de que o tema da prisão provisória (em qualquer de suas modalidades, inclusive em decorrência de condenação recorrível) submete-se à análise da necessidade cautelar da medida, sujeitando-se, então, aos fundamentos da cautelaridade e excepcionalidade: prisão como instrumento assecuratório do processo.

A técnica utilizada para a prisão em decorrência de pronúncia é a mesma para a decorrente de condenação recorrível, ressalvadas as particularidades. Ou seja, numa como noutra defende-se que a prisão é cabível diante dos fundamentos previstos em lei para a prisão preventiva, indicativos de necessidade e cautela. Enquanto no primeiro caso há sentença con-

54 *apud* GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*, p.23.

55 Idem, p. 22.

56 Idem, p. 31.

57 Idem, p. 25. V. Súmula 9 do STJ: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência"

58 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, p. 276.

59 *apud* GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 28.

60 Idem, p. 30.

denatória de mérito, no segundo há decisão de admissibilidade da acusação, diante de prova da existência de crime doloso contra a vida e de indício suficiente de sua autoria.

Destarte, tanto a prisão decorrente de condenação recorrível quanto de decisão de pronúncia dependem de apoio no conjunto probatório validamente reunido na instrução criminal. Não há espaço para condenação ou pronúncia com base em denúncia anônima, que, como será visto adiante, não tem valor probatório autônomo. Se não há condenação ou pronúncia com base em denúncia anônima, é lógico que não pode haver seus corolários, expressos nas duas modalidades de prisão ora analisadas.

4.5 Valor probatório da denúncia anônima

A manifestação de vontade sob o anonimato, se analisada isoladamente, contraria frontalmente o texto constitucional.

Isso é o que basta para concluirmos que a denúncia anônima não possui valor probatório e não pode, por isso mesmo, influenciar validamente a formação da convicção do Juiz. Entretanto, tal assertiva não equivale a dizer que a denúncia anônima, em qualquer circunstância ou contexto, seja inconstitucional e absolutamente imprestável aos fins da persecução penal.

A denúncia anônima tem caráter meramente informativo, capaz de deflagrar o exercício legítimo do poder de polícia investigativa (judiciária) do Estado. As provas produzidas em procedimento instaurado a partir de denúncia anônima nascem desvinculadas de sua origem, por força do princípio da proporcionalidade.

Com a verificação da procedência da informação veiculada na denúncia anônima, imperativo que se impõe à autoridade pública como dever constitucional, a notícia de crime originalmente apresentada é descartada e integralmente substituída pelas novas informações, autênticos elementos de convicção aptos à formação da *opinio delicti*. Essas informações irão fundamentar a instauração do procedimento formal, a futura ação penal, a instrução processual e assim sucessivamente.

Não há nulidade original que pudesse contaminar todo o procedimento porque a verificação da procedência das informações contidas na denúncia anônima é, em si, constitucional, fruto de interpretação constitucional que supera colisão de interesses jurídicos de idêntica estatura.

Ao se negar valor e força probatória à denúncia anônima, em suma, define-se que ela não exerce diretamente nenhuma conexão entre a persecução penal e a imputação nela inserida, permanecendo, no processo, alheia ao mérito, desprovida de *status* processual autônomo e despida de qualquer reflexo de direito material.

5. CONCLUSÕES

I – A manifestação anônima de vontade é inconstitucional, mas a denúncia anônima nem sempre viola a Constituição, de acordo com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

II – A denúncia anônima não autoriza, isolada e imediatamente, a instauração da persecução criminal; ou seja, não pode deflagrar e fundamentar, por si só, a instauração de procedimento investigatório.

III – A mediação entre a denúncia anônima e a instauração legítima do procedimento investigatório criminal é feita pela verificação da procedência das informações, desde que não ocorra, nesse procedimento prévio informal, violação de liberdades públicas garantidas constitucionalmente.

IV – A autoridade, ciente da prática de crime por denúncia anônima, tem o dever de apurar, mediante cognição sumária informal, a verossimilhança da informação, reunindo elementos de convicção capazes de fundamentar a instauração formal do procedimento, mantendo-se completa desvinculação da persecução com a peça apócrifa.

V – A denúncia anônima não pode servir de base à representação pela determinação judicial de medidas assecuratórias (arts. 125 e 134, CPP), busca e apreensão domiciliar (art. 240, §1º, CPP c/c art. 5º, XI, CR/88) ou quebra de sigilo de dados (fiscais, bancários etc.) ou de comunicações (Leis n. 6.538/78 e 9.296/96 c/c art. 5º, XII, CF/88).

VI – Os escritos anônimos não possuem força probatória nem podem ser incorporados formalmente ao processo, salvo quando produzidos pelo acusado ou quando constituírem elementos do corpo de delito.

VII – A Constituição Federal impede a consideração da denúncia anônima para a formação da convicção do julgador sobre o mérito da imputação, mas não impede que a autoridade pública seja acionada mediante delação anônima para que, verificada a procedência das informações, instaure-se, com base nessa investigação preliminar informal, o regular procedimento inquisitivo.

VIII – Ressalvada hipótese de flagrante delito, não pode haver prisão provisória baseada exclusivamente em denúncia anônima, devendo a autoridade, no caso de flagrante, verificar a procedência das informações com redobrada cautela e respeitadas as garantias constitucionais.

IX – A denúncia anônima não contamina as provas produzidas na investigação e no processo dela decorrentes, desde que observados alguns princípios e critérios.

X – As provas produzidas no procedimento deflagrado por denúncia anônima não nascem contaminadas pela ilicitude do anonimato, em virtude da incidência do princípio da proporcionalidade.

6. *ABSTRACT:*

The Brazilian Constitution assures the free manifestation of the thought, however prohibition the anonymity. Is anonymous denunciation of crime constitutional? This article intends to debate the parameters of constitutional validity of the criminal proceeding derivated of anonymous denunciation and to establish concepts for the Brazilian Supreme Court's jurisprudence of the subject.

KEY-WORDS*: anonymous denunciation – legality and legitimacy – theory of the fruits of the poisonous tree – principle of the proportionality.*

7. *RESUMÉ*:

L'investigation criminelle, pour qu'elle serve de fondement légitime, doit se soumettre aux principes et aux garanties constitutionnelles – et légales résultantes. La constitution brésilienne garantit la libre manifestation d'opinion, mais elle interdit l'anonymat (art. 5°, IV, CF/88) et déclare inviolable l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image des personnes tout en prévoyant l'indemnisation pour dommage matériel ou moral découlant de sa violation (art. 5°, X, CF/88). Le présent travail prétend rendre plus profond, le débat au tour de la validité constitutionnelle de la procédure criminelle déflagrée par dénonciation anonyme, tout en cherchant à établir des critères à partir de la systématization et de l'abordage jurisprudentiel de la matière.

***MOTS–CLÉS**: "dénonciation anonyme" – légalité et légitimité – théorie de l'épreuve illicite pour dérivation – príncipe de proportionnalité.*

8. REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 125-134

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004

CANOTILHO, J J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A instauração de processos administrativos disciplinares a partir de denúncia anônima. In: Jus Navegandi, http://jus2.uol.com.br/doutrina/testo.asp?id=402, disponível na internet, acesso em 07.03.2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) et alii. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 1989

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal.* v. 1. Campinas: Bookseller, 1998

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Ed. RT, 1994

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1958

IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Prisão decorrente de condenação recorrível: a opressão jurídica (ilegítima) da liberdade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, São Paulo, n. 96, 2000

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

LEONE, Giovanni. *Il Códice di Procedura Penale illustrato articolo per articolo*. v. 1. Milano: Società Editrice Libraria, 1937

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal.* 3. ed. Niterói: Impetus, 2005

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980

VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo Penal Completo*. São Paulo: Saraiva, 2001

A INDENIZAÇÃO PELO CONSUMO DE CIGARROS E A RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO[1]

Lúcio Delfino[2]

Resumo:
Pretende-se demonstrar, por meio desse sucinto trabalho, a incoerência da tese que prega ser impossível juridicamente a pretensão de se ressarcir gastos com a compra de maços de cigarros, isso em processos nos quais se discute a responsabilidade civil da indústria do tabaco por danos oriundos do tabagismo.
Palavras-chave: Responsabilidade civil. Maços de cigarros. Indústria do tabaco. Tabagismo. Defeito do produto.

Sumário: 1. Considerações iniciais – 2. Os gastos com a compra de maços de cigarros podem ser considerados como "danos"? – 3. Liquidação da obrigação – 4. A prescrição – 5. Conclusões – 6. *Abstract* – 7. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Muitas das ações indenizatórias ajuizadas por fumantes (ou por seus familiares, principalmente em caso de morte) contra a indústria do fumo, objetivando o ressarcimento de danos advindos de doenças tabaco-relacionadas, albergam, em seu bojo, uma pretensão especial, *voltada ao ressarcimento de todas as despesas efetivamente contraídas para a manutenção do vício nicotínic*o. Postulam os tabagistas *a compensação pelos gastos com a compra de maços de cigarros durante toda uma vida de dependência*.

A indústria do tabaco revolta-se contra pretensões dessa natureza, advogando a tese da *impossibilidade jurídica do pedido*, notadamente pelo fato de o direito repulsar o *enriquecimento sem causa*. Em parecer encomendado à jurista Ada Pellegrini Grinover, essa postura fica evidente:

> *"Ora, esse pedido [...] é juridicamente impossível, sendo ilícito seu objeto, por levar, se atendido, ao enriquecimento sem causa: ao patrimônio dos fumantes acresceria, além dos próprios cigarros – bens fungíveis já consumidos –, o próprio dinheiro utilizado na compra. Os consumidores de cigarro fizeram uso do produto, adquirido em função da compra e venda, dele extraíram sua utilidade, justificando-se*

1 A formatação final deste ensaio apenas se tornou possível diante da contribuição imprescindível do jurista Dr. Jurandir Sebastião, o qual, por intermédio de sugestões diversas, de ordem prática e doutrinária, todas acatadas e inseridas no texto, assegurou-lhe mais riqueza de detalhes e maior intimidade com a realidade forense. Por igual, colaboraram com a sua edificação, os Drs. Claudiovir Delfino, João Delfino, João D'Amico e Fernando Fonseca Rossi, que, gentilmente, o leram, tecendo-lhe importantes críticas, as quais foram a ele incorporadas.

2 Especialista em Direito das Relações de Consumo pela PUC-SP. Mestre em Direito Empresarial pela UNIFRAN-SP. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor dos Cursos de graduação e pós-graduação da UNIUBE-MG. Membro do Conselho Fiscal do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Advogado e consultor jurídico.

o preço que por ele pagaram"[3].

Conquanto polêmico o assunto, é equivocada a tese que prega haver configuração de pedido juridicamente impossível em tais casos. É errôneo pensar-se em enriquecimento ilícito por parte daquele, o autor-tabagista, que se beneficiará desse pedido indenizatório. É o que se procurará demonstrar nesse breve ensaio.

2. OS GASTOS COM A COMPRA DE MAÇOS DE CIGARROS PODEM SER CONSIDERADOS COMO "DANOS"?

Ao que parece, parte do problema situa-se no conceito de *dano*. É de se lembrar somente ser possível falar-se em *responsabilidade civil* quando algum *dano* tenha se concretizado. Aliás, o escopo da responsabilidade civil é, de fato, o ressarcimento/compensação dos danos suportados pela vítima.

Se se estivesse tratando, por exemplo, de um aparelho telefônico, cuja deficiência impedisse o consumidor de auferir a utilidade dele esperada, induvidosa seria a possibilidade de o mesmo consumidor optar, fazendo uso de uma ação judicial, pela restituição imediata da quantia paga (art. 18, §1º, II, da Lei n. 8.078/90). O problema assentar-se-ia na seara da *responsabilidade pelo vício do produto*, em que uma imperfeição qualitativa autorizaria o lesado a postular o ressarcimento judicial da quantia efetivamente paga na aquisição do produto. Na medida em que há uma impossibilidade real de gozar da utilidade e benesses do aparelho adquirido, acaba sendo fácil a constatação do *dano emergente*.

É de se ponderar, contudo, se seria acertado concluir que os gastos com a aquisição de um produto não durável, consumido durante o uso, poderiam realmente ser considerados como *danos*, mesmo que se viesse a constatar, no futuro, ser ele detentor de imperfeições jurídicas (vício/defeito).

Pense-se, então, numa situação de maior gravidade. Um consumidor adquire enlatado de determinada marca, cujo prazo de validade ainda não se excedeu. Minutos depois de ingerir o alimento, sente-se mal, sendo imediatamente conduzido ao hospital. O médico de plantão diagnostica intoxicação alimentar. Decerto que o consumidor poderia ajuizar uma ação judicial visando ao ressarcimento dos danos suportados em função da ingestão do alimento deteriorado – ação essa a ser endereçada contra a fabricante do alimento indigesto. Já aqui, o caso retrata verdadeiro *acidente de consumo*, na medida em que a situação superou aquela respeitante à mera inadequação de uso do produto, atingindo diretamente a própria incolumidade física e psíquica do consumidor. *Mas seria crível julgar-se procedente um pedido indenizatório voltado ao ressarcimento dos gastos efetivados com a compra do alimento, sendo que ele foi consumido pela vítima?* A resposta só poderia ser positiva. Afinal, o preço pago pelo produto não se justificou, e isso porque o consumidor não extraiu dele a utilidade que esperava – ao

3 Parecer, não publicado, encomendado à jurista ADA PELLEGRINI GRINOVER, pelos advogados da Indústria Souza Cruz S.A., para ser juntado aos autos de ação coletiva promovida pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante (ADESF).

contrário, teve apenas sua saúde violentada[4].

Focando-se o raciocínio nos acidentes de consumo oriundos do tabagismo, não parece ser correta a tese advogada no sentido de que seria ilícito pretender o ressarcimento dos gastos com cigarros fumados, apenas porque o produto foi utilizado, literalmente destruído no ato de consumo.[5]

Em verdade, apresenta-se insignificante o fato de o cigarro ser um produto fungível, rapidamente consumido com o uso. Outrossim, pouco importa a idéia de que ao patrimônio do consumidor acrescer-se-ia, acaso tal pedido condenatório fosse acatado, além dos cigarros já consumidos, o próprio dinheiro utilizado na sua compra.

Inicialmente – e nunca é demasiado repetir essas informações – é de se afirmar que a indústria adotou posturas questionáveis para assegurar o sucesso de vendas de seus produtos no mercado de consumo. Nesse turno, ela não apenas omitiu-se em esclarecer ao consumidor informações importantes que detinha sobre a natureza e malefícios do cigarro, e isso desde, ou antes, à década de 50, como também se valeu de expedientes publicitários insidiosos, os quais tinham por escopo fazer apologia do produto danoso, já que o vinculavam a situações nada afetas a sua real natureza, como saúde, lazer, requinte, sucesso profissional, sensualidade, etc. Ademais, a sofisticada estratégia adotada pela indústria do fumo mirou-se, também, em outros flancos: o poder viciante da nicotina foi maximizado mediante o uso da amônia como aditivo; suas armas publicitárias, não raras vezes, tinham por alvo crianças e adolescentes, indivíduos mais suscetíveis a experimentar o cigarro e dele se tornar dependentes; atores e diretores foram contratados para que o cigarro aparecesse positivamente nas telas de cinema; esportistas também foram financiados para que fumassem em público e, assim, glorificassem,

4 Veja-se a ementa de um acórdão que retrata tal situação: *"Acidente de consumo. Vazamento de lata de tinta de dezoito litros no porta-malas do veículo do autor. Defeito de segurança da embalagem do produto. Responsabilidade solidária do comerciante que acomodou a lata no porta-malas do veículo do autor por descumprimento do dever de informação. Não tendo sido recomendado ao autor a adoção de nenhuma cautela especial para o transporte da lata de tinta e outra de massa corrida, não constando do invólucro do produto tampouco qualquer advertência nesse sentido, não podem as rés pretender eximir-se do dever de indenização decorrente do defeito de segurança do produto e do descumprimento do dever de informar. Comprovados os danos materiais decorrentes do conserto no veículo e do produto perdido, de se acolher parcialmente o pedido deduzido na inicial. Recurso parcialmente provido."* (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Primeira Turma Cível, Apelação Cível n. 71000587972, Relator Desembargador RICARDO TORRES HERMANN, julgado em 11/11/2004. Disponível em <www.tj. Rs.gov.br>. Acessado em 14/02/2006). No corpo do acórdão, o ilustre Relator aponta que a condenação deve também albergar o produto perdido, haja vista sua perda parcial no acidente. Confira-se: "*Assim é que, apresentando o produto o risco de vazamento no transporte e não tendo tal risco sido claramente alertado ao consumidor, seja pelo Fabricante, seja pelo Comerciante, respondem ambos pelos prejuízos provocados, em atenção ao disposto no art. 7º, § único, do Código de Defesa do Consumidor. Os danos verificados, em razão do acidente de consumo, consistem na perda do produto, eis que não reposto na forma como adquirido pelo recorrente e na despesa necessária para substituição das peças do veículo que ficaram manchadas pela tinta, pois o autor conseguiu apenas remover o odor da tinta, mas não as marcas por ela deixadas, consoante se vê às fls. 21 a 27. Portanto, além do montante de R$ 193,65, relativo ao galão de tinta, de se acolher também o orçamento de fl. 29 – não impugnado – , no valor de R$ 3.435,48, referente ao conserto do veículo."*

5 De toda sorte, não se pode negar que a questão apresenta boa margem de complexidade – aliás, o cigarro é um produto polêmico por natureza, e, por ser assim, os temas jurídicos que abordam questões a ele afetas acabam suscitando interessantes debates.

ainda mais, o tabagismo;[6, 7] cientistas e empresas de relações públicas foram contratadas para combaterem estudos que surgiram vinculando o fumo a diversas enfermidades, criando, assim, um ambiente de controvérsia, dúvida e ceticismo em torno do tabagismo.

Não bastasse isso, os consumidores, ao aderirem à prática de consumir fumígenos, tornam-se doentes, verdadeiros dependentes de doses contínuas de nicotina – *e é justamente nesse ponto que o raciocínio deve se centrar para a adequada solução da principal questão*

6 Aqui vale uma nota a respeito dos denominados documentos secretos da indústria do fumo. Em 12 de maio de 1994, *Stanton A. Glantz*, professor da Divisão de Cardiologia da Universidade da Califórnia, São Francisco, Estados Unidos, ativo militante contra o tabagismo, recebeu de um missivista ocultado sob o pseudônimo *Mr. Butts*, aproximadamente 4 mil páginas de memorandos, relatórios, cartas, cópias de atas, que correspondem a um período de 30 anos de atividade da *British American Tobacco* e de sua subsidiária, nos Estados Unidos, a *Brown and Williamson Tobacco Corporation*. Ulteriormente, *Merry Williams*, ex-técnico da *Brown and Williamson Tobacco Corporation*, forneceu ao Prof. *Glantz* grande número de documentos referentes às atividades dessa companhia de cigarros. Os documentos foram repassados ao Sub-Comitê de Saúde e Ambiente do Congresso Norte-americano. Além de sua publicação em periódicos científicos, foram tentativas das fabricantes de cigarros, que alegavam interferência em sua privacidade, a Corte Superior do Estado da Califórnia decidiu que esses documentos deveriam ser do domínio público (ROSEMBERG, José. *Nicotina*. Droga universal. São Paulo: SES/CVE, 2003. p. 43). Em 8 de maio de 1998, as companhias de tabaco propuseram um acordo com o Estado do Minnesota, numa ação instaurada pelo Promotor Geral desse mesmo Estado. Nas cláusulas do acordo constou a obrigatoriedade de as companhias de tabaco abrir acesso ao público aos seus *documentos internos*, constantes de atas, memoriais, cartas, relatórios, planos de administração, e toda a correspondência referente às suas atividades técnicas, científicas e comerciais. Em inúmeros desses documentos constam pronunciamentos de técnicos, cientistas, consultantes, assessores e advogados. Toda essa documentação refere-se a sete empresas fabricantes de cigarros e duas organizações a estas filiadas, em atividade nos Estados Unidos: *Phillip Morris Incorporated*, *RJ Reynolds Tobacco Company*, *British American Tobacco*, *Brown and Williamson*, *Lorillard Tobacco Company*, *American Tobacco Company*, *Liggett Group*, *Tobacco Institute* e o *Center for Tobacco Research*. Ao todo, são 5 milhões de documentos, com 40 milhões de páginas, que podem ser consultados pela internet, estando também à disposição no arquivo oficial de *Minnesota*, e em *Guilford Surrey* nos arredores de Londres (ROSEMBERG, *Op.cit*., p. 43), ou no livro intitulado *The Cigarette Papers*. Muitos desses documentos trazem a marca de "confidencial" ou "produto do trabalho de advogados", sugerindo que os autores nunca esperaram que eles fossem mostrados fora da companhia, nem mesmo para procedimentos legais. Esses documentos demonstram que a indústria do tabaco em geral esteve empenhada em enganar o público durante, pelo menos, 30 anos. Apenas para se ter uma idéia, existem evidências de que a nicotina era rotineiramente vista pela indústria do fumo, e isso décadas antes da publicação do Código de Defesa do Consumidor, como uma substância viciante, sendo sempre tratada como o agente farmacologicamente ativo no tabaco. Evidenciam, outrossim, que a professada busca da verdade capitaneada pela indústria do tabaco acerca dos efeitos do fumo à saúde humana, foi, verdadeiramente, uma fraude. Sua pretensa intenção de se engajar e disseminar pesquisas relacionadas à saúde era sempre subserviente a considerações comerciais e litigiosas. Inicialmente, os pesquisadores das companhias tentaram descobrir os elementos tóxicos na fumaça do cigarro, para que um cigarro "seguro", que contivesse apenas nicotina e não substâncias tóxicas, pudesse ser desenvolvido. Quando restou provado que tal objetivo era inexeqüível, principalmente em razão do número de toxinas envolvidas, as decisões a respeito da saúde passaram exclusivamente para os advogados. Os documentos mostram que os advogados da *Brown and Williamson Tobacco Corporation*, e de outras companhias de tabaco, desempenharam um papel central nas decisões das pesquisas, todas em conjunto com a B&W e a BAT, e também em organizações de pesquisas financiadas pela indústria. (GLANTS, Stanton A.; SLADE, John; BERO, Lisa A.; HANAUER, Peter; BARNES, Deborah E. *The cigarette papers*. University of California Press, 1996. p. 3).

7 Se esses atores e esportistas ajudaram a divulgar os cigarros, contribuindo para o sucesso de sua venda em todo o mundo, teriam eles alguma responsabilidade em razão de enfermidades causadas nos fumantes em decorrência do fumo? No Brasil há um interessante trabalho, intitulado *"A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam"*, de autoria de Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, que defende essa possibilidade. Confira-se um trecho da obra: "*Ora, se a celebridade não está obrigada a participar da publicidade, caso venha a aceitar o "trabalho", deverá prestar as informações de forma a não prejudicar terceiros. O que temos aqui, na verdade, é uma responsabilidade civil pela violação dos deveres secundários da boa-fé, mais especificamente o da confiança na fase pré-contratual, mesmo que ela se refira à conduta de terceiro."* (SCARTEZZINI GUIMARÃES, Paulo Jorge. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 159-160).

suscitada nesse ensaio[8]. A esse respeito, é particularmente importante a idéia de que, no normal das circunstâncias, o tabagista não fuma simplesmente porque assim deseja, pois, tecnicamente, age de tal forma para garantir que doses nicotínicas continuem a circular em seu organismo, suprindo seu vício e evitando uma desagradável crise de abstinência.[9] Aliás, o tabagismo, hoje, não é visto apenas como um produto responsável por diversas enfermidades; *ele mesmo é considerado uma enfermidade*.[10, 11] E isso justamente pela enorme

8 A postura adotada pela indústria do tabaco, no decorrer de décadas e décadas, não só no Brasil, como na maioria dos países em que os seus produtos encontram-se disponíveis, denota uma *prática irregular do direito de produção e comercialização de cigarros*. Isso porque a indústria de cigarros *foi responsável pela criação de uma atmosfera artificial de dúvidas e ceticismo acerca da natureza do cigarro e dos riscos à saúde advindos de seu consumo*, tudo com o fito de promover seus produtos, incentivando, a qualquer custo, o consumo deles. Essa deslealdade foi capitaneada não só pela ausência de informações necessárias ao esclarecimento da sociedade acerca dos possíveis malefícios gerados pela prática do tabagismo e da própria natureza do cigarro – muitas dessas informações que a indústria do tabaco conhecia já na década de 50 –, mas também pela divulgação de publicidade insidiosa e ilegítima. Certamente que essa estratégia maquiavélica de consumo arrebanhou vários consumidores, hoje fumantes inveterados.

9 Deveras, a sensação de relaxamento, prazer, ocorre porque a nicotina agiu sobre um mecanismo produzido por ela própria: o da dependência. Ao tragar um cigarro, o fumante acalma-se porque estava em crise de abstinência. A nicotina que ele consumira já havia se dissipado do organismo. Aí começaram os sintomas da falta da nicotina – uma ansiedade que parece irritação, nervosismo e incapacidade de concentrar-se. Quando se aspira o cigarro, a crise de abstinência é interrompida e tem-se a sensação de relaxamento. Em resumo, a nicotina não acalma nem estabiliza o humor. Ela só alivia os sintomas provocados por sua própria falta; é a cura para um mal que ela própria criou (CARVALHO, Mario Cesar. *O cigarro*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 59).

10 Recente pesquisa realizada na conceituada Universidade de Harvard confirmou um estudo do Estado de Massachusetts, o qual teria verificado um aumento em níveis de nicotina em cigarros de 1997 a 2005. A análise, baseada em informações fornecidas por fabricantes de cigarro ao Departamento de Saúde Pública de Massachusetts, verificou aumentos anuais de, em média, 1,6% na quantidade de nicotina em cada cigarro, o equivalente a um crescimento de 11% nesse período. Howard Koh, pesquisador que trabalhou na análise, esclareceu: *"Cigarros são dispositivos finamente ajustados para a entrega da droga, designados para perpetuar uma pandemia de tabaco." E mais: "Apesar disso, informações precisas sobre esses produtos continuam em segredo, escondidas do público."* Massachusetts é um dos três Estados dos EUA que obrigam empresas de tabaco a fornecerem informações sobre níveis de nicotina em cigarros e o único com dados desde 1997. O estudo, divulgado em outubro, examinou níveis de nicotina em mais de cem marcas ao longo de seis anos. A análise verificou um aumento estável na quantidade de nicotina em cigarros e afirma que níveis mais altos da droga facilitam a aquisição do vício de fumar e dificultam o seu abandono. Segundo George Connolly, diretor do Programa de Controle de Tabaco na Harvard, a pesquisa põe em questão se a indústria do tabaco está cumprindo o acordo, feito em 1998 com Estados americanos, de que lançaria uma campanha para reduzir o fumo entre jovens. *"Se a indústria avança na quantidade de nicotina no produto, você pode não conseguir baixar o número de crianças fumantes."* (Estudo aponta mais nicotina no cigarro. Pesquisa da universidade americana de Harvard analisou mais de cem marcas nos EUA e verificou uma elevação de 11%. *Folha de São Paulo*. Cotidiano. C7. Sexta-feira, 19-jan-2007).

11 A médica americana Nancy Rigotti, especialista no assunto, é categórica ao afirmar que, em sendo o tabagismo um problema crônico, o seu tratamento deve ser conduzido por toda a vida. Um fumante deve adotar e manter hábitos ainda mais saudáveis do que uma pessoa que jamais fumou e, se necessário, voltar a recorrer a algum tratamento químico e a programas psicológicos para aprender a lidar com a falta do cigarro. Segundo a médica, associar-se o abandono do vício exclusivamente à força de vontade, não é a forma correta de encarar a questão. Afinal, não bastasse ter a consciência de que o fumo está agredindo a sua saúde, o fumante ainda se sente incapaz de combatê-lo, circunstância que apenas o desestimula ainda mais. Por tal razão, os médicos que hoje atuam nessa área seguem rumo à idéia de que esse trabalho não requer só força de vontade. *O grande desafio é eliminar o vício da nicotina, e isso se consegue através de remédios e terapias* (BUCHALLA, Ana. Vontade não basta. Entrevista Nancy Rigotti. *Revista Veja*, 9 de junho de 2004. p. 11-15). Em breve síntese, pode-se afirmar que a dependência ao tabaco é caracterizada como um transtorno de longa duração – uma verdadeira doença crônica –, com altas taxas reincidentes; são constantes os cuidados exigidos. O tratamento inclui – isoladamente ou em combinação – intervenções comportamentais e farmacológicas, como aconselhamento, suporte psicológico intensivo e administração de medicamentos que contribuam para a redução ou superação da dependência pelo tabaco (Tabagismo & saúde nos países em desenvolvimento. Documento organizado pela Comissão Européia em colaboração com a Organização Mundial de Saúde e o Banco Mundial para a Mesa Redonda de Alto Nível sobre Controle do Tabagismo e Políticas de Desenvolvimento. Tradução: Instituto Nacional de Câncer/Ministério da Saúde do Brasil. Disponível em <http://www.inca.gov.br>. Acessado em 10 de setembro de 2005).

dificuldade de se eliminar o vício do organismo do fumante. Já se acreditou que a força de vontade era suficiente para quem quisesse parar de fumar. A ciência se encarregou de provar o contrário, ou seja, na prática, mesmo querendo, é muito difícil abandonar o consumo de tabaco. Tanto assim que a Organização Mundial de Saúde, desde 1992, incluiu o tabagismo na Classificação Internacional de Doenças, especificamente no Capítulo F17.2 (síndrome da tabaco-dependência)[12].

Daí porque é acertado considerar como *danos* os gastos efetuados com a compra de cigarros, na medida em que o fumante, além de induzido/seduzido a fumar – e os documentos secretos da indústria do fumo comprovam isso –, torna-se um *doente crônico*, já que dependente da substância psicotrópica denominada nicotina. Se seu arbítrio fosse suficiente para liberá-lo do consumo, certamente que não haveria de se falar em danos. Mas a dependência o transforma num escravo da nicotina, fazendo-o adquirir, dia-a-dia, maços e maços de cigarros, precisamente para alimentar sua dependência.

Se, efetivamente, não fosse dependente, lógico que, ao menos sob um aspecto puramente jurídico, os danos, mesmo presentes, não seriam passíveis de ressarcimento. Afinal, ao adquirir um cigarro, o tabagista o faria não em razão de um impulso químico-físico gerado pelo uso de uma substância psicotrópica, senão em decorrência de sua exclusiva vontade. Todavia, em sendo um viciado, suas opções são, deveras, limitadas. O vício impulsiona o consumidor a comprar cigarros, e nesse contínuo e arriscado agir, seu patrimônio é gradualmente decrescido, sujeitando-se, ademais, e num breve e deplorável futuro, ao amargo de perdas dolorosas, as quais não apenas serão de ordem monetária, já que, por certo, irão arruinar seu próprio bem-estar físico e moral.

De mais a mais, não se deve esquecer que o problema situa-se na seara da responsabilidade civil por acidente de consumo, mesmo que numa análise focada exclusivamente à pretensão de ressarcimento dos gastos com a compra de cigarros. E isso porque, alguns meses após o consumo de fumígenos, a maioria dos tabagistas já serão doentes crônicos, dependentes de nicotina. Não se trata, aqui, da mera inutilidade do produto, a impedir o consumidor de fazer uso dele. A saúde do fumante foi açoitada; dinheiro acabou sendo gasto para garantir a manutenção do vício. Em atingindo o produto a incolumidade física, patrimonial e moral do consumidor, estar-se-á diante de problema que envolve a responsabilidade pelo fato do produto.[13]

E para obter uma indenização de tal natureza, o fumante sequer estaria obrigado a demonstrar que era dependente de nicotina. O mero fato de ser tabagista, anos a fio, já esta-

12 ROSEMBERG, *op. cit*., 2003. p. 27.

13 Recente reportagem, noticiada no jornal *O ESTADO DE S. PAULO*, retrata o norte que vem sendo conferido pela jurisprudência nacional acerca do tema. Resta evidente que, no Brasil, as decisões judiciais que favorecem fumantes ainda são escassas. Segundo a aludida reportagem, a empresa Souza Cruz teria sido acionada judicialmente 475 vezes, mas condenada apenas em 10 casos. Já a *Philip Morris* foi processada no País 24 vezes e nunca foi condenada. A reportagem trouxe também pareceres de especialistas que esclarecem que essa situação tende a mudar. Segundo o doutor em ciências jurídicas pela Universidade de Yale, nos EUA, Attila de Souza Leão Andrade Júnior, é apenas uma questão de tempo até que um desses casos receba uma sentença favorável definitiva. Segundo o jurista, "há fundamento para essas decisões tanto aqui quanto lá fora". Na mesma linha, é o entendimento do professor de Direito Civil da PUC-SP, Frederico Carvalho Neto, quando aponta que as informações contidas nos maços – exigência do Ministério da Saúde, desde 1988 – são insuficientes. Segundo o mestre, qualquer dano potencial deve ser informado pelo fabricante e não apenas pelo Ministério da Saúde. (SANT'ANNA, Emilio. Cigarro ainda vence na Justiça. Entre quase 500 ações contra empresas tabagistas, apenas 10 foram vitoriosas em primeira instância. *Estado de S.Paulo*. Saúde. A30. Vida&. 4 de fevereiro de 2007).

belece uma presunção em seu favor – *porém, a condição de tabagista deverá ser provada pelo autor da ação*. Ressalte-se, ainda, que pelo mecanismo instituído pelo CDC, o *defeito* presume-se concretizado, cabendo, então, ao consumidor-autor, apenas *alegá-lo*, provar a marca do produto consumido, e, finalmente, demonstrar – *mesmo que estimativamente* – o dano material advindo com a aquisição de cigarros. À fabricante restaria a tentativa de evidenciar que o consumidor, embora fumante, não era dependente da nicotina, podendo, ainda, advogar a idéia de que o cigarro não é um produto defeituoso [...].

3. LIQUIDAÇÃO DA OBRIGAÇÃO

Um outro problema, intimamente vinculado ao tema em análise, deve ser necessariamente enfrentado. É que nessas ações indenizatórias, nas quais uma das pretensões se volta ao ressarcimento dos gastos realizados com a compra de cigarros, certamente surgirá questão conectada à (im)possibilidade de se realizar uma prova de tal jaez, suficientemente precisa a determinação do valor das despesas empreendidas pelo autor-tabagista para alimentar seu vício.

Realmente seria impossível o alcance de tal prova? As empresas de tabaco, decerto, seguirão essa linha de trabalho, tentando, com isso, evidenciar sua absoluta incoerência.

De todo modo, não se mostra impraticável a demonstração do dano material advindo com a aquisição de cigarros. Haverá, contudo, alguma dificuldade nisso. Afinal, essa prova não é passível de ser realizada documentalmente, mormente porque não acompanham os maços notas fiscais que comprovariam a sua compra.

Mas, mesmo assim, é plenamente possível deduzir-se *estimativamente* a importância monetária despendida com a aquisição de cigarros (ou maços). E a *prova testemunhal* será peça indispensável para isso. Isto é, por meio da oitiva de testemunhas poderá o juiz determinar, de modo estimativo, uma média de cigarros consumidos pelo fumante durante aquele tempo ainda não fulminado pela prescrição.

É de se atentar, ainda, que nada impede que esse valor seja arbitrado futuramente, por meio de *liquidação de sentença*, num módulo processual – um incidente processual – posterior à condenação. Assim, ultrapassada a fase de prova da constituição do direito do autor (art. 333, I, do CPC), eventual dificuldade para a apuração do *quantum* indenizatório, poderá ser resolvida através do incidente de liquidação de sentença, atualmente regido pelos arts. 475-A e segs do CPC.

4. A PRESCRIÇÃO

Ainda sobre esse tema, uma outra questão deve ser trabalhada: seria possível condenar a indústria à devolução de todo o valor monetário gasto com a compra de cigarros, desde o momento em que o fumante iniciou a prática do tabagismo? Estaria o juiz autorizado a deferir pedido condenatório favorável àquele fumante que se principiou no tabagismo 30 (trinta) ou 40 (quarenta) anos atrás?

Ao defender-se a aplicação do CDC em casos envolvendo a indústria do fumo e fumantes, é coerente que a análise de questões afetas ao tema sempre ocorra com base nessa legislação. Outras legislações certamente podem ser aplicadas em tais casos, mas apenas subsidiariamente. Havendo previsão expressa no CDC a regular determinada situação, essa

norma será a aplicável, com preponderância sobre qualquer outra, excetuando-se as de origem constitucional, por óbvio.

E o art. 27 da Lei n. 8.078/90 é expresso ao mencionar que prescreve em cinco anos a pretensão pelos danos causados por fato do produto ou do serviço. Logo, seria lícita, apenas, a condenação da indústria do tabaco ao ressarcimento das despesas gastas com a compra de cigarros que albergasse, tão-somente, os últimos cinco anos, imediatamente anteriores à data do conhecimento do dano e de sua autoria, haja vista a incidência manifesta da prescrição em relação a pretensão indenizatória referente ao restante do período.

Por fim, atente-se para o fato de que a prescrição, para ser decretada, não mais exige declaração de vontade por parte do réu. Aliás, desde a publicação da Lei n. 5.925, de 01 de outubro de 1973, o juiz já podia, de ofício, conhecer da prescrição, decretando-a de imediato, desde que a pretensão não se tratasse de direitos patrimoniais. Hoje, notadamente depois da publicação da Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, o juiz, independentemente da natureza da pretensão postulada, deverá, de ofício, conhecer e decretar a prescrição.[14]

5. CONCLUSÕES

Em síntese, as despesas advindas mediante a aquisição de cigarros possuem íntima relação com um estado de dependência, o qual se estabelece no organismo do fumante simplesmente porque ele principiou-se na pratica do tabagismo.

A indústria do tabaco produz e comercializa um produto cuja primeira *qualidade* é a de tornar seu consumidor um *doente crônico*, um dependente de nicotina. E se o consumidor passa a adquirir e consumir determinado produto compulsivamente, não por problemas emocionais ou outros quaisquer, senão em função de uma dependência química instalada em seu organismo pelo próprio consumo de tal produto, certamente que o seu fabricante é responsável pelos gastos despendidos na sua compra.

De tal sorte – e *data venia* entendimentos em contrário –, é juridicamente possível o pedido objetivando a compensação de gastos efetuados com a compra de cigarros, desde que limitados aos últimos cinco anos imediatamente anteriores à data do conhecimento do dano e de sua autoria. E isso com base na notória constatação de que os fumantes, na multiplicidade das vezes, praticam o tabagismo motivados por uma dependência químico-física fortíssima

14 A respeito de aplicação da *prescrição*, colhem-se as lições de JURANDIR SEBASTIÃO: "Quanto à matéria processual, hoje, por força da Lei nº 11.280/06 (que *modificou* a redação do § 5º do art. 219 do CPC, e *revogou* o art. 194 do CC/2002), o juiz "*pronunciará*" (imperativo) a prescrição (seja ela qual for), de ofício. Antes do advento dessa lei, o juiz somente podia conhecer da prescrição, de ofício, se ela *não* incidisse sobre "direitos *patrimoniais*". Para os direitos *patrimoniais*, a aplicação da prescrição pendia de *provocação* pelo interessado. Agora, para a aplicação de ofício, a prescrição incide sobre toda e qualquer *lesão* de direito submetida à apreciação do Judiciário – exceto em relação aos direitos previstos, constitucionalmente, como *imprescritíveis*. A redação é imperativa: "*§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição*". A controvérsia jurisprudencial sobre o *momento* processual da argüição da prescrição e a proibição do juiz decretá-la de ofício estão, finalmente, encerradas. Desse modo, a Inicial de pedido definitivo ou de medida cautelar será indeferida de plano (art. 295, IV; e art. 810, ambos do CPC), se o juiz detectar incidência de prescrição. Outrossim, caso o juiz deixe de decretar a prescrição no despacho inicial, poderá fazê-lo a qualquer tempo, por se tratar de *fato extintivo do pedido do autor, com definição de mérito*. De igual maneira, caso o juiz deixe de assim agir, compete à parte interessada, por meio de seu advogado, requerer, a qualquer tempo, a aplicação da prescrição, com sustento material no art. 193 do CC/2002". *In* Responsabilidade Civil, coordenação de Nagib Slaibi Filho e Sérgio Couto, artigo *A Responsabilidade Civil do Advogado e o Ônus da Prova*", Forense. Rio de Janeiro, 2005, p. 181. E, também, nesta Revista Jurídica UNIJUS, vol. 12, no artigo *A Responsabilidade Civil e Ética na Odontologia e o Ônus da Prova*, item "12. Prescrição Civil na Odontologia".

– dependência essa nascida do próprio consumo do produto –, que os conduz à compra e consumo constantes de cigarros.

Não sendo a prova testemunhal produzida no bojo do processo indenizatório, é lícito ao juiz proferir sentença ilíquida, remetendo a demonstração do *quantum* indenizatório para futuro incidente de liquidação de sentença, na forma dos arts. 475-A e segs. do CPC, pelo tempo decorrido, mas ainda não prescrito.

6. *Abstract:*

Intent to demonstrate, by means of this work, the incoherence of that thesis, which agree to be impossible by the law, the intent to compensate the costs of cigarette packs, this process which discuss about civil responsibility of the tobago industry damage due of the tobago consumption.

Key word: *Civil responsibility. Pack of cigarette. Tobago industry. Tobago consumption. Product defective.*

7. BIBLIOGRAFIA

BUCHALLA, Ana. Vontade não basta. Entrevista Nancy Rigotti. *Revista Veja*, 9 de junho de 2004. p. 11-15.

CARVALHO, Mario César. *O cigarro*. São Paulo: Publifolha, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5a. ed. São Paulo : Malheiros, 2004.

DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica UNIJUS, 09*. Uberaba : Universidade de Uberaba, 2005. p. 29-46

GLANTS, Stanton A.; SLADE, John; BERO, Lisa A.; HANAUER, Peter; BARNES, Deborah E. *The cigarette papers*. University of California Press, 1996.

LIMA PEDREIRA, Adriana do Couto. *Responsabilidade civil das empresas fabricantes de fumo*. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

PEREA, Agustín Viguri. *La responsabilidad civil derivada del consume de tabaco. Legislación y jurisprudencia em el Derecho Comparado*. Granada : Editorial Comares, 2001.

RAMOS, Miguel Antonio Silveira. La responsabilidad civil de las empresas tabaqueras y deber de información. *Âmbito Jurídico.* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconsu0016.html>.

ROSEMBERG, José. *Nicotina*. Droga universal. São Paulo: SES/CVE, 2003.

SCARTEZZINI GUIMARÃES, Paulo Jorge. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade Civil – Estudos em homenagem a José de Aguiar Dias. Coordenação de Nagib Slaibi Filho e Sérgio Couto. *A Responsabilidade Civil do Advogado e o Ônus da Prova.* Forense. Rio de Janeiro, 2005.

A NECESSIDADE CONCRETA DA PENA, À LUZ DO PRINCÍPIO TRIDIMENSIONAL DA PROPORCIONALIDADE

Hidemberg Alves da Frota[1]

"A ponderação mais ganha corpo na medida em que a realização da justiça é inerente à proporcionalidade."[2]

Resumo:
Este artigo examina a necessidade concreta da pena, à luz do princípio tridimensional da proporcionalidade, associando a análise de tal norma jurídica, oriunda da Teoria Geral do Direito Público, com o exame da culpabilidade penal e das teorias da prevenção geral e especial da pena.

Palavras-chave: Necessidade concreta da pena. Princípio tridimensional da proporcionalidade. Adequação. Necessidade. Proporcionalidade em sentido estrito.

Sumário: 1. Introdução – 2. Dimensão da Adequação – 3. Dimensão da Necessidade – 4. Dimensão da Proporcionalidade em Sentido Estrito – 5. Conclusão – 6. *Abstract* – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ancorado nas dimensões, critérios, elementos, comandos, aspectos, facetas, subprincípios, princípios parciais, máximas, pressupostos ou requisitos da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*[3], na Teoria Geral do Direito Público assim se compõe o princípio tridimensional da proporcionalidade:

(1) *Adequação*. Quando o ato estatal se revela, em dada situação, apto à consecução de determinada finalidade legal de interesse público. Em termos mais amplos, preconiza o Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 414/99; Relator, Conselheiro Vítor Nunes de Almeida):

> O princípio da proporcionalidade impõe que exista uma adequação não só entre o fim da lei e o fim do acto[4] como entre o fim da lei e os meios escolhidos para alcançar tal fim. A adequação terá ainda de manter-se entre as circunstâncias de facto que ocasionam o acto e as medidas que vierem a ser efectivamente tomadas. A proporcionalidade abrange assim não só a congruência, adequação ou idoneidade do meio ou medida para realizar o fim que a lei propõe como também a proibição

1 Advogado. Pesquisador em Direito Público e Direitos da Personalidade. Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

2 ARRUDA, Élcio. O princípio da proporcionalidade no processo penal: punibilidade extinta com base em certidão de óbito falsa. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 9, nov. 2005, p. 126.

3 BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 84-85.

4 Manteve-se ortografia original, em português europeu.

do excesso.[5]

(2) *Necessidade*. "Verificada a adequação, somente se legitima o provimento estatal que, dentre os vários existentes e dotados de mesma eficácia, representar o meio menos oneroso"[6] ou ofensivo aos bens, interesses e direitos lícitos sacrificados em certa circunstância;

(3) *Proporcionalidade em sentido estrito*. Perscruta-se a "relação custo-benefício"[7] da medida estatal em apreço, "ponderando-se os danos causados em relação aos benefícios auferidos"[8]. Avalia-se se, em dado contexto, os benefícios aos bens, interesses e direitos lícitos priorizados superam os efeitos nocivos sobre os bens, interesses e direitos lícitos preteridos. Em outras palavras, a proporcionalidade *stricto sensu* espelha "a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos"[9].

Ao orientar o julgador acerca da necessidade concreta da pena, as dimensões da proporcionalidade adquirem tonalidades peculiares à ambiência da dogmática penal, matizando a apreciação da *culpabilidade* (*critério da adequação*) com o posterior exame da *indispensabilidade preventiva* da pena (*critério da necessidade*) e, em seguida, com a análise da *relação custo-benefício*, por meio do contraste entre os efeitos positivos e negativos da imposição da pena (*critério da proporcionalidade em sentido estrito*).

2. DIMENSÃO DA ADEQUAÇÃO

Enquanto a tipicidade e a antijuridicidade[10] veiculam juízos de reprovação sobre o fato, a *culpabilidade* representa "juízo de reprovação sobre o autor do fato"[11], avaliação judicial "que se faz da conduta do agente, concebendo-a como censurável ou incensurável"[12].

Se ausente a culpabilidade, não há delito (crime ou contravenção penal[13]), nem se justifica, por conseguinte, impor-se a sanção penal[14]. A culpabilidade, tal quais a tipicidade e a antijuridicidade, configura pressuposto da pena, haja vista que esta é conseqüência da

5 PORTUGAL. Tribunal Constitucional (Primeira Secção). Acórdão nº 414/99 (Processo nº 414/99). Relator: Conselheiro Vítor Nunes de Almeida. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Lisboa, 29 de Junho de 1999. Acesso em: 5 out. 2006.

6 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53.

7 BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 90.

8 Ibid., loc. cit.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 224.

10 De acordo com o magistério de Hans Welzel, enquanto o tipo alude "à descrição concreta da conduta proibida (do conteúdo ou da matéria da norma)", a antijuridicidade consiste na "contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto". Cf. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: RT, 2001, p. 51.

11 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131.

12 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*: uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo: 2003, p. 53.

13 Por força do art. 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941), o Direito Penal Positivo pátrio adota divisão bipartida do gênero *infração penal*, bifurcado nas espécies *crime* e *contravenção*. Cf. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 93.

14 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general; fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 588.

patente presença daquelas três no caso concreto[15]. "A culpabilidade pressupõe o injusto"[16], sintetiza Günther Jakobs e, ao mesmo tempo, consigna Claus Roxin não apenas que "toda pena pressupõe culpabilidade"[17], como também que "aquilo que limita uma pena é, obviamente, também seu pressuposto"[18]. Em outros termos, pontifica Cezar Roberto Bitencourt:

> Ora, na medida em que a sanção penal é conseqüência jurídica do crime, este, com todos os seus elementos, é pressuposto daquela. Assim, não somente a culpabilidade, mas igualmente a tipicidade e a antijuridicidade são pressupostos da pena, que é a sua conseqüência.[19]

A infração penal, seja crime, seja contravenção, caracteriza-se pela comprovada prática de fato típico e antijurídico, por agente em relação ao qual recaia juízo de culpabilidade "emitido pela ordem jurídica"[20].

A reprovação penal se mostra presente quando incide sobre autor de fato típico e antijurídico, em razão de essa pessoa, por meio de conduta omissiva ou comissiva, ter optado por contrariar o Direito quando podia e devia respeitá-lo[21] e o respeitaria, se houvesse agido de forma distinta e ajustada à ordem jurídica[22].

Na formulação ora proposta do exame da necessidade concreta da pena pautado pelo princípio tridimensional da proporcionalidade, o critério da adequação absorve a concepção de culpabilidade abraçada pelo finalismo, segundo a qual, explica Hans Welzel, trata-se da "reprovabilidade da resolução de vontade"[23], porquanto teria o autor "podido adotar, em vez da resolução de vontade antijurídica — tanto se dirigida dolosamente à realização do tipo como se não correspondente à medida mínima de direção final exigida —, uma resolução de vontade conforme a norma"[24]. Posto de outra forma, em sede do estudo da necessidade concreta da pena, o critério da adequação do princípio tridimensional da proporcionalidade, ao introjetar o conceito finalista de culpabilidade, ocupa-se da "capacidade de obrar de outro modo", isto é, da "capacidade de adotar uma resolução de vontade diferente, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico"[25] — resplandece André Luís Callegari —, considerando, por um lado, o "desenvolvimento ou maturidade da personalidade"[26] e, por outra banda, "determinadas condições biopsíquicas que permitam ao sujeito conhecer a licitude ou ilicitude de suas ações ou omissões e agir conforme a esse conhecimento"[27].

Desse modo, no tocante à análise da necessidade concreta da pena, o critério da adequação expressa a culpabilidade penal e, em conseqüência, radica seu cerne no dever jurídico

15 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 52.

16 JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 598.

17 ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 155.

18 Ibid., p. 95.

19 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., loc. cit.

20 WELZEL, Hans. Op. cit., p. 66.

21 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131-132.

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 651.

23 WELZEL, Hans. Op. cit., p. 93.

24 Ibid., p. 93.

25 CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 91.

26 Ibid., loc. cit.

27 Ibid., loc. cit.

inarredável de que o sujeito ativo do fato típico e antijurídico se eximisse de executá-lo, se, observadas pelo julgador as nuanças do caso concreto, percebe que o réu, na dicção de Luiz Regis Prado, "devia e podia adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não uma decisão voluntária ilícita"[28].

Ventríloquo do princípio da culpabilidade, a pedra de toque deste critério da adequação reside na *exigibilidade de conduta diversa* e, por conseguinte, no *poder-agir-de-outro-modo*, considerados os parâmetros usualmente indicados pela experiência humana[29], conjugados com as "circunstâncias concretas do fato, que condicionam seu comportamento [o do autor] ou nele exercem substancial influência"[30], a fim de se saber se "o agente era capaz e poderia ter agido concretamente de conformidade com a proibição e determinação contidas no tipo do injusto"[31]. Alerta Selma Pereira de Santana:

> A reprovação da culpabilidade pressupõe que o autor houvera podido formar sua decisão ilícita de ação, em forma mais correta, adequada à norma, e isso não é no sentido abstrato do que houvera podido fazer um homem qualquer, em lugar do autor, senão, e muito concretamente, de que esse homem, nessa situação, houvera podido formar sua decisão de vontade na forma adequada à norma.[32]

Antes de prosseguir, cabe um parêntese. Reputando empiricamente indemonstráveis o *poder-agir-de-outro-modo* e o *livre-arbítrio* (ou *liberdade da vontade*[33]), Claus Roxin avulta, em lugar daqueles, respectivamente, o "agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas"[34] e "a capacidade de livre autodeterminação"[35], que, ao contrário daqueles, seriam acessíveis "à comprovação forense"[36], uma vez que verificáveis por meio de "métodos psicológicos ou psiquiátricos"[37]. Destaque-se o escólio de Santana:

> Para essa concepção, há que se afirmar a culpabilidade de um indivíduo quando ele, em razão de sua constituição mental e psíquica, estava, ao tempo da ocorrência, disponível para o apelo da norma, isto é, quando tinha ele condições de decidir-se pelo comportamento orientado no sentido da norma.[38]

Para Roxin, infere-se, bastaria indagar se a capacidade de autodeterminação do agente teria lhe facultado condições psíquicas suficientes para se estimular a se pautar pelo *dever-ser* emanado da disposição normativa que acabou sendo violada. Posto de outra forma, a culpabilidade não estaria alicerçada na constatação de que o autor tinha "à sua disposição

28 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 276.

29 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 244, 328.

30 TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 148.

31 Ibid., p. 378.

32 SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária*: contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: RT, 2005, p. 213.

33 ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986, p. 18.

34 Id. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 46, jan.-fev. 2004, p. 57.

35 Ibid., loc. cit.

36 Ibid., p. 60.

37 Ibid., p. 58.

38 SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária*: contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: RT, 2005, p. 219.

várias modalidades de ação",[39] e, sim, na percepção de que o agente possuía a faculdade psíquica de se motivar ante o teor do comando normativo. Reconhece Juarez Tavares que a *idoneidade para ser destinatário das normas* aventada por Roxin, em verdade, encarta "conclusão de um juízo sobre a capacidade de agir do sujeito em face da norma, o que, no fundo, pressupõe uma liberdade de vontade, desde que motivada pela própria norma"[40]. Esse questionamento acerca da plausibilidade do efeito motivacional da norma sobre a psique do autor significa perquirir, em essência, se havia condições psíquicas para o indivíduo se adequar à conduta incensada pela ordem jurídica, o que retorna o cerne da discussão para o *poder-agir-de-outro-modo*, agora voltado à "acessibilidade normativa"[41], "dirigibilidade normativa"[42] ou à eficácia, na circunstância concreta, do "apelo normativo"[43], a qual, a fim de ser aferida, requer, a nosso tino, a prévia existência do livre-alvedrio — implica o ser humano se encontrar, à época, apto, do ponto de vista psíquico, a administrar a própria conduta, sem o que não há, desnecessário frisar, "permeabilidade [psíquica] ao apelo normativo"[44], nem capacidade de autodeterminação. Ao se "verificar se, nas circunstâncias em que agiu, o agente poderia conformar sua personalidade de acordo com o determinado pelo sistema jurídico-penal (*dirigibilidade normativa*)"[45], realiza-se exame minudente acerca da possibilidade do autor ter obrado de forma diversa (Jorge de Figueiredo Dias considera a "permeabilidade do agente ao apelo normativo"[46] outra forma de se referir ao "poder de agir de outra maneira na situação"[47]). Tal alternativa doutrinária contemporânea (lastreada na *idoneidade para ser destinatário das normas*) ao tradicional conceito de *poder-agir-de-outro-modo*, em realidade, não resulta na eliminação deste, e, sim, na salutar tendência dogmática atual de se incentivar que a aferição de culpabilidade se aproxime mais da realidade fática da circunstância concreta (tendo em conta fatores exógenos e condicionamentos psíquicos a influenciarem, à época, o autor), distanciando-se do idealizado ser humano médio como parâmetro comparativo com o caso concreto. Por isso, encerramos este parêntese vislumbrando na formulação de Roxin o enfoque de mais uma faceta inerente ao poder-agir-de-outro-modo que deve ser analisada pelo julgador, ao questionar, no caso concreto, se podia o réu administrar a si mesmo em direção a comportamento lícito — apreciação, se necessário, municiada de avaliações técnicas

39 TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 185.

40 Ibid., p. 190.

41 Ibid., loc. cit.

42 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Renavan, 2000, p. 212. Apud ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 87.

43 SANTANA, Selma Pereira de. Op. cit., p. 220.

44 Ibid., loc. cit.

45 NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. *Inexigibilidade de conduta diversa*: causa supralegal excludente de culpabilidade. São Paulo: RT, 2001, p. 18.

46 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 275.

47 Ibid., loc. cit.

de profissionais da Psicologia ou da Psiquiatria.[48]

Isso posto, saliente-se, a propósito, que o juízo de reprovação penal alcança apenas os imputáveis, aqueles, nas palavras de Gonzalo Quintero Olivares, "dotados de capacidade para orientar livremente seus atos de acordo com o conhecimento da significação destes"[49]. Em concepção mais elaborada, a imputabilidade expressa "a plena capacidade (estado ou condição) de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e de querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde pelos seus atos)"[50], informa o magistério de Prado, que arremata: "Essa capacidade possui, logo, dois aspectos: *cognoscitivo* ou *intelectivo* (capacidade de compreender a ilicitude do fato); e *volitivo* ou de determinação da vontade (atuar conforme essa compreensão)."[51]

A possibilidade de se portar em consonância com o Direito implica a possibilidade de *conhecimento prévio da antijuridicidade* (do caráter ilícito da conduta), é dizer, importa se evidenciar presente a *potencial consciência da ilicitude*[52], resultado da existência, na situação concreta, de condições cognoscíveis mínimas do agente compreender o respectivo múnus jurídico a que deveria se curvar por força do *princípio da legalidade* (no sentido amplíssimo de que em Estado de Direito todos, pessoas físicas e jurídicas, se submetem ao jugo da ordem legal e dos deveres dela emanados[53]), ou, ao menos, de condições cognoscíveis mínimas do autor compreender o desvalor da conduta praticada, ainda que essa ilação venha

48 Critica Reale Jr.: "Considero ser impossível a construção de um homem médio, no que concorda a maioria dos autores. O critério do 'homem médio' não é necessário, nem suficiente. Não é necessário, visto que cada um de nós fabrica o seu tipo de homem médio, cuja figura muitas vezes não será sequer a imagem de nós mesmos. A média é possível ser fixada acerca da causalidade material, assim como sobre a normal previsibilidade nos delitos culposos mas, em termos de reprovação, de juízo de valor, é impossível encontrar a média humana, com o grave perigo de se cair na irrealidade, através da soma de qualidades muitas vezes inconciliáveis ou de se efetuarem generalizações com base em dados estatísticos. O homem médio é um homem impossível, formado por qualidades e defeitos desconexos, distante da situação concreta na qual se realizou a ação que se julga. O juiz deveria sair de si mesmo para construir um homem médio, colocá-lo na situação concreta e julgar, paradoxalmente, à luz desse critério, qual o poder de um *ente ideal*, a fim de estabelecer a exigibilidade ou não do *agir concreto* do agente. Tal operação resultaria em um abstracionismo, passando por várias etapas, o que inevitavelmente desfigura o real." (grifos do autor) Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 182. Comenta Juarez Tavares: "Relativamente ao conceito de *homem médio*, pode-se notar que ele deriva do raciocínio positivista do estímulo-resposta: o homem mediano é aquele que puder, segundo um juízo hipotético, reagir conforme os estímulos (bons estímulos). Em oposição a esse conceito, entendido por alguns como insustentável [...], os autores modernos orientam-se pelo agente individual, tomado segundo suas condições favoráveis e desfavoráveis, inatas e adquiridas, de modo que seus defeitos, para os quais não tenha contribuído diretamente, não podem ser levados em conta como fatores de aumento de culpabilidade." Cf. TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 24.

49 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1989, p. 376, tradução livre nossa.

50 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 271.

51 Ibid., loc. cit.

52 Ibid., p. 275.

53 Observa Afrânio de Sá que o Estado de Direito, " surgido ao influxo dos Direitos do Homem, pela primeira vez configurados na declaração francesa", tem como princípio informador de sua estrutura a legalidade, "à qual estariam submissas as partes envolvidas em qualquer querela, tanto autoridades como indivíduos". Cf. SÁ, Afrânio. *Princípio da legalidade no estado liberal e social.* 1977. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) — Centro de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1977, p. 58. Essa acepção clássica de legalidade reflete o axioma de origem britânica, deveras comezinho no Direito Constitucional e no senso crítico da sociedade democrática, de que "nenhum homem está acima da lei" (*no man is above the law*). Cf. DICEY, Venn Albert. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: 1895. Disponível em: <http://www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm>. Acesso em: 24 set. 2006. Tal obra de Dicey, cuja edição inaugural data de 1895, compõe a consuetudinária Constituição britânica. Cf. PREECE, Warren E. (Ed.). *The New Encyclopaedia Britannica:* Micropaedia. Chicago: 15th ed., 1980, v. 3, p. 530.

à tona de forma intuitiva, estribada na sujeição a normas comportamentais extrapenais e até não-estatais, de cunho meramente social, religioso ou moral[54] — mormente o plexo normativo básico imposto pela convivência social (o que houver de manifesta e consensualmente inolvidável como sendo parte do código de conduta essencial sufragado pelo senso coletivo de moralidade[55]). Prelecionam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: "A culpabilidade se conforma com uma possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade, não requerendo uma efetiva compreensão do injusto, que, na maioria dos casos, não existe ou é imperfeita."[56] Consonante clarifica Francisco Muñoz Conde, é suficiente, em relação ao autor, "que, de acordo com sua formação, nível, cultural, etc., figure-se a ilicitude como possível, e, ainda assim, ele continue a agir"[57]. A par da apreciação quanto aos valores éticos que, à época, se encontravam internalizados na psique do agente, avalia-se a disposição do autor, na ocasião da prática do injusto, de ajustar seu proceder (e de se informar quanto) às exigências da vida em sociedade[58]. Examina-se se defluiu do agente "*ponto de vista de valor juridicamente aceitável*"[59] (grifos do autor) — acentua Jorge de Figueiredo Dias —, "produto de um esforço continuado de correspondência às exigências do direito"[60]. Embora haja "um grande número de ilicitudes cuja existência só é do cabal conhecimento de algumas pessoas particularmente especialistas"[61], adverte Gonzalo Quintero Olivares, muitos delitos positivados correspondem ao que o magistério de Rafaele Garofalo nomina *delitos naturais*, "cuja reprovabilidade integra a *cultural social*"[62] (grifos nossos), a exemplo de homicídio, lesão corporal, roubo e furto. Nesse diapasão, infere Francisco de Assis Toledo, a consciência da ilicitude, atual ou potencial, se atinge mediante reflexão "sobre os valores ético-sociais fundamentais da vida comunitária de seu próprio meio"[63]. Prossegue Toledo:

54 BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 147-149. Nesse sentido: "Segundo Mezger, chega-se ao conceito de consciência de antijuridicidade através de uma valoração paralela na esfera do profano. Para o penalista alemão, o profano é o extrajurídico, dessarte se o agente conseguir, v.g., através de normas sociais, morais, religiosas, apreender o desvalor de sua conduta, ele terá a consciência da antijuricidade." Cf. ibid., p. 148. Maria Helena Diniz recorda o magistério de Miguel Reale, segundo o qual "são valores religiosos, morais, estéticos, econômicos, sociais etc., que conduzem o ser humano à obediência da norma jurídica". Cf. DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: EDUC/RT, 1976, p. 108-109.

55 Perlustra Enrico Ferri: "Nos casos ordinários, será também impossível ao acusado provar a sua absoluta boa fé, mesmo se materialmente não conhecer as disposições da lei, não só porque as experiências da vida quotidiana (e tanto mais as da própria e específica atividade profissional) fazem tomar conhecimento das proibições e restrições legais, mas também porque depois a consciência dos homens normais adverte da ilicitude de certas ações dolosas, culposas ou contravencionais." Cf. FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*: o criminoso e o crime. Campinas: Bookseller, 1996, p. 422.

56 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 621.

57 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 158.

58 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1, p. 624. Apud SILVA FRANCO, Alberto. Erro sobre a ilicitude do fato. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Org.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1. p. 346.

59 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 308.

60 Ibid., loc. cit.

61 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 408, tradução livre nossa.

62 Ibid., tradução livre nossa.

63 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 262.

> Assim, não aproveita ao agente a falta da consciência da ilicitude quando: *a*) teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio; *b*) propositadamente (*ignorantia affectata* do direito canônico), recusa-se a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida; *c*) não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má interpretação, para o exercício de atividades regulamentadas. (grifos do autor) [64]

Destarte, declara-se culpável quem executa fato típico e antijurídico, apesar de ter condições suficientes para atuar em consonância com a ordem jurídica, caso essa deferência ao Direito não lhe impusesse "sacrifícios extraordinários"[65]. Justifica Luís Augusto Freire Teotônio:

> Isto porque, o Direito pode exigir de todos os cidadãos o cumprimento de preceitos normativos para uma harmônica convivência, desde que não imponha comportamentos heróicos, em sacrifício da própria vida ou mesmo integridade física do indivíduo, que aí, certamente, não agirá em consonância com a norma, dada a situação extrema.[66]

Quando o agente comete injusto em circunstância onde, do ponto de vista do Direito Penal, evidenciam-se ausentes condições bastantes para se reclamar dele conduta diversa e jurídica, estamos perante *causas excludentes da culpabilidade*, assim exemplificadas por Luiz Flávio Gomes:

(a) inimputabilidade por doença mental;

(b) inimputabilidade por menoridade;

(c) inimputabilidade por embriaguez fortuita completa;

(d) erro de proibição invencível;

(e) coação moral irresistível;

(f) obediência hierárquica;

(g) inexigibilidade como causa supralegal de exclusão de culpabilidade [...]. [67]

Em suma, a culpabilidade se condiciona à *exigibilidade de conduta diversa e lícita*,[68] caso se denote razoável tal exigência, uma vez detectada aos olhos do Direito, com firme assento na circunstância concreta, condições cognoscíveis mínimas para o agente esboçar comportamento diferente e ajustado à ordem jurídica, o que significa, inclusive, atestar-se a presença de condições cognoscíveis mínimas para que o autor, à época, tivesse (e antes houvesse buscado obter) a consciência da ilicitude do fato, tendo-se por parâmetro a análise conjunta das peculiaridades do sujeito ativo do injusto, da situação com a qual deparou e das balizas da experiência social.

64 Ibid., loc. cit.

65 QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 218.

66 TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. *Culpabilidade*: concepções e modernas tendências internacionais e nacionais. Campinas: Minelli, 2002, p. 86.

67 GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no Direito Penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 9, nº 107, out. 2001, p. 10.

68 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*: uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

3. DIMENSÃO DA NECESSIDADE

Depois de certificada a presença, no caso concreto, da culpabilidade, importa perquirir, com arrimo na *prevenção geral positiva limitadora* (modelada pelo *princípio da intervenção mínima*), se a sanção penal resta imprescindível e, em caso afirmativo, até que ponto ela o é, observado o teto inexcedível da culpabilidade.

Ao se nortear pelo *princípio da prevenção geral positiva limitadora*, as necessidades preventivas da pena traduzem (entrevê a própria nomenclatura da subespécie preventiva em tela) "sentido limitador"[69] do *dever-poder*[70] punitivo do Estado, ancorado nos princípios garantistas do Direito Penal e nos direitos fundamentais dos seres humanos (todos provenientes do *princípio da dignidade da pessoa humana*, no qual se agasalham, esclarece a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão — a exemplo de *BVerGE* 25, p. 269 *et seq.*; 45, p. 187 *et seq.,* p. 259; 57, p. 250 *et seq.*, p. 275[71] —, adepta do entendimento de que "a proibição

69 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 150.

70 Os poderes estatais não são meras *faculdades*. Representam deveres — *deveres-poderes*, na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Eros Roberto Grau, ou *poderes-deveres*, segundo a ótica majoritária na Ciência do Direito Público, a exemplo do magistério de José Cretella Júnior. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 69; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 209; CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 18. Assiste razão aos magistérios de Bandeira de Mello e de Grau. O *dever* estatal *condiciona* o *poder* estatal. Este *decorre* daquele. "Quem quer o fim dá os meios", recorda o Ministro Paulo Brossard. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 71.039/RJ. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 7 de abril de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 dez. 1996, p. 48708. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 jul. 2004. Diante do exposto, em vez da típica expressão publicista *poder-dever*, adota-se neste estudo a locução *dever-poder*. Esclarece Bandeira de Mello: "Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de *dever*, não na de 'poder'. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade." Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., loc. cit. Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito Público e da Teoria Geral do Direito Penal, preferível a expressão inusual e de duvidosa sonoridade *dever-poder estatal punitivo* à clássica e elegante locução *jus puniendi*. Não se trata do Estado-juiz aplicar a pena no caso concreto apenas quando e se lhe aprouver fazê-lo, como se fosse direito subjetivo sancionatório de âmbito penal, inerente a exercício arbitrário ou incondicionado da função jurisidicional. O Poder Judiciário não dispõe a seu talante do interesse de impor sanção penal. Subordinam-se os agentes, os órgãos e as entidades do Poder Público aos *princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público*. Inadmissível quer a renúncia ao poder punitivo pelo Estado, quer o predomínio de interesses segmentados (seja o interesse estatal secundário, específico do Estado, seja o interesse de amplos ou restritos setores privados) sobre o interesse estatal primário, o *interesse público*, manifestação da soberania popular e das aspirações da coletividade de superior relevo, entalhadas no ordenamento jurídico. Nessa senda: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62-65, 88-90. Aprofunda Manoel Pedro Pimentel: "Hoje não é correto falar-se na existência do *jus puniendi*. O Estado não é titular de um *direito subjetivo de punir*. Segundo o ensinamento de Santi-Romano, o que existe realmente é um *poder-dever de punir*. O Estado tem o *poder* de punir, em razão de ser soberano e esse poder constituir-se em um atributo da soberania. E, ao mesmo tempo, tem o *dever* de punir, que o Estado mesmo se impõe pela exigência de cumprir uma obrigação decorrente das suas finalidades. O *jus puniendi* seria renunciável, entretanto o Estado não pode renunciar ao exercício da punição. É verdade que o *poder-dever* de punir pode sofrer derrogação, pela prescrição ou outras causas extintivas de punibilidade. Todavia, essa perda de condição não significa renúncia do Estado, mas limitação de ordem pública traçada por ele próprio no interesse dos cidadãos. O *poder-dever* de punir é o que convém ao caráter público do Direito penal." (grifos do autor) Cf. PIMENTAL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983, p. 177. A exemplo das demais atividades estatais, cumpre ao múnus judicante penal aplicar concretamente a pena emoldurado e norteado pelo arquétipo normativo do Direito Positivo, mormente pelo princípio da legalidade, conciliando o atendimento dos anseios maiores da sociedade com a preservação da dignidade da pessoa humana, mediante atuação razoável e proporcional, pautada pelos condimentos materiais e formais do devido processo legal. Também a exemplo das demais atividades estatais, o *princípio tridimensional da proporcionalidade* deve servir de baliza à incumbência judicial de se aplicar a sanção penal no caso concreto.

71 JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 12.

de vulnerar a dignidade deve limitar a otimização da utilidade da pena"[72]). A amálgama de tal arquétipo normativo (que tem na culpabilidade sua coluna vertebral) constitui barreira intransponível ao dever-poder punitivo estatal — ainda que mitigada, jamais desnaturada, inclusive porque cabe ao exegeta infligir aos princípios jurídicos, inclusive aos direitos fundamentais[73], o mínimo de sacrifício, preservando sobremaneira a essência daqueles, sob pena de maltrato à dignidade da pessoa humana, máxime à integridade física, moral e psíquica do indivíduo[74].

Assevera Bitencourt: "A principal finalidade, pois, a que deve dirigir-se a pena é a prevenção geral — em seus sentidos intimidatórios e limitadores —, sem deixar de lado as necessidades de prevenção especial, no tocante à ressocialização do delinqüente."[75] Por intermédio da *prevenção geral positiva limitadora*, anela-se por síntese ponderada dos fins preventivos, de forma que a culpabilidade e os demais princípios humanistas imiscuídos na Teoria Geral do Direito Penal burilem as funções preventivas da sanção penal e condicionem a "reação estatal ante fatos puníveis"[76] a se direcionar à "proteção da consciência social"[77]

72 Ibid., loc. cit.

73 "O trabalho de balanceamento entre direitos fundamentais consagrados na Constituição é o que se espera, pois, do mandado de ponderação, próprio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. A necessária ponderação tem lugar no momento em que uma norma de direito fundamental entra em colisão com outra cujo mandamento diga respeito a outro direito, igualmente fundamental. Isto se dá uma vez que *ambas constituem princípios jurídicos*, e como tais, quando colidem, está ordenada uma ponderação." (grifos nossos) Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 171.

74 Com suporte no magistério de Vitalino Canas, nota-se que os princípios, por terem assento constitucional, devem ser conciliados de modo que, de preferência, haja o mínimo de atrito entre tais normas e, em todo caso, não se atinja o núcleo essencial das mesmas, a fim de que não se alveje, por conseqüência, o valor da dignidade da pessoa humana. Recorda José Roberto Pimenta Oliveira: "Vitalino Canas, enfaticamente, preleciona, sem rejeitar a ligação aos direitos fundamentais, que 'o princípio da proporcionalidade ancora-se em última análise nos valores da dignidade da pessoa, *via* valores da liberdade, autonomia e livre expressão e desenvolvimento da personalidade'. A presencialidade dos princípios mantém, com efeito, direta referência à persecução da 'finalidade maior de um sistema jurídico-democrático: legalidade, com respeito à dignidade humana'. A razoabilidade/proporcionalidade, em face de situações em que se contrapõem bens, interesses, princípios jurídicos constitucionalmente acolhidos com repercussões diretas ou indiretas para o valor da dignidade, encarece a doutrina, 'determina a busca de uma 'solução de compromisso', na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu 'núcleo essencial', onde se acha insculpida a dignidade humana'." (grifos do autor) Cf. CANAS, Vitalino. Princípio da proporcionalidade. In: FERNANDES, José Pedro (Dir.). *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1994, v. 6, p. 597. Apud OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 222.

75 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151-152.

76 MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ene.-abr. 1986, p. 58. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151.

77 Ibid., loc. cit.

(prevenção geral positiva *stricto sensu*[78]) e à intimidação geral dos delinqüentes efetivos e em potência (*prevenção geral negativa*[79]), assim como à sadia reinserção na sociedade do condenado (*prevenção especial positiva*[80]) e à sua sujeição a sanções penais de efeito intimidativo individual, por meio de *penas restritivas de direito* ou de *penas privativas de liberdade*, ocorrendo, neste caso, sua temporária, de preferência, retirada do convívio social

78 A prevenção geral positiva *stricto sensu*, incondicionada ou propriamente dita plasma a perspectiva de teoria da prevenção geral positiva mais notória, planteada por Günther Jakobs, conforme o qual a pena "deve garantir a segurança das expectativas dos contatos sociais, possibilitando a existência da própria sociedade". Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general; fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 20. Cônsono o escólio de Cristina Zackseski, a prevenção geral positiva "insiste claramente na afirmação simbólica da validade das normas, no que esta afirmação favoreceria o processo de integração social em torno dela, e restabeleceria a confiança institucional que brada pela percepção do desvio". Cf. ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, nº 29, jan.-mar. 2000, p. 174. O magistério de Tatiana Machado Corrêa agremia diversas facetas relevantes da prevenção geral positiva delineada por Günther Jakobs: (1) "deve garantir a segurança das expectativas nos contatos sociais, possibilitando a existência da própria sociedade"; (2) "restaurar a configuração normativa da sociedade"; (3) "a pena se dirige a todos os membros da sociedade, posto que necessária à reafirmação da vigência da norma infringida"; (4) o "que se previne é a erosão da configuração normativa real da sociedade"; (5) o "fim da pena é o de garantir a vigência da norma, promover a confiança na norma, a fim de que isto repercuta em todos os sujeitos"; (5) "a pena demonstra que o autor não se organizou corretamente, significa que o comportamento infrator não é determinante, a norma é que continua sendo o determinante"; (6) "a sociedade deve então exercer legítima defesa ao infrator da norma, anulando a conduta contrária à norma, mediante pena, cuja medida será regida pela medida de denegação da personalidade objetiva no fato e não para intimidar"; (7) a "pena significa a permanência da realidade da sociedade sem modificações, a confirmação da sua identidade normativa, podendo produzir outros efeitos de caráter não essencial ao seu fim, tais como a intimidação e o exercício de fidelidade ao direito". Cf. CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 51, nov.-dez. 2004, p. 222-224.

79 A teoria da *prevenção geral negativa* — originalmente ideada pelo penalista alemão Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) sob o nome *teoria da coação psicológica* ou *teoria do constrangimento psicológico* — enxerga na pena, quando aplicada ao caso concreto ou apenas cominada em abstrato, efeito intimidatório sobre o corpo coletivo e fator de desestímulo para delinqüentes da atualidade ou eventualmente daqueles do porvir, conscientizando ambos de que a prática do delito é contraproducente (desfavorável do ponto de vista da *relação custo-benefício*). Nesse sentido: QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49; SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002, p. 131; TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos*: o mito da repressão penal; um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: RT, 1996, p. 113; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 104-108; TELES, Ney Moura. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, v. 2, p. 31; JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general; fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 26-29. No dizer de Cristina Zacksescki, a prevenção geral negativa, "centrada na intimidação pela cominação da pena em abstrato", semeia "contramotivação aos comportamentos ilegais" ou "dissuasão dos infratores potenciais". Cf. ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, nº 29, jan.-mar. 2000, p. 169. Ponderada a posição de Francisco de Assis Toledo: "Se, de um lado, não se deve generalizar a eficácia do caráter intimidativo-pedagógico da pena, pela simples existência da cominação legal, de outro, parece-nos igualmente irrealístico deixar de admitir que a prevenção geral do crime, por meio da elaboração dos tipos e da cominação das penas, é algo, do ponto de vista do Estado e do indivíduo, bem mais concreto do que meros artigos de lei colocados sobre o papel. É, com efeito, uma autorização para agir, passada em favor dos órgãos estatais; é, em suma, ameaça bem real que se exterioriza e se prolonga, no meio social e comunitário, pela presença física e atuante dos vários organismos empenhados na *persecutio criminis*." Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4-5.

80 O magistério de Zaffaroni *et alii* clarifica que a prevenção especial positiva engloba série de propostas atinentes à integração do egresso ao seio do corpo coletivo, ao fagocitar esta subespécie preventiva as chamadas "ideologias *re*": "ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação." Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1, p. 126. De acordo com a prevenção especial positiva, sumariza Reinhart Maurach, "o autor deve ser preparado pela execução [da pena] para a futura vida em sociedade". Cf. MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1, p. 65, tradução livre nossa.

(*prevenção especial negativa*[81]).

No campo da *prevenção geral positiva*, à sanção penal cabe, assinala Oswaldo Duek Marques, "reafirmar o reconhecimento da validade da norma, no qual está implícita a consciência de que foi infligida e que deve seguir como modelo idôneo de orientação"[82]. Seu efeito secundário reside na *prevenção geral negativa*, ao servir de desincentivo à prática delituosa em parcela da criminalidade sensível ao efeito dissuasório da pena[83] e, em idêntico sentido, ao inibir parte dos delinqüentes *em potência* permeável à influência inibitória daquela[84].

Assim sendo, a *prevenção geral positiva* almeja (1) deflagrar o "restabelecimento do equilíbrio emocional da sociedade"[85] e (2) "preservar a confiança das relações sociais"[86], reforçando, sobretudo, a credibilidade do sistema penal[87], ao suscitar apaziguamento psicológico na sociedade, transmitindo a percepção de que o Estado, apesar de suas deficiências, ainda possui na Justiça Criminal órgão atuante,[88] por meio da qual assegura mínimo de paz coletiva e ordem pública. Resulta em indireta oxigenação da *prevenção geral negativa*, ao

81 Em sede pena de prisão, esclarece Alberto Zacharias Toron, a prevenção especial negativa "pode ter caráter temporal, quando com a pena se aparta o sentenciado de forma perpétua, ou por um determinado período da vida social, custodiando-o", mas também pode "ter um caráter absoluto (definitivo) quando se trata da pena de morte (não se conhece nesta hipótese nenhum caso de reincidência) ou relativo quando destrói parcialmente a pessoa e, por exemplo, castra-se o estuprador ou cortam-se as mãos do assaltante ou, ainda, as pernas do trombadinha etc". Cf. TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos*: o mito da repressão penal; um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: RT, 1996, p. 199. Assere Cristina Zackseski que a prevenção especial negativa contempla a "neutralização ou intimidação do criminoso". Cf. ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, nº 29, jan.-mar. 2000, p. 173. Com efeito, entre as modalidades da prevenção especial, Reinhart Maurach elenca a prevenção especial *por intimidação* ("o autor deve ser intimidado, pelos efeitos da pena executada, a não praticar delitos no futuro") e *por asseguramento* ou *inocuização* ("pela execução da pena na pessoa do delinqüente, a sociedade quedará assegurada, permanente ou provisoriamente, frente ao mesmo"). Cf. MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1, p. 65, tradução livre nossa.

82 MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 105.

83 Duvidoso, infere-se do magistério de Zaffaroni *et alii*, o efeito dissuasório da pena, a título de prevenção geral, sobre homicidas passionais (e demais criminosos envoltos em "circunstâncias pouco propícias à reflexão sobre a ameaça penal"), bem assim sobre infratores motivados por patologia ("semi-imputáveis"), fanatismo (*v.g*., político ou religioso), crença na própria invulnerabilidade ao controle penal (*e.g*., os chamados "criminosos do colarinho branco") e perspectiva de lucros vultosos ("*crime as business*"). Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1, p. 118-119. Nessa toada, Esteban Righi reputa impassíveis de intimidação os "deliqüentes habituais" e os criminosos passionais. Cf. RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 43. Ainda nessa direção, Cezar Roberto Bitencourt aventa também como exemplos "os delinqüentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais". Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 106.

84 MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Op. cit., p. 105.

85 Ibid., p. 109.

86 Ibid., p. 116.

87 ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. Op. cit., p. 121.

88 Para o magistério de Maria Helena Diniz *coação* alude à aplicação de sanção jurídica e *coerção* concerne à *coação psicológica*, isto é, à pressão psicológica anterior à *coação* (isto é, prévia à execução da sanção jurídica): "Há, realmente, uma diferença entre essas três expressões: a 'coerção', apesar de se definir como ato de coagir, reside na consciência e exerce pressão sobre a vontade livre do obrigado; a 'sanção', já existe na norma, é uma medida legal que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação da norma jurídica através dos órgãos competentes e a 'coação' consiste na aplicação dessa sanção, é um ato de coagir, mas que se exerce sobre uma ou várias pessoas para levá-las a agir de determinada maneira." Cf. DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: EDUC/RT, 1976, p. 106-107. Com fincas no ensinamento de Diniz, optamos por considerar *coatividade psicológica* sinônimo de coercibilidade e de coatividade em sentido técnico-jurídico propriamente dito a capacidade da sanção jurídica, quando imposta, no caso concreto, suscitar a coação jurídica e o conseqüente adimplemento do dever jurídico até então desatendido.

utilizar a pena — mesmo indiretamente — como instrumento de coercibilidade (coatividade psicológica) sobre a população, tornando manifesta "a disposição [estatal] de cumprir a ameaça"[89] de punição penal.

A *prevenção geral positiva fundamentadora* (a *prevenção geral positiva* propriamente dita, incondicionada, formulada em sua pureza, sem estar a reboque da concepção finalista de culpabilidade) tem em Günther Jakobs seu maior ideólogo da atualidade. Para Jakobs, "a culpabilidade e exigências de prevenção geral são idênticas",[90] isto é, "a culpabilidade de um autor não depende de suas qualidades psíquicas, mas de ser a sua punição indicada ou não para estabilizar a confiança na ordem social"[91] (estabilização que consubstancia justamente a função de *prevenção geral positiva* da pena preconizada por Jakobs). Já a *prevenção geral positiva limitadora* tem em Claus Roxin sua principal (apesar de *indireta*) inspiração doutrinária — conquanto Santiago Mir Puig tenha sido o identificador original da existência desta modalidade de prevenção geral positiva, bem assim de sua distinção da vertente fundamentadora [92], e, além disso, não haja necessariamente integral coincidência entre os magistérios de Mir Puig e Roxin[93], a nosso juízo se revela apropriado que o cerne da concepção de *prevenção geral positiva limitadora* repouse, primeiro, na exigibilidade de culpabilidade, e, segundo, na indispensabilidade preventiva como fatores limitantes à atuação do Estado, tornando-se inafastável sua vinculação ao magistério de Roxin. Para este, as exigências preventivas são consideradas *após* constatada a culpabilidade e servem de freio ao dever-poder punitivo estatal: o mestre de Munique reconhece que "toda pena pressupõe culpabilidade, não podendo jamais ultrapassar-lhe a medida" [94] e permite à sanção penal "ficar aquém da medida da culpabilidade se as exigências de prevenção fizerem desnecessária ou mesmo desaconselhável a pena no

89 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 123.

90 ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

91 Ibid., loc. cit.

92 MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ene.-abr. 1986, p. 55-56.

93 Na ótica de Gamil Föppel el Hireche, a concepção preventiva de Mir Puig, comparada com a de Roxin, possui caráter demasiado retributivo: "Efetivamente, um dos aspectos mais importantes da Teoria Dialética Unificadora foi a limitação às penas impostas por Roxin, com fundamento na culpabilidade. Entretanto, se existe este elo de aproximação com a prevenção geral positiva limitadora — a teoria de Roxin desta se afasta quando se vê que, para Mir Puig, a retribuição ganha muito mais importância que em Roxin. Desta maneira, a par da semelhança efetivamente existente, não se pode considerar que Roxin é partidário da prevenção geral positiva limitadora, quando considerada isoladamente, mesmo porque ele mesmo teceu críticas à prevenção geral, conforme se vê: 'A teoria da prevenção geral encontra-se, assim, exposta a objeções de princípio semelhantes às outras duas: não pode fundamentar o poder punitivo do Estado em seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas conseqüências; é político criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.' ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, p. 25." Cf. FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37. Para Santiago Mir Puig, o magistério de Claus Roxin admite a prevenção geral positiva se esta respeitar o limite da culpabilidade (a nominada *prevenção geral compensadora* ou *integradora socialmente*) e repele a prevenção geral negativa, porque seu efeito intimidatório, para o Mestre de Munique, tende a ultrapassar o limite da culpabilidade. Por outro lado, Roxin, lembra Mir Puig, permite que se fixe pena abaixo do adequado à culpabilidade, a fim de evitar efeitos contraproducentes do ângulo preventivo-especial (efeito dessocializador, por exemplo), contanto que a pena seja suficiente para a defesa da ordem jurídica. Cf. MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ene.-abr. 1986, p. 56-57.

94 ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 46, jan.-fev. 2004, p. 65-66.

limite máximo da culpabilidade"[95]. Enquanto Jakobs *fundamenta* a culpabilidade nas exigências de prevenção geral positiva (para o Mestre de Bonn, a culpabilidade constitui "déficit de fidelidade ao ordenamento jurídico"[96] — dessa forma, a culpabilidade é *longa manus* da prevenção geral positiva), Roxin *limita* a aplicação da pena à presença, primeiro, da culpabilidade, e, segundo, da "*indispensabilidade preventiva*" (grifos nossos)[97]. Enquanto a prevenção geral positiva *fundamentadora* torna exigível a imposição da sanção penal mesmo quando desnecessária "a proteção dos bens jurídicos"[98] (Direito Penal *hipertrofiado*[99]), a prevenção geral *limitadora* gradua a pena abaixo do teto inexcedível da culpabilidade, acaso ausente *imprescindibilidade preventiva* a justificar se atingir o máximo permitido pela culpabilidade, ao aplicar e dosar a sanção penal tão-somente na medida do *indispensável* às *necessidades preventivas da pena*, respeitada a medida da culpabilidade (Direito Penal *mínimo*[100]).

Em sentido semelhante se situa o magistério de Luiz Flávio Gomes, para o qual, após o julgador detectar a culpabilidade do agente, deve o magistrado trazer a lume o *princípio da necessidade concreta da pena*, isto é, ao juiz

> "cabe analisar se o interesse estatal em punir o delito tem pertinência ou não. [...] Exemplo: agente que pratica roubo de um real valendo-se somente de ameaça. A jurisprudência não admite, nesse caso, a aplicação do princípio da insignificância. Logo, o agente é processado normalmente. Se foi preso em flagrante, tem bons antecedentes, já está preso há alguns meses, houve arrependimento, é trabalhador, tem família constituída, etc., pode ser que a pena se torne desnecessária. Sendo assim, com fundamento no art. 59 do CP, cabe ao juiz dispensar a pena, com fundamento no princípio da sua (des)necessidade concreta."[101]

Em verdade, os magistérios de Luiz Flávio Gomes e Claus Roxin possuem entendimento *semelhante* (ambos os doutrinadores acolhem o critério da *indispensabilidade preventiva*), mas não *idêntico*. Gomes entende cabível, depois de constatada a culpabilidade do autor do fato punível, "fazer esse juízo de necessidade nas situações especificamente definidas na lei (casos de perdão judicial, *v.g.*)"[102] e "em outras hipóteses"[103], com fulcro no

95 Ibid., loc. cit.

96 JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 43.

97 ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157.

98 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 116.

99 "A principal crítica à teoria da prevenção geral positiva fundamentadora refere-se à possibilidade dela ampliar a tendência da resposta penal diante dos problemas sociais, sendo, portanto, contrária ao Direito Penal mínimo postulado pelas correntes mais progressistas, dentre as quais, a Nova Defesa Social [...]. Além disso, a teoria fundamentadora, conduzida ao extremo, nega o critério de proporcionalidade entre a pena e a violação do bem jurídico tutelado pela norma." Cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 106.

100 "A despeito de não se declarar expressamente minimalista, pode-se inferir, do ideário de Claus Roxin, uma série de princípios relacionados também com o minimalismo. De fato, ao se alinhar favoravelmente a um Direito Penal subsidiário, reconhece que a sanção jurídico penal é a última *ratio* do controle, a última forma de solução do conflito. Assim sendo, manifesta-se contrário 'à criminalização de qualquer bagatela'. Demais disso, constata-se que a teoria formulada é eminentemente garantista, de modo a impedir as violações injustificadas à liberdade dos cidadãos, estabelecendo uma pena limitada pela culpabilidade." Cf. FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133.

101 GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal*: parte geral; culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: RT/IELF, 2005, v. 7, p. 47-48.

102 Ibid., p. 47.

103 Ibid., loc. cit.

art. 59, do Código Penal brasileiro. Roxin divisa no critério das *necessidades preventivas da pena* o segundo componente da categoria da *responsabilidade*, cujo primeiro elemento é a *culpabilidade* no sentido de — frisou-se alhures — "agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas"[104] e "a capacidade de livre autodeterminação"[105].

A nosso sentir, a análise da necessidade concreta da pena se torna mais coesa à luz do *princípio tridimensional da proporcionalidade*, em que o juízo de reprovação penal consubstancia a *dimensão da adequação*, a imprescindibilidade preventiva repousa na *dimensão da necessidade* e a relação custo-benefício da pena radica na *dimensão da proporcionalidade em sentido estrito*. De todo modo, as três visões acerca da indispensabilidade preventiva propiciam efeito limitador ao dever-poder punitivo estatal, em apreço aos princípios garantistas do Direito Penal e, por conseguinte, em deferência ao *princípio da dignidade da pessoa humana* e aos direitos fundamentais do réu[106], além de louvar o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, porque, pondo em segundo plano o clamor por justiça da vítima e dos grupos de pressão (a exemplo de setores da comunidade jornalística, jurídica e política adeptos da máxima repressão penal), em prol de criteriosa análise da necessidade concreta da pena, reduz o contingente populacional exposto ao elevado *fator criminógeno* do sistema de execução penal, em particular das assoberbadas unidades penitenciárias, o que resulta em salvaguarda dos anseios maiores da sociedade por paz social e ordem pública.

Relativamente a *penas restritivas de liberdade*, despiciendo frisar, deve-se averiguar a indispensabilidade de que o sentenciado seja, durante determinado lapso temporal, afastado do convívio social, sob a custódia do sistema de execução penal. De suma importância cotejar-se a gravidade da afronta a bem jurídico basilar com os efeitos físicos, morais e psíquicos a serem propiciados pelo aprisionamento. Ilustra Zaffaroni *et alii*:

> Os riscos de homicídio e suicídio são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios. [107]

A Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede do Agravo em Execução nº 70015235948 (Relator, Desembargador Amilton Bueno de Carvalho), conferiu indulto humanitário, com fincas no *princípio da humanidade das penas*, a apenado soropositivo e tuberculoso, tendo em vista a consecução da "finalidade segregacional da pena privativa de liberdade"[108], "por força do ostracismo a que indubitavelmente o apenado será submetido enquanto portador de AIDS"[109], isto é, "além de estigmatizado pelo

104 ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 46, jan.-fev. 2004, p. 57.

105 Ibid., loc. cit.

106 O princípio da dignidade da pessoa humana unifica os direitos fundamentais. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 58-59. Apud AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105.

107 ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1, p. 126.

108 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Quinta Câmara Criminal). Agravo em Execução nº 70015235948 (Comarca de Porto Alegre). Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 14 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 23 out. 2006.

109 Ibid., loc. cit.

sistema de persecução penal, o estigma da doença acaba por lhe subtrair a 'liberdade'"[110] (dicção da ementa). Compulsando-se o eminente voto-condutor, infere-se que o apenado em questão contava, à época do julgamento do referido Agravo em Execução, com trinta e seis anos de idade, era portador de HIV "desde o ano de 1993"[111], havia cumprido "mais de 12 anos de pena (início em 29/01/1994), apresentado boa conduta no decorrer da execução"[112], tendo trabalhado "durante aproximadamente 1.413 dias, o que perfaz um total de 471 dias remidos"[113].

Em sintonia com a *prevenção geral positiva limitadora* se revela a jurisprudência do Poder Judiciário de Portugal, ao se apoiar, sobretudo, no magistério de Jorge de Figueiredo Dias (notadamente em suas obras "Direito Penal Português — As Conseqüências Jurídicas do Crime" e "Temas Básicos de Direito Penal"), por meio do qual a judicatura lusitana consolidou o entendimento, sobremaneira explícito no Acórdão de 2 de janeiro de 2002 (Relator, Juiz Conselheiro Pereira Madeira), do Supremo Tribunal de Justiça, de que a finalidade precípua da pena se situa na *prevenção geral positiva*, orientada para o "reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida"[114], ou, reprisando o magistério de Günther Jakobs, "como estabilização contrafáctica[115] das expectativas comunitárias na validade e na vigência da norma infringida"[116]. A princípio, pode-se passar a impressão de que Figueiredo Dias e, em conseqüência, a jurisprudência portuguesa estariam alinhados com a *prevenção geral positiva fundamentadora* de Jakobs. Entretanto, os ensinamentos do Mestre de Coimbra, encapsulados no apontado aresto da Suprema Corte lusitana, logo clarificam sua afinidade com a *prevenção positiva limitadora*, ao sublinhar que a "medida da culpa"[117] (no Direito português, entre as acepções de *culpa*, figura a de culpabilidade) traduz "incondicional proibição de excesso"[118], o "limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações preventivas"[119], portanto, "sejam de prevenção geral positiva ou antes negativa, de integração ou antes de intimidação, sejam de prevenção especial positiva

110 Ibid., loc. cit.

111 Ibid., loc. cit.

112 Ibid., loc. cit.

113 Ibid., loc. cit.

114 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: as conseqüências jurídicas do crime" (§ 55). Apud PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 02P1232. Relator: Juiz Conselheiro Pereira Madeira. Lisboa, 9 de Maio de 2002. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

115 Manteve-se a redação original, em português europeu.

116 DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., loc. cit.

117 Ibid., loc. cit.

118 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: as conseqüências jurídicas do crime" (§ 55). Apud PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 02P1232. Relator: Juiz Conselheiro Pereira Madeira. Lisboa, 9 de Maio de 2002. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

119 Ibid., loc. cit.

ou negativa, de socialização, de segurança ou neutralização"[120, 121].

De acordo com o mencionado julgado do STJ lusitano, esteado no magistério de Figueiredo Dias, a medida da pena deve, primeiro, respeitar as balizas da culpabilidade, e, segundo, ater-se ao raio da prevenção geral positiva (limitadora), a definir o "espaço de liberdade ou de indeterminação"[122] correspondente à "moldura de prevenção"[123], em que atuam "considerações extraídas das exigências de prevenção especial de socialização"[124]. Em outras

120 Ibid., loc. cit.

121 A sinonímia, na linguagem do Direito português, entre "medida da culpa" e "medida da culpabilidade" se nota sobressalente neste trecho da ementa do Acórdão de 4 de novembro de 2005, do Tribunal da Relação de Guimarães (Relator, Juiz Desembargador Anselmo Lopes): "I – A culpa é o juízo de censura que se faz ao agente por não se ter comportado, como podia e devia, de acordo com o direito; está ligada ao princípio do respeito pela dignidade da sua pessoa e limita de forma inultrapassável as exigências de prevenção (*a pena não pode ultrapassar, em caso algum, a medida da culpa, sendo esta o pressuposto e limite daquela, falando-se, então, em moldura da culpa*." (grifos nossos) Cf. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Recurso Penal (Processo nº 385/05-1). Relator: Juiz Desembargador Anselmo Lopes. Guimarães, 11 de Abril de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006. Nesta senda, reportemo-nos à jurisprudência do Tribunal da Relação de Évora (Relator, Juiz Desembargador Alberto Mira), na passagem a seguir reproduzida do Acórdão de 6 de dezembro de 2005. Em relação ao referido julgado, cotejem-se as considerações do próprio TRE com aquelas à época colhidas de tradução portuguesa, consignada pelo voto do eminente Relator, de estudo de Claus Roxin publicado na Espanha ("Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Tradução da 2.ª edição Alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Díaz Y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Civitas), págs. 99/101 e 103"): "Dito de uma outra forma, a função primordial de uma pena, sem embargo dos aspectos decorrentes de uma prevenção especial positiva, consiste na prevenção dos comportamentos danosos incidentes sobre bens jurídicos penalmente protegidos. O seu limite máximo fixar-se-á, em homenagem à salvaguarda da dignidade humana do condenado, em função da medida da culpa revelada, que assim a delimitará, por maiores que sejam as exigências de carácter preventivo que social e normativamente se imponham. O seu limite mínimo é dado pelo *quantum* da pena que em concreto ainda realize eficazmente essa protecção dos bens jurídicos. Dentro destes dois limites, situar-se-á o espaço possível para resposta às necessidades da reintegração social do agente. Como refere Claus Roxin, em passagens escritas perfeitamente consonantes com os princípios basilares no nosso direito penal, *«a pena não pode ultrapassar na sua duração a medida da culpabilidade mesmo que interesses de tratamento, de segurança ou de intimidação revelem como desenlace uma detenção mais prolongada. A sensação de justiça, à qual corresponde um grande significado para a estabilização da consciência jurídico-penal, exige que ninguém possa ser castigado mais duramente do que aquilo que merece; e "merecida" é só uma pena de acordo com a culpabilidade. Certamente a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, mas pode não alcançá-la sempre que isso seja permitido pelo fim preventivo. Nele radica uma diferença decisiva frente à teoria da retribuição, que também limita a pena pela medida da culpabilidade, mas que reclama em todo o caso que a dita pena àquela corresponda, com independência de toda a necessidade preventiva. A pena serve os fins de prevenção especial e geral. Limita-se na sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode fixar-se abaixo deste limite em tanto quanto o achem necessário as exigências preventivas especiais e a ele não se oponham as exigências mínimas preventivas gerais»*." (grifos do autor) Cf. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora (Secção Criminal). Recurso Penal (Processo nº 1247/05-1). Relator: Juiz Desembargador Alberto Mira. Évora, 6 de Dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 14 out. 2006. Comparando-se a citação do magistério de Jorge de Figueiredo Dias registrada no corpo deste artigo com outra obra de sua autoria, vertida para o português brasileiro, corrobora-se o indício fundado de que, de fato, no contexto em estudo, *medida da culpa* corresponde à *medida da culpabilidade*: "Num Estado de Direito, de cariz social e democrático, a função do direito penal só pode consistir, não na realização de qualquer idéia absoluta de retribuição, mas no propósito de constituir uma ordem efetiva (se bem que subsidiária) de proteção de bens jurídico-penais; é dizer, das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem. Conseqüentemente, o momento inicial e decisivo de fundamentação da pena deve residir na necessidade de estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada, pela reafirmação das orientações culturais e dos critérios ético-sociais de comportamento que naquela se contém. Por outro lado, sendo a pena aplicada a uma pessoa humana, aquela não pode deixar de respeitar o 'axioma antropológico' da eminente dignidade desta e, por isso, de ser fundamentada e *medida pela culpabilidade do agente*." (grifos nossos) Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 267. As transcrições desta nota de rodapé acabam por servir de achegas ao exame da culpabilidade e das finalidades preventivas da pena.

122 Ibid., loc. cit.

123 Ibid., loc. cit.

124 Ibid., loc. cit.

palavras, a medida da pena se atinge traçando-se, de início, o âmbito da culpabilidade na circunstância concreta em apreço. Observado o teto da culpabilidade, projeta-se o espaço, no caso concreto, da prevenção geral positiva limitadora, onde, por conseguinte, se estabelecem os "limites consentidos pela prevenção geral positiva ou de integração"[125], fixados "entre o ponto óptimo e o ponto ainda comunitariamente suportável da medida da tutela dos bens jurídicos"[126]. Entre tais pontos "podem e devem actuar pontos de vista de prevenção especial de socialização, sendo eles que vão determinar, em último termo, a medida da pena"[127]. Meditando acerca dessa faceta do pensamento do Mestre de Coimbra, deduziu o Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 2 de fevereiro de 2005 (Relator, Juiz Conselheiro Henriques Gaspar):

> A medida da prevenção, que não pode em nenhuma circunstância ser ultrapassada, está, assim, na moldura penal correspondente ao crime. Dentro desta medida (protecção óptima e protecção mínima – limite superior e limite inferior da moldura penal), o juiz, face à ponderação do caso concreto e em função das necessidades que se lhe apresentem, fixará o *quantum* concretamente adequado de protecção, conjugando-o a partir daí com as exigências de prevenção especial em relação ao agente (prevenção da reincidência), sem poder ultrapassar a medida da culpa. Por seu lado, a finalidade de reintegração do agente na sociedade há-de ser, em cada caso, prosseguida pela imposição de uma pena cuja espécie e medida, determinada por critérios derivados das exigências de prevenção especial, se mostre adequada e seja exigida pelas necessidades de ressocialização do agente, ou pela intensidade da advertência que se revele suficiente para realizar tais finalidades.
>
> Nesta dimensão das finalidades da punição e da determinação em concreto da pena, as circunstâncias e os critérios do artigo 71° do Código Penal têm a função de fornecer ao juiz módulos de vinculação na escolha da medida da pena; tais elementos e critérios devem contribuir tanto para co-determinar a medida adequada à finalidade de prevenção geral (a natureza e o grau de ilicitude do facto impõe maior ou menor conteúdo de prevenção geral, conforme tenham provocado maior ou menor sentimento comunitário de afectação dos valores), como para definir o nível e a premência das exigências de prevenção especial (circunstâncias pessoais do agente; a idade, a confissão; o arrependimento), ao mesmo tempo que também transmitem indicações externas e objectivas para apreciar e avaliar a culpa do agente.[128]

A fim de facilitar a compreensão do posicionamento da jurisprudência portuguesa, ancorado no magistério de Figueiredo Dias, propugnamos visualizá-la na forma de três círculos concêntricos, camadas dentro de camadas, que limitam a medida da pena: em primeiro plano, o círculo da culpabilidade, no qual se encastoa o círculo da prevenção geral positiva limitadora, em que, por sua vez, se abriga o círculo da prevenção especial de socialização, cujo alcance, no caso concreto, determinará, por derradeiro, a medida da pena.

125 Ibid., loc. cit.

126 Ibid., loc. cit.

127 Ibid., loc. cit.

128 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (Secção Criminal). Recurso Penal (Processo nº 04P4107). Lisboa, 2 de Fevereiro de 2005. Relator: Juiz Conselheiro Henriques Gaspar. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

Em retrospecto à perspectiva construída pelo Mestre de Coimbra, acolhida pelo Tribunal da Relação do Porto no Acórdão de 17 de novembro de 2004 (Relator, Juiz Desembargador Borges Martins), pode-se assim bosquejar:

(1) Cabe à culpabilidade "determinar o limite máximo e inultrapassável da pena"[129];

(2) Importa à prevenção geral positiva limitadora esboçar a "moldura de prevenção"[130], norteada por limites máximo e mínimo. O limite máximo advém da "medida óptima de tutela dos bens jurídicos"[131], respeitado o teto intransponível da culpabilidade. O limite mínimo exsurge das "exigências irrenunciáveis de defesa do ordenamento jurídico"[132];

(3) Cumpre à prevenção especial "encontrar o *quantum* exacto da pena"[133], que, observada a "moldura de prevenção"[134], melhor atenda aos imperativos socializadores "ou, em casos particulares, de advertência ou segurança"[135] do réu.

Almejando dissipar quaisquer dúvidas remanescentes quanto ao cerne da concepção de culpabilidade e da finalidade da pena albergada pelo magistério de Jorge de Figueiredo Dias e pela jurisprudência portuguesa, denota-se conveniente a leitura do parágrafo adiante reproduzido, pronunciado pelo Tribunal da Relação de Coimbra no Acórdão de 5 de novembro de 2005.

> Passando à determinação da medida da pena, dir-se-á que a determinação da medida concreta da mesma faz-se com recurso ao critério geral estabelecido no artigo 71º, do Código Penal, tendo em vista as finalidades das respostas punitivas em sede de Direito Penal, quais sejam a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade – artigo 40º, n.º1, do Código Penal –, sem esquecer, obviamente, que a culpa constitui um limite inultrapassável da medida da pena – artigo 40º, n.º 2.
>
> Efectivamente, a partir da revisão operada em 1995 ao Código Penal, a pena passou a servir finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial, assumindo a culpa um papel meramente *limitador da pena*, no sentido de que, em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa, sendo que dentro desse limite máximo a pena é determinada dentro de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico, só então entrando considerações de prevenção especial, pelo que dentro da moldura de prevenção geral de integração, a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais. É este o critério da lei fundamental – artigo 18º, n.º 2 – e foi assumido pelo legislador penal de 1995

129 DIAS, Jorge de Figueiredo. O código penal português de 1982 e a sua reforma. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 3, nº 2-4, abr.-dez. 1993, p. 186-187. Apud PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Recurso Penal (Processo nº 0415662). Porto, 17 de Novembro de 2004. Relator: Juiz Desembargador Borges Martins. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

130 Ibid., loc. cit.

131 Ibid., loc. cit.

132 Ibid., loc. cit.

133 Ibid., loc. cit.

134 Ibid., loc. cit.

135 Ibid., loc. cit.

(-Vide Figueiredo Dias, *Temas Básicos da Doutrina Penal – 3º Tema – Fundamento Sentido e Finalidade da Pena Criminal* (2001), 104/111.).[136]

Retomando-se a apreciação da necessidade concreta da pena, pertinente a opinião de Jorge de Figueiredo Dias, chancelada pelo Tribunal da Relação de Guimarães no Acórdão de 11 de julho de 2005 (Relator, Juiz Desembargador Nazaré Saraiva), pela primazia das "considerações de prevenção especial de socialização"[137]. Impende à prevenção geral se restringir ao "conteúdo mínimo de prevenção de integração indispensável à defesa do ordenamento jurídico, como limite à actuação das exigências de prevenção especial de socialização" [138]. Cabe ao Poder Judiciário recusar a aplicação de pena alternativa ou substitutiva quando, inadequadas e insuficientes às finalidades preventivas da pena[139], a pena de prisão se evidencia, "do ponto de vista da prevenção especial de socialização, necessária ou, em todo o caso, provavelmente mais conveniente"[140], acaso, sopesando-se "o já tantas vezes referido carácter criminógeno da prisão, em especial da de curta duração"[141], a pena privativa de liberdade se revele indispensável para "a necessária tutela dos bens jurídicos e a estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias"[142]. Observa Figueiredo Dias que a culpabilidade "nada tem a ver com a questão da escolha da pena"[143], posto que, cônsono o ensinamento do Mestre de Coimbra, a esta incumbe tão-somente atuar como "limite inultrapassável do *quantum*"[144] da sanção penal, ao se estipular seja a "medida da pena de prisão (necessária como pressuposto da substituição)"[145], seja a "medida da pena alternativa ou de substituição"[146]. Suspende-se a execução da pena aplicada em medida não superior a três anos (art. 50º[147], do Código Penal português, o Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro de 1982), "sempre que o julgador puder formular um juízo de prognose favorável, à luz de considerações de prevenção especial sobre a possibilidade de ressocialização"[148] do agente, esteada em "razões fundadas e sérias

136 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso Penal (Processo nº 1056/05). Relator: Dr. Oliveira Mendes. Coimbra, 5 de Novembro de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

137 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português*: as conseqüências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 331-332. Apud PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Recurso Penal (Processo nº 1545/04-1). Relator: Juiz Desembargador Nazaré Saraiva. Guimarães, 11 de Julho de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

138 Ibid., loc. cit.

139 Id. *Direito penal português*: as conseqüências jurídicas do crime" (§§ 497 e 498). Apud PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso Criminal (Processo nº 336/06). Relator: Dr. Luís Ramos. Coimbra, 14 de Junho de 2006. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

140 Id. *Direito Penal Português*: as conseqüências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 331-332, § 500. Apud PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Recurso Penal (Processo nº 1545/04-1). Relator: Juiz Desembargador Nazaré Saraiva. Guimarães, 11 de Julho de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

141 Ibid., loc. cit.

142 Ibid., p. 333.

143 Id. *Direito penal português*: as conseqüências jurídicas do crime" (§§ 497 e 498). Apud PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso Criminal (Processo nº 336/06). Relator: Dr. Luís Ramos. Coimbra, 14 de Junho de 2006. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

144 Ibid., loc. cit.

145 Ibid., loc. cit.

146 Ibid., loc. cit.

147 Preservou-se o estilo de enumeração próprio da linguagem forense portuguesa.

148 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Recurso Penal (Processo nº 4604/2005-3). Relator: Juiz Desembargador Clemente Lima. Lisboa, 15 de Junho de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

a acreditar na capacidade do delinquente[149] para a auto-prevenção do cometimento de novos crimes, devendo-se negar a suspensão sempre que, fundadamente, seja de duvidar dessa capacidade"[150], com base na "análise da personalidade"[151] do autor do fato punível, "das suas condições de vida, da conduta que manteve antes e depois do facto e das circunstâncias em que o praticou"[152].

Caso de estudo (*case study*) acerca da influência a ser desempenhada pela *indispensabilidade preventiva* sobre o dever-poder estatal de concretamente aplicar a pena repousa nos autos do Processo Judicial nº 2004.03.99.023468-2, a tramitar no Tribunal Regional Federal da Terceira Região[153]. Relata-se abaixo a circunstância em testilha, colhendo-se subsídios e reproduzindo-se trechos de matéria jornalística da *Revista Consultor Jurídico* de 29 de agosto de 2006, a qual, por sua vez, menciona trechos colhidos do respectivo caderno processual:

> "Denunciado e vítima se encontravam a bordo do navio *Rio Grande do Norte*, aproximadamente às 17h:30min. Final de tarde de terça-feira, 20 de julho de 1976. Alto-mar. O denunciado, 33 anos, cozinheiro do navio. A vítima, 46 anos, imediato da embarcação, "hierarquicamente superior"[154] (dicção da matéria jornalística), portanto, ao denunciado. O imediato pediu ao cozinheiro que preparasse bife em vez "da dobradinha servida à tripulação"[155] (*idem*). O cozinheiro se negou a atendê-lo. "Só recebia ordens do comandante."[156] (*Idem*.) Após o entrevero, o cozinheiro procurou o imediato, munido de faca de cozinha. Ao encontrá-lo, "desferiu-lhe, de surpresa, duas facadas na região abdominal, sem lhe possibilitar a defesa, jogando a faca ao mar logo em seguida"[157] (dicção do relatório da sentença). O imediato sobreviveu "por circunstâncias alheias à vontade"[158] do cozinheiro (*idem*).
>
> "A denúncia foi recebida no dia 17 de março de 1977"[159], aduz o relatório da sentença. Conflitos de competência entre as Justiças Federal e Estadual, somados "à dificuldade de localizar o réu"[160] ("Ele forneceu um endereço inexistente"[161], informou o Ministério Público Federal), retardaram em vinte e nove anos a apreciação pelo Tribunal do Júri Popular.
>
> Segunda-feira, 28 de agosto de 2006. O réu, 63 anos. A vítima, 76 anos. As testemunhas, falecidas. O ex-cozinheiro, já aposentado. Na Primeira Vara Criminal Federal, do Júri e das Execuções Penais da Primeira Subseção Judiciária de São

149 Manteve-se a redação original, própria do português europeu.

150 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Recurso Penal (Processo nº 4604/2005-3). Relator: Juiz Desembargador Clemente Lima. Lisboa, 15 de Junho de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

151 Ibid., loc. cit.

152 Ibid., loc. cit.

153 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Consulta processual. Disponível em: <http://www.trf3.gov.br/trf3r/index.php?id=26&op=Consulta&Processo=200403990234682&TFases=1>. Acesso em: 3 out. 2006.

154 PINHEIRO, Aline. Veredicto sem fim: marinheiro espera 30 anos para ir a Júri popular. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 ago. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 3 out. 2006.

155 Ibid., loc. cit.

156 Ibid., loc. cit.

157 Ibid., loc. cit.

158 Ibid., loc. cit.

159 Ibid., loc. cit.

160 Ibid., loc. cit.

161 Ibid., loc. cit.

> Paulo, o Conselho de Sentença se posicionou pela ocorrência de tentativa de homicídio privilegiado (sob domínio de violenta emoção) e a qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido, reconhecendo, ao mesmo tempo, "a existência de circunstância atenuante"[162] (a sentença não a especificou).

Em seguida à decisão do Conselho de Sentença, a Juíza Federal Substituta a presidir o feito, Dra. Paula Mantovani Avelino, considerou o réu "culpável, já que tinha conhecimento do caráter ilícito do fato e condições de autodeterminação"[163]. Arremata sua fundamentação quanto à culpabilidade, ao asseverar:

> Apresentava e apresenta sanidade mental que lhe permitia não realizar a conduta ilícita, sendo exigível que agisse de modo diverso. Não há nos autos qualquer prova da existência de causa excludente da culpabilidade.

Nesse tópico, tenho que a mencionada culpabilidade deve ser considerada em seu grau normal, não havendo motivos que determinem acentuação.[164] À vista disso, restou "condenado a cinco anos de reclusão em regime semi-aberto, com direito a apelar em liberdade" [165], esclarece a reportagem da *Revista Consultor Jurídico*.

A sobredita causa simboliza pertinente *case study* porque espelha a relevância de se conjugar, no caso concreto, o estudo da culpabilidade penal com o exame da *imprescindibilidade preventiva*. Em sintonia com o juízo de reprovação penal abraçado pela indigitada magistrada, notam-se condições bastantes para que o autor, na ocasião, se abstivesse de se vingar do interlocutor com quem tivera acalorada discussão, embate já exaurido quando se materializou a tentativa de homicídio — avulta o caráter frívolo da altercação verbal e, sobretudo, a motivação fútil da tentativa de assassinato, de agressividade claramente injustificada e desproporcional. Por outro lado, discutíveis as necessidades preventivas da pena, decorridos mais de vinte e nove anos de espera, pelo réu, de julgamento pelo Tribunal do Júri Popular, desde o ajuizamento da ação penal pelo Ministério Público. As finalidades preventivas da sanção penal, voltadas "a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (*prevenção geral*), ou sobre o autor do fato (*prevenção especial*)"[166], transcorridos quatro decênios, tendem a se mostrar demasiado esmaecidas, posto que a exorbitante demora do Poder Judiciário em submeter o caso à apreciação do Tribunal do Júri Popular possivelmente exerceu — caso o réu não tenha voltado a manifestar postura violenta, nem tenha fornecido endereço inexistente, com a intenção de se esquivar da persecução criminal ou, ao menos, procrastiná-la — nítido e eficaz mecanismo sancionatório, demonstração cabal à sociedade e ao réu dos efeitos daninhos, de longo prazo, a incidirem sobre o agente, ocasionados pela própria conduta criminosa de quatro decênios atrás, na medida em que as décadas mais expressivas da existência do réu (mormente de sua vida adulta) foram marcadas pela dor moral e pelo tormento psíquico perenes de se ver sob a constante ameaça de condenação penal, em função de ilícito praticado no começo da idade adulta — situação talvez tão ou mais dramática

162 Ibid., loc. cit.

163 Ibid., loc. cit.

164 Ibid., loc. cit.

165 Ibid., loc. cit.

166 GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito — em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico penal" de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 32, out.-dez. 2000, p. 132.

para sua família, em particular seus filhos e netos. Em outras palavras, é de se indagar se, *in casu*, a excessivamente desarrazoada morosidade da Justiça Criminal não acarretou, pela via oblíqua, punição estatal suficiente quer para tornar o agente exemplo dissuasório para si e para sua comunidade, quer para defender valores, interesses e bens fundamentais da sociedade, além de patentear a atuação dos órgãos de controle penal, ainda que sem a devida celeridade. Questiona-se, ainda, que função ressocializadora, reeducadora ou intimidatória o cárcere terá para um réu idoso, notadamente se atestada a ausência de personalidade delinqüente e de condenações penais antes e, principalmente, após a prática de tal injusto penal. Por derradeiro, perquire-se que sensação de apaziguamento social traria, na situação em comento, a aplicação de pena de prisão ao envelhecido réu — circunstância muito diferente seria se fosse *serial killer*, narcotraficante, integrante de esquadrão da morte, genocida ou contumaz autor de crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica, as relações de consumo ou a Administração Pública.

No litígio penal acima aludido, réu idoso foi tardiamente julgado por crime doloso contra a vida praticado por ele no princípio da idade adulta. Entendemos que, nessa situação, afigura-se oportuno questionar se realmente subsiste a indispensabilidade preventiva da sanção penal, considerando os efeitos preventivos suscitados pela constante ameaça de ser apenado a que foi exposto o réu ao longo de quatro décadas à espera de julgamento pelo Tribunal do Júri Popular. No entanto, idade avançada *per se* não tem o condão de afastar a necessidade preventiva da pena, em particular se a infração penal foi executada já na velhice. "A idade avançada, só por si"[167] — frisou o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em sede do Acórdão de 22 de abril de 2004 (Relator, Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa) — "não pode servir de fundamento à atenuação especial da pena, na base da consideração de que as necessidades de prevenção geral se esbatem acentuadamente, por norma, com o avançar da idade"[168], embora "as exigências de prevenção geral"[169] cedam "ante o avançar da idade" [170], do agente, "reduzindo o perigo que, para a ordem jurídica e para a estabilidade social, sempre representa a comissão de um crime"[171] — pontua a Suprema Corte lusitana, ao reproduzir a dicção do Acórdão de 11 de dezembro de 2003 (Processo nº 2152/03-5) —. Segundo o referido precedente invocado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, "a idade avançada e um longo passado sem mácula criminal não são garantia suficiente de que um cidadão não possa perpetrar um acto[172] dos mais desvaliosos e ético-juridicamente dos mais censuráveis"[173] (homicídio simples consumado, cuja prática se concretizou em idade provecta). Para o STJ, a longa idade do réu quando da realização do ilícito penal, combinada com a ausência de antecedentes criminais, não elimina a necessidade concreta da pena, porém acarreta "abaixamento sensível das exigências de prevenção geral"[174], de modo que se revela

167 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (Quinta Secção). Recurso Penal (Processo nº 04P224). Relator: Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa. Lisboa, 22 de Abril de 2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

168 Ibid., loc. cit.

169 Ibid., loc. cit.

170 Ibid., loc. cit.

171 Ibid., loc. cit.

172 Manteve-se a redação original, em português europeu.

173 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (Quinta Secção). Recurso Penal (Processo nº 04P224). Relator: Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa. Lisboa, 22 de Abril de 2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

174 Ibid., loc. cit.

"exagerada e desproporcionada"[175], *in casu*, graduar-se a pena rente ao máximo legal, devendo aproximar-se, isto sim, do *quantum* mínimo "irrenunciável"[176] sob a ótica preventiva. Na circunstância em exame, o Tribunal Coletivo da Comarca de Baião condenara o réu a onze anos de prisão. O Supremo Tribunal de Justiça reduziu a sanção para nove anos de prisão. Sendo homicídio simples, art. 131º[177], do Código Penal português, prevê pena de prisão de oito a dezesseis anos.

Em síntese, a nosso pensar, no âmbito do exame da necessidade concreta da pena, a *dimensão da necessidade* perscruta a *indispensabilidade preventiva da sanção penal*. Emoldurado pela *medida da culpabilidade*, o campo de incidência da *prevenção geral positiva limitadora* se delineia, tendo como máximo o *teto inexcedível* da culpabilidade e como mínimo o *estritamente essencial* ao resguardo de bens, valores e direitos fundamentais (não apenas de estatura constitucional, como também de extrema relevância jurídico-penal) violados. Dentro de tais limites, ou seja, circunscrita às balizas da prevenção geral positiva limitadora, atua a *prevenção especial*, que definirá, por último, a *medida da pena*, devendo conferir preponderância à *prevenção especial positiva* (voltada à *harmônica integração social do delinqüente*), salvo quando a ausência de perspectivas fundadas do *potencial ressocializador* da pena permitir apenas se ponderar quanto à *indispensabilidade* quer da *intimidação do apenado*, quer, em caso de pena de privativa de liberdade, de sua *temporária retirada do convívio social*. Reconhece-se que, dentre os plausíveis efeitos da aplicação da pena ao caso concreto, pode, de fato, haver efeito intimidativo geral, ainda que parcial.

4. DIMENSÃO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Em sede do estudo acerca da necessidade concreta da pena, o critério da *proporcionalidade stricto sensu* insta o julgador a refletir se a aplicação concreta da pena trará ou não benefícios à sociedade superiores aos malefícios a serem causados à integridade física, psíquica e moral do réu pela execução da sanção penal — máxime em caso de pena de prisão. Indaga-se, em outras palavras, se os plausíveis efeitos sociais benfazejos da aplicação concreta da pena sobrepujariam os possíveis efeitos deletérios à saúde física, psíquica e moral do apenado, a virem à tona ao longo do cumprimento da pena. No caso da pena privativa de liberdade, tem-se em conta os possíveis custos do setor público e privado com o retorno do egresso ao seio da coletividade e, por outro lado, o impacto social da ausência de aplicação da pena de prisão.

São compatíveis (a nosso sentir) com o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, 2ª parte, da CF/88), as finalidades de cunho preventivo da pena: (1) voltadas a retirar o delinqüente, por determinado intervalo de tempo, do convívio social e assim desencorajá-lo a delinqüir (*prevenção especial negativa*);[178] (2) a viabilizar a harmônica integração social do apenado e a disponibilizar a este meios dignos para tornar sua mentalidade, conduta e valores ajustados aos elementares padrões ético-jurídicos albergados pela coletividade e pelo Direito Positivo (*prevenção especial positiva*);[179] (3) a convertê-lo em exemplo dissuasório para os

175 Ibid., loc. cit.

176 Ibid., loc. cit.

177 Preservou-se o estilo de enumeração próprio da linguagem forense portuguesa.

178 TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos:* o mito da repressão penal. São Paulo: RT, 1996, p. 119.

179 Ibid., loc. cit.

que violam ou desejam violar a ordem penal (*prevenção geral negativa*);[180]e (4) a reforçar a confiança da opinião pública na eficácia do sistema penal e a defender os valores ético-sociais basilares[181], bem assim os direitos, bens e interesses fundamentais da sociedade democrática (*prevenção geral positiva*).

Urge averiguar se, em função da gravidade do delito, todas as indicadas aspirações ponderáveis possuem tamanha relevância a ponto de compensarem (ou não), sob o ângulo do princípio da supremacia do interesse público (máxime no que concerne ao resguardo da segurança individual e coletiva, nos termos do *caput* dos arts. 5º, 6º e 144, todos da CF/88), a redução de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, em face das agruras por que passará o autor do fato punível no sistema penitenciário e suas futuras dificuldades para se (re)integrar à sociedade.

> 1. Impõe-se sempre um juízo de ponderação entre a restrição à liberdade que vai ser imposta (os custos disso decorrente[s]) e o fim perseguido pela punição (os benefícios que se pode[m] obter). Os bens em conflito devem ser sopesados.[182]
>
> 2. As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso.[183]

Não se ignoram as preciosas lições de Jorge de Figueiredo Dias, agasalhadas pela jurisprudência portuguesa (consonante ressaltado ao cabo da seção anterior), ao encontro do magistério de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Oswaldo Henrique Duek Marques[184], ambos os penalistas a vislumbrarem unicamente na prevenção geral positiva (limitadora) e na prevenção especial positiva as finalidades da pena idôneas em Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a nosso parecer, na aplicação da sanção penal deve, em regra, predominar, no tocante aos fins da pena, a defesa, na proporção do essencial, dos valores, bens e direitos fundamentais (destarte, de estatura constitucional) de suma importância sob a ótica

180 ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1, p. 117.

181 Ibid., p. 116, 121.

182 GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: parte geral: introdução. 2. ed. São Paulo: RT/IELF, 2004, v. 1, p. 119.

183 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus* nº 38131/RN (Processo nº 200401273352). Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 19 de abril de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1º jul. 2005, p. 629. Disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br>. Acesso em: 21 set. 2006.

184 Para o magistério de Junqueira e Marques, apoiado no Direito Constitucional Penal, a finalidade da pena de *reprovação* do crime, prevista no art. 59, *caput*, *in fine*, do Código Penal brasileiro, traduz o "limite para a pena, com base na culpabilidade do infrator", ao passo que a finalidade da pena de *prevenção* do crime, contida no mesmo dispositivo legal, se cinge à prevenção geral positiva ("reforçar a confiança na vigência da norma e na manutenção das expectativas sociais, ainda que tal prevenção deva encontrar limites nos direitos fundamentais previstos na Constituição") e à prevenção especial positiva (recordam os autores que, segundo preceitua o art. 1º, 2ª parte, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal, a execução penal deve proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado). Cf. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Os fins da pena no código penal brasileiro. São Paulo, *Boletim IBCCRIM*, v. 14, nº 167, out. 2006, p. 18.

jurídico-penal, secundada pela busca da harmônica integração social do delinqüente[185]. No entanto, em relação à prevenção geral negativa, plausível supor que a pena propicie efeito intimidativo geral, embora indireto, secundário ou residual, mesmo que nem sempre eficaz e ainda que não seja esta a precípua finalidade preventiva geral, dada a propensão da prevenção geral negativa de instrumentalizar o ser humano[186]. Já quanto à prevenção especial negativa (em sede da finalidade preventiva especial da pena privativa de liberdade), considerando-se o quadro caótico, violento e criminógeno em que se encontra inserido não apenas o sistema penitenciário do Brasil, mas também a própria sociedade brasileira, nota-se, invariavelmente, a ausência de fundado embasamento fático e de efetivas condições gerais para que a passagem pelo cárcere tenha o condão de proporcionar a adequada inserção social do apenado — à luz da conjuntura penitenciária e social brasileira da atualidade, muitas vezes, do ponto de vista da prevenção especial, resta aos órgãos de controle penal e à coletividade a modesta expectativa de que a pena de prisão suscite efeito dissuasório sobre o apenado (temor de retornar ao cárcere) ou, ao menos, durante o período no qual estiver encarcerado, a sociedade seja poupada de sua conduta criminosa.

A respeito dos empecilhos fáticos para se implementar a prevenção especial positiva, sublinhe-se o escólio de Luiz Flávio Gomes:

> A pena de prisão, na atualidade, longe está de cumprir sua missão (ou finalidade) ressocializadora. Aliás, não tem cumprido bem nem sequer a função inocuizadora (isolamento), visto que, com freqüência, há fugas no nosso sistema. A pena de prisão no nosso país hoje é cumprida de maneira totalmente inconstitucional (é desumana, cruel e torturante). Os presídios não apresentam sequer condições mínimas para ressocializar alguém. Ao contrário, dessocializam, produzindo efeitos devastadores na personalidade da pessoa. Presídios superlotados, vida sub-humana etc. Essa é a realidade. Pouco ou nada é feito para se cumprir o disposto no art. 1º da LEP (implantação de condições propícias à integração social do preso).[187]

Pertinentes as achegas de Marcos Francisco Pereira:

> No atual sistema penitenciário, o Estado, ao executar a pena, só se faz presente para desempenhar uma função meramente simbólica, dando à sociedade a impressão de que, como parte de seu papel de controle social, puniu o infrator. Embora o encarceramento tranqüilize boa parte da sociedade, aumentando seu sentimento de segurança e pacificando-a quanto ao seu senso de justiça, do ponto de vista de do combate à criminalidade é totalmente ineficaz. O Estado faz que cumpre seu papel de

185 O magistério de Jurandir Sebastião observa, com lucidez, que os instrumentos de prevenção à delinqüência de maior eficácia radicam fora da seara penal (aspecto ainda não considerado, de modo suficiente, pelos elaboradores do Direito Legislado, formuladores de políticas públicas e formadores de opinião): "Ao lado do cumprimento da pena, ao Estado *social* cumpre manter e adotar *políticas* públicas de *prevenção* geral contra a criminalidade, como, por exemplo e dentre outras, através de assistência, de educação e de atividades para ocupação sadia do *menor de idade*, para evitar que este fique ocioso e seja atraído para a senda do crime. No âmbito dessa *prevenção* geral também se encontra o dever de implementação de política pública de assistência ao ex-presidiário, para *evitar* o seu retorno à criminalidade." (grifos do autor) Cf. SEBASTIÃO, Jurandir. Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 8, mai. 2005, p. 20.

186 JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Os fins da pena no código penal brasileiro. São Paulo, *Boletim IBCCRIM*, v. 14, nº 167, out. 2006, p. 18.

187 GOMES, Luiz Flávio. *Funções da pena no direito penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 23 out. 2006.

> garantidor da segurança pública e a sociedade finge estar mais segura. Nesse ambiente de *faz-de-conta* vão sendo aprimorados os mecanismos geradores de aumento da criminalidade e da prática de crimes cada vez mais violentos.[188] (grifos do autor)

Acentua Roxin:

> Não se pode castigar — por falta de *necessidade* — quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinquente[189] garantam uma protecção suficiente dos bens jurídicos e, inclusivamente, ainda que se não disponham de meios mais suaves, há que renunciar — por falta de *idoneidade* — à pena quando ela seja politica e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva.[190]

Em que pese à lucidez e à propriedade do supracitado magistério do Mestre de Munique, sobremaneira pertinente ao exame da necessidade concreta da pena, convém, no bojo na dimensão da proporcionalidade em sentido estrito ora analisada, sopesar os eventuais efeitos nocivos ao interesse público provenientes quer da aplicação, quer da não aplicação da pena ao caso concreto (cotejo cuja complexidade se acerba quando se trata de pena privativa de liberdade), porquanto "o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido — para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais —"[191], alerta Ingo Wolfgang Sarlet, "na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio"[192]. Pode ocorrer de a pena não possuir efeito educativo, sequer intimidativo, sobre o apenado, mas se revelar imprescindível a título de medida estatal que resguarde direitos, bens e valores elementares à sociedade democrática e, ao menos, assegure, durante determinado interregno, o isolamento do delinqüente do convívio social — seria o caso, por exemplo, de homicidas e estupradores contumazes que se mostram indiferentes aos efeitos dissuasórios e socializadores da prevenção especial.

5. CONCLUSÃO

1. Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito Público, o princípio tridimensional da proporcionalidade assim se compõe:

1.1 *Dimensão da adequação*. Cogita-se o ato estatal, em dada situação, apto à consecução de determinada finalidade legal de interesse público;

1.2 *Dimensão da necessidade*. Dentre os atos estatais adequados, escolhe-se o menos ofensivo aos bens, interesses e direitos lícitos sacrificados em certa circunstância;

1.3 *Dimensão da proporcionalidade em sentido estrito*. Avalia-se se, em dado contexto, os benefícios aos bens, interesses e direitos lícitos priorizados superam os efeitos

188 PEREIRA, Marcos Francisco. É possível a recuperação do preso? *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 9, nº 11, nov. 2006, p. 189.

189 Manteve-se a ortografia original, própria do português europeu, utilizada durante a tradução, oriunda da língua alemã, da obra acima transcrita.

190 ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986, p. 57-58.

191 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 47, mar.-abr. 2004, p. 122.

192 Ibid., loc. cit.

nocivos sobre os bens, interesses e direitos lícitos preteridos;

2. Ao orientar o julgador acerca da necessidade concreta da pena, as dimensões da proporcionalidade adquirem tonalidades peculiares à ambiência da dogmática penal, matizando a apreciação da *culpabilidade* (*critério da adequação*) com o posterior exame da *indispensabilidade preventiva* da pena (*critério da necessidade*) e, em seguida, com a análise da *relação custo-benefício*, por meio do contraste entre os efeitos positivos e negativos da imposição da pena (*critério da proporcionalidade em sentido estrito*);

3. Em sede do estudo da necessidade concreta da pena, a dimensão da adequação expressa o juízo de reprovação penal na ótica da culpabilidade finalista, presente quando incide sobre autor de fato típico e antijurídico, em razão dessa pessoa (um imputável), por meio de conduta omissiva ou comissiva, ter optado contrariar o Direito quando podia e devia respeitá-lo e o respeitaria, se houvesse agido de forma distinta e ajustada à ordem jurídica. Ventríloquo do princípio da culpabilidade, a pedra de toque deste critério da adequação reside na *exigibilidade de conduta diversa* e, por conseguinte, do *poder-agir-de-outro-modo*, considerados os parâmetros usualmente indicados pela experiência humana, conjugados com a análise do caso concreto, averiguando-se se havia condições cognoscíveis mínimas para o agente esboçar comportamento diferente e ajustado à ordem jurídica, o que significa, inclusive, atestar-se a presença de condições cognoscíveis mínimas para que o autor, à época, tivesse (e antes houvesse buscado obter) a consciência da ilicitude do fato, tendo-se por parâmetro a análise conjunta das peculiaridades do sujeito ativo do injusto, da situação com a qual deparou e das balizas da experiência social;

4. No âmbito do exame da necessidade concreta da pena, a *dimensão da necessidade* perscruta a *indispensabilidade preventiva da sanção penal*. Emoldurado pela *medida da culpabilidade*, o campo de incidência da *prevenção geral positiva limitadora* se delineia, tendo como máximo o *teto inexcedível* da culpabilidade e como mínimo o *estritamente essencial* ao resguardo de valores, bens e direitos fundamentais (não apenas de estatura constitucional, como também de extrema relevância jurídico-penal) violados. Dentro de tais limites, ou seja, circunscrita às balizas da prevenção geral positiva limitadora, atua a *prevenção especial*, que definirá, por último, a *medida da pena*, devendo conferir preponderância à *prevenção especial positiva* (voltada à *harmônica integração social* do delinqüente), salvo quando a ausência de perspectivas fundadas do *potencial ressocializador* da pena permitir apenas se ponderar quanto à *indispensabilidade* quer da *intimidação do apenado*, quer, em caso de pena de privativa de liberdade, de sua *temporária retirada do convívio social*. Reconhece-se que, dentre os plausíveis efeitos da aplicação da pena ao caso concreto, pode, de fato, haver efeito intimidativo geral, ainda que parcial;

5. Na análise acerca da necessidade concreta da pena, a dimensão da proporcionalidade *stricto sensu* insta o julgador a refletir se a aplicação da pena trará ou não à sociedade benefícios superiores aos malefícios a serem causados à integridade física, psíquica e moral do réu pela execução da sanção penal, máxime em se tratando de pena privativa de liberdade, considerando, neste caso, os eventuais custos do setor público e privado com o retorno do egresso ao seio da coletividade e, por outro lado, o impacto social da ausência de aplicação da pena de prisão. Ao sopesar os aspectos favoráveis e desfavoráveis da execução da sanção penal, o julgador deve conferir primazia (peso maior) à necessidade (ressaltada amiúde pela jurisprudência penal portuguesa e pelo magistério de Jorge de Figueiredo Dias) de tutela dos bens jurídicos violados e de se estabilizarem, de forma contrafática, as expectativas da

sociedade na vigência das normas jurídicas ofendidas, de modo que, respeitada a barreira intransponível da culpabilidade, a punição penal contenha (sirva de última barreira de contenção de) o ímpeto extra-estatal (da sociedade, da vítima e dos afetos de sua alma) de praticar a vingança, de arrogar para si a incumbência de "fazer justiça" à sua maneira[193]. Não se deve ignorar, no caso concreto, a freqüente necessidade, por vezes premente, de defender a ordem jurídica afrontada, máxime na atual sociedade brasileira, onde existe clamor popular acentuado pela atuação diligente do dever-poder punitivo do Estado, em meio à crença generalizada (por vezes, catalisada pela desinformação jurídica e sensacionalismo da mídia) de que predomina no País a impunidade — percepção coletiva (incentivada pelos "formadores de opinião") a fomentar e legitimar socialmente os procedimentos ilícitos de repressão à criminalidade (a exemplo de milícias, de "esquadrões da morte", de "matadores de aluguel" e do porte de armas por empresários e profissionais liberais), os quais acabam por galvanizar o fator criminógeno do caldo cultural das metrópoles brasileiras, um movimento de retroalimentação da violência. Em todo caso — cabe enfatizar —, denota-se inultrapassável a muralha da culpabilidade.

6. *ABSTRACT*:

This article examines the concrete necessity of the penal sanction, in the light of the tridimensional principle of proportionality, derived from the General Theory of Public Law, and associated with the study of the criminal culpability and with the study of the general and especial theories of the penal sanction.

***Key words**: Concrete necessity of the penal sanction. Tridimensional principle of proportionality. Aadequacy. Nnecessity. Proportionality stricto sensu.*

7. REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ARRUDA, Élcio. O princípio da proporcionalidade no processo penal: punibilidade extinta com base em certidão de óbito falsa. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 9, p. 125-128, nov. 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. _____. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*: uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo: 2003.

_____. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Manual de direito penal*: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.

193 SEBASTIÃO, Jurandir. Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 8, mai. 2005, p. 18.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 51, p. 207-235, nov.-dez. 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

DICEY, Venn Albert. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: 1895. Disponível em: <http://www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm>. Acesso em: 24 set. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: EDUC/RT, 1976.

DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nº 352, p. 151-165, out.-dez. 2000.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*: o criminoso e o crime. Campinas: Bookseller, 1996.

FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: parte geral: introdução. 2. ed. São Paulo: RT/IELF, 2004, v. 1.

_____ _____: culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: RT/IELF, 2005, v. 7.

_____. *Funções da pena no direito penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 23 out. 2006.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: RT, 2001. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 6)

_____. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no Direito Penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 9, nº 107, p. 10-12, out. 2001.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito — em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico penal" de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 32, p. 120-163, out.-dez. 2000.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general; fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Os fins da pena no código penal brasileiro. São Paulo, *Boletim IBCCRIM*, v. 14, nº 167, p. 18, out. 2006.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1.

MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, p. 49-58, ene.-abr. 1986.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: RT, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: SAFE, 1988.

NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. *Inexigibilidade de conduta diversa*: causa supralegal excludente de culpabilidade. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, Marcos Francisco. É possível a recuperação do preso? *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 9, nº 11, p. 189-202, nov. 2006.

PIMENTAL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983.

PINHEIRO, Aline. Veredicto sem fim: marinheiro espera 30 anos para ir a Júri popular. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 ago. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 3 out. 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1.

PREECE, Warren E. (Ed.). *The New Encyclopaedia Britannica:* Micropaedia. Chicago: 15th ed., 1980, v. 3.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1989.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: SAFE, 2001.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 46, p. 46-72, jan.-fev. 2004.

_____. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.

SÁ, Afrânio. *Princípio da legalidade no estado liberal e social.* 1977. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) — Centro de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1977.

SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária*: contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: RT, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Renavan, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002.

SEBASTIÃO, Jurandir. Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 8, p. 11-40, mai. 2005.

SILVA FRANCO, Alberto. Erro sobre a ilicitude do fato. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Org.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1. p. 345-354.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TELES, Ney Moura. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, v. 2.

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. *Culpabilidade*: concepções e modernas tendências internacionais e nacionais. Campinas: Minelli, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos:* o mito da repressão penal. São Paulo: RT, 1996.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: RT, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral (aspectos fundamentais). Porto Alegre: SAFE, 1976.

ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, nº 29, p. 167-191, jan.-mar. 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

O PROTESTO EXTRAJUDICIAL DO AVALISTA

Moacyr Borges de Castro Figueirôa[1]

Resumo:
O aval, por ser obrigação autônoma, persiste ainda que nula a do avalizado, salvo se a nulidade resultar de vício de forma do título. Ademais, o § 4º, do artigo 21, da Lei 9.492/97, que rege a espécie, determina que "*os responsáveis pelo cumprimento da obrigação não poderão deixar de figurar no termo de lavratura e registro de protesto"*. Outrossim, o protesto é requisito do pedido de falência, inclusive de avalista comerciante. Já o inciso III, do artigo 202, do novo Código Civil prevê a interrupção da prescrição pelo protesto cambial, sendo, pois, indispensável lavrá-lo contra o avalista para preservar a garantia dada por aval. Portanto, como não há vedação legal de se protestar o avalista, o Tabelião deve, se requerido, intimá-lo para cumprir a obrigação, sob pena de protesto.
Palavras-chave: Protesto. Avalista. Prescrição cambial. Autonomia. Falência. Garantia.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito e natureza do protesto e do aval – 3. Da autonomia do aval – 4. Fundamentos jurídicos acerca da legalidade do protesto de avalista – 5. Da necessidade do protesto do avalista para fins de falência – 6. Considerações finais – 7. Conclusão – 8. *Abstract* – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho, tem-se como premissa a abordagem sobre a possibilidade de o avalista de título de crédito ou documento de dívida ter seu nome incluído, como inadimplente, em cadastros de entidades de proteção ao crédito, por não honrar obrigação assumida perante terceiro de pagar dívida, caso o devedor avalizado não cumpra o acordado.

Na realidade, protesta-se o título de crédito ou o documento de dívida, e não o sujeito que figura como emitente ou sacado, que é atingido somente em face da necessidade de constar na cártula ou no documento de dívida o nome de pessoa natural ou jurídica para que este possa ter validade no mundo jurídico.

Destarte, apesar de o protesto ser, na lição de Waldemar Ferreira (1953: p. 234), considerado "ato formal, praticado por oficial público, porque se prova ter sido a cambial apresentada ao sacado ou ao aceitante", esse fato, obviamente, deverá repercutir em determinada pessoa, que deverá arcar pela inadimplência e, conseqüentemente, poderá ter seu nome incluído em cadastros de entidades de proteção ao crédito, com prejuízos morais e materiais.

Atualmente é a Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997, que regulamenta o protesto extrajudicial de título e outros documentos de dívida, cuja definição estampada em seu art. 1° é a seguinte: "Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o

1 Tabelião de Protesto de Títulos e Documento de Dívida da Comarca de Divinópolis/MG. Ex-Procurador da Fazenda Nacional e Representante da Advocacia-Geral da União em Minas Gerais.

descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida."

2. CONCEITO E NATUREZA DO PROTESTO E DO AVAL

De acordo com o raciocínio acima expendido, vale fazer uma sucinta consideração sobre o aval e o protesto, enfatizando sua natureza jurídica para que possamos enfrentar o tema apresentando com fundamentos sólidos e necessários à elaboração deste estudo.

O protesto, para João Eunápio Borges (1983:109), "é [...] o ato oficial e solene por meio do qual se faz certa e se prova a falta ou recusa [...] do aceite ou do pagamento de um título cambial".

Na dicção de Fran Martins (1990:270), extrai-se:

> Se bem que, entre os efeitos do protesto, figure o asseguramento do direito regressivo contra os coobrigados no título, a sua finalidade maior é comprovar a falta ou recusa do aceite ou do pagamento, sendo, assim, um meio de prova.

Já Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. (2000:279) diz que o aval

> é a declaração cambiária sucessiva e eventual decorrente de uma manifestação unilateral de vontade, pela qual uma pessoa, natural ou jurídica, estranha à relação cartular, ou que nela já figura, assume obrigação cambiária autônoma e incondicional de garantir, total ou parcialmente, no vencimento, o pagamento do título nas condições nele estabelecidas.

Na cátedra de Fran Martins (1990:153),

> entende-se por aval a obrigação cambiária assumida por alguém no intuito de garantir o pagamento da letra de câmbio nas mesmas condições de um outro obrigado. É uma garantia especial, que reforça o pagamento da letra, podendo ser prestada por um estranho ou mesmo por quem já se haja anteriormente obrigado no título.

Amador Paes de Almeida (1999:44) define aval como uma

> obrigação formal, independente e autônoma, surgindo com simples aposição da assinatura ao título, tornando inadmissível ao avalista argüir falta de causa, opondo defesa de natureza pessoal, só admissível ao aceitante.

O Professor Fábio Ulhoa Coelho (2003:410) define aval como

> ato cambiário pelo qual uma pessoa (avalista) se compromete a pagar título de crédito, nas mesmas condições que um devedor desse título (avalizado) – O aval representa garantia dada em conta do devedor em favor da letra de câmbio. Ele é autônomo e equivalente à obrigação do avalizado.

Desta feita, deflui-se dos ensinamentos trazidos à colação que todos os doutrinadores acima citados convergem no sentido de que a obrigação do avalista é solidária e autônoma à do avalizado.

3. DA AUTONOMIA DO AVAL

Registre-se, ainda, que a obrigação do avalista subsiste, ainda que nula a do avalizado,

a não ser no caso de vício de forma do título, conforme se verifica, expressamente, da alínea 2° do art. 32 da Lei Uniforme, *verbis*:

> O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada. A sua obrigação mantém-se mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer vício que não seja de forma.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a autonomia do aval, conforme ementas abaixo transcritas:

> **Execução. Avalista.**
>
> **O aval é obrigação autônoma e independente, afastadas assim discussões sobre a origem do título.**
>
> Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp. 3594/SC, DJ 17 dez. 1990, p. 1.530)".

> **Execução. Avalista.** Discussão sobre a origem do débito. Inadmissibilidade. Ônus da prova.
>
> **O aval é obrigação autônoma e independente, descabendo, assim, a discussão sobre a origem da dívida. Instruída a execução com título formalmente em ordem, é do devedor o ônus de elidir a presunção de liquidez e certeza.**
>
> Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Res. n. 190753/SP, DJ 19 dez. 2003, p. 467).

Assim posta a questão, respeitada a exceção legal, o aval será válido apesar de nula a obrigação do avalizado, sendo que a discussão sobre a origem da dívida não é permitida ao avalista.

Verifica-se a absoluta autonomia entre as relações do avalista e do avalizado, fato que possibilita ao credor a cobrança da dívida apenas do avalista, caso queira.

4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS ACERCA DA LEGALIDADE DO PROTESTO DE AVALISTA

A simples leitura do § 4° do art. 21 da atual Lei n. 9.492/97 bastaria para concluirmos sobre a possibilidade do protesto do avalista, para fins de inclusão nos cadastros de inadimplentes das entidades de proteção ao crédito, uma vez que clara em seu texto a obrigatoriedade de figurar no termo de lavratura e registro de protesto os nomes daqueles que o apresentante ou credor indicar como responsáveis pelo cumprimento da obrigação. Senão vejamos:

> Art. 21. O protesto será tirado por falta de pagamento, de aceite ou de devolução.
>
> [...].
>
> § 4ª Os devedores, assim compreendidos os emitentes de notas promissórias e cheques, os sacados nas letras de câmbio e duplicatas, ***bem como os indicados pelo apresentante ou credor como responsáveis pelo cumprimento da obrigação, não poderão deixar de figurar no termo de lavratura e registro de protesto***. (Grifo nosso.)

No mesmo diapasão, o Desembargador Marcelo Guimarães Rodrigues, quando Titular da Vara de Registros Públicos da Comarca de Belo Horizonte/MG, apreciando a ação de dúvida suscitada pelo Oficial do 1° Tabelionato de Protesto de Belo Horizonte, sendo suscitado Banco Rural S/A, Processo n. 02403983973-3, decidiu pela possibilidade do protesto de avalista, conforme se depreende do dispositivo da sentença prolatada nos referidos autos:

> Lado outro, conforme se depreende do texto da Lei 9.492, de 10 de setembro de 1997, que define a competência e regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos, em seus arts. 21, § 4°, e 22, V, 'não poderão deixar de figurar no protesto os devedores indicados pelo apresentante ou credor como responsáveis pelo cumprimento da obrigação bem como deverá conter do registro a indicação dos intervenientes voluntários e das firmas por eles honradas'.
>
> [...].
>
> Por fim, apenas a título de apontamento, a Instrução n. 3/72, da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais, que recomendava a não lavratura do protesto em nome do avalista foi revogada pelo Provimento n. 36, de 29 de janeiro de 1999, conforme salientado pelo interessado.
>
> Ante o exposto, desacolho, por sentença, a presente declaração de Dúvida, recomendando a lavratura do protesto em nome do avalista, observadas as demais formalidades legais.

Na letra do § 2º do art. 29 da Lei n. 9.492/97, faz-se necessário que o respectivo título ou documento de dívida seja regularmente protestado para que o nome de alguém possa constar nos cadastros ou bancos de dados das entidades de proteção ao crédito. Vejamos:

> Art. 29. Os cartórios fornecerão às entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, quando solicitada, certidão diária, em forma de relação, dos protestos tirados e dos cancelamentos efetuados, com a nota de se cuidar de informação reservada, da qual não se poderá dar publicidade pela imprensa, nem mesmo parcialmente.
>
> [...]
>
> § 2º Dos cadastros ou bancos de dados das entidades referidas no caput somente serão prestadas informações restritivas de crédito oriundas de ***títulos ou documentos de dívidas regularmente protestados*** cujos registros não foram cancelados". (Grifo nosso.)

Ora, a própria lei federal que regula o instituto do protesto extrajudicial determina, de forma peremptória, que somente as informações de título ou documento de dívida regularmente protestado e não cancelado podem ser objeto de cadastro das entidades de proteção ao crédito.

Tal determinação tem como escopo garantir que o ato praticado seja revestido de publicidade, autenticidade, segurança e eficácia jurídica, nos termos do art. 1° da Lei n. 8.935, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, que por sua vez trata dos serviços notariais e de registro.

Corroborando o acima defendido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Civil e processual civil. Inscrição no Serasa. Previsão legal. Embargos à execução. Avalista. Medida cautelar. Vedação do registro pelas instâncias ordinárias.

Cabimento. Lei n. 8.078/90, art. 43, § 4º.

I. Legítimo é o procedimento adotado pela instituição financeira em inscrever o* avalista inadimplente em cadastro de proteção ao crédito*, por autorizado na legislação pertinente.

II. Caso, todavia, em que movidos embargos à execução, havendo discussão jurídica sobre o débito, pertinente a suspensão da inscrição, sob pena de se frustrar, ao menos em parte, o direito de fundo discutido, pela continuidade da perda de credibilidade do avalista do mútuo na praça em que atua. (grifo nosso)

III. Recurso conhecido e improvido. (STJ, REsp. 409248/PR, 4ª T. Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 1° jul. 2002, p. 351).

5. DA NECESSIDADE DO PROTESTO DO AVALISTA PARA O FIM DE FALÊNCIA

Outro argumento importante a favor da possibilidade de o devedor-avalista ser protestado é no tocante ao pedido de sua falência fundado no descumprimento de obrigação para a qual se comprometeu a honrar na qualidade de avalista, se assim o avalizado não o fizer. Como comprovar a impontualidade sem o devido protesto, exigência presente tanto na antiga como na nova Lei de Falência?

Ora, fere o senso comum não permitir ao credor formalizar, por meio do protesto – necessário para fins de pedido de falência –, a inadimplência daquele contra o qual poderá cobrar a dívida não paga pelo devedor-avalizado, caracterizando a impontualidade, e, lado outro, legitimar o mesmo credor a promover uma execução judicial contra o avalista (inclusive com penhora de bens necessários à satisfação de seu crédito), independentemente de acionar o devedor-avalizado.

Sobre o tema, Fran Martins (1990:163-164) discorre de modo a não deixar qualquer dúvida sobre essa possibilidade e, em determinados casos, torna imperioso providenciar o protesto do avalista. Senão vejamos:

> Um problema que tem dado margem a larga discussões é de saber-se se, protestado o título contra o aceitante, esse protesto se reflete contra seu avalista.
>
> Na realidade, sendo as obrigações cambiárias autônomas, o ato de protesto praticado contra o aceitante, não se reflete sobre o seu avalista. *Sendo o título protestado contra um aceitante, não se pode, se o avalista for comerciante, requerer a falência deste baseada naquele protesto, uma vez que não foi o título contra ele protestado.*
>
> Modificamos, assim, nossa opinião sobre o assunto, expressa em nota à página 202 da 1ª edição deste livro, em que foram feitas considerações sobre a decisão do Juiz de Direito da Vara dos Registros Públicos do Estado de S. Paulo, determinando que as intimações para pagamento fossem feitas apenas contra os aceitantes e não contra seus avalistas. Ali defendíamos que as intimações devem ser feitas também aos avalistas, dado que esses se equiparam aos avalizados. Pensando melhor no assunto, concluímos que essa equiparação é apenas de responsabilidade; mas as obrigações por ambos assumidas são autônomas, donde dizer a lei que a obrigação do avalista persiste ainda mesmo que seja nula a do avalizado. Ora, se as obrigações são autônomas não devem confundir-se, razão pela qual a intimação feita ao aceitante

> para pagamento, sob pena de protesto, deve ter reflexo apenas em relação a esse, não ao avalista. *Caso, entretanto, o portador deseje, poderá a intimação ser feita ao aceitante e seu avalista, se assim declarar na apresentação do título ao oficial de protesto. Nessa hipótese, não havendo pagamento, o protesto pode ser feito contra o aceitante e o avalista, o que é permitido pelo disposto no art. 47 da Lei Uniforme.* (destaques nossos.)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ressalte-se que por ser o aval instituto de direito privado, a regra aplicável é a da *autonomia da vontade*, na qual é permitido fazer tudo o que a lei não proíba. Aliás, tal princípio está expresso no inciso II do art. 5° da Constituição da República*, verbis: "[...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]"*.

Destarte, como não existe dispositivo legal que se contraponha ao § 4° do art. 21 da Lei nº 9.492/97, e levando-se em conta a revogação da Instrução nº 3/72 da Egrégia Corregedoria do Estado de Minas Gerais (norma administrativa impeditiva da prática do ato do protesto contra avalista no referido ente federativo), presume-se que o protesto pode ser lavrado contra o avalista, a requerimento do credor, na hipótese de descumprimento da obrigação, uma vez que, além do nome do devedor-avalizado, todos aqueles que figurem como solidários à obrigação devem ser atingidos pelos efeitos do instituto, no intuito de que futuramente não sejam apontadas nulidades, ou suscitadas prescrições da dívida em razão da falta de protesto em nome do avalista, a teor do art. 202, III, do novo Código Civil, no qual ao protesto cambial é atribuído o efeito de interromper a prescrição.

Por fim, cabe salientar que, apesar de o art. 14 da Lei nº. 9.492/97 determinar apenas a intimação do devedor, sua exegese deve sempre levar em conta o princípio da ampla defesa, consagrado no inciso LV da Constituição Federal, cabendo ao Tabelião de protesto providenciar intimação do avalista, por indispensável.

7. CONCLUSÃO

Conforme ficou demonstrado nas razões acima expostas, conclui-se pela possibilidade de o avalista ser protestado, em especial porque:

a) a relação do avalista é autônoma, persistindo sua obrigação ainda que seja nula a do avalizado, salvo se a nulidade resultar de vício de forma do título;

b) não há vedação legal para que o avalista seja protestado; ao contrário, o § 4° do art. 21 da Lei nº 9.492/97 determina o protesto do avalista, quando o apresentante do título o indique como responsável "pelo cumprimento da obrigação";

c) para que se possa pedir a falência do avalista comerciante, é necessário protestá-lo para o fim falimentar – protesto especial, comprovando sua inadimplência.

8. ***ABSTRACT***

The endorsement, for being an independent obligation, persists even if null of the guaranteed one, unless the nullity results is the consequencia of erros found in the document. In addition to that, the 4th. paragraph of article 21 of Law 9.492/97, which conducts the subject, determines that "the responsible ones for the execution of the obligation cannot be prevented from being enunciated(related) in the term of the drafting and register of protest". Likewise, the protest is the legal requirement for the order of bankruptcy of the trading guarantor, inclusive. However, the interpolated proposition III, of article 202, of the new Civil Code, foresees the interruption of the loss of rigts by the cambial protest being, therefore, indispensable to Register it against the guarantor to preserve the guarantee given by endorsement. Therefore, as there is no legal prohibition of protesting the guarantor, the Notary must himself, if required, to summon the guarantor to fulfill the obligation, under the punishment of protest.

KEY-WORDS: *Protest. Guarantor. Order/rule. Autonomy. Bankrupt. Guarantee.*

9. REFERÊNCIAS

ALMEIDA Amador Paes de. *Teoria e prática dos títulos crédito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CARVALHO, Rubem. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. São Paulo: Saraiva, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. Saraiva São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1

FERREIRA, Waldemar. *Instituição de direito comercial*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1953.

FRAN, Martins. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

DIREITOS HUMANOS E DIREITOS À SAÚDE

Marco Antônio Oliveira de Azevedo[1]

Resumo:
O que são "direitos humanos" e quais efetivamente possuímos? Usualmente, afirma-se que, dentre nossos direitos humanos, figuram "direitos à saúde". Porém, seriam todos os direitos à saúde direitos humanos? Neste artigo, resumirei duas visões distintas sobre o que são nossos direitos em geral e quais são nossos direitos humanos em particular. Chamarei-as: visão dos direitos como *títulos* e visão dos direitos como *exigências*. Defenderei que a primeira é mais clara e correta que a segunda. Pretendo também responder, em linhas gerais, as seguintes questões: "O que são direitos à saúde?" e "Qual a extensão de nossos direitos *humanos* à saúde?". Alguns problemas concernentes à distribuição dos direitos à saúde, em especial, o problema das responsabilidades dos governos, tendo em vista tanto os direitos humanos como a legislação de nosso país, também serão abordados.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direitos à saúde. Teoria dos direitos humanos. Políticas de saúde. Responsabilidades governamentais em saúde.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O que devemos entender por um direito? – 2.1. Direitos como títulos – 2.2. Direitos como exigências – 2.3. Direitos "naturais" e direitos "sociais" – 2.4. Algumas observações sobre as definições usuais de "direito subjetivo" na dogmática jurídica nacional – 3. É possível combinar essas duas visões? – 4. Direitos à saúde como exigências dos cidadãos contra seus governos – 5. O barato para muitos ou o caro, mas necessário, para poucos? – 6. Considerações finais – 7. Abstract – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Direitos humanos são reivindicações políticas, e, embora existam pessoas que ocasionalmente manifestam certo "incômodo" com sua defesa indiscriminada (notadamente quando esses direitos são reivindicados justamente em favor de grupos minoritários, ou não menos justamente em favor de pessoas a que são atribuídos comportamentos contrários à "moralidade comum"), dificilmente essas mesmas pessoas ousariam afirmar, ao menos publicamente, que são contrárias à sua garantia ou efetivação. Direitos humanos, portanto, são "lugares-comuns" nos discursos políticos de nosso tempo (BOBBIO, 2004).[2] E, já que

1 Doutor em Filosofia (UFRGS). Médico (UFRGS). Professor do Centro Universitário Metodista – Instituto Porto Alegre (IPA). Conselheiro do CREMERS. E-mail: mazevedo@via-rs.net e marco.azevedo@ipametodista.edu.br. Telefone para contato: (51) 33324398.

2 Para Bobbio, a propósito, a única prova em favor da validade universal dos direitos humanos é o "consenso geral acerca de sua validade" (p. 46). O problema é que o "consenso" não serve como fundamento da validade de qualquer crença. Defensores da tese de que o consenso é a única prova da validade atual de uma crença moral (tais como Bobbio) alinham-se coerentemente a uma posição cética sobre os fundamentos da moralidade, a saber, de que em ética somente lidamos apenas e tão somente com crenças, e não com *conhecimento*. Não pretendo explorar este tema aqui. Todavia, vale assinalar que há bons argumentos em favor de que há pelo menos algumas afirmações morais não somente universalmente válidas, ou potencialmente consensuais, mas sobretudo *verdadeiras*. Os defensores dessa tese são caracterizados em filosofia como realistas morais: há aspectos do mundo que tornam verdadeiras certas crenças morais. Sobre esse tema complexo, sugiro a leitura da coletânea de artigos organizada por Geoffrey Sayre-McCord (1988).

a defesa dos direitos humanos tornou-se "consenso" em nossa cultura política (ao menos na cultura política ocidental), poderia parecer que a teoria dos direitos humanos também já se tornou consensual, em outras palavras, uma teoria acabada. Ora, isso é flagrantemente falso. Não há uma única teoria dos direitos humanos, e não há, mesmo no âmbito de cada teoria rival, soluções acabadas, completas, para todos os seus problemas internos.

Pretendo explorar, neste artigo, um dos inúmeros problemas da teoria dos direitos humanos, a saber, o problema dos chamados *direitos à saúde*.[3] Pretendo, ao final dele, responder a seguinte questão: seriam *todos* os direitos à saúde direitos humanos? Minha conclusão é: *não*. Direitos à saúde são direitos humanos, contudo, em um sentido preciso, nem todos os direitos à saúde são direitos humanos. Direitos humanos são direitos com uma força especial, e confundir todos os direitos à saúde que podemos possuir em um determinado arranjo político como sendo direitos humanos pode levar-nos não somente a inconsistências, como eventualmente a fracassos administrativos e até mesmo a injustiças políticas. Isso porque, se todos os direitos à saúde forem igualmente direitos humanos, então a não satisfação de um direito à saúde consistiria em uma grave ofensa política. Ora, isso pode ser verdadeiro em muitos casos, mas certamente não em *todos* os casos. Todavia, isso não implica dizer que, se temos certos direitos à saúde, do fato de que estes não sejam, em sentido próprio, direitos "humanos", os governos não têm a obrigação política de garanti-los. Nada disso. Em havendo um direito, e sendo este um direito dirigido especialmente ao governo, é óbvio que o governo tem a obrigação de garanti-lo. Por outro lado, restringir o escopo de quais direitos à saúde são direitos humanos permite-nos imaginar diferentes arranjos políticos distributivos igualmente justos, o que também nos permite especular acerca de mudanças permissíveis (desde que legítimas) da legislação sanitária de um país (como o nosso, por exemplo), sob a condição, no entanto, de que *certos* direitos à saúde sejam sempre garantidos, a saber, aqueles que corretamente podemos caracterizar como *humanos*.

2. O QUE DEVEMOS ENTENDER POR UM "DIREITO"?

2.1 Direitos como títulos.

Mas, afinal, o que são "direitos"? Há pelo menos duas visões diferentes sobre o que são direitos. Chamarei à primeira visão de *direitos como títulos*, e, à segunda, *direitos como exigências*. A primeira visão toma direitos como relações entre alguém e algo (no caso, um bem); a segunda toma direitos como exigências de alguém sobre outrem acerca de algo. Vou defender que a segunda visão é mais clara e precisa que a primeira. Porém, a primeira visão é a que poderíamos chamar de "visão dominante" ou "hegemônica". Penso que é a visão que melhor caracteriza a concepção presente nos manifestos e no discurso dos ativistas dos direitos humanos (doravante *ativistas*).

Os ativistas preferem considerar os direitos como títulos, e os direitos humanos como títulos *inalienáveis*.[4] Mas por que 'título', já que (em um sentido específico) *títulos* são um *tipo* de direito e nem todos os direitos são títulos? Por 'título' entenda-se aqui certo tipo de vínculo ou posse. Estar intitulado a algo é ter uma espécie de posse sobre algo que é não somente do

3 Este artigo é uma versão modificada e acrescida do artigo enviado para publicação junto à obra *Temas de Direito Médico II.*

4 Joel Feinberg foi quem primeiramente chamou-nos a atenção para essa característica do discurso dos ativistas dos direitos humanos (que ele chamou de direitos como um "sentido de manifesto). A propósito, veja-se: FEINBERG, 1973.

interesse de alguém, já que se trata de algo entendido como um bem *necessário* e *merecido*. Títulos, nesse sentido, são benefícios *justificados*. Exemplo: se a "vida" for um exemplo de um bem de que necessito ou mereço usufruir, então a vida é um bem a que estou intitulado, ou a que posso intitular-me, ou a que se pode intitular-me de modo justificado. É o que os ativistas pretendem dizer quando afirmam que alguém tem um direito. Isso vale especialmente para o caso dos direitos humanos. A diferença, tida como essencial, é que, no que concerne aos direitos *em geral*, para que eu tenha um direito é preciso que meu interesse num certo bem seja *legalmente* justificado. É preciso que exista uma lei conferindo-me sua titularidade. Contudo, direitos humanos justificam-se independentemente da existência de uma lei.[5] Por serem bens de que necessitamos ou merecemos independentemente das circunstâncias, direitos humanos são títulos reivindicados e conferidos a todo ser humano, ainda que não exista uma lei positiva que os declare. Direitos *humanos* seriam, assim, bens a que nenhum ser humano poderia não estar ou deixar de estar intitulado. Nesse caso, se a vida for um direito humano, então não apenas *posso* estar a ela intitulado, como *devo* estar a ela intitulado. Ou, em outras palavras, *necessariamente* a vida é um bem de que necessito e mereço usufruir, do qual não é permitido a qualquer um obstruir-me. Essa me parece uma interpretação plausível do sentido da palavra 'direito' tal como é empregada pela maioria dos ativistas.

Nessa visão, o que determina a legitimidade da demanda por um direito é um princípio moral ou legal. Temos, assim, uma deontologia *dualista*: direitos morais são justificados por um princípio moral; direitos legais seriam, por outro lado, justificados (ou legitimados) por um princípio legal.[6] Dualistas sobre direitos classificam os direitos humanos como direitos *morais*. Isso significa que o mérito de meu título a certo bem e o dever alheio de respeitá-lo deriva suficientemente de um princípio moral. Se um direito moral também for justificado por um princípio jurídico ou legal, então esse direito, além de ser um direito moral, também é um direito legal. A visão geralmente aceita é que nem todos os direitos legais precisam ser justificados por princípios morais, mas que *todos* os direitos morais devem ser transformados em (ou reforçados por) direitos legais. Nessa visão, um direito moral somente será um direito legal se houver algum princípio legal (ou uma lei) que o declare (do contrário, será apenas um direito moral que expressa uma aspiração ou pretensão a um direito legal).

Para boa parte dos ativistas, um direito humano é uma pretensão moralmente justificada a um bem essencial (logo, uma pretensão que *deve* ser legalmente atendida – ou legalmente tutelada – e não uma pretensão que simplesmente *poderia* ser legalmente atendida – isto é, uma pretensão que seria legalmente atendida ou tutelada, caso a vontade do soberano, ou, em

5 Bobbio, com já assinalei em nota acima, sustenta que o fundamento ou justificativa dos direitos humanos é o consenso atual a seu respeito. Porém, essa justificativa difere da legitimidade exigida aos direitos subjetivos que não são usualmente tratados como direitos humanos. Se meu interesse por algo não puder ser justificado como sendo um direito "humano", somente posso demandá-lo caso exista (ou caso eu assim julgue que exista) alguma lei que me o assegure. Direitos humanos, todavia, podem ser demandados ou reivindicados mesmo por (ou em favor de) cidadãos de países porventura não signatários das declarações universais. Esta tese de Bobbio (vou classificá-la como uma "tese cética") de que os direitos humanos somente valem como direitos "positivos", isto é, como direitos "reconhecidos" ou "protegidos", em países onde essas declarações foram oficialmente assumidas é, convenhamos, discutível. Pois um direito "reivindicado" não pode ser apenas e tão somente uma "pretensão" a um direito, já que o que seu "pretendente" justamente pretende não é simplesmente persuadir outrem ou o governo a aceitar seu "eventual" interesse. Ele pretende **justiça,** e não a mera satisfação de sua vontade

6 A tese que aqui chamo de "dualista" é a tese que sustenta a autonomia da esfera jurídica ou legal sobre a esfera moral. Uma tese explicitamente defendida, dentre outros, por Kelsen (1987). Há versões menos explícitas dessa tese. De um modo geral, penso que todos os que admitem a diferença entre princípios morais e legais e entre direitos morais e direitos legais compartilham uma visão "dualista" sobre direitos.

termos modernos, do legislador, por lei assim determinasse). Veja-se o caso do *direito à vida*. A vida é um bem essencial (há certamente uma unanimidade quanto a isso). Todos aspiramos usufruir desse bem; porém, se esse bem for um bem essencial, então, se alguém for impedido de usufruí-lo, ou se esse bem lhe for usurpado, retirado, eliminado, ou mesmo ameaçado, se estará cometendo contra essa pessoa uma grave injustiça. Assim, ameaçar ou retirar a vida de alguém, ao menos sem razões universalmente aceitáveis, é algo injusto independentemente de qualquer lei. Logo, a vida é um bem essencial e, com isso, igualmente um direito moral humano. De forma semelhante, os defensores dos manifestos também entendem que saúde é igualmente um bem essencial.

E quanto à saúde? Muitos entendem a saúde como um bem igualmente essencial. Mas, afinal, o que é *saúde*? Em geral, os ativistas empregam o termo 'saúde' denotando certo estado de bem-estar *objetivo*. Uma das definições empregadas é a clássica definição da OMS: **saúde é o completo estado de bem-estar físico, psíquico e social**. Como essa definição de saúde aponta para um estado objetivo *ideal*, a fim de tornar o conceito de saúde mais concreto, mundano e atual, alguns especialistas em saúde coletiva preferem entender saúde como um estado ou modo de viver a vida, em termos individuais ou coletivos, com *qualidade*. Bárbara Starfield, por exemplo, entende saúde como *qualidade de vida.* 'Saúde', assim define Starfield, 'é a extensão a que um indivíduo ou grupo é capaz, por um lado, de realizar aspirações e satisfazer necessidades e, por outro lado, de lidar com o ambiente interpessoal, social, biológico e físico'.[7] Penso que essa definição é infelizmente equivocada. Ela incorre no que os lógicos chamam de falácia genética, pois o que Starfield nos diz é que, se eu tiver saúde – ou quão mais saúde tiver –, com mais facilidade realizarei minhas aspirações individuais e satisfarei minhas necessidades, bem como serei capaz de lidar com o ambiente que me circunda – em todos os sentidos que se quiser compreendê-lo. Em outras palavras, que a saúde individual favorece a prosperidade e a realização pessoal de seu portador. A pretensa "definição", portanto, efetivamente não nos diz o que é 'saúde', e, sim, por que temos interesse nela.

De qualquer modo, em que pese às deficiências das definições atualmente em voga, há um entendimento de que saúde não é apenas um estado *subjetivo* de bem-estar, mas um estado *objetivo*. E mesmo que esse estado objetivo não seja ainda corretamente definido pelos sanitaristas e ativistas da área da saúde (parece-me que ainda temos um bom caminho de teoria a trilhar), ambos aceitam que há um estado de coisas objetivo chamado 'saúde', e que é possível alcançá-lo. Assim, como estado de bem-estar objetivo, saúde é igualmente um *bem* (não somente em termos subjetivos, mas objetivos), e a tese dos ativistas é que saúde é um bem *objetivo* e *necessário*, tal como a vida. Logo, temos direito à saúde assim como temos direito à vida, e todo ser humano necessita e merece usufruir desses bens.

Vamos admitir que saúde seja um estado de bem-estar objetivo, seja *uma* forma específica de bem-estar, isto é, distinta de outras, como o bem-estar econômico, ou o prazer obtido em atividades esportivas, ou mesmo a satisfação pessoal de uma vida bem realizada (tal como pessoalmente estou inclinado a pensar), seja *a* forma, completa, integral, plena de bem-estar humano (ao que me parece, a tese de Starfield). Contudo, independentemente dessas diferenças ou divergências sobre que tipo de estado de bem-estar é a saúde (humana), é possível entender o direito à saúde, aqui entendido como título, como a aspiração (ou expectativa) justificada a esse bem, merecido e necessário. Fica fácil entender assim por que os

7 Ver, a propósito, a apresentação "Population health and its implications for health statistic" de Barbara Starfield, datada de 10/2004, acessível no endereço eletrônico: www.ncvhs.hhs.gov/040304p2.pdf (acessada em 12/05/2006).

ativistas consideram que todo direito à saúde é um direito humano, pois a aspiração ao bem saúde é uma aspiração à qual todos os seres humanos acham-se igualmente "intitulados", isto é: todo ser humano necessita e merece uma vida saudável. (Qual não necessitaria? Quem não mereceria?)

Mas há um problema lógico a ser superado. É que os defensores da visão dos direitos como títulos julgam válido inferir do mero fato de que algo, digamos *V*, seja um bem necessário ou merecido para *X*, que *X* tenha, com efeito, um direito a *V* sobre todos os demais. Contudo, essa inferência é, *prima facie*, inconcebível: como deduzir deveres ou obrigações alheias de afirmações sobre necessidades humanas? Hume foi quem primeiro nos advertiu desta aparente dificuldade lógica: como inferir do mero fato de que *V* é um bem para *X* que *X* tenha um *direito* a *V sobre Y*? Em outras palavras, não é à primeira vista compreensível por que do mero fato, ainda que universalmente reconhecido, de que *V* é um bem (merecido ou necessário) para *X*, que *Y* tenha uma dívida, um débito, ou um dever para com *X*, dever do qual *Y* somente se desoneraria se e somente se *X* vier efetivamente a obter *V*. [8]

Não penso que tenhamos chegado no atual estado das investigações sobre a base lógica de nossas inferências morais a uma conclusão plenamente satisfatória sobre o problema posto por Hume. Penso, não obstante, que os defensores da visão dos direitos como títulos são vítimas fáceis da falácia denunciada pelo filósofo escocês. Uma alternativa logicamente mais aceitável pode ser pensada caso optemos por outra visão sobre o que são direitos.

2.2 Direitos como exigências.

Segundo esta outra visão, quando alguém pronuncia algo como: 'Tenho direito a *X'*, ele não está simplesmente enunciando uma relação entre ele e algo (*X*). Ele está exigindo*, demandando X* de alguém. Assim, enquanto que, na visão dos direitos como títulos, direitos expressam relações entre dois termos (um sujeito *portador* do direito e *algo* ou um bem), na visão dos direitos como *exigências*, direitos expressam relações entre três termos (um demandante, um demandado e algo). Nessa visão, sempre que se enuncia um direito, está-se afirmando uma relação entre (ao menos) duas pessoas (ou entre um indivíduo e uma pessoa), e algo (um estado-de-coisas, ou uma ação determinada).

Essa visão foi semanticamente explorada de forma analítica originalmente por Hohfeld. Em 1913, Wesley Newcomb Hohfeld, em dois artigos simultaneamente publicados na *Yale Law Review* e intitulados '*Fundamental conceptions as applied in judicial reasoning*',

8 David Hume tornou clássica essa advertência contra as tentativas usuais de derivar conclusões sobre "deveres" de enunciados ou afirmações sobre "fatos". Disse Hume: "Em toda teoria da moralidade com a qual me deparei até aqui, sempre me dei conta de que o autor prossegue por algum tempo no modo comum de pensar, estabelece a existência de um Deus ou faz observações com respeito às ocupações dos homens, quando, repentinamente, surpreendo-me ao descobrir que, ao invés das usuais cópulas das proposições, 'é' e 'não-é', não encontro nenhuma proposição que não esteja conectada com um 'deve' ou um 'não-deve'. Tal mudança é imperceptível, mas é da máxima importância. Pois, como esse 'deve', ou 'não-deve', expressa alguma nova relação ou afirmação, esta deveria necessariamente ser notada e explicada e, ao mesmo tempo, dada uma razão para o que parece inteiramente inconcebível: a saber, como essa nova relação pode ser deduzida de outras que lhe são inteiramente diferentes. Como os autores comumente não usam tal precaução, pretendo recomendá-la aos leitores"(*Treatise of human nature*. Livro III, parte I, seção II, parágrafo 27). Hume não disse, a propósito, que não se pode derivar um "deve" de um "é", e sim que do modo como usualmente é feita essa passagem, ela é logicamente inconcebível. A advertência foi feita contra as teorias morais usuais de sua época, em especial, às teorias do direito natural de seus contemporâneos. Penso que essa advertência aplica-se plenamente às tentativas sumárias e imediatas de se derivar conclusões normativas de afirmações sobre bens, tal como são feitas pelos defensores de visões dos direitos como títulos.

afirmou que os juristas norte-americanos e ingleses empregavam a palavra "direito" de modo confuso (Hohfeld, 2003, pp. 295-321). Hohfeld identificou e distinguiu oito conceitos (idéias ou pensamentos) empregados pelos juristas e advogados, conceitos que ele julgava "fundamentais" porque expressavam relações jurídicas básicas em qualquer sistema jurídico ou de governo. Para Hohfeld, essas relações jurídicas eram *sui generis*, o que dificultaria definições formais rigorosas. Na intenção de torná-las claras, apresentou-as em um esquema de "opostos" e "correlativos". Assim, as seguintes relações representam *opostos*:

1) Direito/Não-direito;
2) Privilégio/Dever;
3) Poder/Incapacidade;
4) Imunidade/Suscetibilidade;[9]

ao passo que as seguintes relações expressam *correlativos*:

1) Direito/Dever;
2) Privilégio/Não-direito;
3) Poder/Suscetibilidade;
4) Imunidade/Incapacidade.

Um direito é o "correlato" (*correlative*) de um dever (*duty*).[10] É o que se deve entender por um direito em sentido estrito, já que, assim lembra Hohfeld, juízes, advogados e mesmo pessoas comuns tendem a usar o termo 'direito' de uma forma ampla e indiscriminada. A fim de evitar ambigüidades e confusões, Hohfeld sugeriu que fosse empregado o termo em inglês '*claim*' (ou '*claim-right*') para indicar um direito em sentido estrito. '*Claim*' refere-se a uma demanda ou exigência legítima contra alguém: se eu tiver um direito em sentido estrito, então tenho um direito relativamente a alguém, e esse alguém tem, em sentido correlato, um dever relativamente a mim. O termo empregado por Hohfeld é *duty*. Vale assinalar que não se trata nem do "dever" a que alguns filósofos morais entendem como expressão de um imperativo moral[11], nem do "dever" (*ought*) que expressa a conclusão final de um raciocínio prático

9 As expressões em inglês são, respectivamente: *right/no-right; privilege/duty; power/disability; immunity/liability; right/duty; privilege/no-right; power/liability; immunity/disability*.

10 Essa tese é usualmente chamada de "tese da correlatividade lógica" entre "direitos e deveres". Ela foi enunciada por diferentes filósofos na história da teoria dos direitos. É possível que um dos primeiros a enunciá-la tenha sido Samuel Pufendorf. Segundo Edmundson (2004, p. 25), Pufendorf foi um dos primeiros a notar este aspecto importante dos direitos, a saber, de que nenhum direito pode ser atribuído a alguém sem ao mesmo tempo atribuir-se certos deveres correlatos a outros. Pufendorf pensou no exemplo do direito a propriedade. Atribuir a alguém certo direito à propriedade implica atribuir a outrem deveres de não interferência. Penso que a tese de que direitos são correlatos a deveres altamente persuasiva. A tese da correlatividade lógica é uma tese mais forte que isso, pois ela implica igualmente o contrário: se alguém tem um dever (de não interferência, por exemplo), então há alguém com um direito correlato. Há quem o questione. Joseph Raz, por exemplo, considera que direitos implicam deveres, mas há deveres jurídicos para os quais não há um direito correlato (RAZ, 1986). Penso que a tese hohfeldiana é a de que deveres que não são correlatos a direitos são deveres juridicamente inválidos. Isso vale para deveres jurídicos em geral, inclusive aqueles a que somos submetidos em razão de estatutos ou códigos. Se tenho o dever (*duty*) de parar no sinal vermelho é porque há alguém com um direito sobre mim a que eu o faça (no caso, o governo).

11 Richard Hare é um dos filósofos que sustentou a tese de que deveres morais expressam *imperativos* (HARE, 1996).

– aquilo que se deve fazer consideradas todas as circunstâncias.[12]

Judith Thomson procurou clarear as idéias de Hohfeld com enunciados (THOMSON, 1990, p. 37-60). Segundo ela, o que Hohfeld procurou dizer é que alegações em torno de direitos (direitos em sentido estrito) são afirmações que têm a seguinte forma geral:

> *X* tem um *direito* relativamente a *Y* de que *p*, onde 'p' é substituível por qualquer sentença ou proposição. Essa afirmação é equivalente a: *Y* está sob um dever (entenda-se, '*a duty*') relativamente a *X*, a saber, o dever que *Y* se desonera se e somente se *p*.[13]

Em outras palavras, enquanto não ocorrer o estado de coisas expresso como conteúdo de "p", perdura o direito de *X* e, *eo ipso*, o dever de *Y*. Se tenho um direito em sentido estrito relativamente a alguém, essa demanda, reivindicação ou exigência por um direito somente é respeitada ou satisfeita quando seu conteúdo tornar-se um fato, ou seja, quando *p* for o caso (ou ainda, quando "p" for verdadeira).

Imagine-se que João tenha um direito sobre Paulo a que lhe seja entregue um saco de cimento. (Talvez João tenha comprado o cimento de Paulo.) Nesse caso, o estado-de-coisas representado por 'um saco de cimento levado à casa de João' é o conteúdo de 'p'. Dizer que João tem um direito sobre Paulo a que lhe seja entregue um saco de cimento é o mesmo que dizer que Paulo tem o dever frente a João de que lhe seja entregue um saco de cimento, dever do qual Paulo somente se desonera se e somente se for entregue a João o cimento. É o que Thomson pretende dizer ao afirmar que, se *X* tem um direito em sentido estrito relativamente a *Y*, essa demanda, reivindicação ou exigência por um direito somente é respeitada ou satisfeita quando *p* for o caso (em outras palavras, quando *p* for verdadeira).

A tese hohfeldiana de que direitos e deveres são termos logicamente correlatos teria expressão formal na afirmação de Thomson de que: '*X* tem um direito sobre *Y* de que *p*' é *equivalente* (isto é, tem o mesmo significado) que '*Y* tem o dever frente a *X* de que *p*'. Essas duas sentenças podem ser, em nossos raciocínios, substituídas uma pela outra, *salva veritate*. Isto é, substituições entre ambas não altera o valor de verdade das conclusões extraídas de

12 De um modo geral, admite-se que uma ação é intencional se e somente se seu agente tem alguma razão pessoal, subjetiva, para assim agir (uma ação ϕ é *intencional*, portanto, caso possa ser descrita por uma sentença com a seguinte forma geral: '*A* tem uma razão subjetiva para ϕ'). A questão até hoje ainda não respondida pelos filósofos morais é se basta uma razão subjetiva para que possamos corretamente considerar ϕ um ato racional de *A* (uma tese freqüentemente criticada como sendo *subjetivista*), ou se nem todas as razões subjetivas de *A* podem ser corretamente tomadas como razões em sentido objetivo, a saber, aquilo que *A* deve (ou deveria fazer) consideradas todas as circunstâncias. Há uma tendência geral, porém, a considerar as seguintes teses verdadeiras: primeiro, que Aristóteles estava certo ao tomar os raciocínios práticos (ou deliberativos) como raciocínios não demonstrativos; por outro lado, mesmo em não se tratando de raciocínios demonstrativos, raciocínios práticos podem ser conclusivos, ou seja: há respostas objetivas para a questão "Como devo agir, dadas as circunstâncias?". Quando assinalo que o "deve" empregado nas conclusões de raciocínios práticos não é o mesmo "deve" empregado em suas premissas, estou procurando assinalar a diferença entre aquilo que devo fazer porque correlato ao direito de outrem (*my duty*), algo que, penso, pode ser efetivamente demonstrado, e o que devo fazer consideradas todas as circunstâncias (*what I ought to do all things considered*), conclusão que não pode ser objeto de uma dedução (em Aristóteles, um tema de *sabedoria prática*).

13 Eis parte da lição de Thomson: "Suppose that A owns a piece of land. We might therefore think that A has a right against B that B stay off it. Suppose A does have this right. Then here is a right for which - by contrast with the rights to life, liberty and property - it is quite clear, and easy to say, what is the right a right to: A's right is a right **to the obtaining of the state of affairs that consist in B's staying off A's land**" (p. 38, grifos meus). Traduzindo: "Suponha que A possua um pedaço de terra. Poderíamos, portanto, pensar que A tem um direito contra B de que B permaneça fora de sua terra. Suponhamos que A tenha este direito. Então aqui temos um direito acerca do qual - em contraste com os direitos à vida, liberdade e propriedade - é suficientemente claro, e fácil, dizer acerca do quê este direito é um direito a: O direito de A é um direito a obter o estado de coisas que consiste em B permanecer fora da terra de A."

raciocínios válidos em que essas sentenças fazem ou podem fazer parte.

Uma das confusões em torno da palavra 'direito' encontra-se na ambigüidade em denotar, por vezes, um *direito* (em sentido estrito), por vezes uma *permissão*.[14] Contudo, uma permissão é o oposto de um dever e o correlativo de um "não-direito". Uma pessoa tem uma permissão sempre que for falso que ela tenha algum dever (*duty*) a que alguma coisa *não* seja (ou seja) o caso. Ou, em sentido equivalente, sempre que for falso que alguém tenha relativamente a ela um direito (*claim*) de que alguma coisa *não* seja o caso. Com efeito, ao dizermos que: '*X* tem uma permissão relativamente a *Y* de que *p*', estamos dizendo (apenas com outras palavras) que é falso que *X* tenha qualquer dever (*duty*) relativamente a *Y* de que *p* não seja o caso. Do que resulta afirmar que: '*X* tem uma permissão frente a *Y* de que *p* seja o caso' é *equivalente* (isto é, tem o mesmo significado) que 'Não é verdadeiro que *X* tenha qualquer dever (*duty*) relativamente a *Y* de que *p* não seja o caso'.

No exemplo acima, Paulo tinha o dever de entregar a João um saco de cimento. Ora, dizer que Paulo tem a permissão de fazê-lo é o mesmo que dizer que Paulo não tem (obviamente) o dever de não fazê-lo. Mais precisamente, Paulo tinha frente a João a permissão de fazê-lo (algo óbvio, pois não há deveres ou obrigações não permitidas), o que significa dizer que Paulo não tinha o dever frente a João de *não* lhe entregar o cimento.

Para compreendê-lo melhor, imagine-se outro exemplo. Todos concordamos que, caso alguém ameace agredir-me, tenho a permissão de defender-me (alega-se, assim, que tenho a permissão de reagir à agressão empregando, se necessário, meios agressivos). Em tais circunstâncias, é falso que essa pessoa tenha qualquer direito relativamente a mim a que *não* me defenda. Contudo, mesmo que eu tenha a permissão de reagir proporcionalmente a uma agressão de alguém, isso não implica qualquer dever em sentido estrito da outra parte (isto é, do fato de eu ter essa permissão não se pode deduzir que a outra pessoa esteja submetida a qualquer dever relativamente a mim *além do dever de não me agredir*; isto é, não se pode, por exemplo, inferir que ela tenha qualquer dever de deixar-se agredir por mim).[15]

E quanto a poderes e imunidades? Seguindo Hohfeld, ter um *poder* é ter a habilidade ou a capacidade de fazer com que outra pessoa tenha ou deixe de ter direitos de qualquer tipo (para Hohfeld, o correlato de um poder é uma *liability*, isto é, uma *suscetibilidade*). E alegar uma imunidade relativamente a alguém equivale a dizer que este não tem ou deixou de ter algum poder relativamente àquele. Isso implica dizer que, se tenho um poder relativamente a alguém, então este alguém está sujeito a uma modificação de sua condição ou posição no que diz respeito a seus "direitos" em geral (direitos em sentido estrito, permissões, poderes ou imunidades) em razão ou efeito de uma ação minha. Dizer, por outro lado, que alguém

14 O termo empregado por Hohfeld foi *privilege*. Penso, porém, que o significado pretendido por Hohfeld não era esse. Por isso, prefiro traduzir '*privilege*' por '*permissão*'. Dizemos que alguém tem um **privilégio** quando se trata de uma permissão especial ou exclusiva. Médicos, por exemplo, têm o privilégio de realizar cirurgias (trata-se de uma permissão exclusiva).

15 Hobbes supôs que no estado de natureza, isto é, no estado não-civilizado, os indivíduos se encontram em completa liberdade; no estado de natureza hobbesiano, não há deveres, logo, não há direitos. Em outras palavras, no estado de natureza hobbesiano os indivíduos têm permissões ilimitadas e nenhum direito. Por exemplo, no estado de natureza hobbesiano, qualquer pessoa teria a permissão de agredir-me, e eu de revidá-la (HOBBES, 1983). No seu *Segundo tratado sobre o governo*, publicado entre os anos de 1689 a 1690, Locke nos dá uma imagem diversa do "estado de natureza" (LOCKE, 2003). No estado de natureza de Locke, ninguém tem a permissão de agredir-me; logo, tenho (mesmo na ausência de um governo civil) o direito de não ser agredido por qualquer outro. A visão de Locke nos conduz a pensar na possibilidade de autênticos *direitos* naturais, isto é, *exigências* que teríamos contra outrem mesmo que não houvesse uma lei conferindo-as.

tem uma imunidade relativamente a mim é dizer que não tenho qualquer poder de mudar sua condição, legal ou jurídica, através de alguma ação minha.

Thomson ainda acrescenta outro tipo de direito, que ela chamou de *cluster-rights* (vou chamá-los de *direitos compostos*). Um direito é *composto* se for um direito que inclua ou contenha outros direitos. Exemplos paradigmáticos desse tipo de direito são: o direito à propriedade, o direito à vida e o direito à liberdade.

Vejamos cada um desses. Se Thomson estiver certa em classificar o direito à propriedade como um direto composto, então o que pretendemos quando alegamos direitos à propriedade? Ora, alegamos uma conjunção de "direitos", isto é, de exigências, permissões, poderes e imunidades. Ter direito à propriedade é ter não apenas direitos em sentido estrito (o direito, por exemplo, de que alguém se mantenha distante do que é meu), mas é ter igualmente permissões e, especialmente, poderes. Ter a propriedade sobre algo implica o poder de transmitir esse direito composto a outrem, ou mesmo de transmitir apenas uma permissão de uso. Ter direito à vida, por seu lado, comporta um conjunto de permissões (como a permissão pueril de viver ou de simplesmente prosseguir vivendo), bem como, e especialmente, o direito em sentido estrito de que outrem não ameace minha vida ou minha integridade física. Além disso, parece plausível que o direito à vida também comporte poderes, como a capacidade de alterar os deveres alheios de não ameaçar minha vida (é o que Feinberg e Thomson sugeriram ao interpretar o polêmico "direito" ao suicídio assistido). E o direito à liberdade? Ora, o que chamamos "direito à liberdade" (ou talvez simplesmente "liberdade") é igualmente um direito composto que comporta uma série de permissões e principalmente o direito em sentido estrito a não interferência alheia sobre certa esfera de condutas permitidas. Ele inclui igualmente o poder de conceder a alguém permissões eventuais, alterando os deveres de outrem para com o detentor do direito. É o que ocorre, por exemplo, na relação entre pacientes e médicos. É justamente este poder, parte do direito à liberdade, o que explica a permissão concedida pelo paciente ao médico de examiná-lo, bem como a permissão concedida a este de realizar procedimentos invasivos, eventualmente lesivos à sua integridade física (do que se pressupõe que qualquer pessoa tenha o direito a não ser tocada, quanto mais invadida em sua privacidade e integridade corpórea). Assim, para que um médico possa examinar um doente, medicá-lo, ou nele realizar algum procedimento cirúrgico, antes é preciso obter do paciente uma permissão, tácita ou explícita (penso que isso clareia a tese de que a doutrina do "consentimento livremente esclarecido" fundamenta-se no respeito à pessoa humana, isto é, no respeito a seu direito à liberdade).

Seguindo essa segunda visão, o que são direitos humanos? Em primeiro lugar, direitos humanos são direitos compostos. Ou seja, direitos humanos são os que comportam uma variedade de direitos hohfeldianos (exigências, permissões, e, possivelmente, certos poderes e imunidades). Porém, nem todos os direitos compostos são direitos humanos. Propriedades, por exemplo, são direitos compostos, mas o que a Declaração de 1948 enuncia como direito humano é apenas o direito a *sua* propriedade (*own property*), bem como o direito a não ser arbitrariamente privado de sua propriedade.[16] A importância da distinção se mostrará a seguir.

16 O que o artigo 17 diz é que 'Todo ser humano tem o direito à propriedade pessoal, isoladamente ou em associação com outros' e que 'Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade'. Desses dois direitos, o primeiro parece um enunciado geral em favor do direito composto de propriedade e o segundo um enunciado específico. O primeiro não esclarece quem é o portador do dever; o segundo, não obstante, deixa implícito que todo proprietário tem um direito contra quem quer que seja a não ser privado arbitrariamente de sua propriedade. O primeiro pode ser tanto interpretado como um título, quanto como uma exigência.

2.3 Direitos "naturais" e direitos "sociais".

Thomson fez uma distinção entre o que chamou de 'direitos naturais' e 'direitos sociais'. Um direito é *natural* se o pudermos conceber como válido ou verdadeiro mesmo na ausência de uma lei que o declare ou mesmo na presença de uma lei que o contradiga. Um direito é *social*, ao contrário, se não pudermos concebê-lo como válido ou verdadeiro, a menos que haja uma lei ou acordo que o legitime. Com isso, porém, Thomson não está afirmando que direitos naturais são direitos morais, nem dizendo que direitos naturais são direitos humanos.[17]

Se temos direitos "naturais", então todos estes direitos são igualmente direitos "humanos". Porém, é plausível que ao menos alguns direitos humanos sejam direitos "sociais" (no sentido de Thomson), isto é, direitos que somente podemos conceber como válidos ou verdadeiros porque há uma lei os declarando. Por exemplo, o direito à instrução gratuita (Artigo 26 da Declaração de 1948). Não é impossível imaginar uma sociedade justa em que a instrução não seja gratuita. Imagine-se uma sociedade em que a distribuição social da riqueza garanta de modo suficiente o acesso ao ensino privado, ou mesmo que torne desnecessária a demanda por gratuidade no ensino público. Não fazendo sentido nessa sociedade demandar ou exigir ensino gratuito, segue-se que esse "direito humano" não é um direito exigível em toda e qualquer circunstância (contraste isso com o direito a não ser torturado: poderíamos imaginar alguma circunstância social em que o direito a não ser torturado não fosse exigível?). A distinção, contudo, entre direitos naturais e sociais em Thomson (uma distinção metafísica) não guarda relações com a distinção entre direitos humanos e direitos em geral. Não é difícil, assim, entender os direitos humanos de primeira geração como exigências universais, já que se trata de direitos que todo ser humano plausivelmente tem contra toda e qualquer pessoa, física ou jurídica (indivíduo, empresa ou governo), sob quaisquer circunstâncias politicamente imagináveis.[18] O problema está em como caracterizar os direitos humanos de segunda geração, dentre os quais os direitos à saúde.[19]

2.4 Algumas observações sobre as definições usuais de "direito subjetivo" na dogmática jurídica nacional.

17 Thomson não emprega a distinção entre direitos morais e direitos legais. Sua concepção sobre direitos é, segundo penso, "monista" (entenda-se por monismo sobre direitos a tese de que não há a alegada "autonomia" entre a esfera legal e a moral). Direitos são moralmente relevantes, e importam para nossas decisões, sejam eles "naturais" ou "sociais", "morais" ou "legais".

18 Exigências de não agressão e não violência são verdadeiras em qualquer sociedade imaginável. Assim, embora seja possível imaginar uma sociedade utópica em que seja desnecessário demandar instrução pública gratuita, é impossível imaginar uma sociedade utópica em que as pessoas não se façam mutuamente exigências de respeito a direitos humanos de primeira geração, como o direito a não ser torturado.

19 A distinção entre direitos humanos de "primeira", "segunda", "terceira" e "quarta" geração vem sendo, porém, empregada para marcar as distintas fases históricas do processo de reconhecimento internacional e constitucional dos direitos humanos. Assim, os direitos de primeira geração referem-se às chamadas "liberdades públicas" dos indivíduos, dirigidas contra seus concidadãos e respectivos governos; já os direitos de "segunda geração" referem-se aos chamados "direitos sociais, econômicos e culturais" (que se dirigem basicamente aos governos). A Declaração de 1948 contém tanto direitos de "primeira" quanto de "segunda" geração (os direitos listados após o parágrafo XXII são direitos de "segunda geração"). Direitos à saúde incluem-se nesta categoria. Os chamados direitos de "terceira geração" são os direitos de solidariedade ou fraternidade, e envolvem demandas por um meio ambiente equilibrado, qualidade de vida, o alegado "direito ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos", e outros "direitos difusos". (Agradeço ao professor Jurandir Sebastião pelo comentário. A propósito, veja-se: MORAIS, 2006, p. 26-27; também: SARLET, 1998, p. 48-51, o qual sugere abandonar o termo "geração", substituindo-o por "dimensão").

Faz-se necessário acrescentar a seguinte observação: os leitores acostumados às definições usualmente empregadas pelos autores em nosso país certamente notarão uma diferença entre as definições dadas aqui de *direitos como exigências* (ou mesmo as definições de direitos como *títulos*) e as definições empregadas pela maioria dos juristas nacionais. De fato, há diferenças importantes a assinalar.

Há pelos menos duas interpretações diferentes, ainda que semelhantes, na dogmática jurídica nacional sobre o que são direitos, entendidos como "direitos subjetivos". Segundo uma delas, direitos são "vantagens" que um indivíduo tem sobre outrem (sobre outro indivíduo ou pessoa, física ou jurídica).[20] Segundo essa idéia, há uma relação entre dois indivíduos, um dos quais é portador da vantagem (o direito) e o outro o portador da desvantagem (o dever). Esta concepção aproxima-se da visão dos direitos como exigências. Todavia, o emprego do termo 'vantagem' é impróprio. Os defensores dessa visão empregam-no, já que supõem que nossos direitos são sempre *concessões legais*. Assim, se tenho um direito, tenho alguma vantagem legalmente concedida, o que implica a existência de alguma desvantagem legalmente *imposta* a outrem.

Contudo, direitos (subjetivos) nem sempre são (em sentido próprio) "vantagens" que temos sobre outrem. Se A tem o direito a não ser agredido por B, faria sentido dizer que A tem ou obteve legalmente uma "vantagem" sobre B, e que B, em termos correlatos, sofre a imposição legal de uma "desvantagem" relativamente a A? Talvez[21], mas nesse caso teríamos de considerar que tais "vantagens" são mútuas, já que se B também tiver direito a

20 "Direito subjetivo é uma posição jurídica vantajosa assente no direito objetivo em decorrência da incidência da norma jurídica ao fato jurídico gerador por ela considerado (suporte fático). O *dever jurídico,* contraposto ao direito subjetivo, será, por conseguinte, a desvantagem a ser suportada pelo outro sujeito afetado pela incidência da norma no suporte fático. Logo, *direito subjetivo* é uma posição jurídica vantajosa assente no direito objectivo." (WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Direito_subjectivo&oldid=3184237>. Acesso em: 25 Set 2006.)

21 Hobbes (e seus discípulos contemporâneos) de fato pensariam assim, já que no "estado de natureza hobbesiano" temos "vantagens ilimitadas" (entendidas também como privilégios) sobre todos os demais. Essas vantagens, todavia, são mútuas. Para Hobbes, a passagem desse estado de natureza para o estado civilizado se dá pela imposição da autoridade (e vontade) do soberano, que passa a disciplinar vantagens correlatas a desvantagens aos cidadãos, por meio da imposição da lei (o Direito), supostamente em benefício comum (a garantia da paz e da não-violência). Essa idéia supõe que no estado de natureza temos privilégios ou, como prefiro, *permissões* ilimitadas. O problema, segundo Thomson, por exemplo, é como entender a passagem de um estado onde há somente permissões para um estado onde há direitos (exigências) e deveres correlatos (Op. Cit., p. 49-50). É preciso, pois, supor alguém com o poder de alterar as permissões ilimitadas de alguém, conferindo-lhe direitos (exigências) ou deveres (e deveres ou direitos correlatos a outrem). Na visão hobbesiana, que tem esse poder primitivo é unicamente o soberano (o Leviatã). De onde surge a pergunta: o que nos conduziria a aceitá-lo? Provavelmente, a melhor interpretação seja a de que não nos rebelamos contra esse poder por termos interesse mútuo nos benefícios de sua aplicação: em síntese, a paz. Assim, numa visão hobbesiana (bem como para a maior parte das visões positivistas), todo poder origina-se do Estado e a legitimidade desse poder deriva-se de nossa concordância racional em nos submetermos coletivamente a ele. Essa hipótese genealógica não é certamente implausível (em termos não exatamente históricos, mas em termos metafísicos, isto é, como uma suposição abstrata, e não como uma hipótese real). Porém, há outras visões genealógicas de inspiração metafísica sobre a origem de nossos direitos e do poder atribuído ao Estado, bem como a suas funções. Locke, por exemplo, imaginava que concedemos coletivamente poderes ao governante (ou ao Estado), porém, sem necessariamente abdicarmos de certos direitos (que possuiríamos inclusive no estado de natureza, como, por exemplo, o direito a não ser agredido – derivado, segundo Locke, do direito a nosso próprio corpo e aos frutos de seu trabalho, incluindo propriedades. Para Locke, aliás, os direitos à propriedade antecedem o contrato social). Assim, a função do Estado para Locke é justamente proteger e garantir a satisfação de direitos que já possuímos, o que implicará a necessidade da criação de novos direitos (como o direito sobre o poder judiciário a um justo processo legal, o direito à presunção de inocência, entre outros). Há, assim, pelo menos duas visões genealógicas distintas sobre a origem ou o fundamento de nossos direitos (sem falar nas visões alternativas propostas pelos teoristas que, seguindo Foucault, por exemplo, acabam por reduzir o fundamento histórico de todos os direitos a circunstâncias arbitrárias). Em filosofia política, não há consensos sobre essa matéria.

não ser agredido por A, A também possui a "desvantagem" correlata de não agredi-lo. Ora, é evidente que o termo 'vantagem' não expressa corretamente a relação entre A e B. É verdade que alguns direitos são ou implicam "vantagens", mas há direitos que expressam relações que negam ou proíbem justamente a existência de certas vantagens. Dizer que A tem um direito sobre B pode querer dizer que A exige de B a ausência de uma vantagem de B sobre A (A pode exigir de B que este não tome vantagem de sua força física sobre A, e essa exigência também pode ser mútua, de modo que o que se acha proibido é que ninguém tome vantagem de sua força física sobre outrem). É um consenso, por exemplo, que o conceito de igualdade jurídica implícito nos chamados direitos humanos de primeira geração expressa exigências a que ninguém exerça vantagens (de modo a implicar alguma forma de "domínio") sobre os demais (a idéia é de que, perante a lei, somos todos iguais, de modo tal que, na condição de cidadão, ninguém se acha autorizado a deter qualquer vantagem jurídica sobre outrem).[22]

A outra interpretação é flagrantemente confusa. Afirma-se algumas vezes que direitos subjetivos são 'faculdades ou poderes que tem ou pode ter uma pessoa, ou seja, o que pode uma pessoa exigir de outra' (GUSMÃO, 1996, p. 55). Seguindo uma longa e conhecida tradição, Pereira a caracteriza como uma *facultas agendi*, ou 'o poder de ação contido na norma, a faculdade de exercer em favor do indivíduo o comando emanado do Estado', no sentido, por exemplo, de que 'o proprietário tem o direito de repelir a agressão à coisa' (PEREIRA, 1999, p. 12).[23]

Há aqui uma evidente confusão entre direitos como exigências, direitos como permissões, e direitos como poderes, uma confusão que Hohfeld, como vimos acima, já havia assinalado no início do século XX (infelizmente as advertências de Hohfeld ecoaram muito pouco em nosso meio jurídico). Dizer que um direito é o que *posso* exigir de outra pessoa é simplesmente dizer que meu direito não passa de uma mera permissão (a mim concedida

22 Qual a extensão dessa reivindicação ou exigência de igualdade é um tema ainda polêmico e intensamente debatido. Socialistas e social-democratas estendem a exigência de igualdade para além da esfera dos chamados direitos de primeira geração. Filósofos críticos ao igualitarismo sustentam, ao contrário, que a única igualdade aceitável é a condição universal de sermos tratados de modo igual perante a Lei. Hayek, por exemplo, sustentou que "o grande objetivo da luta pela liberdade tem sido a igualdade perante a lei" (1960, p. 85). De qualquer modo, exigências de tratamento igual não poderiam ser corretamente denominadas exigências por "vantagens". Assim, reduzir direitos como exigências a vantagens legalmente concedidas sobre outro(s) é enganoso, senão falacioso.

23 Um pouco mais clara é a visão defendida por Miguel Reale. Ainda assim, penso que suas definições sofrem dos mesmos defeitos da maioria das visões apresentadas nos livros-texto de Direito. Reale, de certo modo, inclusive o reconhece. Segundo Reale, há inegáveis problemas na visão de que direitos expressam uma *facultas agendi*, isto é, o "poder genérico" de pretender ou de exercer algo legalmente facultado ao sujeito da relação jurídica. Na tentativa de corrigir esses defeitos, Reale sugere que compreendamos o direito subjetivo como uma "situação subjetiva", a saber, como *a possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito* (REALE, M. 2005, p. 259). Daí sua formulação final: *o direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio* (REALE, M. Op. Cit., p. 260). Nessa visão, porém, direito subjetivo continua sendo uma "potência" de agir, uma permissão de "ser" ou de "fazer algo". Continua-se, assim, confundindo-se a permissão de se fazer algo, com a permissão de se demandar um direito (isto é, a ausência do dever de não demandar um direito), bem como com o próprio direito demandado. A propósito, na tradição anglo-saxônica, visões semelhantes foram sustentadas pelos defensores das chamadas "teorias da escolha" (*choice-theories*). Segundo estes teoristas, a função de um direito é garantir o poder de escolha dos agentes. Uma de suas versões afirma que "nada conta como um direito a menos que haja um portador do direito identificável, e ninguém conta como portador de um direito a menos que detenha a opção de executar ou de abdicar de exigir o dever correlato a seu direito" (EDMUNDSON, 2004, p. 122 – Edmundson refere-se a Herbert Hart e a Carl Wellman como dois expoentes desta visão. Joseph Raz, já citado aqui, também é considerado como defensor de uma "Will" ou "Choice-theory of rights"). As definições dos anglo-saxões são, confesso, mais claras que a de nossos juristas. Porém, penso que igualmente que os teoristas da escolha erram ao confundir as funções de (certos) direitos como seu significado.

pela lei) de exigir algo de outrem. Nessa esteira da visão dos direitos como "faculdades" ou "potências de agir", direitos são reduzidos a privilégios ou meras permissões legais de se exigir (*claim*) alguma coisa de outra pessoa. Ora, permissões são, em sentido genérico, "direitos", mas direitos em sentido estrito não são meras permissões. Como vimos acima, Hohfeld diria que uma permissão é a ausência do dever de fazer (ou não fazer) algo, logo, a ausência de um direito alheio de que eu faça (ou deixe de fazer) algo. Seriam todos os nossos direitos meras ausências de deveres? Se entendermos que a lei apenas nos impõe deveres, ainda que em benefício de outrem, nossos direitos seriam, de fato, apenas permissões de fazer coisas que a lei não nos impõe em contrário. Certo, mas e o beneficiário de nossa obrigação? Já que ele também porta um direito, que permissão teria ele, isto é, que ausência de deveres possuiria? Seria a ausência do dever de não nos exigir algo? Isto é, a permissão legal de nos exigir algo? Ora, reduzir direitos a permissões elide o problema de como entender direitos como exigências legais moralmente válidas, dando por suposto que cabe unicamente ao Estado o poder de conceder-nos permissões de exigir coisas ou condutas (desse modo, não só o "poder" que tenho de desfazer-me de uma propriedade doando-a ou vendendo-a a alguém seria resultado de uma concessão legal, mas também o poder que tenho de permitir que alguém me submeta a uma cirurgia seria igualmente uma concessão legal. Teria eu o "poder" – isto é, a permissão – de conceder a um médico a permissão de me operar apenas e tão somente porque o Estado me concedeu a licença de permiti-lo? Faria sentido pensar o Estado como tendo o poder de não me conceder essa permissão?). Note-se também como as palavras "poder" e "permissão" são empregadas de forma confusa pelos autores nacionais, bem como as palavras "direitos" e "vantagens" (ou "privilégios").

Parece-me, enfim, que a dogmática jurídica nacional confunde o conceito de direito (subjetivo) com as circunstâncias (históricas, jurídicas e mesmo morais) que fazem de alguém portador (eventual ou necessário) de um direito. Talvez seja verdadeiro que somente tenhamos direitos porque a lei (o sistema jurídico, o "direito positivo", ou simplesmente, o Direito) assim os declarou, ou porque o poder legislativo ou constitucional assim nos os concedeu (nesse caso, todos os nossos direitos seriam "sociais", na acepção de Thomson). Essa tese, no entanto, não é absurda (ainda que possamos ter motivos para discordar dela). De fato, talvez Bobbio e os positivistas tenham razão em diferenciar o discurso dos manifestos e sua eficácia jurídica atual. Mas talvez também seja verdadeiro que alguns de nossos direitos subsistam, mesmo que exista ou passe a existir uma lei que os declare extintos (os direitos "naturais" na acepção de Thomson). Afinal, ao menos em parte, o que os manifestos afirmam é que certos direitos têm subsistência, ainda que contrariamente às leis promulgadas por governos despóticos. De todo modo, considerações semânticas sobre o conceito de direito como exigência (e mesmo sobre o de direito como título) são neutras com respeito a quem está com a razão sobre esse tema metaético de fundo. No que tange à visão dos direitos como exigências, o que importa sobretudo é não confundir uma demanda por um direito (uma exigência) com uma demanda por uma permissão (ou pela ausência de uma obrigação). Também é essencial não confundir permissões com poderes. Ter uma permissão implica a capacidade (se quisermos, física) de agir de certo modo; ter um poder também implica uma capacidade, porém uma capacidade *jurídica*, a saber, a capacidade de alterar certas permissões, direitos ou poderes de outrem. Trata-se de uma distinção semântica essencial, dadas suas conseqüências não apenas semânticas, mas jurídicas.

3. É POSSÍVEL COMBINAR ESSAS DUAS VISÕES?

Temos, assim, dois conceitos ou visões distintas sobre o que são direitos em geral e direitos humanos em particular. Seriam as visões dos direitos como títulos e dos direitos como exigências visões compatíveis? É possível. Vejamos algumas possibilidades.

Joel Feinberg, que conhecia e empregava distinções hohfeldianas, entendia os direitos humanos como "direitos morais". Segundo Feinberg, direitos humanos são "direitos genericamente morais, de um tipo fundamentalmente importante, possuídos igualmente por todos os seres humanos, incondicional e inalteravelmente" (FEINBERG, 1973, p. 85).[24] Porém, nem todos os direitos constantes nos manifestos são "incondicionais" e "inalteráveis". Direitos humanos como o direito a não ser escravizado, ou como o direito a não ser submetido à tortura, nem a ser punido com crueldade, são exemplos de direitos incondicionais e inalteráveis. O mesmo pode-se dizer do direito a não ser submetido à prisão arbitrária, o direito à presunção de inocência, o direito a um justo processo legal, entre outros direitos usualmente chamados de "negativos" (ou direitos humanos de "primeira geração"). A dificuldade está em tomar justamente os chamados direitos humanos "positivos" da Declaração de 1948, em especial, os direitos enunciados nos artigos 22 a 27 (o direito à seguridade social, o direito ao emprego, ao descanso remunerado, o direito a um padrão de vida mínimo, incluindo cuidados médicos, e o direito à educação) como exemplos de direitos "incondicionais" e "inalteráveis", à semelhança dos clássicos direitos "negativos" que, segundo a visão dos direitos como exigências, fazem parte do direito composto à liberdade. Isso porque, em situações de escassez, parece plausível que tais direitos não possam ser satisfatória ou suficientemente cumpridos. Há, assim, uma clara diferença entre os direitos de primeira e os direitos de segunda geração. Segundo Feinberg:

> [...] Esses direitos humanos positivos (em contraste aos negativos) são direitos em um novo e não usual "sentido de manifesto", pois, ao contrário dos outros direitos reivindicáveis (*claim-rights*), eles não são necessariamente correlacionados com deveres de quaisquer pessoas identificáveis. A Declaração, portanto, deve ser interpretada no sentido de que todos os homens, como tais, têm uma exigência (isto é, estão numa posição de fazer exigências) pelos bens nela mencionados, mesmo que, temporariamente, não haja ninguém na posição correspondente para ser exigido (FEINBERG, 1974, p. 95).[25]

De fato, com a Declaração de 1948, e com a inserção nela dos direitos sociais de segunda geração, houve uma mudança de sentido no discurso dos direitos humanos. Essa mudança alinha-se claramente à visão dos direitos como títulos. O que Feinberg disse, portanto, foi que a Declaração deve ser interpretada como um manifesto em favor da visão de que todos os homens estão intitulados aos bens nela mencionados, estando assim em condições de exigi-los em circunstâncias específicas.

Esta parece ser também a interpretação de John Finnis (1980). Para Finnis, quando exploramos a lista dos direitos declarados no manifesto de 1948, damo-nos conta de que essa concepção moderna dos direitos como "manifesto" (Finnis refere-se ao novo sentido comentado justamente por Joel Feinberg[26]) é:

24 Também em: FEINBERG, 1974, p. 128.

25 Também em: FEINBERG, 1974, p. 142.

26 Em: FEINBERG, 1974, p. 67.

> simplesmente um modo de esboçar as *linhas gerais do bem comum*, [isto é,] os vários aspectos do bem-estar individual em comunidade. Nesse esboço, a referência a direitos apenas contribui para pontuar o que se acha implícito na expressão "bem *comum*", a saber, que *cada* bem-estar e que o bem-estar de cada um [...] deva ser considerado e suprido, o tempo *todo*, pelos responsáveis por coordenar a vida comum.

Finnis procura compatibilizar as duas visões numa única concepção coerente. Admitindo que o sentido da moderna linguagem dos manifestos toma direitos como relações entre dois termos, isto é, entre uma classe de pessoas e uma classe de bens (a vida, o corpo, a liberdade de expressão, propriedade ou posse de propriedades, etc.), Finnis conclui que, "antes que essas asserções possam razoavelmente outorgar uma verdadeira força conclusiva, elas devem ser transformadas em relações específicas de três termos", isto é, em direitos hohfeldianos (FINNIS, 1980, p. 218). Finnis não dispensa a visão dos direitos como exigências. Ao contrário, ele a considera indispensável, ainda que primariamente embasada em uma concepção geral de direitos como títulos (ancorados em princípios morais abstratos, derivados da lei natural).

De minha parte, penso que as soluções de Feinberg e Finnis não respondem ao problema lógico antes formulado, a saber, o problema de Hume: como se pode derivar a conclusão de que devemos uns aos outros certos bens pelo mero fato de os necessitarmos? Não quero dizer que isso não faça sentido dizer que devemo-nos tais bens uns aos outros, e, sim, que, seguindo Hume pretendia, o problema é que essa conclusão não se segue, ao menos *dicto simpliciter*, das premissas de que tais bens são essenciais a nós. Não penso que a teoria de Finnis é capaz de respondê-lo: sua passagem de sua visão dos direitos como títulos a uma visão dos direitos como exigências não me parece suficientemente justificada (em outras palavras, não penso que o argumento de Finnis é completo). De fato, penso, inclusive, que seu apelo a uma metafísica do bem é uma complicação desnecessária. Felizmente, é possível mostrar como se pode derivar obrigações de afirmações elementares sobre direitos sem recorrer aos supostos metafísicos presentes na visão de muitos dos defensores da visão dos direitos como títulos.

Note-se como o problema posto por Hume não afeta a visão dos direitos como exigências, pois a passagem da afirmação de que X tem um direito sobre Y de que *p* para a conclusão de que Y tem um dever com respeito a X de que *p* é, claramente, uma passagem logicamente válida. Afinal, sendo as duas afirmações semanticamente *equivalentes*, a derivação do dever (*duty*) de um direito é uma derivação *dedutivamente* válida! Em outras palavras, se X tem um direito com respeito a Y de que *p*, por equivalência, é necessário que Y tenha um dever com respeito a X de que *p*. Do que se segue que Y tem um dever de que *p*. Esta é, penso, uma grande vantagem dessa visão sobre sua adversária. Derivar, todavia, o que se deve (*ought*) fazer desse ou de outros deveres (*duties*) não é algo a que se pode chamar corretamente de uma *dedução*. Certamente, pois não é o mesmo dizer que Y tem um dever (*duty*) de que *p* e dizer que Y deve (*ought*) fazer com que *p* seja o caso. No entanto, inferir (de modo *não* dedutivo) este "deve" (*ought*) de um "dever" (*duty*) é algo bem menos misterioso do que inferir um "dever" (*duty*) de necessidades ou fatos.[27]

27 Procurei desenvolver essa idéia em um artigo recente, intitulado 'Uma teoria moral baseada em direitos', publicado em: SCHÜLER & BARCELLOS, 2006, p. 91-118.

Desse modo, conclui-se que direitos como títulos são princípios gerais que somente traduzem direitos subjetivos na medida em que se tornam interpretáveis como exigências (em sentido hohfeldiano). De meros direitos como títulos não se pode, rigorosamente, derivar conclusões práticas (um juiz, por exemplo, não poderia empregar sua jurisprudência caso partisse apenas dessas formulações gerais). É preciso "traduzi-los", com efeito, para a linguagem dos direitos como exigências, já que, de direitos como exigências, é possível derivar-se conclusões ou decisões práticas.

4. DIREITOS À SAÚDE COMO EXIGÊNCIAS DOS CIDADÃOS CONTRA SEUS GOVERNOS.

Voltemos, agora, ao problema de quais direitos à saúde são propriamente direitos humanos. Segundo a opinião de muitos ativistas que empregam a visão dos direitos como títulos, todos os direitos à saúde são direitos humanos. Nessa visão, porém, não se esclarece quem é o portador do dever.[28] Mas, segundo a visão dos direitos como exigências, direitos à saúde são direitos compostos. Eles comportam, portanto, ao menos exigência e permissões, e, possivelmente, poderes e algumas imunidades. Quais seriam, porém, os portadores dos deveres correlatos aos direitos à saúde entendidos como exigências? E a que exigências estamos nos referindo?

Antes, voltemos à visão dos direitos como títulos. Para o defensor da visão dos direitos como títulos, saúde é um bem, e o direito à saúde um direito humano a esse bem essencial. Todavia, parece claro que o que os manifestos pretendem asserir é que cabe aos governos garantir os meios para que seus cidadãos tenham saúde. Mas que meios seriam esses? Veja-se, por exemplo, o que diz o conteúdo do artigo 25 da Declaração de 1948:

> Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar pessoal, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais necessários, e direito à seguridade em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Penso que o que esse enunciado estabelece é que saúde e bem-estar são bens desejáveis, e que ter um padrão de vida *capaz* de assegurá-los, ou, mais propriamente, ter um padrão de vida que permita fornecer a si e aos seus os meios adequados para a sua proteção, promoção e recuperação é um direito que cada um tem com respeito aos demais, logo, um direito que pode ser justamente exigido do governo. Note-se que o enunciado não estabelece que cabe ao governo garantir um sistema público de atenção e assistência à saúde individual ou coletiva, e, sim, que todos têm direito a um padrão de vida *mínimo* capaz de prover os meios

28 Uma das críticas de filósofos libertarianos como Hayek à visão apresentada pelos manifestos é de que 'não tem sentido falar de um direito a uma condição a que ninguém tenha um dever, ou talvez o poder, de realizá-la' (1976, p. 102). Para Hayek, é igualmente sem sentido falar de um direito como uma exigência dirigida à sociedade (na sua linguagem, a uma "ordem espontânea"). Do que se conclui que, quanto aos "direitos positivos", tratam-se obviamente de demandas dirigidas a alguém (uma pessoa, ou uma organização), a qual teria o dever correspondente de prover o que outros têm o direito de possuir ou desfrutar. Hayek é da opinião que a demanda por direitos humanos positivos é insensata, pois para que tais direitos possam ser efetivados é preciso construir uma organização política capaz de implementar ações contrárias aos princípios que regem a ordem social espontânea que lhes confere legitimidade. Neste artigo, porém, dou por suposto que é possível que certos direitos sociais positivos podem ser gerados sem oposição aos direitos negativos essenciais à promoção da liberdade na vida em sociedade.

necessários ou imprescindíveis para o bem estar e a saúde pessoal e de sua família.

Independentemente disso, a interpretação usual é de que temos um direito social contra os governos a um padrão de vida capaz de prover os meios adequados para a promoção, proteção e recuperação da saúde individual e familiar, e que esse padrão mínimo de vida inclui ou pode eventualmente incluir a oferta de ações e serviços públicos de saúde. É o que me parece plausível, seguindo-se a visão dos direitos como exigências. Direitos à saúde são direitos compostos que temos coletivamente contra o Estado, mais especificamente, contra os governos. Porém, desses direitos, os direitos especificamente humanos são os direitos que temos a um *padrão mínimo de vida* que nos garanta o acesso aos meios para a promoção, proteção e recuperação de nossa saúde. Se esse padrão mínimo, dadas as circunstâncias peculiares da vida social em certo país, inclui ou exige a oferta de ações e serviços *públicos* de saúde, então a oferta dessas ações e serviços públicos tem seu fundamento nos direitos humanos. Nesse caso, pode-se dizer que *certos* direitos à saúde derivam-se de *certo* direito humano. Mas, note-se, nem todas as ações e serviços de saúde possíveis se incluem *necessariamente* no conteúdo do direito humano à saúde, e, sim, apenas aquelas ações e serviços públicos que, dadas as circunstâncias específicas de um país, podem ser considerados como meios adequados ou necessários para que *todas* as pessoas tenham acesso igual aos meios para a promoção, proteção e recuperação de sua saúde, e, assim, para que todos possam igualmente gozar efetivamente de um padrão mínimo de vida capaz de prover esses meios.[29]

Os direitos humanos à saúde são, portanto, direitos individuais que coletivamente temos contra os governos, a saber, exigências comuns de ações em saúde pública, e exigências comuns a ações e serviços públicos capazes de garantir que tenhamos igualmente um padrão mínimo de vida e, portanto, de acesso a bens tais como: cuidados em saúde e assistência médica. Eventualmente, pode ser necessário, para que se garantam tais direitos, que os países tenham sistemas públicos de saúde com cobertura universal de assistência, como o sistema de saúde de nosso país (o SUS), ou como o sistema de países como Inglaterra, Cuba, Canadá ou França. Mas isso não significa dizer que sistemas de saúde distintos são incompatíveis

29 Penso que esta idéia assemelha-se ao que é proposto por Amartya Sen e Martha Nussbaum como conteúdo real dos direitos humanos (SEN, 2004; NUSSBAUM, 2000). Sen, contudo, insiste em diferenciar capacidades (*capabilities*) de meios (*means*), defendendo que o que importa são as capacidades reais das pessoas para realizarem livremente projetos de vida quaisquer (o que caracteriza sua visão sobre o conceito positivo de "liberdade" ou "*freedom*"). Para Sen, o objetivo de todo sistema de justiça é garantir liberdades positivas iguais. E como a liberdade positiva de cada um equivale ao conjunto de capacidades individuais (para produzir realizações diversas), Sen enfoca como ideal de justiça a igualdade em capacidades (ou o que Nussbaum chama de princípio de "a cada a sua capacidade"). Entendo, assim, que tanto Sen como Nussbaum poderiam ser classificados como defensores de uma concepção de direitos como "títulos" (no sentido de que um direito humano equivale à titularidade a uma capacidade básica). Se alguém não está atualmente intitulado a alguma capacidade humana básica, então este alguém está sendo violado em um de seus direitos fundamentais. Porém, entendendo-se direitos como exigências, não há como não considerá-los como demandas ou reivindicações, isto é, como exigências por *meios* (ainda que a justificativa moral seja: os meios necessários para que certas capacidades básicas achem-se distribuídas entre as pessoas ou indivíduos de modo igual). Inobstante essa diferença teórica, o resultado final é semelhante: tanto minha proposta, como a de Sen e Nussbaum, apontam para a idéia de que os direitos humanos são direitos a certo padrão de existência humana digna ou humanamente satisfatória. Minha visão, porém, é de que os direitos humanos sociais à saúde são exigências específicas dirigidas aos governos por meios (isto é, ações de atenção e assistência à saúde) capazes de garantir que ninguém esteja aquém de certo padrão básico ou essencial de vida ou, nas palavras de Sen, de "liberdade positiva". Em minha visão, o conteúdo da exigência corresponde justamente a tais meios (e que a capacidade visada é o ideal moral, isto é, a justificativa moral dessa exigência). A semelhança entre as duas visões é que tais meios podem ser variáveis. Uma pessoa pode não precisar demandar do governo o provimento de certos meios que outra pessoa certamente precisa exigir, para que ambas possam gozar uma mesma condição humana básica de vida ou, se preferirmos, de *dignidade*.

com os direitos humanos. Sistemas públicos de saúde direcionados apenas a grupos menos favorecidos podem ser eventualmente compatíveis com os direitos humanos. O essencial é que, nesses países, ninguém deixe de ter um padrão de vida capaz de proporcionar os meios necessários para cuidar e prover assistência à sua saúde. O que se acha declarado, ao menos no manifesto de 1948 (e este é de fato o principal documento sobre direitos humanos que temos), é que é uma obrigação dos governos garantir esse padrão de vida, seja oferecendo serviços públicos universais, seja oferecendo garantias ou serviços àqueles que não tenham condições de provê-los, digamos, por renda insuficiente ou outras limitações. Qual política pública de saúde é a mais eficiente? Ora, este não é um problema que diga respeito propriamente ao conceito e à teoria dos direitos humanos: é um problema de política *local*.

5. O BARATO PARA MUITOS OU O CARO, MAS NECESSÁRIO, PARA POUCOS?

Vimos que é possível que existam direitos à saúde que não sejam, em sentido próprio, direitos humanos. Isto é, é possível que tenhamos exigências válidas e verdadeiras contra o governo a certos meios capazes de promover, proteger e recuperar a saúde, e que tenhamos (ao menos alguns de nós), independentemente disso, um padrão de vida suficiente para provê-los, no todo ou em parte, sem o auxílio governamental. Se o direito social à saúde, interpretado como uma exigência (e não apenas vagamente como um "título"), for um direito contra os governos, e se o direito humano à saúde for o direito a ações e políticas públicas capazes de garantir um padrão mínimo de vida que inclua o acesso a meios de promoção, proteção e recuperação da saúde, é possível que existam direitos à saúde, obtidos e garantidos por lei, que, todavia, exijam que o governo proporcione acesso a esses ou a certos meios *mesmo a pessoas que já tenham condições ou renda capazes de provê-los*. Penso que esse é justamente o caso de nosso país. Nossa legislação em saúde não somente estabelece que temos direito a um padrão mínimo de vida capaz de garantir os meios para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Ela estabelece mais do que isso. Ela exige do governo que este garanta a todos os brasileiros o acesso a um único sistema público de saúde capaz de proporcionar atenção integral à saúde, independentemente de sua renda ou condição social.

Porém, não é pelo fato de que alguns direitos à saúde não sejam propriamente direitos humanos que a concessão desses direitos deva ser tomada como ilegítima ou injusta. Direitos são *sempre* direitos (sejam eles direitos humanos, sejam eles apenas direitos em sentido geral). Se a lei determinou que tenhamos em nosso país, todos, o mesmo direito à assistência pública, segue-se que o governo tem o dever de supri-la, sendo injusto que não o faça. Veja-se o caso de nosso país. A lei 8080/90 determinou que todo brasileiro tem direito à assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.[30] Ora, ainda que nem toda assistência farmacêutica prestada pelo governo possa ser estritamente classificada como um direito *humano*, isso não implica que o governo não tenha igualmente o dever de prestá-la. Mesmo que certa assistência farmacêutica governamental não represente para certa pessoa ou família uma oferta imprescindível,

30 Este é apenas um aspecto da lei. Vejamos algumas passagens fundamentais. No artigo 2º da Lei 8080/90 temos que: "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício." No parágrafo 1º, afirma-se que: "O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação." Já no artigo 6º, afirma-se: "Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica."

ou seja, mesmo que uma pessoa disponha, independentemente do que o governo possa lhe oferecer, de um padrão de vida mínimo (ou mais do que mínimo), adequado e suficiente para garantir a assistência à sua saúde sem a interferência governamental (sem, por exemplo, a necessidade da oferta de um serviço público), ainda assim, dada a legislação vigente em nosso país, o fato é que todos temos o mesmo direito a sermos atendidos no sistema público, bem como o mesmo direito à assistência farmacêutica pública. Assim, o governo brasileiro, em respeito à Constituição e à lei, não pode, sem uma boa razão, deixar de prestar esse serviço a quem quer que seja. E não importa, *prima facie*, a magnitude do gasto.

Há, evidentemente, interpretações diferentes. Veja-se, por exemplo, a tese defendida recentemente por Luiz Fernando Barzotto. Em um artigo intitulado "Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética", o brilhante professor de Filosofia do Direito da PUC do Rio Grande do Sul diz que:

> O *direito à saúde* não é uma qualidade individual, mas uma *relação de justiça* que X mantém com os outros membros da comunidade. A saúde, considerada em si mesma, é algo naturalmente adequado ao ser humano, uma qualidade necessária à sua auto-realização. Mas na sua manifestação histórica, como um direito, ela deve ser considerada nas suas conseqüências, isto é, como algo devido no interior de uma comunidade, o que relativiza um bem que em si mesmo é absoluto.

Logo a seguir, complementa:

> Se a comunidade não possui 10 milhões para fornecer a X sem que seu orçamento entre em colapso (bem comum) e/ou inviabilize o tratamento médico devido a outros membros da comunidade (igualdade), a *saúde* de X será afetada, mas não o seu *direito à saúde*, pois 10 milhões não é algo adequado a ele como membro da comunidade, o que significa dizer que os outros membros da comunidade não lhe devem isso (BARZOTTO, 2005, pp. 102-3).[31]

Concordo que o "direito à saúde" não é uma qualidade individual, e, sim, uma relação de justiça; porém, não se trata exatamente de uma relação de justiça entre um indivíduo e sua comunidade. Penso que a relação, em termos estritos e diretos, é entre um indivíduo *e o governo*, e seu conteúdo: "meios de promoção, proteção ou recuperação da saúde do portador do direito". Barzotto, ao atacar a idéia de que o direito é uma qualidade individual, opõe-se a um aspecto essencial à visão dos direitos como exigências. Direitos entendidos como exigências são *sempre* direitos individuais. São relações, certamente, mas em um sentido diverso do que Barzotto pretende. Não são igualmente qualidades (esta era a tese da visão dos direitos como títulos, a saber, que direitos, primariamente, expressam uma relação entre um indivíduo e um bem – vimos, porém, o quanto essa visão é insuficiente). Na visão dos direitos como exigências, por outro lado, direitos são relações entre *três* termos, e o portador de todo direito é *sempre* um indivíduo (note-se que mesmo os chamados direitos coletivos são também em última instância direitos de indivíduos, e penso que o mesmo vale igualmente para os chamados direitos difusos).

A dificuldade se deve à confusão feita entre as duas visões gerais existentes sobre o que são direitos. Para a visão de quem se restringe à concepção dos direitos como títulos, saúde é "algo naturalmente adequado ao ser humano, uma qualidade necessária à sua auto-realização"

31 A visão de Barzotto sobre a ética é amparada principalmente em Aristóteles e Tomás de Aquino.

(tal como sustenta Barzotto). Mas, para quem reconhece a insuficiência dessa visão e busca complementá-la a partir da visão dos direitos como exigências, o termo 'saúde' contido na expressão 'direito à saúde' não denota propriamente o estado objetivo *saúde*, objeto ou fim das políticas públicas de "saúde". 'Saúde', conteúdo do direito à saúde, diz respeito a ações e políticas públicas. O direito à saúde não é, tal como os defensores da visão dos direitos como títulos supõem, o direito a ter *saúde*. Seguindo-se a visão dos direitos como exigências, uma pessoa pode infelizmente não vir a ter saúde, entendida como um dos bens necessários à sua auto-realização, e, mesmo assim, ter seu *direito à saúde* satisfeito.[32] Seguindo-se a visão dos direitos como exigências, o direito à saúde é um *meio* para o alcance de um *fim* desejável, e o *direito humano à saúde* o direito individual tido em comum a ações e políticas governamentais capazes de garantir um padrão mínimo de vida capaz de prover os meios adequados à promoção, proteção e recuperação de sua saúde e de seus familiares.[33] Assim, ao contrário do que defende Barzotto, penso que é possível imaginar circunstâncias nas quais alguém tenha um direito humano contra o governo a gastos eventualmente altos[34] para proteger ou recuperar sua saúde debilitada. Por exemplo, se for verdadeiro que certa forma de assistência à saúde é

32 Exemplo, uma pessoa pode ser adequadamente assistida pelo governo em seu direito à saúde (tendo assim acesso aos meios capazes de promover, proteger e recuperar a sua saúde) e, infelizmente, vir a não ser uma pessoa saudável (lembre-se aqui a tese de que a medicina, por exemplo, é uma profissão cujas obrigações são de meios e não de fins: o fim **saúde** não pode, portanto, ser o objeto do direito à saúde, entendido, entre outros benefícios, como direito à assistência médica). Segundo a visão dos direitos como exigências, ter um direito é ter uma exigência ou demanda válida contra alguém de que 'p'. Substituamos 'p' por '*X* é saudável'. Ora, se '*X* é saudável' fosse o conteúdo do direito de *X* sobre *Y* (no caso, o governo), então se alguém infelizmente viesse a adoecer estaríamos diante de uma infração a seu direito, o que é um absurdo. Agora, substituamos 'p' por '*X* tem acesso aos meios necessários para promover, proteger e recuperar sua saúde'. Se 'p' não for o caso, temos uma infração ao direito de *X*. Isto é, nesse caso, *X* não tem acesso aos meios para a atenção e assistência à sua saúde, algo que efetivamente cabia ao governo proporcionar. Estamos diante de uma infração aos direito de *X*, e a responsabilidade do governo de garantir este estado de coisas, a saber, 'p': 'o acesso de *X* aos meios de atenção e assistência à sua saúde' é certamente plausível.

33 Ter direito ao *fim* buscado pelo direito é somente plausível no âmbito da visão dos direitos como títulos. Qual o fundamento do direito à saúde? Penso que o fim buscado pela realização do direito é o que fundamenta esse direito. Na visão dos direitos como títulos este fim é entendido como sendo ele próprio *o* direito (o objeto do título ou posse); na visão dos direitos como exigências, o fim é o fundamento moral (ou o argumento que temos em favor) do direito que alegamos contra alguém, no caso, o governo.

34 É difícil, mas não impossível imaginar gastos tão altos com a assistência individual à saúde de alguém como os 10 milhões imaginados por Barzotto. Talvez Barzotto esteja pensando em gastos com um grupo específico de indivíduos, ou gastos ao longo de um tempo. Talvez se trate de alguém que precise de alguma prótese como um "coração artificial" (não sei se custaria tanto). Porém, se uma pessoa viesse a precisar de um tratamento de 10 milhões, provavelmente somente alguém como Bill Gates teria recursos para garanti-lo. Mas, aceitemos o desafio. Imaginemos que João tenha uma doença que somente poderá ser curada ou medicada com um tratamento cujo custo é 10 milhões de reais. Agora, imaginemos um tratamento de baixo custo, de 10 reais por exemplo. Imaginemos agora que o governo disponha de 10 milhões em caixa. O que seria mais injusto: dar o tratamento de 10 reais a 1milhão de pessoas ou dar o tratamento de 10 milhões a João? Penso que somente um utilitarista diria que *certamente* é dar 10 reais para 1 milhão de pessoas. O utilitarismo moral é uma teoria moral conhecida, e algo plausível. Porém, Barzotto não é um utilitarista, nem mesmo um conseqüencialista (apesar de sua menção à palavra 'conseqüência', como o conheço, sei que com essa palavra ele não pretendia sugerir um critério conseqüencial). Por isso, custo a entender porque deixar de tratar João, ou quem sabe a morte de João no caso, seria a opção preferível para um não conseqüencialista. Pois, convenhamos, é mais provável que 1 milhão de pessoas tenham condições de arcar com o ônus do tratamento de 10 reais que João tenha condições ou renda para pagar seu tratamento. O que é mais injusto? O que é mais "desigual"? Qual das duas alternativas (tratar João ou tratar 1milhão de pessoas) é a que melhor satisfaz as exigências dos manifestos de defesa dos direitos humanos? Teria cada uma das pessoas necessitadas de tratamentos a um custo individual de 10 reais um direito humano contra seu governo a um tratamento médico gratuito? Não faria, ao contrário, dizer que é João quem teria um direito humano ao apoio dos demais e à assistência pública? Pessoalmente, tenho dúvidas se teríamos (ou se o governo teria) o *dever humano* de custear (por meio de fundos públicos) o tratamento médico de João. Porém, considerando as duas alternativas, certamente não é correto concluir que teríamos, em prejuízo a João, um dever humano de arcar com o custo de tratamentos acessíveis.

essencial para o tratamento ou recuperação da saúde de X, e se for verdadeiro que X não tem condições pessoais de arcar com este ônus, então é igualmente verdadeiro que X não tem um padrão suficiente de vida capaz de garantir os meios necessários para proteger e recuperar sua saúde. Nesse caso, X tem legitimidade para exigir, amparado não somente na lei 8080, mas também em um direito humano, que o governo implemente ações que garantam seu acesso a essa forma de assistência. Parece-me óbvio que nossa legislação protege esse direito.

Contudo, pode ser eventualmente verdadeiro que o governo não disponha desses recursos (ou que não disponha de *todos* esses recursos). Pode também ocorrer que existam recursos, mas que empregá-los na assistência médica a X implique prejuízos a outras ações e políticas igualmente indispensáveis a outras pessoas (ou a todas, como no caso de ações em saúde coletiva). Ora, este já é outro problema (e, a propósito, convém não confundi-los). Talvez, nesses casos, o governo tenha razão em não fornecer a X o recurso. Mas isso não implica a conclusão de que, dadas essas circunstâncias, X não tinha (ou tenha deixado de ter) direito a essa assistência, e que o governo não tinha ou tenha deixado de ter o dever de garanti-la. O que se conclui é que o governo pode (lamentavelmente) ser eventualmente forçado a infringir os direitos de X, ainda que sem culpa, desde, é claro, que tenha uma justificativa aceitável. Independentemente disso, cabe certamente ao governo buscar alguma forma de compensar o dano gerado por sua omissão.[35]

Thomson propôs uma distinção interessante entre *infringir e violar* um direito (THOMSON, 2002, p. 122). Toda violação a um direito é uma infração, mas nem sempre se viola um direito ao infringi-lo. Infringe-se um direito sem violá-lo sempre que houver uma razão aceitável para fazê-lo. Ou seja, eventualmente, a decisão de não cumprir uma obrigação (e de, com efeito, infringir um direito alheio) pode ser a decisão *correta* a tomar-se. Porém, *eventualmente,* e não *sistematicamente*! Se uma certa infração a direitos reconhecidos for sistemática, estamos diante de um problema mais sério. Parece-me correto dizer que infrações sistemáticas são *injustificáveis*. São, portanto, *violações*. Um direito sistematicamente infringido ou é um direito que vem sendo sistematicamente violado, ou é um direito que não deveria ter sido inicialmente ou legalmente concedido (o que só pode valer para o caso de direitos que não são propriamente direitos humanos). Nesse segundo caso, parece razoável que, em se tratando de direitos sociais à saúde, que eles devam ser alterados por quem tem o poder de fazê-lo, no caso, certamente não o governo, e sim o Poder Legislativo (em outras palavras, o erro está na lei). Mas, se o direito sistematicamente infringido for um direito humano, o dilema nos conduz ao outro pólo da solução, pois nesse caso violaríamos esse direito ao extingui-lo ou alterá-lo: nesse caso, quem deve se adaptar a ele, e à lei, é o governo.

Em nosso país, penso que temos vários direitos à saúde sendo sistematicamente infringidos, e muitos se tratam de direitos que não poderiam estar sendo infringidos, logo, trata-se de *violações*. Se uma pessoa *necessita* de certo tratamento, e se for verdadeiro que ela

35 Tratei de dilemas dessa natureza em meu artigo "Direitos à saúde: demandas crescentes e recursos escassos" (publicado em: GAUER *et alli*, 2005, p. 45-100). A propósito, Judith Thomson é quem afirma que a ausência de culpa (se quisermos, "moral" ou "subjetiva") não implica necessariamente anulação de responsabilidade (em termos, se quisermos, "objetivos"). Thomson não emprega, contudo, o termo "culpa" em sentido rigorosamente jurídico, e sim em um sentido vago, tal como usualmente se faz em filosofia moral. O tema, porém, é complexo, tanto para a filosofia moral como para a ciência jurídica. Penso, não obstante, que há relações entre esse tema, tal como abordado pela filosofia moral, e o tema da distinção entre responsabilidade "objetiva" e responsabilidade "subjetiva" na ciência jurídica (parto, evidentemente, da suposição de que os objetos temáticos do Direito e da teoria moral não são e nem poderiam ser radicalmente distintos). Sobre a temática da distinção entre os diversos tipos de responsabilidade jurídica, veja-se o artigo de Jurandir Sebastião, "Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal" (*Unijus*, 2005, 8 (8): 11-40).

não tem condições de arcar com seu ônus, não importa se ele é caro ou barato: o governo tem o *dever* (*duty*) de garanti-lo. Eventualmente, pode haver uma razão para não satisfazê-lo, mas não para não satisfazê-lo de modo sistemático. Quem deve se adaptar à essa dificuldade é o governo, e não a lei ou o portador do direito. O governo, nesses casos, deve buscar construir uma política ou uma via administrativa que crie as condições necessárias de satisfação desse direito (pense-se, por exemplo, no bem sucedido e elogiado programa de fornecimento de anti-retrovirais para portadores do vírus da AIDS).[36]

Imagine-se agora o caso de alguém que seria certamente beneficiado com certo tipo de tratamento, mas que haja razões para não considerá-lo propriamente *necessário,* isto é, um tratamento *imprescindível* (pense no caso de doenças benignas de baixa ou baixíssima letalidade). Ora, parece-me claro que estamos também, ao menos em nosso país, dada a lei vigente, igualmente diante de uma demanda verdadeira por um direito. Contudo, se esse tipo de tratamento for significativamente oneroso para o governo, penso que há razões para pensarmos em mudar a lei, caso garanti-lo implique limitar ou reduzir gastos com saúde coletiva, ou com tratamentos, caros ou baratos, não importa, porém *necessários.* Note-se que não é exatamente o custo para o governo o que deveríamos levar em conta. Eventualmente, garantir um tratamento caro para uma ou poucas pessoas em detrimento de garantir tratamentos individualmente baratos para muitos é o que deveríamos preferir. Garantir um tratamento caro, porém necessário, para alguém pode ser justamente aquilo que o governo *deve* fazer em respeito aos direitos humanos (e, se quisermos, em respeito à equidade). Diante dessa obrigação, o dever de garantir por igual a todos um tratamento financeiramente acessível a muitos é certamente um dever menos imperioso. Penso que, dada a legislação brasileira em vigor (vide a Lei 8080/90), os brasileiros têm atualmente *ambos* direitos (isto é*,* tanto ao caro como ao barato, tanto ao necessário como ao relativamente prescindível), não obstante pareça-me claro que, num eventual conflito gerado pela escassez de recursos, o governo deva optar por dar cumprimento ao primeiro, isto é, ao dever de garantir o imprescindível e caro (isto é, o que é essencial e que está além das condições de alguém de custeá-lo por seus próprios meios). Afinal, em termos de políticas públicas de saúde, e em se tratando de respeito a direitos humanos, o que importa não é o benefício ao maior número, ou as conseqüências para a maior parte dos afetados: o que importa é o respeito à humanidade de cada um de nós.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Direitos humanos à saúde são direitos que razoavelmente demandamos sobre os governos, ancorados no desejo moral de arranjos políticos que protejam os desafortunados e garantam (por humanidade) ações públicas em benefício dos que, por várias razões, são ou se tornaram incapazes de garantir, sem o apoio e solidariedade dos demais, os meios para a promoção, proteção ou recuperação de sua própria saúde (e/ou daqueles sob sua responsabili-

36 Um dos problemas mais críticos da administração pública (e mesmo da privada) em saúde é como arcar com o custo elevado dos novos medicamentos e tratamentos que empregam novas tecnologias. Não falo do caso de medicamentos novos que ainda não foram suficientemente comprovados ou para os quais ainda não se demonstrou eficácia superior aos medicamentos usuais. Falo de medicamentos e tratamentos caros para os quais há consenso entre os médicos de que se são alternativas superiores às alternativas de menor custo. Um dos problemas, por exemplo, é como lidar com os altos valores impostos pelas relações de mercado. Embora este não seja um problema desconsiderável, cabe ao governo encontrar soluções (tal como o governo brasileiro parece ter encontrado para casos específicos, como foi com a política de assistência à infecção pelo vírus da imunodeficiência humana). Não é justo transferir o ônus ao portador do direito, no caso, o cidadão.

dade). Direitos *humanos* à saúde são reivindicações políticas atuais, ancoradas nos princípios humanitários declarados pelos manifestos, e dirigidas aos governos. Portanto, o escopo dos direitos humanos à saúde é menor que o escopo dos direitos à saúde *em geral*. Ainda que os direitos à saúde que não satisfaçam a condição que os tornariam direitos humanos sejam igualmente *direitos*, não faz sentido alegar que temos sobre eles qualquer tipo de imunidade. Direitos à saúde que não satisfaçam a condição que os tornaria "humanos" são direitos efetivos que, caso todavia não os tivéssemos em comum (isto é, caso não existisse um arranjo legal ou constitucional que os declarasse como direitos sociais), poderíamos deixar de possuí-los sem que houvesse ofensa à nossa dignidade (ou seja, não estaríamos, sem eles, sujeitos ao infortúnio e ao risco de vivermos sob uma condição miserável ou "desumana"). Do que se segue que o poder legislativo não agiria de forma injusta ao, de forma legítima, alterá-los, dados certos motivos publicamente razoáveis (caso, por exemplo, certas prioridades públicas razoavelmente exijam investimento oficial em determinadas áreas em detrimento da área geral da saúde).[37] A razão é que há diferentes arranjos políticos capazes de satisfazer as exigências políticas erguidas pelos manifestos. E os princípios e razões especiais que podem nos levar a escolher um arranjo dentre outros não podem apelar ao conteúdo político dos direitos humanos. Clamar por direitos humanos, de forma indiscriminada, como justificativa para a concessão de todo e qualquer direito é apenas *retórica demagógica*, já que nem todas as razões políticas para a defesa de um direito precisam apelar aos direitos humanos para que possam ser consideradas razoáveis. Afinal, há outras razões políticas capazes de fundamentar e justificar a concessão legal de um direito. Tais razões são boas ou más a depender de um conjunto de fatos e circunstâncias social, econômica e politicamente variáveis.[38]

Em nosso país é crescente o apelo por mudanças na legislação em saúde. Assim, faz-se necessário retomar a discussão sobre uma ampla reforma sanitária. Do contrário, as crescentes e indiscriminadas exigências à assistência pública universal à saúde, corretamente ancoradas na Lei 8080/90, tornarão, cedo ou tarde, o sistema público de saúde inadministrável. De fato, já há boas razões para considerá-lo ineficiente, e reconhecendo-se que sua existência deriva-se da carta de direitos e da legislação que a complementa, estamos diante de injustiças flagrantes, e algumas bastante graves. Há boas razões, portanto, para alterar a legislação que criou e que organiza o Sistema Único de Saúde (o que, ao menos em alguns aspectos, exigirá mudanças de natureza inclusive constitucional). Não há, todavia, por que temer recuos ou avanços políticos. O fundamental, enfim, é garantir, seja qual for a reforma necessária, que nossos direitos essenciais, nossos direitos *humanos* à saúde, jamais venham a ser suprimidos ou alterados.

Há várias alternativas. Uma delas consiste em optar por mantermos no país a existência de um sistema verdadeiramente *único* de saúde, incluindo nele, portanto, igualmente os serviços privados. Atualmente, embora se diga que o SUS é um sistema de saúde "único",

37 Deixo para os especialistas em Direito a questão de se esta reforma ou alteração poderia ser feita por legislação ordinária ou se exigiria uma reforma constitucional. Meu ponto é apenas assinalar que essa reforma é de um ponto de vista moral possível (ainda que de um ponto de vista jurídico procedimental essa reforma possa exigir medidas mais complexas).

38 Viver em um país que garanta a seus cidadãos atenção e assistencial universal à saúde é, sem dúvida, uma vantagem, e a concessão de vantagens e benefícios sob condições de igualdade vem sendo um dos motivos para a defesa da intervenção estatal ou governamental em áreas de interesse comum, como a assistência a saúde. Investir na sustentação de um sistema público de saúde universal e eqüitativo é um tema, todavia, aberto ao debate público. Investir em ações que protejam os direitos humanos não é algo, contudo, aberto à divergência e ao debate. Trata-se de um dever político atual de qualquer governo e uma condição para a própria existência da democracia.

sua "unicidade" restringe-se apenas aos sistemas e serviços *públicos*. A chamada "saúde suplementar", embora subordinada ao SUS em certas áreas e ações (a vigilância sanitária, por exemplo, em nosso país é uma área reservada unicamente ao SUS, à qual todos os serviços privados devem subordinar-se), não faz parte de um único sistema nacional de assistência à saúde. A conseqüência é um conjunto de ações superpostas. Um beneficiário da saúde suplementar (um beneficiário, por exemplo, de algum "plano de saúde") está, em nosso país, tanto coberto por ações do sistema público como do sistema privado. Daí a freqüente duplicidade de atenção e assistência. Ora, por que não evoluímos para a criação de um *único* sistema *nacional* de saúde? Neste sistema nacional, apenas certas ações seriam custeadas e gerenciadas pelo Estado (em especial, aquelas que visam à garantia justamente dos direitos humanos dos cidadãos).

No âmbito da assistência médica, por exemplo, caberia ao governo oferecer a assistência médica necessária para garantir igualmente a toda pessoa a proteção a suas capacidades humanas básicas, bem como garantir assistência aos economicamente desafortunados (abaixo de certo nível mínimo de renda pessoal ou familiar). Por conseqüência, caberia ao governo garantir ações de assistência médica capazes de manter as capacidades humanas básicas àqueles sem condições econômicas ou sociais para sustentá-las. Mas poderíamos pensar num único sistema nacional de saúde em que não apenas o governo (ou o Estado, se quisermos) fosse o único a sustentá-lo econômica e gerencialmente.

Parece-me razoável que o governo deva arcar com o ônus, por exemplo, da assistência às emergências, mas não me parece razoável que os cidadãos economicamente capazes não possam arcar com o ônus financeiro da assistência à saúde a condições mórbidas não emergenciais, às condições benignas e a certas doenças crônicas. Parece-me também razoável que o Estado possa participar do custeio da assistência à saúde a condições crônicas graves e debilitantes (justamente porque capazes de incapacitar as pessoas aquém do que poderíamos admitir como mínimo para que estas pudessem manter certo grau de autonomia e liberdade). Penso que isso é verdadeiro no caso de ações cujo custo esteja aquém do que alguém poderia individualmente arcar (embora, seja possível pensar em sistemas privados de seguro capazes de suprir essas necessidades a todos).

Pensar a possibilidade de um sistema nacional de saúde que inclua tanto ações públicas como a assistência à saúde privada, em um sistema nacional único coordenado igualmente não apenas pelo poder público, mas, principalmente, pela população, é imaginar uma reforma sanitária que garanta aos cidadãos tanto o *essencial*, isto é, seus direitos humanos à saúde, como o *melhor*, isto é, um sistema de atenção e assistência à saúde eficaz e eficiente, e economicamente sustentável, tanto para o poder público como para os entes privados. Mas esta é apenas uma dentre várias alternativas que podemos imaginar. O debate público é que deverá nortear o futuro de uma eventual, embora necessária, reforma da reforma sanitária brasileira.

7. ABSTRACT

What do we mean by "human rights" and which ones do we actually have? It is usually stated that within the scope of human rights there are "rights to health". But would be all rights to health human rights? In this essay, I'll summarize two distinct approaches on what are our rights in general and which ones are human rights in particular. I will call them: the rights as entitlement and the rights as claim conception. I shall sustain that the first one is clearer and sound than the second. I'll also intend to answer in general lines the following questions: "What are our rights to health?" and "What is the extension of our human rights to health?" Some problems on the rights to health distribution, in special, the problem of governmental responsibilities concerning human rights in our country legislation, will also be approached.

Key-words: *Human rights. Rights to health. Human rights theory. Heath policies. Health care governmental responsibilities.*

8. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, MAO. Direitos à saúde: demandas crescentes e recursos escassos. In: GAUER, GJC; ÁVILA, GA; ÁVILA, GN (Orgs.). *Ciclo de conferências em bioética I*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

BARCELLOS, M & SCHÜLER, FL (Orgs.). *Fronteiras: arte e pensamento na época do multiculturalismo*. Porto Alegre: Sulina, 2006.

BARZOTTO, LF. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Direito & Justiça*, 2005, ano XXVII, 31 (1): 67-119.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

EDMUNDSON, WA. *An introduction to rights.* Cambridge Introductions to Philosophy and Law. Cambridge University Press, 2004.

FEINBERG, J. *Social philosophy*. Prentice Hall, 1973. Tradução: FEINBERG, J. *Filosofia Social.* Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

FINNIS, J. *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HARE, R. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996 (traduzido de: *The language of morals*, 1956).

HAYEK, Friedrich A. *Law, legislation and liberty (Vol. 2: The mirage of social justice)*. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1976.

HAYEK, Friedrich A. *The constitution of liberty*. University of Chicago Press, 1960.

HOBBES, T. *Leviatã*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HOHFELD, WN. Fundamental legal conceptions. In: PATTERSON, D (Ed.). *Philosophy of law and legal theory*. Blackwell Publishing, 2003 (a coletânea organizada por Patterson inclui clássicos como 'The path of law' de Oliver Wendell Holmes, e artigos de filósofos como Ronald Dworkin, Hart, Finnis, Posner, sem falar no importante artigo de Wesley Hohfeld de 1913).

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20ª ed. Atlas, 2006.
NUSSBAUM, MC. *Women and human development* (*The capabilities approach*). Cambridge University Press, 2000.
PEREIRA, Caio Mário da S. *Instituições de direito civil*. Volume I. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
RAZ, J. *The morality of freedom*. New York: Oxford University Press, 1986
SAYRE-McCORD, G (Ed.). *Essays on moral realism*. Ithaca & London: Cornell University Press, 1988 (Uma coletânea de artigos recentes, escritos por filósofos destacados, sobre a possibilidade de fatos morais, incluindo críticas – anti-realismo moral – e defesas – realismo moral).
SEBASTIÃO, J. Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal. *Revista Jurídica UNIJUS*, 2005, 8 (8): 11-40.
SEN, A. Elements of a theory of human rights. *Philosophy & Public Affairs*, 2005, 33 (4): 315-356.
THOMSON, JJ. *The realm of rights*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA TUTELA JURISDICIONAL SEM DILAÇÕES INDEVIDAS E O JULGAMENTO ANTECIPADÍSSIMO DA LIDE[1]

Fernando da Fonseca Gajardoni[2]

Resumo:
Investiga-se, neste estudo, a questão do julgamento liminar das ações repetitivas (art. 285-A do CPC, com redação pela Lei n. 11.277/2006). Além de descortinar todas as conseqüências práticas e teóricas do novel instituto (de manifesta constitucionalidade), o nítido propósito do texto é o de interpretar o dispositivo de modo a potencializar sua eficácia, admitindo a utilização do julgamento liminar em casos de identidade parcial dos elementos da demanda, e possibilitando ao Tribunal, em algumas situações, o provimento do recurso interposto das sentenças liminares, para reversão do julgado, sem anulação da decisão monocrática.
Palavras-chave: Indeferimento. Petição Inicial. Julgamento liminar. Ações repetitivas. Art. 285-A do CPC.

Sumário: 1. A garantia da tutela jurisdicional tempestiva (art. 5º, LVXXVIII, da CF) – 2. O julgamento *antecipadíssimo* da lide (art. 285-A do CPC) – 2.1. A constitucionalidade do dispositivo – 2.2. Institutos de mesma natureza precursores do julgamento *antecipadíssimo* da lide – 2.3. Matéria unicamente de direito – 2.4. Decisões do mesmo juízo – 2.5. Sentença proferida no caso paradigma de total improcedência – 2.6. Necessidade da sentença do caso paradigma estar de conformidade com a jurisprudência dominante – 2.7. Casos idênticos? – 2.8. A tomada de súmula do STJ ou do STF como caso paradigma – 2.9. Dispensa da citação do réu e isenção do autor vencido nos honorários do advogado – 2.10. Reprodução do teor da sentença prolatada no caso paradigma – 2.11. Recurso da improcedência liminar, juízo de retratação, citação do réu para respondê-lo, efeitos da citação e conteúdo e natureza das contra-razões (285, §§ 1º e 2º) – 2.12. Reconvenção, exceções, impugnação ao valor da causa e à justiça gratuita – 2.13. Julgamento do recurso e sucumbência – 2.14. Aplicação da norma e direito intertemporal – 3. *Abstract* – 4. Referências.

1. A GARANTIA DA TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA (ART. 5º, LVXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

A garantia da tutela jurisdicional tempestiva, além de compreendida, para boa parte da doutrina entre os denominados direitos humanos, encontra hoje suporte explícito na Constituição Federal Brasileira (art. 5º, LVXXVIII, com redação pela Emenda Constitucional n.

1 Artigo originariamente publicado na Revista de Processo (RT), n. 141, nov-2006, revisto e ampliado pelo autor.

2 Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Municipal de Direito de Franca (FDF). Professor de Direitos Difusos e Coletivos da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (IELF/LFG). Membro do Núcleo de Estudos e Debates do CEBEPEJ e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

45/2004)[3], na esteira do que já ocorria em inúmeros ordenamentos jurídicos estrangeiros.[4]

Com efeito, prevê o citado dispositivo que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".[5]

O direito à tempestividade da tutela jurisdicional, contudo, longe de ser novidade no sistema jurídico brasileiro, já estava incorporado ao nosso ordenamento por força do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana dos Direito Humanos, de 22.11.1969), integrado à ordem jurídica brasileira desde a edição do Decreto n. 678, de 06.11.1992 (nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal)[6]. De acordo com o art. 8.1 "toda pessoa tem direito a ser ouvida *com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável* por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista fiscal ou de qualquer outra natureza [...]".[7]

O art. 5º, LVXXXIII, da Constituição Federal, agasalha dispositivo de dupla dimensão.

Na dimensão subjetiva, é certo afirmar que a garantia da tutela jurisdicional tempestiva concede a todo e qualquer jurisdicionado o direito de ver seu processo se desenvolver

3 Lúcida é a observação de Luiz Guilherme Marinoni, para quem, mesmo antes do atual art. 5º, LVXXIII, da Constituição Federal, "o direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva". MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 18.

4 De acordo com o artigo 6.1 da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma, em 4.11.1950, e, posteriormente, ratificada por quase todos os países da Europa, "toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida (...).". O artigo 24.2 da Constituição espanhola, de 1978, aduz que "todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilação indevida e com todas as garantias" (sendo que o artigo 96.1 deste Estatuto incorpora ao ordenamento jurídico interno a Convenção Européia dos Direitos Humanos, de modo que a tutela do tempo do processo não necessitava merecer previsão expressa na Carta Constitucional Castelhana). O Código de Processo Civil português prevê, expressamente (art. 2-1) que "a protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar".

5 O projeto de emenda constitucional que acabou se convertendo na Emenda Constitucional n. 45/2004 trazia, quando aprovado pela comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (PEC 29/2000), redação um pouco distinta, mas de mesmo teor: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo*, como direito público subjetivo, e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, *sendo assegurado à Fazenda Pública, ao Ministério Público e à Defensoria Pública prazos especiais, na forma da lei*" (o grifo representa a parte excluída do projeto original).

6 "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (redação primitiva, anterior à Emenda Constitucional n. 45/2004).

7 No sentido da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento jurídico brasileiro, vejam-se os seguintes julgados: TJ/SP, Agravo de Instrumento n. 88.736-5/São Paulo – 7ª Câmara de Direito Público – Rel. Sérgio Pitombo – 8.2.1999 – v.u.; e STF – *RT* 748/152.

em tempo razoável[8], assegurado, ainda, os meios necessários para que tal desiderato seja alcançado. Além de medidas correicionais contra os violadores da garantia (art. 198 do CPC), já tive oportunidade de sustentar o cabimento de mandado de segurança contra a letárgica omissão institucional, sem prejuízo, por óbvio, de eventual reparação a ser obtida contra o Estado pelo mau funcionamento de seu sistema judicial.[9]

Já na dimensão objetiva, tem-se que a garantia do processo sem dilações indevidas não é uma mera declaração de intenções dirigida ao Judiciário, mas sim uma autêntica norma programática, cujo mandamento deve ser cumprido por todos os Poderes do Estado. Ao Poder Legislativo, é exigida uma especial atenção ao elemento temporal, no momento de elaborar a legislação processual aplicável. Ao Poder Executivo, a tarefa de articular a estrutura orgânica e material necessária para a função jurisdicional e dar apoio completo na execução dos julgados. E, finalmente, ao Poder Judiciário incumbe utilizar, de forma eficiente, os meios postos à sua disposição, bem como cumprir rigorosamente os prazos processuais.[10]

2. O JULGAMENTO ANTECIPADÍSSIMO DA LIDE (ART. 285-A DO CPC)

As recentes leis da nominada 3ª fase de reforma do CPC (Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006) – entre as quais ora chamo em destaque o novo art. 285-A, do CPC (Lei n. 11.277/2006), que cuida do julgamento liminar das ações repetitivas – foram todas editadas à luz da garantia da tutela jurisdicional tempestiva.

O legislador, atento à dimensão objetiva do art. 5º, LVXXVIII, da CF (EC n. 45/2004), criou poderoso instrumento de contenção da demanda e de célere solução das controvérsias, permitindo ao juiz "quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos", a dispensa da citação, com a prolação da sentença, "reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada" (art. 285-A, *caput*, do CPC).

De acordo, ainda, com o §§ 1º e 2º do citado dispositivo, se o autor apelar do julgamento liminar da ação repetida, é facultado ao juiz decidir no prazo de 05 (cinco) dias por não manter a sentença, determinando o prosseguimento da demanda. Caso contrário deverá ordenar a citação do réu para responder ao recurso, posteriormente o encaminhando para a instância superior.

Descortina-se nítido o propósito da nova norma de permitir ao magistrado que, mesmo antes da citação da parte *ex adversa*, julgue improcedente (e não procedente) a demanda quando a tese jurídica (causa de pedir) já lhe seja conhecida, tendo sido afastada em outros feitos, antecipando, assim, o julgamento da causa, o que me permite, em paralelo ao art. 330 do CPC (que cuida do julgamento antecipado da lide finda a fase postulatória), nominar o instituto de *julgamento antecipadíssimo da lide* (já que ocorre muito antes da fase postulatória).

Estima-se, principalmente na Justiça Federal, que mais de 50% dos feitos de matéria tributária, previdenciária e habitacional – onde preponderam discussões nitidamente

8 Em outra ocasião tivemos oportunidade de discorrer sobre o conceito de tutela jurisdicional tempestiva, concluindo que ela o é "quando os prazos legalmente prefixados para o trâmite e instrução do processo, concebidos em vista das circunstâncias de fato da demanda, do direito a ser protegido, do contraditório e da ampla defesa, são cumpridos pelas partes e pelo órgão jurisdicional" (*Técnicas de Aceleração do Processo*, *op. cit.*,.p. 57-60).

9 *Ibidem*, p. 56.

10 Cf. Francisco Ramos Mendez, *Derecho procesal civil*, 5. ed., Barcelona: Bosch, 1992, v. 1, p. 344 e ss.; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória..., cit*., p. 18.

de direito cuja solução independe da produção de provas – estejam em condições de assim serem julgadas, com nítido ganho temporal tanto no próprio feito quanto nos demais que não admitem aplicação da norma (que terão sua apreciação acelerada pela desobstrução das vias judiciais)[11] [12].

2.1 A constitucionalidade do dispositivo

A Ordem dos Advogados do Brasil, dias após a publicação da Lei n. 11.277, de 08.02.2006 (29.03.2006), ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal uma ação declaratória de inconstitucionalidade do art. 285-A, do CPC (ADIN n. 3.695/DF, Rel. Min. Cézar Peluso), onde são apontadas 05 (cinco) inconstitucionalidades no dispositivo.

Assevera a OAB – escondendo o verdadeiro móvel da ação (reserva de mercado da advocacia, abalado pela dispensa de contratação de advogado pelo réu vencedor da ação não apelada) – que o dispositivo viola: 1) a isonomia constitucional, pois os entendimentos diversos dos vários juízos acarretarão processos com curso normal e outros com curso abreviado (para as varas onde já haja entendimento consolidado pela improcedência do pedido); 2) a segurança jurídica, porque a repetição da sentença dada em outro caso – da qual terceiros não têm ciência dos argumentos e da analogia com o caso que é apresentado – torna ilegítima a atuação jurisdicional; 3) o direito de ação, preterido pelo súbito bloqueio da regular formação da relação jurídica processual; 4) o contraditório, já que o requerido não poderá debater e convencer o juízo do acerto de sua tese; e 5) o devido processo legal, visto como o feixe de direitos e garantias condutoras do processo de seu começo ao fim.

Ingressou neste processo, na qualidade de *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, em petição subscrita pelo associado Cássio Scarpinella Bueno – especialista no tema[13] – cujos argumentos abaixo sintetizados e parcialmente acrescidos bem afastam os óbices constitucionais levantados pela autora da ADIN. Não há violação: 1) à isonomia constitucional, pois de qualquer forma efetuado o julgamento liminar das ações repetitivas, eventuais divergências de entendimento entre juízes de varas distintas serão solucionadas pelas

11 Revelando visão pessimista sobre o instituto se colocam Luis Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, apontando o dispositivo como "visão eloqüente e lamentável da tentativa de resolver os problemas do país (inclusive do processo) pela via de negativa de fruição das garantias constitucionais", já que o pretendido desafogamento do primeiro grau implicará sobrecarga nos tribunais, que terão de "cumprir, de certo modo, o papel do juízo de primeiro grau, na hipótese do réu oferecer suas contra-razões", algo que podia ser evitado com o simples julgamento antecipado da lide (*Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 63/64). Não me convence a crítica. Primeiro, porque a aplicação racional das garantias, em especial compatibilizadas com outras de idêntico *status* (como a da duração razoável do processo), não nega vigência à Constituição Federal. E segundo, porque partem os autores, ao meu ver, da equivocada premissa de que as cortes de 2º grau desempenharão papel de reforma das decisões proferidas com base no art. 285-A do CPC, quando eles mesmos, em determinada passagem da citada obra, com acerto apontam que a sentença a ser repetida deve estar em consonância com a jurisprudência dominante, até para compatibilizar o art. 285-A com a súmula impeditiva de recursos (art. 518, §§, do CPC) e com o julgamento monocrático dos recursos improcedentes (art. 557, § 1º-A, do CPC).

12 Já em visão otimista sobre a norma, Luiz Guilherme Marinoni bem aponta que "o novo instituto constitui importante arma para a racionalização do serviço jurisdicional. É racional que o processo que objetiva decisão acerca da matéria de direito, sobre a qual o juiz já firmou posição, seja desde logo encerrado, evitando gasto de energia para a obtenção da decisão a respeito de 'caso idêntico' ao já solucionado. O processo repetitivo constituiria formalismo desnecessário, pois tramitaria somente para autorizar o juiz a expedir decisão cujo conteúdo foi definido no primeiro processo" (O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recursos , *in www.professormarinoni.com.br*).

13 Cf. *Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. Na obra o autor vê está intrigante e nova figura do direito pátrio como portador ao juízo dos interesses institucionais.

instâncias superiores; 2) à segurança jurídica, pois o magistrado, para aplicar o art. 285-A, do CPC, deverá demonstrar fundamentadamente a similitude do caso em apreço com outro julgado anteriormente, cabendo recurso contra a má aplicação do dispositivo; 3) ao direito constitucional de ação (na verdade petição), pois este já é exercitado com o simples acesso ao Judiciário, e o autor terá sua pretensão analisada fundamentadamente; 4) ao contraditório (que aqui pode ser nominado inútil), pois não há lesão ao vencedor da ação pelo fato de não ter podido convencer o juiz, quando ele próprio já está convencido, através da prévia apreciação de casos similares, de que o réu não citado já tem razão; quando o réu – pretensamente lesionado pela falta de citação – sai vencedor da ação; e 5) ao devido processo legal, pois, além da edição do art. 285-A ter sido precedida de regular processo legislativo, a aplicação do dispositivo, por estar em conformidade com o novel princípio da tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, LVXXVIII, da CF), vem ao encontro dos anseios por justiça célere, que é uma das facetas do princípio acoimado de violado (conformação da regra às aspirações sociais e proporcionalidade). [14]

A referida ADIN aguarda julgamento, mas além da intervenção do IBDP em favor da constitucionalidade da norma, já há parecer do Procurador Geral da República pela improcedência do pedido, de modo que o prognóstico que se faz de seu resultado é o da declaração de constitucionalidade da Lei n. 11.277/2006.

2.2 Institutos de mesma natureza precursores do julgamento antecipadíssimo da lide

Tenho ouvido de certos comentaristas da Lei n. 11.277/2006 a inverídica afirmação de que o novo art. 285-A do CPC contempla novidade no cenário jurídico brasileiro.

Tal informação, como veremos, não procede no seu todo.

E isto porque já havia no sistema, antes mesmo da Lei n. 11.277/2006, dois dispositivos que permitiam (e ainda permitem) ao juiz o liminar julgamento de improcedência da ação.

O primeiro deles é o art. 269, IV, do CPC, que combinado com o art. 295, IV, do mesmo diploma (com redação pela Lei n. 5.925/73), permite ao juiz o indeferimento da inicial pelo advento da prescrição ou da decadência, ou seja, com afastamento da pretensão do autor (julgamento de mérito).

É certo que tal dispositivo – ao menos no tocante à prescrição – era de quase nenhum utilidade prática, pois, como sempre foi tradição no direito brasileiro, era vedado o reconhecimento de ofício da prescrição para questões patrimoniais (o que acabava contemplando praticamente todas as suas hipóteses).[15]

Mas com o advento do CC/2002, que admitia o reconhecimento da prescrição – mesmo a tutelante de direitos patrimoniais – em favor de absolutamente incapaz (art. 194), e mais recentemente com a alteração do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil pela Lei n. 11.280/2006, que revogando a norma de direito material citada admitiu o reconhecimento de qualquer natureza de prescrição de ofício (patrimonial ou não), de se reconhecer o forta-

14 Sem razão, por isto, Paulo Roberto Gouvêa Medina, ao advogar, como conselheiro federal da OAB, as mesmas inconstitucionalidades aduzidas pela sua entidade e autora da ADIN (Sentença emprestada: uma nova figura processual, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 135, maio/2006, p. 152-160).

15 Cf. Agnelo Amorim Filho. "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis", in *Revista dos Tribunais* n. 744/723.

lecimento da hipótese de julgamento liminar da improcedência da ação.

A decadência, por sua vez – excetuada a convencional – sempre pode ser reconhecida de ofício pelo juiz (art. 210 e 211 do CC), algo que não era atípico, especialmente nas ações fundadas no Código de Defesa do Consumidor (art. 26 da Lei n. 8.078/90).

A outra hipótese de julgamento liminar de improcedência da ação é fruto da Medida Provisória n. 2.225-45/2001 (ainda em vigor por força da Emenda Constitucional n. 32), que acrescentou ao art. 17 da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) inúmeros parágrafos.

De acordo com o rito imprimido pela citada MP, aplica-se às ações de improbidade administrativa uma fase de defesa prévia muito cara aos crimes praticados por funcionários públicos (art. 513 a 518 do Código de Processo Penal). Por isso, ajuizada a ação e ofertada ao acusado a possibilidade de oferecer uma defesa preliminar (§ 7º), o juiz pode, além do indeferimento da inicial pela inadequação da via eleita ou vícios formais (art. 283 c.c. art. 295 do CPC), julgar a ação improcedente de plano (mérito), desde que convencido da inexistência do ato de improbidade pelos elementos trazidos aos autos (inclusive os de fato!).

Caso o juiz, entretanto, entenda presentes elementos suficientes para o processamento da ação, receberá a petição inicial e determinará a citação do demandado (§ 9º) – em decisão agravável (§ 9º) – quando então se completará a formação da relação jurídica processual.

Note-se que em ambos os casos citados (prescrição/decadência e improbidade administrativa) o sistema já admitia o julgamento liminar da improcedência da ação, razão pela qual, se há algo novo no art. 285-A do CPC, é a generalização de sua aplicação para todas as ações cíveis (incluindo aqui as trabalhistas) que, para seu deslinde, independam da produção de provas.

2.3 Matéria unicamente de direito

O novo art. 285-A do CPC menciona textualmente que a improcedência de plano só pode ser aplicada quando a matéria controvertida for unicamente de direito. E não podia ser mesmo diferente, pois demandando a solução da controvérsia dilação probatória, a decretação da súbita improcedência violaria, sem necessidade de maiores comentários, o princípio constitucional da ação e do contraditório, vistos eles como o poder (no caso do autor da ação) de convencer provando (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Há ao nosso ver, entretanto, de se fazer uma interpretação mais abrangente do dispositivo, única capaz de lhe dar maior utilidade prática e adequá-lo à *mens legis*.

Prevê o art. 330, I, do Código de Processo Civil, que é lícito ao magistrado efetuar o julgamento antecipado do mérito quando a questão for unicamente de direito (como na redação do art. 285-A do CPC), e também quando sendo a questão de fato e de direito, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

Como o art. 330 e o art. 285-A, ambos do CPC, têm a mesma razão de ser (o julgamento da demanda sem a necessidade de outras provas), ao nosso ver a improcedência liminar da ação também pode ser decretada quando, preenchidas as demais condições do art. 285-A do CPC, a matéria controvertida depender de questão de fato que só se prove por documento já apresentado na petição inicial ou cuja apresentação possa ser determinada (ao autor da ação ou terceiro).

Em outros termos, já sendo possível ao magistrado com base nos elementos de fato trazidos junto com a inicial (documentos), ou cuja apresentação seja determinada ao autor ou a terceiro antes mesmo da citação do réu, vislumbrar a identidade com outros casos já desacolhidos, plenamente possível o julgamento liminar.

Fico eu a imaginar uma ação de obrigação de não fazer para evitar interrupção no fornecimento de energia elétrica, cuja solução da demanda, além de necessariamente ter de enfrentar a questão de direito referente à impossibilidade de interrupção de serviço essencial (art. 22 do CDC), também tenha que cuidar de questão de fato, consistente no adimplemento das contas. Como entendo ser plenamente possível a interrupção do fornecimento pela falta de pagamento das faturas de energia elétrica, não vejo óbice algum na aplicação do art. 285-A, do CPC, seja quando o autor da ação já traz na inicial as faturas inadimplidas, seja quando determina ao autor ou ao próprio posto de atendimento da concessionária de energia elétrica a apresentação de tais documentos antes do processamento da demanda.

Enfim, não há de se limitar às questões unicamente de direito a aplicação do dispositivo, embora seja mesmo nelas que esteja a maior utilidade da norma. Mesmo se a solução da demanda também depender da apreciação de matéria fática, haverá espaço para o julgamento liminar quando os próprios elementos trazidos na inicial ou liminarmente colhidos já revelarem, na esteira de casos idênticos do juízo, a improcedência da pretensão.

2.4 Decisões do mesmo juízo

Exige-se para o julgamento atencipadíssimo da lide que as decisões paradigmas tenham sido proferidas no mesmo juízo, isto é, na mesma Vara onde tramite a nova ação.

A conseqüência da dicção legal é que não pode o magistrado, com base na sentença prolatada por outro juízo ou tribunal, ou ainda com base em sentença que proferiu quando em exercício em outra vara (juízo), aplicar o art. 285-A do CPC.

A disposição, longe de mera formalidade, objetiva dar racionalidade e certa previsibilidade à sistemática implantada, permitindo ao jurisdicionado, por seus advogados, o prévio conhecimento do entendimento que naquela unidade judicial vem sendo adotado sobre determinado tema. Assim, além de desencorajar o ajuizamento de ações repetitivas e com teses já devidamente apreciadas e renegadas pelo juízo, dá segurança à comunidade local sobre a legalidade de certas condutas já dantes judicialmente contestadas.

Obviamente, se na Vara onde houver determinado entendimento estiver judicando juiz substituto, ele pode aplicar o art. 285-A do CPC usando como paradigma a sentença do juiz titular. Se diga o mesmo sobre juiz de outra Vara que esteja acumulando as funções no juízo da ação repetida.

O que não se admite é que o juiz substituto ou designado, utilizando-se de precedente previamente firmado em outro juízo no qual atua ou atuou, utilize-se da regra do art. 285-A, do CPC, o que quebra a previsibilidade dantes referida.

Questão interessante se estabelecerá nas varas (juízos) onde haja mais de um juiz fixo (titular e auxiliar). Nada impede que os julgadores, em virtude do princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), tenham entendimento diverso sobre o mesmo tema (o que não é recomendável exatamente pela falta de previsibilidade do que se decide naquele juízo). Nestes casos, com não há, digamos, um entendimento do juízo, melhor que não se permita a aplicação do dispositivo, até para evitar a quebra do princípio constitucional

da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), com alguns casos sendo julgado na mesma vara com base no art. 285-A do CPC por um dos juízes, e outros não. Entendimento contrário violaria por completo a previsibilidade de entendimento a respeito do qual nos referimos anteriormente.

2.5 Sentença proferida no caso paradigma de total improcedência

O julgamento antecipadíssimo da lide, na esteira dos dispositivos de mesma natureza que o precederam (art. 269, IV, do CPC e art. 17 da Lei n. 8.429/92) só tem cabimento nos casos de desacolhimento da pretensão. Não há possibilidade alguma de, sem citação da parte contrária, o pedido ser acolhido ou parcialmente acolhido de forma definitiva (cognição plenária), pois isto implicaria inconteste violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Para os casos em que o jurisdicionado necessita de provimento imediato total ou parcial, sem oitiva da parte contrária, as liminares antecipatórias e cautelares, com contraditório diferido e cognição sumária, já são o suficiente.

Mas o art. 285-A do CPC diz mais, ao vincular o julgamento liminar à existência de sentença de *total improcedência* em casos idênticos.

Parece-me que o legislador, ao efetuar tal condicionamento, disse menos do que queria (*minus dixit quam voluit*). Pois certamente há casos em que a sentença prolatada no caso paradigma foi proferida em processo onde existiam pedidos cumulados. Nestes casos, onde a sentença paradigma foi de parcial procedência – isto é, com o acolhimento de apenas um dos pedidos cumulados – não vemos razão alguma, apesar do desejo de alguns comentaristas em restringir a aplicabilidade da norma[16], para não permitir que um novo caso submetido ao juízo, a veicular somente o pedido e os fundamentos primitivamente desacolhidos na ação com pedidos cumulados (sem o outro parcialmente acolhido), receba a sentença de improcedência liminar.

Imaginemos, assim, várias ações repetidas no juízo de parcial procedência da ação, onde se tenha acolhido, por exemplo, pedido para correção monetária de créditos do ICMS para fins de abatimento na operação sucessiva, mas desacolhido um outro pedido cumulado para vedar no nominado "cálculo por dentro" do tributo. Recebendo uma nova ação onde se pede, apenas, a vedação do "cálculo por dentro" do ICMS, não há razão lógica para se vedar que o juízo, utilizando-se do paradigma na ação já formulada com pedidos cumulados, pronuncie liminarmente a improcedência, reproduzindo a parte da sentença que rejeitou este pedido.

Obviamente, caso a ação repetida neste mesmo juízo contenha apenas o pedido de correção monetária de créditos do ICMS para fins de abatimento na operação sucessiva, impossível o julgamento de plano já que a sentença paradigma é de procedência deste pedido.

Então, se o objetivo da norma foi acelerar o julgamento da demanda, permitindo pronta solução para casos idênticos, não vejo como se negar a possibilidade do julgamento de plano quando o paradigma tenha sido emitido em casos onde tenha havido parcial procedência, mas com rejeição total do pedido repetido.

Lembremos que a cumulação objetiva representa concurso de demandas, nada impedindo que cada qual dos pedidos cumulados tivesse sido efetuado em demanda autônoma, casos em que não haveria qualquer controvérsia sob a possibilidade da improcedência do

16 Luis Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 71.

pedido ser utilizada como paradigma para o julgamento liminar.

O que não se pode admitir é o raciocínio inverso. Havendo decisões de total improcedência de dado pedido e respectivos fundamentos, impossível que uma nova ação, onde haja o mesmo pedido e fundamentos das decisões anteriormente prolatadas pelo juízo, só que agora em cúmulo objetivo com outros pedidos e fundamentos a respeito dos quais o juízo não tenha entendimento prévio (ou que demandem dilação probatória), seja julgada com base no art. 285-A do CPC. E isto, pelo óbvio motivo que, para tanto, teremos de admitir um julgamento seccionado e um processo com duas sentenças, uma liminar para rejeição do pedido idêntico, outra, com citação do demandado e demais trâmites, para o julgamento do outro pedido cumulado. Para estes casos de pedidos cumulados o processamento da demanda deverá se dar nos moldes tradicionais, sem utilização do julgamento atencipadíssimo da lide.

2.6 Necessidade da sentença do caso paradigma estar de conformidade com a jurisprudência dominante

Em nenhum momento a norma em comento faz a exigência de que o julgado já prolatado e reproduzido por força do novo instituto esteja em consonância com o julgamento dos tribunais, em especial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Todos os comentaristas da norma, entretanto, com muita propriedade, vem condicionando a prolação da sentença repetida a esta exigência, até para que o instituto atenda aos seus propósitos de desburocratização e celeridade.

Luiz Guilherme Marinoni, após discorrer sobre a eficácia persuasiva dos julgados, assevera constituir grave equívoco afirmar que o juiz tem o direito de julgar de forma diferente aos tribunais superiores, pois, se o Superior Tribunal de Justiça é quem dá a ultima palavra à interpretação da lei federal (e o STF à norma constitucional), qual é a racionalidade de se proferir uma decisão que lhe seja contrária? Responde à indagação concluindo que longe de perda de poder ou ofensa à consciência do magistrado, tal conduta constitui falta de compromisso com o Judiciário, que deve estar preocupado, dentro de seu sistema de produção de decisões, com a efetividade e a tempestividade da distribuição da justiça. Por fim, conclui que "não há qualquer lógica em admitir que o juiz possa julgar conforme o que decidiu em casos idênticos quando o tribunal ao qual é vinculado já firmou jurisprudência predominante ou editou súmula em sentido contrário; no caso em que o tribunal consolidou entendimento sobre a improcedência das demandas idênticas, a rejeição liminar somente poderá observar a orientação do tribunal".[17]

Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e Medina, no mesmo sentido, aduzem que "uma orientação que permitisse a reiteração da própria jurisprudência do juízo, ainda que contrária à orientação fixada nos tribunais superiores, não se coaduna com os valores que justificam a adoção do sistema de súmulas vinculantes em um sistema jurídico: segurança e previsibilidade". Por isso, concluem que na aplicação do art. 285-A do CPC, "deve o juiz optar por evitar a reprodução de sentenças que adotem orientação contrária àquela exarada pelo órgão jurisdicional hierarquicamente superior, em especial do STF e o STJ" e que "a coincidência da orientação adotada pelo juiz de primeiro grau com o entendimento manifestado pelo tribunal que lhe seja hierarquicamente superior é, assim, pressuposto fundamental

17 O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recursos (*in* www.professormarinoni.com.br)

para a incidência do art. 285-A".[18]

E J. E. Carreira Alvim, concluindo o pensamento de todos os demais, enuncia ser preciso que "estas decisões padronizadas tenham tido o respaldo da jurisprudência, seja de apelação, seja dos tribunais superiores. Isso porque se o juiz vier julgado totalmente improcedente a ação em casos idênticos, sendo as sentenças reformadas pelo tribunal, ou pelos tribunais superiores, não tem o lugar o julgamento antecipado *inaudita altera pars*".[19]

2.7 Casos idênticos?

Extremamente infeliz a redação do dispositivo nesta parte do enunciado, ao condicionar o julgamento liminar à improcedência previamente decretada pelo juízo em *casos idênticos*.

Isto porque a palavra *casos*, em sentido processual, é sinônima de *ações*, e duas ações são idênticas, nos termos do art. 301, § 2º, do Código de Processo Civil, quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

A conseqüência de dois casos (ações) serem idênticos é a ocorrência do fenômeno da litispendência (art. 301, § 1º, do CPC), que acarreta a extinção do segundo processo (art. 267, V, do CPC), e não o julgamento de plano da improcedência dele.

A expressão *casos idênticos* deve ser interpretada, por isso, como sendo casos semelhantes, isto é, que tenham os mesmos fundamentos de fato e de direito (causa de pedir), ainda que o pedido seja diverso.

Por exemplo, nada impede a aplicação do dispositivo para julgar improcedente de plano pretensão que veicule tese sobre a inconstitucionalidade de determinado tributo ou contribuição (causa de pedir) para fins de repetição do indébito (pedido da nova ação), quando idêntica tese jurídica, com a invocação dos mesmos fundamentos, haja sido rejeitada em ação com pedido de compensação (pedido primitivo).

A identidade de fundamentos das ações (e não do pedido), isto é, das teses jurídicas apresentadas pela parte, faz-se essencial, ainda, porque o juiz, ao aplicar o art. 285-A do CPC, deverá, conforme veremos, reproduzir o teor da primitiva sentença (ou parte nas ações com pedidos cumulados). É evidente que caso seja introduzida tese jurídica nova a sentença paradigma não poderá ser repetida por não se subsumir à integralidade dos fundamentos jurídicos apresentados.

Não há, todavia, empecilho para a aplicação do art 285-A do CPC quando houver introdução à tese jurídica já rechaçada pela sentença paradigma de novos argumentos. É que apesar da crítica de alguns, reina de forma mansa pacífica em nossas cortes que o juiz não está obrigado a responder a todos os argumentos e alegações apresentadas pelas partes quando já tem motivos suficientes para fundamentar a decisão (TJ/SP, Apelação Cível n. 167.979-2).

No nosso exemplo sobre a inconstitucionalidade do tributo para fins de repetição ou compensação, a inserção de um novo argumento em favor da inconstitucionalidade por violação ao princípio da anterioridade não impediria a aplicação da sentença repetida (salvo se o juiz mudasse seu posicionamento por força deste novo argumento). Agora, caso a incons-

18 Luis Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 66/67.

19 *Alterações do Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 81.

titucionalidade fosse invocada sob um novo fundamento jurídico, v.g., sob a tese de ofensa ao princípio da legalidade, impossível seria a aplicação da sentença paradigma anterior.

Entendimento diverso, além de gerar espaço para fugir da aplicação do dispositivo com a simples alteração de um argumento ou acréscimo de poucas frases a mais na petição inicial da ação repetida (o que certamente não é desejo da norma), tornaria letra morta o dispositivo, já que nenhuma ação poderia ser considerada idêntica.

O juiz, para a prolação da sentença nos casos idênticos, não deve ser preocupar com o suposto teor da defesa que será ofertada pelo demandado[20]. Aferindo a improcedência de plano do caso idêntico deve pronunciá-la, independentemente de supor se o demandado ofertaria defesa de mérito direta ou indireta. Tal raciocínio se justifica até porque competia ao demandado, caso pretendesse mesmo o reconhecimento da causa modificativa, extintiva ou impeditiva do direito do autor (defesa de mérito indireta), a provocação prévia do Judiciário via ação autônoma.

Por fim, como o art. 285-A do CPC faz menção à existência de casos idênticos (plural) e não caso idêntico (singular), de convirmos que se exige pelo menos 02 (dois) outros casos no juízo para que no terceiro se possa aplicar o novo instituto.

2.8 A tomada de súmula do STJ ou do STF como caso paradigma

Apesar da omissão do novo art. 285-A do CPC, parece-me razoável que o juízo pode, para fins de julgamento antecipadíssimo da lide, utilizar como paradigma súmula do STJ ou do STF.

Com efeito, se é admitida a improcedência de plano com base no simples entendimento do juízo, com muito mais razão há de se admitir o julgamento liminar quando a pretensão contrarie dispositivo de súmula dos Tribunais Superiores, que é motivo hoje para o não recebimento do recurso (art. 518, §§, do CPC, com redação pela Lei n. 11.276/2006) e para o seu julgamento monocrático pelas instâncias superiores (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Além das súmulas vinculantes, isto é, as emitidas com base no art. 103-A, da Constituição Federal (inserido pela Emenda Constitucional n. 45) – que são mesmo de aplicação obrigatória tanto pela Administração Pública quanto pelo Judiciário, pretendo utilizar como paradigma para a improcedência de plano das súmulas comuns, isto é, aquelas aprovadas pelo STJ e pelo STF (estas sem o quorum qualificado do art. 103-A da Constituição Federal) e que espelham os repetidos julgamentos daquelas cortes em determinado sentido.

Assim, imaginemos uma ação ajuizada por consumidor em que exclusivamente negue a legalidade do percentual de juros cobrados por administradora de cartão de crédito, sob sua ótica limitados pela Lei de Usura por não constituir a ré instituição financeira. Independentemente da existência de anterior precedente no juízo sob o tema, parece-me plenamente possível ao juízo, com respaldo na súmula 283 do STJ, julgar improcedente de plano a demanda ressarcitória.

Tal entendimento está em conformidade com o novo modelo constitucional de processo, cujas decisões sobre as questões eminentemente jurídicas estão concentradas nas cortes superiores. Basta passar os olhos pelos já citados artigos 518, §§, e 557, § 1º-A do CPC, e ainda pelo art. 475, § 3º, do mesmo diploma (desnecessidade de reexame necessário quando

20 Em sentido contrário cf. Luis Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 69

a decisão estiver em conformidade com súmula dos Tribunais Superiores).

Assim, se o objetivo é limitar a proliferação de demandas com teses repetidas tantas vezes já rechaçadas pelos tribunais, a utilização das súmulas como paradigma representa interpretação conforme o princípio da tutela jurisdicional sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, da CF). Para que se permitir o processamento da demanda, com dispêndio de esforços inúteis, quando o juízo está convencido de que a súmula está correta e merece, portanto, imediata aplicação?

É interessante notar que o sistema tanto quer a preservação dos enunciados de súmulas de jurisprudência dominante – pelo seu manifesto predicado de previsibilidade – que além de permitir o julgamento da improcedência *inaudita altera pars*, admite que o juiz não receba a eventual apelação oposta (art. 515, §§, do CPC), não interponha reexame necessário (art. 475, § 3º, do CPC), e eventual agravo da decisão que não recebeu a apelação seja desacolhido monocraticamente e de plano (art. 557, § 1º-A, do CPC).

E nem se alegue que o referido entendimento engessa a evolução jurisprudencial, tão cara ao nosso ofício. Se a súmula é injusta ou pode ser abalada por nova tese jurídica, que então a parte convença o juízo de primeiro grau – e nada impede que o faça logo na sua petição inicial – e sucessivamente aos seus superiores hierárquicos, da injustiça do enunciado, levando, assim, à revisão da súmula. Caso não consiga fazê-lo o sistema prefere mesmo o julgamento de improcedência de plano, sem maiores delongas.

2.9 Dispensa da citação do réu e isenção do autor vencido nos honorários do advogado

Como a sentença a ser prolatada é de improcedência do pedido, obviamente não há de se falar em citação, que como ato de chamamento do réu ao processo para se defender (art. 213 do CPC), será dispensada, ao menos nesta fase em primeiro grau.

E nenhuma irregularidade há nisso, já que o requerido não precisará se defender, não precisará apresentar argumentos e provas em favor de sua tese, visto ter sido considerado antecipadamente vencedor da demanda, não tendo, portanto, porque influir na decisão do juiz.

Como o demandado não constituirá advogado neste primeiro momento, obviamente não há espaço para que o autor seja condenado ao pagamento de honorários advocatícios da parte *ex adversa*, embora a norma seja silente a este respeito.

O requerido somente precisará contratar advogado caso o autor recorra da sentença de improcedência de plano, quando então será citado para contra-arrazoar se defendendo. Daí porque condenação em honorários em matéria de julgamento antecipadíssimo da lide, como regra, só se dará em grau de recurso de apelação. Sobre isto discorreremos um pouco mais adiante (item 5.13).

2.10 Reprodução do teor da sentença prolatada no caso paradigma

O *caput* do dispositivo comentado é claro ao dispor que a sentença prolatada no caso paradigma deve ser reproduzida no julgamento antecipadíssimo da lide[21]. Já vimos, inclusive,

21 Bastante interessante é o paralelo traçado por Paulo Gouvêa Medina entre a prova emprestada e a sentença emprestada, nomenclatura que empresta ao art. 285-A do CPC (Sentença emprestada: uma nova figura processual, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 135, maio/2006, p. 152-160).

que esta reprodução poderá ser parcial nas situações em que a sentença do caso paradigma contemplar procedência parcial em pedidos cumulados (item 5.5. supra).

O móvel da norma é dar conhecimento à parte dos fundamentos do rechaçamento do seu pedido, que embora totalmente emprestados de outro caso idêntico, serve perfeitamente para o novo caso.

Por isto, faltou técnica ao legislador ao exigir a reprodução da sentença anteriormente prolatada. Nenhuma sentença é igual à outra, até por terem sido proferidas em ações com elementos distintos (ao menos as partes). Interprete-se a norma com reprodução dos fundamentos da sentença anteriormente prolatada, o que serve de justificativa, também, para a possibilidade de reprodução dos fundamentos que desacolheram um dos pedidos cumulados na parcial procedência.

Deverá ser elaborado relatório do caso apresentado e logo após, na fundamentação, deverão ser reproduzidos os fundamentos do julgado paradigma, com referência numérica há pelo menos dois casos que já tiveram curso no juízo e foram desacolhidos. A referência numérica se faz necessária para que a parte possa ter controle, com base no sistema informatizado do juízo, livro de registro de feitos, ou pela consulta dos próprios autos dos casos citados, sobre o real desacolhimento dos pleitos pelo juízo em casos anteriores idênticos.

A não citação pelo juízo dos dados dos casos paradigmas (ao menos o número do feito) enseja o cabimento de embargos de declaração (art. 535 do CPC). Já se decidiu, aliás, que quando no julgamento da ação o juiz mencionar na fundamentação a existência de outro julgado de mesmo teor, cabem embargos de declaração a fim de que se faça juntar aos autos cópia do referido julgado, a fim de que a parte possa tomar conhecimento de seu teor (STF, RT 670/167).

Questão interessante que merece destaque é a do julgamento com base em súmula do STJ e do STF (item 5.8). Nestes casos, após o relatório, bastará ao juízo emitir pronunciamento de que o pedido formulado vai de encontro à súmula de jurisprudência dominante, que será reproduzida logo na seqüência, com as justificativas da similitude da situação posta em debate com o enunciado utilizado como paradigma. Basta isso para que se dê, sem maiores delongas, o julgamento da improcedência de plano.

O desconhecimento sobre os fundamentos do desacolhimento do pedido com base na súmula – única tese que poderia ser levantada para obstar o juízo a utilizá-las como paradigma para os fins do art. 285-A do CPC – é óbice facilmente superado hoje em dia, se relevarmos que nos sites dos Tribunais Superiores são facilmente acessáveis os precedentes que culminaram na elaboração da súmula, com possibilidade, ainda, de leitura dos acórdãos aí prolatados em seu inteiro teor.

2.11 Recurso da improcedência liminar, juízo de retratação, citação do réu para respondê-lo, efeitos da citação e conteúdo e natureza das contra-razões (285, §§ 1º e 2º)

Tendo a decisão proferida com fundamento no art. 285-A do CPC conteúdo de sentença (art. 269, I, do CPC), ela desafia recurso de apelação, conforme preceitua o § 1º do próprio dispositivo.[22]

22 Transitada em julgado a sentença que julgou liminarmente improcedente a ação, o réu, até então sequer ciente da existência da demanda, deverá ser intimado da sentença, até para que no futuro, caso novamente seja demandado, possa alegar a existência de coisa julgada (art. 219, § 6º, do CPC, por analogia).

No mesmo sentido do que já era previsto para a hipótese de indeferimento da inicial (art. 296 do CPC), também aqui a norma permite ao juízo se retratar após o recebimento do recurso, determinando o prosseguimento da ação em seus regulares termos (v.g., quando o juiz verificar que o caso não podia ser objeto de julgamento antecipadíssimo, seja pela existência de matéria de fato a ser provada, seja pela diversidade com o caso paradigma).

Diferentemente, entretanto, do art. 296 do CPC, mantida a sentença de improcedência liminar, será determinada a citação do réu para responder ao recurso (art. 285-A, § 2º, do CPC), na esteira do que a jurisprudência já entendia ser de rigor nos casos de indeferimento da inicial pela prescrição ou decadência (art. 295, IV, c.c. art. 269, IV, do CPC).

Tal disposição, ao meu ver acertadíssima[23], assegura ao demandado vencedor a plenitude de defesa, pois, tendo sido julgado liminarmente o feito com resolução do mérito, eventual manutenção da decisão pela superior instância terá seus efeitos imutabilizados pela coisa julgada. Assim, diversamente dos casos de indeferimento da inicial sem resolução do mérito (art. 296 do CPC) – onde eventual manutenção da sentença não obstará o reajuizamento da ação e, portanto, de qualquer modo, o réu voltará a ser importunado no futuro – na improcedência de plano, tanto quanto no acolhimento liminar da prescrição ou decadência, manifesto o interesse do acusado de acompanhar o julgamento da apelação e lutar pela manutenção da decisão, que pode sepultar definitivamente (e não temporariamente) a pretensão do autor da ação.

A utilização da expressão citação não foi equívoca. De fato, tendo o conteúdo do art. 213 do CPC (chamamento do réu ao juízo para se defender), melhor nomenclatura não podia haver, trazendo tal ato consigo parte dos efeitos processuais e materiais do art. 219 do CPC (fazer a cosa litigiosa e constituir o devedor em mora). Parte porque a litispendência e a prevenção (pouco importando aqui a competência territorial dos juízos), neste atípico caso em que a prolação de sentença antecede a citação, se dará pela sua publicação, que como tal inaugura e encerra, no mesmo ato, a fase de conhecimento da ação (Lei n. 11.232/2005).

Assim, a partir desta citação para apresentação de contra-razões, eventual alienação do bem litigioso pelo demandado pode constituir fraude à execução (art. 593 do CPC); em caso de anulação da sentença liminar pelo Tribunal o devedor já estará o réu a dever juros de mora desde a citação; etc. E a partir do julgamento antecipadíssimo da lide, antes mesmo de citação do réu, eventuais outras ações com os mesmos elementos (art. 301, §§ 1º e 2º do CPC) deverão ser extintas pela litispendência (art. 267, V, do CPC).

Rememore-se que a prescrição, de acordo com art. 202 do CC/2002, tem seu marco inicial no despacho positivo do juiz, desde que o interessado promova a citação na forma da lei processual (art. 219 §§, do CPC), estando, portanto, revogado o art. 219, *caput*, nesta parte[24]. Entenda-se por despacho positivo do juiz na improcedência de plano – visto inexistir prévia citação do réu (285-A, *caput*, do CPC) – como sendo aquele que julga de plano o processo (e, portanto, reconhece a existência dos pressupostos processuais e condições da ação, julgando-a negativamente pelo mérito).

Fácil perceber que a partir do momento em que for citado para responder ao recurso o réu deverá contratar advogado para representá-lo, o que ao meu ver afasta o receio que

23 Em sentido contrário, J.E.Carreira Alvim. Alterações do Código de Processo Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 82.

24 Fredie Didier Júnior. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

alguns operadores estão na redução do mercado de trabalho dos advogados (já que ninguém em nosso país deixa de recorrer das sentenças de 1º grau!).

Caso o réu vencedor não seja localizado para citação pessoal, deverá necessariamente ser citado fictamente (edital). Nestes casos, incide sem maiores problemas o art. 9º, II, do CPC, nomeando-se curador especial para que sejam ofertadas contra-razões em favor do réu. Tal nomeação é fundamental, até porque o Tribunal de 2º grau, conforme veremos adiante, poderá reformar a decisão monocrática de improcedência para procedência do pedido. Tão fácil não é, entretanto, a definição da natureza jurídica da resposta que o réu citado apresentará (pessoalmente ou por curador especial).

Entendemos que as contra-razões ao recurso de apelação, neste caso, terão natureza jurídica de contestação, devendo, portanto, seguir todo o seu regime. Deverá o réu, portanto, antecipar sua defesa de direito para este momento (princípio da eventualidade), com a reserva de oportunamente impugnar e provar matéria fática nos casos em que o tribunal a entender necessária, com anulação da sentença liminar indevidamente proferida. Também é nesta fase que poderão ser juntados documentos com o propósito de corroborar o entendimento do juízo sobre o caso (julgados no mesmo sentido, documentos a confirmar a impressão já obtida pelo magistrado com a análise dos documentos liminarmente apresentados pelo autor, etc.).

Só tendo a resposta ao recurso como contestação conseguimos vislumbrar a possibilidade do tribunal – sem violação do princípio do contraditório (como veremos a seguir) – reformar em certos casos a sentença prolatada pelo juízo de 1º grau, julgando procedente a ação proposta (item 5.13).

Tendo natureza de contestação, urge esclarecer que a falta de apresentação de resposta ao recurso, no prazo legal, implica revelia do demandado, mas não presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial (art. 319 do CPC). Com efeito, a presunção só recai sobre fatos, e o julgamento liminar se dá em regra quando a matéria for unicamente de direito (item 5.3.), o que afasta a presunção legal. Haverá, entretanto, a incidência do efeito secundário da revelia, ou seja, o réu contumaz não será intimado dos posteriores atos processuais em 2º grau enquanto não intervier no feito (art. 322 do CPC).

Caso a sentença liminar seja cassada pelo Tribunal por impossibilidade de utilização do art. 285-A do CPC, a citação para as contra-razões, por ser ato subseqüente à sentença neste novo regime, automaticamente restará prejudicada (art. 248 do CPC). Assim, com os autos devolvidos à origem, nova citação do réu deverá ser efetuada, agora para que apresente defesa em sua plenitude (contestação tanto com a matéria de direito quanto de fato, exceções, reconvenção, etc.).

Interessante notar que a nulidade da citação decorrente da nulidade da sentença proferida fora dos casos do art. 285-A do CPC não implicará: a) volta do curso do prazo prescricional, pois, como já vimos, a interrupção do lapso se dá com o despacho positivo (o que reconheceu os pressupostos processuais e condições da ação, julgando o mérito do processo), e não com a citação anulada; ademais, nos termos do art. 202, I, do CC, a interrupção da prescrição só ocorre uma vez; e b) ineficácia dos efeitos da citação anterior (fazer a coisa litigiosa e constituir o devedor em mora) ou da publicação da decisão anulada (litispendência e prevenção); nestes casos, porque o erro da decisão do órgão judicial estaria a prejudicar o autor que não deu causa ao retardamento, há de se admitir que o ato nulo tenha efeitos.

Mesmo que tenha se quedado revel no processamento do recurso da sentença que

julgou liminarmente a ação, com sua anulação (e da citação) o réu novamente deverá ser citado para se defender (art. 213 do CPC). Da mesma forma que nada impede a apresentação de defesa nesta oportunidade, também nada impede que, não contestando, torne a ser revel (nestes casos, como há possibilidade de que matéria de fato seja aventada, com possível incidência dos efeitos da revelia, art. 319 do CPC).

Ao final, lembre-se que o nos termos do art. 518, §§ do CPC (com redação pela Lei n. 11.276/2006), caso a sentença liminar apelada esteja de conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, o recurso não será recebido (novo pressuposto recursal objetivo ao nosso ver). Assim, proferido julgamento liminar que, como já vimos, pode ter sido com base em entendimento sumulado, o recurso de apelação não será recebido. E se o for, será rejeitado monocraticamente pelo 2º grau (art. 557 do CPC), mesmo destino que será dado para os agravos de instrumento interpostos da decisão do juiz singular que não receber o apelo com base no art. 518 do CPC (súmula impeditiva de recursos). Não há escapatória: estamos vivendo a era do fortalecimento pleno dos precedentes jurisprudenciais.

2.12 Reconvenção, exceções, impugnação ao valor da causa e à justiça gratuita

Como não haverá citação para o processamento da demanda em 1º grau (que foi julgada de plano), também impossível será a utilização das demais modalidades de respostas (reconvenção, exceções, impugnação ao valor da causa, impugnação aos benefícios da justiça gratuita, etc.). Não há prejuízo pela não apresentação de reconvenção, já que nada impede o demandado de veicular sua pretensão autonomamente. Exceção de incompetência também não é conveniente ao réu caso não haja anulação da sentença liminarmente prolatada, já que, sendo ganhador da ação, e não gerando a violação de regras de competência relativa nulidade absoluta, o demandado não sofre prejuízo algum (pelo contrário, só tem benefício pela súbita improcedência). Vale aqui a máxima de que sem prejuízo não há nulidade (art. 243 e ss. do CPC).[25]

Caso o juiz que tenha julgado liminarmente a ação seja suspeito ou impedido, não há espaço para que o autor excepcione, pois não há mais tempo hábil para que o magistrado seja afastado do processo (pois até já o julgou). Aqui deverá ser admitida a argüição das causas dos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil no próprio recurso de apelação, cujo acolhimento (inclusive da suspeição) ensejará a nulidade do julgado, com a designação de outro juiz (que poderá novamente aplicar o art. 285-A do CPC).

Também não se cogita de impugnação ao valor da causa caso não haja recurso do autor vencido, pois ele não será condenado em honorários (e, portanto, não há interesse do réu sequer citado em impugná-lo). Caso haja recurso, como serão arbitrados honorários em favor do réu citado nas hipóteses de manutenção da sentença, em regra, com base no valor dado à causa (art. 20, § 3º, do CPC), parece-me possível que a impugnação seja apresentada concomitantemente às contra-razões de apelação, cabendo ao 1º grau de jurisdição – assegurado o contraditório - dirimi-la antes mesmo da subida dos autos ao Tribunal (com determinação para recolhimento de eventuais custas inicias e recursais acrescidas).

25 Para plena compreensão da utilização da técnica processual em favor do máximo aproveitamento do processo, com redução das hipóteses de nulidade exclusivamente aos casos onde haja prejuízo efetivo, cf. José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 415-429.

Idêntico raciocínio se aplica à impugnação das benesses da justiça gratuita (art. 7º da Lei n. 1.060/50). Não tendo havido recurso não há razão para o réu sequer citado impugnar o benefício deferido ao autor, pois não haverá condenação em honorários. Caso, entretanto, haja recurso, lícito ao réu/apelado impugnar o benefício concedido. Oportunizada defesa ao autor/apelante, será o incidente julgado pelo juízo de primeiro grau, antes mesmo da subida dos autos ao Tribunal (com determinação do pagamento das custas recursais em caso de acolhimento).

2.13 Julgamento do recurso e sucumbência

Tendo havido recurso da sentença de improcedência liminar, descortinam-se as seguintes possibilidades para o Tribunal no julgamento do apelo:

a) Poderá manter integralmente a sentença de improcedência liminar, condenando o autor da ação ao pagamento das verbas sucumbenciais, inclusive honorários do advogado, já que, tendo o réu sido citado, e tendo apresentado defesa por advogado (caso contrário não se imporá tal verba), incide o disposto no art. 20, §§ do CPC.

b) Poderá aferir que houve má aplicação do art. 285-A do CPC pelo juiz de primeiro grau, seja porque: 1) o caso paradigma não era idêntico; 2) havia tese jurídica nova não constante do caso paradigma e que, portanto, não permitia a reprodução a mesma sentença; e 3) o caso não era exclusivamente de direito, dependendo a sorte do autor de dilação probatória. Nestes casos só a anulação da sentença prolatada soluciona a violação da regra do art. 285-A do CPC, devendo os autos tornarem ao primeiro grau para processamento da demanda nos moldes tradicionais.

A simples pretensão do réu indicada em contra-razões de apelação de produzir prova para demonstração de seu direito, ou a alegação de defesa de mérito indireta (fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor), não é suficiente para a anulação da sentença de primeiro grau, se o julgado, com base na simples matéria de direito aventada pelo autor, e diante de inúmeros casos repetidos, pode ser mantido. Não há inconstitucionalidade alguma na restrição à ânsia probatória do réu quando ele, pelo resultado do processo, não sofreu prejuízo algum com a limitação.[26] [27] Aqui estamos diante de pretensão a contraditório totalmente inútil que, como tal, não merece acolhimento.

Anulada a sentença não há imposição de verbas de sucumbência, estas a serem oportunamente fixadas quando do novo julgamento da ação em 1º grau.[28]

c) Poderá aferir que o caso era mesmo de julgamento antecipadíssimo da lide – pois a matéria controvertida era unicamente de direito – mas em sentido contrário ao decidido na sentença, conforme outros precedentes da própria Câmara ou Turma Julgadora (que neste caso funciona como se fosse o juízo) ou súmulas aplicadas em casos idênticos. Nestas hipóteses – quando não há necessidade de produção de outras provas para o acolhimento do pedido do autor – o Tribunal, então, dá provimento ao recurso, julgando total ou parcialmente

26 Em sentido absolutamente contrário, crendo na nulidade da sentença de 1º grau nas hipóteses em que réu esboce simples pretensão em produzir provas ou oferte defesa de mérito indireta, cf. Luis Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 70/71.

27 Cf. José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

28 Em sentido contrário, crendo na imposição de verba de sucumbência no caso de provimento do apelo, J.E.Carreira Alvim. *Alterações do Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 83.

procedente a ação, condenando o réu/apelado (dantes vencedor) ao pagamento das verbas de sucumbência[29].

Importante notar que não há nulidade alguma em tal proceder, visto que réu, devidamente citado para a apresentação de defesa, já exerceu contraditório pleno nas contra-razões do recurso (por si ou por curador nomeado nas hipóteses do art. 9º, II, do CPC).

Tampouco há supressão de instância, pois o juízo de primeiro grau já se pronunciou pela improcedência do pedido, i.e, pelo mérito. O caso aqui é até de mais fácil assimilação do que a autorização legal contida no art. 515, § 3º, do CPC (julgamento pelo Tribunal da causa madura extinta sem apreciação do mérito pela primeira instância), que pode ser aplicado analogicamente.

A questão ganha outros contornos quando a responsabilização do réu depender da produção de provas que lhe foram negadas pelo súbito julgamento da ação, independentemente de ter requerido isto nas contra-razões (pois esta não era mesmo a oportunidade para fazê-lo). Nestes casos o provimento do recurso pelo Tribunal violaria frontalmente o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), razão pela qual só a anulação da sentença, com a oportunização de provas ao demandado em primeiro grau, se torna viável.

2.14 Aplicação da norma e direito intertemporal

Não há incompatibilidade alguma na aplicação do novo art. 285-A do CPC nos processos de conhecimento de competência originária dos Tribunais, tampouco na Justiça do Trabalho ou em sede de Juizados Especiais (leis n. 9.099/95 e 10.259/2001). Aliás, vislumbra-se grande utilidade do dispositivo em sede previdenciária, onde são comuns ações repetidas para discutir a aplicação de índices de correção de benefícios tantas vezes já afastados pelos Tribunais Superiores.

Cabível, também, a aplicação do julgamento liminar nos embargos à execução, desde que veiculem matéria exclusivamente de direito (o que também não é incomum em sede tributária).

A lei n. 11.277/2006 entrou em vigor no dia 09.05.2006 (art. 3º, c.c. art. 8º, § 1º, da Lei Complementar n. 107/2001).

Pode ser aplicada a processos ajuizados antes de sua vigência (aplicabilidade imediata), mas desde que o réu ainda não tenha sido citado.

Lícito aos magistrados a utilização, como paradigmas, das sentenças que prolataram antes da entrada em vigor da lei.

3. ABSTRACT:

This article investigate the new art. 285-A of the Brazilian Civil Procedure Law, especially for the institute use. Unlike all the proposals, the main objective of this study is to provide interpretation to maximize the institute's potencial, becaming a powerful vehicle in favor of the effectiveness jurisdictional protection.

Key words: *Civil procedure law. Art. 285-A. Jurisdicional protection. Repetitive actions.*

29 No mesmo sentido Gustavo Filipe Barbosa Garcia. *Terceira fase da reforma do Código de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Método, 2006, p. 39.

4. REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Ítalo. *Cognizione ed ezecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giufrrè, 1982.

ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo constituzionale del processo civile italiano*. Turim: Giappichelli, 1990.

ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça*. Campinas: Copola, 1999.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 23, p. 111-138, jun. 1985.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *In Temas de direito processual, 6ª série*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. v. 2, ano 1, São Paulo, p. 71-84.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. SP: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Diário de um século*. São Paulo: Campos, 1998.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. de Santiago Sentis Mellendo y Tomás e A. Banzhaf, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, s.d..

CARNEIRO, Paulo César. *Acesso à justiça – Juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto processo*. Napoles: Morano, 1958.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Alterações do Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. SP: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Garantia do processo sem dilações indevidas. *In* José Rogério Cruz e Tucci (Org.), *Garantias constitucionais do processo civil, homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 234-262.

_____. Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro: contrastes e confrontos. *In* Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, P. 841-868.

_____. Dano moral decorrente da excessiva duração do processo. *In Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 96-103.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, 1994, p. 85-96.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-juiz: Estado e juízes constitucionalmente responsáveis*. Curitiba: Juruá. 1995

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. Franca/SP: Lemos e Cruz, 2003.

_____. A qualidade do tempo no direito processual civil. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 4, n. 1, jan-jun./2003, p. 59-80

_____. A autocomposição como catalisadora da prestação jurisdicional. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, v. 2, n. 4, 2001, p. 115-125.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Terceira fase da reforma do Código de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Método, 2006, p. 39.

GELSI BIDART, Adolfo, El tiempo y el proceso. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 6, n. 23, jul./set. 1981, p. 100-121.

_____. Conciliación e proceso. *In* Cândido Rangel Dinamarco; Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 253-262.

GIMENO SENDRA, J.V. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Justicia, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Durata media dei processi di giurisdizione ordinaria nello stato di San Paolo del Brasile, Separata Legalità e Giustizia, Edizioni Scientifiche Italiane, n. 2-3, p. 329-338.

HENTZ, Luis Soares Antonio. *Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário*. São Paulo: Leud, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4 ed. São Paulo: RT, 2000.

MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 135, maio/2006, p. 152-160.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 2.

RAMOS MENDEZ, Francisco. *Derecho procesal civil*. 5. ed., Barcelona: Bosch, 1992, v. 1.

_____. *El Sistema Judicial Español*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1995, p. 109.

RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas*. Barcelona: Bosch, 1997.

SILVA, Clarissa Sampaio. A efetividade do processo como um direito fundamental: o papel das tutelas cautelar e antecipatória. *In Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. São Paulo: Livraria dos advogados, 1997.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 1.

TROCKER, Nicòlo. La responsabilitá del giudice. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 34, n. 4, p. 1.283, 1982, p. 1283-1322.

VIGORITI, Vincenzo, Notas sobre o curso e a duração do processo civil na Itália. Tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 11, n. 43, jul./set. 1986, p. 142-148.

_____. Costo e durata de processo civile: spunti per uma riflessione. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, Cedam, 1996, p. 320-325.

WAMBIER, Luis Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 2ª ed., SP: RT, 2006.

EDUCAÇÃO E CRESCIMENTO ECONÔMICO

André Del Negri[1]

Resumo:
A realidade educacional brasileira está longe de atingir padrões de qualidade. Com isso, a economia moderna faz do ser humano um elemento descartável. Um dos meios eficazes de retardar esse processo ou, no limite, até neutralizá-lo, é a educação de alta qualidade, que, por sua vez, passa pela reflexão de vida digna.
Palavras-chave: Direito à educação. Vida digna. Cidadania.

Sumário: 1. Abertura temática – 2. Realidade brasileira e educação – 3. Educação e trabalho como meio de diminuição da pobreza – 4. Considerações Finais – 5. *Abstract* – 6. Referências.

1. ABERTURA TEMÁTICA

Lidamos muito mal com a implementação da educação no Brasil. A descoberta de novas pesquisas e os avanços tecnológicos são praticamente inexistentes. Há um nítido descompromisso ao longo da história. Deixamos de consolidar um modelo segundo o qual os investimentos em pesquisa devem ser intensamente promovidos, a fim de ampliar conhecimentos seguidos de desenvolvimento tecnológico. Lado outro, estudo muito rico publicado pelo Banco Mundial[2] (*how to revitalize infrastructure investments in brazil, Washington*, 2007) demonstra que a melhoria da infra-estrutura tem impacto imediato no crescimento do Produto Interno Bruto. Assim, um aumento de 1% nos investimentos de infra-estrutura (habitação, portos, eletricidade e transporte) pode produzir um crescimento de 1% no PIB. Esse estudo nos interessa diretamente, vez que, para se falar em educação e crescimento econômico, deve-se passar pela implementação de melhorias na infra-estrutura, pois os investimentos em água, saneamento e habitação, por exemplo, reduzem doenças e, por conseqüência, a repetência e a evasão escolares. Mas, aqui, no Brasil, parece que essa idéia não foi bem compreendida, pois a redução de obras em infra-estrutura nos anos 90, por exemplo, provocou uma diminuição do PIB brasileiro de longo prazo de 3% ao ano. O estrago é mais preocupante, porque o investimento atual na infra-estrutura é de apenas 1% do PIB, quando o mínimo para o Brasil crescer 5% ao ano deveria ser de 3,2%.[3]

Por isso, não é segredo para ninguém que o crescimento vigoroso de um país não acontece repentinamente. Como se vê, cada vez mais, há unanimidade no apontamento da educação e na infra-estrutura como fator de extrema importância na emergência de alguns países, só que, em 2005, o investimento total aplicado em ciência foi de 1,37% do PIB. Gastaram-se R$ 157 bilhões de juros com a dívida pública, e houve um investimento de R$ 7 bilhões com educação. [4]

1 Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor na Universidade de Uberaba-MG.

2 http://www.cg-la.com/blatestintelligencetrendsb.php

3 MORAES, Antônio Ermírio de. *PIB e crescimento econômico.* Folha de São Paulo, Domingo, 11 de março de 2007. p. A2.

4 Folha de São Paulo, sexta-feira, 24 de fevereiro de 2006, p. C 5.

Estudos internacionais concluem que são necessários entre 11 e 12 anos de educação formal para que uma pessoa tenha acesso a empregos com remuneração suficiente para **possibilitar** que ela saia da pobreza ou não caia nela. Norman Gall, do Instituto Fernand Braudel,[5] observa, por exemplo, que a elite brasileira tem 10,6 anos de escolarização. Se partirmos desse pressuposto, o Brasil já está com o ar bastante rarefeito, pois se verifica que a taxa de analfabetismo ainda esteja longe do ideal; pessoas de 15 ou mais anos de idade não sabem ler nem escrever pelo menos um simples bilhete.

Isso tudo foi discutido à saciedade, de modo que esse tema talvez soe repetitivo para muitos. Não é descabido, porém, lembrar que o Brasil não crescerá se não for competitivo em algum setor dessa economia globalizada. As grandes descobertas do petróleo marinho da Petrobrás só foram possíveis por meio da pesquisa. Agora, se as eras dos Estados petrolíferos durarem, como dizem, no máximo, 20 ou 30 anos, será no nível da bioenergia que as novas batalhas serão travadas, e isso poderá redefinir a geopolítica econômica mundial. Além do mais, os aviões da Embraer só poderão continuar a ser vendidos no mercado pelo desenvolvimento de novas tecnologias.

2. REALIDADE BRASILEIRA E EDUCAÇÃO

Há algum tempo se dissiparam denúncias de que algumas faculdades particulares recusavam-se a contratar professores com título de doutor.[6] São motivos que beiram o ridículo, pois custa crer que o aperfeiçoamento de um professor seja causa de demissão ou de não-contratação. A melhoria do nível de ensino no país passa por essa fronteira do conhecimento. Agindo assim, o Brasil está atrás de mais de 40 países no aspecto inovação tecnológica, porque a formação acadêmica e profissional está totalmente equivocada.

Além disso, de uma perspectiva realista é possível mostrar, não só teórica, mas também empiricamente, como o Brasil é um dos raros países que desfruta de tantos recursos naturais (solo fértil, sol e água) em uma enorme extensão territorial (8,5 milhões de quilômetros quadrados), e, no entanto, há apenas 2% de universitários nos cursos de Agronomia[7]. Por isso, é incrível como um país tão rico ainda tenha pessoas passando fome.

Mas o propósito desse artigo não é pôr em prática a educação e o trabalho, a fim tão-somente de atender aos interesses da economia de mercado. O que aqui se discute é uma reflexão crítico-jurídico-constitucional-fundamental de evitar a destruição dos conteúdos qualitativos da cidadania de todas as pessoas que compõem este país. Sabemos que a implementação de medidas que efetivamente confirmem a educação, a pesquisa e o conseqüente crescimento econômico é tarefa árdua e complexa.

No primeiro semestre de 2006, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura)[8] divulgou uma pesquisa (com base no ano de 2002), que aponta os países cujos índices de repetência são superiores a 10%. O Brasil aparece com a taxa de 21%, o Camboja, por exemplo, apresentou 11%. Já o Haiti, 16%, e Ruanda, 19%. No Chile, o índice é de 2%, e na Argentina, 6%. Enfim, a taxa de repetência da primeira à quarta série, no Brasil, é pior do que a do Camboja e equivalente à de países como Moçambique e

5 www.braudel.org.br

6 MEZAN, Renato. Folha de São Paulo, domingo, 20 de março de 2005. Caderno MAIS!, p. 3.

7 Jornal da Câmara. Seminário debate mudanças na Universidade. Brasília, 12 de abril de 2006, p. 6.

8 Indicação da UNESCO (2006).

Eritréia, que possuem o 168° e o 171° IDH (índice que mede o desenvolvimento humano em todo o mundo).

A lista tem 177 países, e o Brasil ocupa o 63° lugar. Esse estudo aponta que o Brasil precisará contratar 396,3 professores para o ensino primário até 2015, para uma demanda de 14,3 milhões de estudantes. Atualmente, 806 mil docentes atuam nesse ciclo para uma demanda de 13,6 milhões.

Quanto ao analfabetismo, o desencanto ainda existe, e, se há analfabetos, sabe-se que a responsabilidade é da Administração-Governativa (Estado). Com isso, há uma idéia destruidora da própria noção de cidadania, reproduzindo o comportamento de um povo imaturo, manipulado, nunca cidadãos (construtores e reconstrutores do ordenamento jurídico).

O analfabetismo é uma estúpida violação aos direitos fundamentais. Isso significa que as pessoas que não têm o mínimo de esclarecimento educacional também não têm condições de implementar o direito à vida digna. Por mais inteligentes e capazes que sejam, estão à margem da sociedade, estão, na expressão de Giorgio Agambem,[9] **ABANDONADAS**.

As estatísticas demonstram que, nas eleições brasileiras de 2004,[10] 6% dos candidatos a vereador não foram à escola; 40% têm, no mínimo, ensino fundamental; 35% têm, no máximo, ensino médio; 5% têm ensino superior incompleto e 14% concluíram uma universidade.

Em 2006, o primeiro "Censo do Legislativo Brasileiro", [11] divulgado pelo Senado e pela Câmara, expôs a baixa escolaridade dos 60 mil vereadores e deputados das câmaras e assembléias do país. O maior percentual é de vereadores com ensino médio completo ou cursado parcialmente. Outros 28% cursaram o ensino fundamental, mas só a metade deles chegou a concluí-lo. Só 19% completaram o ensino superior e 4% são analfabetos funcionais (conseguem apenas ler e escrever). Desses legisladores, 3% têm pós-graduação.

Conforme dados oficiais,[12] a região que mais sofre com a falta de ensino é a Nordeste, sendo que, em 1992, eram 34,8% do sexo masculino e 30,9 do sexo feminino. Em 1999, esses dados foram reduzidos para 28,7% e 24,6%, respectivamente. A proporção de analfabetos representa mais de um quarto da população. Aliás, a educação básica ainda é um fôlego teórico para alcançar uma cultura e, portanto, um nível mínimo de desenvolvimento humano.[13]

Assim, confirma-se que a política estatal fora dos balizamentos constitucionais dos direitos fundamentais pode identificar um ponto de descontrole e exclusão social em massa. Não é isso, por sua vez, o que se pretende ver no Brasil, mas nosso país possui como um dos traços marcantes o péssimo quadro das condições sociais.

Dentro desse quadro, uma nova publicação do IPEA[14] (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), órgão ligado ao Ministério do Planejamento, no ano de 2005, confirmou

9 AGAMBEM, Giorgio. Homo sacer: *o poder soberano e a vida nua.* Belo Horizonte: UFMG, 2002. É interessante a forma como esse filósofo italiano aborda a palavra "abandonado". Em Agambem, por conseguinte, abandonado, é aquele que está fora do bando do soberano. Esse raciocínio torna-se igualmente aproveitável aqui, nesse texto, pois estar no bando só é possível àquele(a) que tem toda a formação escolar e garantia de emprego. Do contrário, aqueles que não se inserem nos níveis mínimos de educação e trabalho, ou do contrário, trabalham abaixo de sua qualificação como, por exemplo, a mulher com diploma de pós-graduação levando a vida como *babysitter* e professores desempregados fazendo algo diverso daquilo que estudaram, tornam-se todos abandonados.

10 Fonte: Tribunal Superior Eleitoral.

11 Jornal da Câmara. Brasília, 07 de abril de 2006, p. 08.

12 http://www.datasus.gov.br/cgi/idb/2002.

13 BUARQUE, Cristóvam. O Berço da desigualdade. Editora UNESCO, 2005.

14 www.ipea.gov.br

a **deficiência na educação** brasileira como um dos problemas cruciais. Em pleno século 21, há cerca de 15 milhões de brasileiros analfabetos, alcançando 11,6 % da população. Dos que se matriculam no ensino fundamental, 70% chegam à 8ª série. Entre as crianças até 6 anos, apenas 37% vão às escolas públicas ou privadas. Num país de 186 milhões de habitantes, 54 milhões estão em idade escolar e o analfabetismo funcional ainda é um imenso problema.

Estudos feitos, em 2005, pelo Instituto Paulo Montenegro,[15] do grupo Ibope, revela que apenas 26% da população brasileira tem o domínio pleno das habilidades de leitura e escrita. O restante da população está em estágio de analfabetismo (7%), de alfabetização rudimentar (30%) ou alfabetização básica (38%). Em síntese: a maioria da população brasileira, quando lê e escreve, faz de forma precária, havendo um impedimento no avanço profissional. A imensa maioria de nossas crianças não se familiariza com livros e computadores, e ficam sem possibilidade de desenvolver seus potenciais. Se não conhecem as regras fundamentais do "jogo", ficarão, certamente, omissas quando manipuladas.

Outro ponto que precisa ser esclarecido é que o direito à educação passa pela reflexão do que significa vida digna. Isso implica reconhecer que, quando os parlamentares asseguraram o princípio da dignidade na Constituição de 1988, eles estabeleceram um piso mínimo. Agora, para que essa dignidade seja reivindicada e ampliada, por qualquer um do povo, é de extrema importância que cada qual dessa população saiba fazê-la. Não há exercício de vida digna, não há amplos requerimentos de direitos fundamentais, sem educação.

Outro equívoco que precisa ser dissipado diz respeito à vida. A vida não surge somente com o nascimento. "Vida", além de nascer com vida, nos direitos fundamentais significa que não basta, contudo, estar respirando para se confirmar a presença desse direito. É preciso mais. Necessário, portanto, refletir que só haverá concretude desse instituto (direto à vida), se a pessoa tiver direito de se inserir na vida fundamental, se souber utilizar a linguagem e a argumentação para fins de reivindicação. São essas aptidões, adquiridas por intermédio da educação, que tocam a vida das pessoas. Não é possível seguir na vida sem esses direitos esclarecidos.

Outro dado interessante que merece nota é a tagarelice da mídia, que de forma visual e acústica atinge as finalidades de controle da opinião pública. Os brasileiros gastam com televisão mais do que o triplo de tempo que passam lendo. Em uma semana, são 18,4 horas em frente à TV e 5,2 diante dos livros.[16] Creio devemos problematizar esses dados, da alienação da realidade, da violação da liberdade de consciência de forma coletiva. Se isso tiver continuidade, teremos seguidores orientados tão-somente por ideologias e não por esclarecimentos. Com isso, não negamos que **plebiscitos** e **referendos,** por exemplo, possam ser facilmente **manipulados** por intermédio de idéias fabricadas valorizando o líder carismático e transformando o **Estado em um espetáculo**.[17]

Qualquer opinião sobre Educação envolve necessária análise em face das medidas que estão sendo discutidas e tomadas no Brasil nos últimos anos. É preciso ter em mente que a Educação tem que ser trabalhada em todas as etapas do ensino ao mesmo tempo, desde o **básico** ao **superior,** passando pelo profissional e pela **pós-graduação**. A não-aplicação dessas medidas atinentes à integração entre todos os níveis educacionais encerra o risco de não lograr êxito na área da educação.

15 www.ipm.org.br/in.php

16 www.nopworld.com

17 SCHARTZEMBERG, Roger Gerard. O estado espetáculo. Rio de Janeiro: Diefel, 1978.

Neste passo, está a criação do **Fundeb** (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica), que tem a previsão de a União investir no ensino fundamental, médio e pré-escolar. Ao reverso do ensino fundamental e médio, a Educação Superior se estrutura com o **Prouni** (Programa Universal para Todos), o qual prevê a distribuição de bolsas parciais e integrais em instituições de ensino superior particulares a alunos com renda de até três salários mínimos.

Ainda continua a discussão das **Cotas**. Para seus defensores, é uma tentativa de minimizar a desigualdade e compensar as conseqüências de 300 anos de escravidão. A Reforma Universitária prevê que as Universidades Federais reservem, em cada processo seletivo, pelo menos metade das vagas oriundas de alunos de escolas públicas. As vagas seriam divididas entre negros, pardos e indígenas, na proporção da sua presença na unidade federativa, valendo-se dos dados do IBGE.

Vê-se que a matéria impõe receios. Em tema de Direito Constitucional Democrático, ideal é que **não** haja um direito à diferença (cotas) no plano da **fundamentalidade**, sob pena de espancamento à democracia.[18] Não se pode olvidar que o direito fundamental é para oferecer um piso de igualdade. Fala-se, hoje, que se tem que assegurar as diferenças. Claro, pois que as pessoas são diferentes. Mas tem que se preservar as diferenças depois de assegurar a igualdade fundamental de direitos (educação, por exemplo).

Assim, não pode ter guarida, na democracia, uma lei que estabeleça vagas para determinadas pessoas (afro-descendentes), pois elas já deveriam estar com os seus direitos fundamentais (ensino fundamental, médio e superior) assegurados. Na Teoria do Direito Constitucional Democrático, essas pessoas já vêm discriminadas não pela cor da pele, mas, sim, porque o Estado não promoveu a compensação para estabelecer uma igualdade no plano do direito fundamental.

Se os alunos cotistas e bolsistas apresentam melhor desempenho (ou não), em relação aos demais, não vem ao caso. Não é esse, no entanto, o ponto principal. O ponto é que o **direito à educação** de uma pessoa não pode ser diferente do direito à educação de um afro-descendente. Assim, em raciocínio de extremos, de um lado, as **ações afirmativas** recebem aplausos elogiosos que, no Brasil, já chegaram até ganhar *status* de política de Estado, o que, para nós, é um princípio de **negação** da igualdade constitucional dos cidadãos (afro-descendentes ou não), pois faz perdurar incógnito se pode haver desigualdade perante a lei, que é para todos.

Acontece que não usamos acatar esse discurso de implementação de cotas pela administração governativa brasileira como meio de reparar as "injustiças" cometidas pelos brancos contra os negros quando da escravidão. É hora, pois, de desdramatizar. Por óbvio, essas idéias não podem ter continuidade na contemporaneidade. Isso é tão inevitável, que, neste novo milênio, nós temos que preservar as diferenças, mas **após assegurar** a igualdade **fundamental** de direitos (todos eles).

3. EDUCAÇÃO E TRABALHO COMO MEIO DE DIMINUIÇÃO DA POBREZA

18 LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.78-86.

Declinou o geógrafo Milton Santos[19] que os últimos anos do século XX testemunharam grandes mudanças em toda a face da Terra, a qual vivencia, até hoje, uma ação humana mundializada que impõe à maior parte da humanidade uma globalização perversa. Os anúncios de que com o progresso técnico realizaríamos uma globalização com a mais completa humanização do planeta soam, agora, irônicos. De fato, em matéria de decepção, a globalização se realizou, mas não a serviço da humanidade, e, sim, das firmas multinacionais, que fizeram com que os territórios não tivessem mais fronteiras rígidas.

Outra não fora a razão para que esse geógrafo[20] escrevesse que "A fome deixa de ser um fato isolado ou ocasional e passa a ser um dado generalizado e permanente", e o mesmo autor confirma que "saímos de uma pobreza para entrar em outra. Deixa-se de ser pobre em um lugar para ser pobre em outro". [21] É assim que ele qualifica essa condição mundial atual como **pobreza estrutural globalizada**, muito pior do que a denominada pobreza **"incluída"**, a qual era uma pobreza que se produzia num lugar e não se comunicava com outro.

Somos de opinião de que não se pode concluir que a evolução das ciências em geral só trouxe benefícios para a humanidade. Aliás, Robert Kurz[22] está certo ao escrever que "a ciência moderna [...] é o projeto mais bem-sucedido da história da humanidade. Mas de longe o mais catastrófico também." Enfim, fica claro, nesta época, que o saber é um perigo e que a ciência (tecnociência) é utilizada a serviço do **mercado**. Com isso, a economia moderna faz do ser humano um elemento descartável. Quer nos parecer que o único meio de retardar esse processo ou, no limite, até inviabilizá-lo, é por meio da educação, vez que o direito à educação passa pela reflexão do que significa vida digna.

No Brasil, a Constituição de 1988 assegura a educação e o trabalho. Com isso, o esclarecimento de todos e a cobrança diária, por meio da **educação** e do conhecimento, acabarão refletindo em uma melhor situação na geração de **trabalho**, e não no mero **emprego** (sobrevivência sem dignidade).

Segundo as principais conclusões de um estudo denominado "Distribuição de Renda no Brasil de 1976 a 2004",[23] do pesquisador Sergei Soares, técnico de Planejamento e Pesquisa do IPEA, o ano de 2004 foi o menos desigual nos últimos 20 anos no país. Decerto contribuiu para isso o fato de o mercado de trabalho (período de 1995 a 2004) ter sido o principal responsável por reduzir a desigualdade social no Brasil.

O restante coube a programas de transferência de renda não indexados ao salário mínimo, principalmente o Bolsa-Família (programa que foi criado em outubro de 2003, e que paga um salário a famílias que se comprometem a manter os filhos na escola e a saúde em dia). Esse programa é um impulso interessante para mudar a estrutura tradicional, o cotidiano de algumas famílias e comunidades. O que não pode acontecer é a continuidade dessa função meramente assistencialista (somente o Bolsa-Família consumiu, em 2005, R$ 5.592 bilhões para atender 8,7 milhões de famílias cadastradas).

É fato que a sociedade brasileira quer primar pelo trabalho, mas os países que trabalham sob forma rudimentar com mão-de-obra desqualificada para concorrer ao mercado que

19 SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: *do pensamento único à consciência universal.* Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 35-37.

20 SANTOS, Milton. Por uma outra globalização, 2004, p. 59.

21 SANTOS, Milton. Por uma outra globalização, 2004, p. 73.

22 KURZ, Robert. *Com todo vapor ao colapso.* Juiz de Fora, MG: Editora UFJF-PAZULIN, 2004.

23 www.ipea.gov.br

se rege por um Potencial Científico e Técnico, desenvolvido pelas empresas transnacionais,[24] sedimentam-se numa faixa de exclusão do trabalho.

Pelos índices do IBGE,[25] a taxa de desemprego, no Brasil, em 1992, correspondia a 6,5%, e, em 1999, a taxa aumentou para 9,6%, sendo que, no Norte, em 1992, havia 7,9%, e, em 1999, 11,4% desempregados. O Estado do Nordeste, nessa situação, apresentou, no ano de 1992, uma taxa de desemprego de 6,2%, e, em 1999, aumentou para 8%. Na região Sudeste, no período de 1992, o percentual de desemprego foi de 7,5%, e, em 1999, chegou a 11,2%. No Sul, 4,6% (1992) e 8% (1999), e, no Centro-oeste, 6,3% (1992) e 9,6% (1999). Observa-se que as taxas foram progressivas em todas as regiões do país, e, em janeiro de 2006, o desemprego, em todo o Brasil, ficou em 9,2%.

Hoje, o que se defende é que, além do crescimento econômico, haja um novo sistema distributivo, pois os excluídos não têm oportunidade de desenvolver plenamente suas potencialidades. Nos últimos anos, os projetos sociais no Chile têm experimentado efeitos interessantes. Nesse país houve o surgimento de gerações de programas de transferência de rendas. A primeira delas é a que transfere dinheiro para a família e pronto. O objetivo é apenas garantir a sobrevivência. O Brasil faz transferência condicionada. Além de manter a família viva, o objetivo é quebrar o ciclo de pobreza colocando as crianças na escola. Surge, então, uma outra geração no Chile, pois, além da transferência condicionada, o programa estabelece um prazo para que a família saia daquela condição e faz uma análise detalhada das necessidades de cada um.

São de extrema importância a continuidade de programas que visam à queda da desigualdade no Brasil, e a insistência em um modelo de educação estrutural que maximize a possibilidade de uma pessoa ter acesso a empregos com remuneração suficiente para sair do quadro do Bolsa Família, e para que os que não estão na pobreza não caiam nela e entrem no mercado de trabalho com possibilidades de não serem tragadas pela tirania da informação globalizada. No entanto, convém lembrar que o máximo que o Bolsa Família paga são R$ 95 por mês, ou US$ 1,5 por dia. O Banco Mundial usa US$ 2 ao dia como medida de pobreza extrema. Isto é, quem ganha até esse limite ou abaixo dele é miserável.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Detendo-se na condição brasileira, um dos traços marcantes do período em que vivemos é, pois, o péssimo quadro das condições de educação, trabalho, pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Dentro desse quadro, confirma-se a deficiência na educação brasileira que, em pleno século 21, ainda possui cerca de 15 milhões de brasileiros analfabetos, alcançando 11,6 % da população. Se o Brasil quiser reduzir a pobreza e suas desigualdades, tem que partir para uma política de **educação** para **todos**, ampliando o acesso a escolas que ofereçam um ensino de qualidade, com professores valorizados, bem formados e dedicados.

É grave o equívoco de mudar a Universidade sem mudar o ensino básico. Se a administração brasileira não mudar o enfoque, há fortes indícios de que o Brasil continue nessa "anestesia" cultural.

24 LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 154-161.

25 http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2002.

5. ABSTRACT.

The Brazilian educational reality is far to reach quality standards. With this, the modern economy makes of the human being a dismissable element. One of the efficient ways to delay this process or, in the limit, until neutralizing it, is the education of high quality that in turn passes reflection of worthy life.

Key words: *Right to the education. Worthy Life. Citizenship*

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. Homo sacer: *o poder soberano e a vida nua.* Belo Horizonte: UFMG, 2002.

BUARQUE, Cristóvam. O Berço da desigualdade. Editora UNESCO, 2005.

KURZ, Robert. *Com todo vapor ao colapso.* Juiz de Fora, MG: Editora UFJF-PAZULIN, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MEZAN, Renato. Folha de São Paulo, domingo, 20 de março de 2005. Caderno MAIS!, p. 3.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: 2004.

SCHARTZEMBERG, Roger Gerard. *O estado espetáculo*. Rio de Janeiro: Diefel, 1

O REPASSE AUTOMÁTICO DAS VERBAS AO SUS, PELOS MUNICÍPIOS, EM CUMPRIMENTO À EMENDA CONSTITUCIONAL 29/2000

Reuder Cavalcante Motta[1]

Resumo:

O presente estudo trata do direito à saúde nos municípios brasileiros e do abuso por parte de prefeitos municipais que retardam o repasse das verbas para a Secretaria ou Fundos Municipais de Saúde, trazendo nefastas conseqüências para a população atendida pelo SUS. Diante do problema, à luz do estudo do financiamento da saúde pública nos municípios, do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e do princípio da máxima efetividade da constituição, demonstra-se que o repasse das verbas municipais para a área da saúde deve realizar-se diária e automaticamente. Examina-se, também, a atuação/dever do Ministério Público e de outros atores sociais para o cumprimento do preceito constitucional em todos os municípios brasileiros.

Palavras-Chave: Direito à Saúde. Recursos Financeiros da Saúde Pública. Emenda Constitucional 29/2000. Efetividade de Direitos Fundamentais. Ministério Público.

Sumário: 1. Colocação do Problema – 2. Da Saúde como direito fundamental. Constituição e Legislação infraconstitucional – 3. Da responsabilidade de financiamento Público da Saúde na esfera de governo dos municípios – 4. Da violação à Lei de Responsabilidade Fiscal – 5. Da previsão legislativa do repasse automático de recursos da saúde na esfera federal – 6. Da correta interpretação da emenda constitucional 29/2000 – 7. Da decisão da Justiça Estadual de Goiás – 8. Dos meios Operacionais – 9. Da atuação do Ministério Público – 10. Conclusão – 11. *Abstract* – 12. Referências.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A garantia do Direito à Saúde previsto constitucionalmente ganhou efetivo implemento com a promulgação da Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000. Por ela, os Municípios tornaram-se obrigados a reverter um percentual determinado de um conjunto de impostos para o financiamento das ações de saúde em seu território. A partir de 2004, tal percentual é de quinze por cento.

Entretanto, em muitos municípios não há regularidade nos repasses. Observa-se a retenção deliberada e o retardamento do repasse de recursos da Saúde, em atitude ordenada e respaldada pelos Prefeitos Municipais, para que sejam aplicados em outras áreas, ao talante de seus arbitrários entendimentos.

Sob o precário argumento de não haver previsão legislativa expressa de quando deveriam ser realizados os repasses da Saúde, os prefeitos se mantêm na ilícita conduta. Vale-se também do fato de que os Tribunais de Contas fazem análises dos Balanços Gerais anuais das

1 Promotor de Justiça em Goiás. Professor da disciplina Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos no curso de Direito do ILES/ULBRA, unidade Itumbiara-GO.

Contas Públicas, só analisam e sancionam aqueles que não aplicaram o percentual mínimo em saúde, e não se ocupam de analisar as datas dos repasses.

Sem sanções, os chefes dos executivos municipais se sentem à vontade para aplicar os recursos na área da saúde quando queiram. Sendo comum que o façam já ao final do ano, realizando grandes compras sem qualquer planejamento e a preços elevados, tão-somente para aplicaram o percentual mínimo exigido constitucionalmente na área da saúde. Em sua defesa, alegam uma "discricionariedade administrativa" que não guarda nenhuma relação com o moderno conceito contido no Direito Administrativo[2].

Com a retenção, os Fundos Municipais de Saúde trabalham apenas com os recursos repassados do Fundo Nacional de Saúde, que, como se sabe, destina recursos a programas específicos de forma vinculada. Em conseqüência, os problemas na saúde pública se intensificam. Os atendimentos tornam-se precários, parte dos serviços de saúde deixam de ser oferecidos, os pacientes carentes sofrem com seus constrangimentos e são ofendidos em sua dignidade como pessoas. Sob a ótica da gestão dos recursos da saúde, a atitude implica a impossibilidade de planejamento das ações de Saúde e, em especial, a impossibilidade de realização de compras mais otimizadas que pudessem trazer economia ao erário.

Com o repasse automático das verbas municipais ao SUS, evitam-se os problemas acima, principalmente pelo melhor planejamento que proporcionam aos os gestores da saúde para implementação de programas e atividades, sem interrupções, ao longo do ano. Melhores rotinas de compras, por exemplo, que implicam economia para o governo e ampliação do atendimento ao pacientes.

A atitude descrita dos Prefeitos é ilícita e somente o repasse automático das verbas municipais ao SUS encontra respaldo constitucional e legal. Há meios operacionais para resolver o problema e há tutela jurídica para tal. É o que demonstraremos.

2. DA VIOLAÇÃO À LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em suas disposições preliminares, enuncia o que é para o legislador a responsabilidade na gestão fiscal.

> Lei Complementar 101, de 04/05/2000
>
> Art. 1.º.
>
> **§ 1.º. A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições** no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade pessoal, da seguridade social e outras, dívida consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição de Restos a Pagar. (grifei)

2 "Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a solução vertente" (BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio, *Discricionariedade e Controle Jurisdicion*al, 2.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 48).

A retenção e dilação na entrega dos recursos ao Fundo Municipal de Saúde constituem medidas que atacam toda e qualquer possibilidade de realização de ação planejada por parte do Gestor de Saúde.

Não sabendo quanto ou quando irá receber as verbas destinadas à saúde, o Secretário de Saúde não tem como planejar. E, não tendo como planejar, não consegue também efetuar compras a preços mais vantajosos para a Administração. Afinal, fornecedores da cidade já sabem que vender para a Secretaria de Saúde é uma aventura, pois eles nunca recebem do Secretário de Saúde e de seus assessores informação da data do pagamento. Por conseguinte, é de se esperar que estejam embutindo encargos financeiros elevados para compensar eventual atraso nos pagamentos. Violam-se, assim, os princípios constitucionais da eficiência[3] e da economicidade[4]. Aumentam-se os custos para a Secretaria de Saúde, diminui o número de pessoas atendidas.

3. DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL. CONSTITUIÇÃO E LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O Preâmbulo da Carta Política de 1988 exalta o nosso Estado como destinado a **assegurar o exercício dos direitos sociais** e que tem como valores supremos a construção de uma sociedade fraterna em um Estado Democrático. O artigo 1.º, inciso III, exorta a **dignidade da pessoa humana** como um de seus fundamentos. O Artigo 6.º da Constituição inicia o capítulo dos Direitos Sociais elencando a saúde entre eles. O Artigo 196 completa o conceito de Saúde como direito nos termos seguintes:

> Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal igualitário às ações e os serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A prestação de serviços de **Saúde Pública** é explicitamente destacada como de **relevância** nos termos do artigo 197 da Carta Política de 1988. As linhas gerais do Sistema Único de Saúde estão compiladas no artigo 198, da Carta Política de 1988, estabelecendo o atendimento integral como uma de suas diretrizes.

A Lei Federal n.º 8080, Lei da Saúde, de 19 de setembro de 1990, contém a definição da saúde como direito fundamental:

> Artigo 2 – **A saúde é um direito fundamental do ser humano**, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. (Grifei)

A Constituição da República, no parágrafo primeiro do artigo 5.º, diz que "as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"

Os direitos fundamentais sociais ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado consistente na atuação deste na efetiva entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. O direito à saúde, após o direito à vida, é o que mais próximo está da efetiva garantia da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, a lição de Germano Schwartz:[5]

3 Art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988.

4 Art. 70, *caput* da Constituição Federal de 1988.

5 Direito à Saúde: Efetivação de uma Perspectiva Sistêmica. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001, p. 52.

A saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável à sua existência, seja como elemento agregado a sua qualidade. Assim, a saúde conecta ao direito à vida.

4. DA RESPONSABILIDADE DE FINANCIAMENTO PÚBLICO DA SAÚDE NA ESFERA DE GOVERNO DOS MUNICÍPIOS

O financiamento das ações de Saúde ganhou relevante tratamento na Carta Política de 1988. Sobre o financiamento da Seguridade Social, definida como "o conjunto integrado de iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social" (Artigo 194 da C.F. 88), ficou disposto que "será financiada por toda sociedade de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (Artigo 195 da C.F. 88 – grifei).

A Lei N.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, foi a que primeiro utilizou a expressão contrapartida de recursos municipais, referindo-se à necessidade de que o Município passasse também a financiar as ações de saúde quando prescreveu em seu artigo 4.º, inciso VII, que os Municípios deveriam contar com a "contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento".

Entretanto, sem que houvesse uma definição dos percentuais das rendas municipais que vinculasse o financiamento das rendas municipais para as áreas da saúde, inúmeros municípios prestavam serviços de saúde tão-somente com as verbas de repasses automáticos entre os Fundos Nacional e Estadual e o Fundo Municipal, em programas específicos.

Após longa tramitação, em 13 de setembro de 2000, o Congresso Nacional promulgou a EC 29/2000, que trouxe significativas modificações no financiamento das ações de Saúde nas três esferas do governo. O artigo 6.º da Emenda Constitucional 29/2000 passou a contar com a seguinte redação, *in verbis*:

> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
>
> I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
>
> [...]
>
> § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:
>
> [...]
>
> III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.
>
> § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:
>
> I - os percentuais de que trata o § 2º;
>
> [...]

Como se vê, o percentual das rendas municipais a ser destinado à saúde ficou pendente de Lei Complementar. Porém, o legislador, no uso do Poder Constituinte Derivado, inovou também no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 77, antevendo, com sabedoria, a demora na criação da referida Lei Complementar (ainda não criada). A nova redação do artigo 77 do ADCT é a seguinte:

> Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:
>
> [...]
>
> **III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.**
>
> [...]
>
> § 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.

As fontes de recursos previstas para o financiamento na esfera dos municípios, de acordo com os artigos acima enunciados, são, a partir de 2004, de quinze por cento dos seguintes tributos, conforme Resolução No. 316, de 04 de abril de 2002, do CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE: • Total das receitas de impostos municipais de ISS, IPTU, ITBI; • (+) Receitas de transferências da União: Quota-Parte do FPM, Quota-Parte do ITR, Quota-Parte da Lei Complementar n º 87/96 (Lei Kandir); • (+) Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF; • (+) Receitas de transferências do Estado: Quota-Parte do ICMS, Quota-Parte do IPVA, Quota-Parte do IPI – Exportação, • (+) Outras Receitas Correntes: Receita da Dívida Ativa Tributária de Impostos, Multas, Juros de Mora e Correção Monetária (=) Base de Cálculo Municipal.

No relatório final da XI Conferência Nacional de Saúde constou o entendimento dominante de que, apesar de não atender plenamente os anseios dos sanitaristas, a Emenda Constitucional constituía avanço social para as ações na área da Saúde.[6] Em artigo, Eduardo Jorge e Roberto Gouveia enunciavam os ganhos esperados que a Emenda Constitucional 29/2000 representava ao país. Destacamos, dentre os outros, os dois abaixo:

> 2. Permitirá uma **previsibilidade de recursos. As autoridades sanitárias poderão, pela primeira vez, fazer um planejamento de gastos com pessoal, investimentos e programas, o que era impossível até hoje**, dadas as variações bruscas orçamentárias de um ano para o outro.
>
> 3. **Acaba a "gangorra orçamentária". Quando um nível de governo aumentava, o outro diminuía**. Por Exemplo: subiam os gastos municipais e desciam os estaduais. (Para Entender a Emenda Constitucional 29/2000, *in* O Que Você Precisa Saber Sobre o Sistema Único de Saúde. Editora Atheneu. São Paulo: 2002, p. 235).

6 TOJAL, Sebastião Botto de Barros Tojal [et al]; Marcio Iorio Aranha e Sebastião Botto de Barros Tojal (org). *Manual Conceitual do Curso de Especialização em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília: UnB, 2002 , p. 594.

Como se viu, a Emenda Constitucional 29/2000 constituiu um grande avanço para o Sistema Único de Saúde, conquista que foi fruto de muita mobilização e idealismo de sanitaristas de todo Brasil. Razão suficiente, para que se lute por sua efetividade.

As previsões de Eduardo Jorge e Roberto Gouveia destacadas no trecho acima não se efetivam quando a prática ilícita destacada no início deste artigo é levada é efeito pelos Prefeitos, como vimos. Há muitos anos tramita no Congresso Nacional projeto de lei para a regulamentação da forma, modo e tempo da realização dos repasses, contudo, para decepção dos sanitaristas, tramita de maneira lenta, sem haver perspectivas de quando surgirá no ordenamento jurídico tal lei. Embora desejável, entendemos que tal lei é prescindível.

5. DA PREVISÃO LEGISLATIVA DO REPASSE AUTOMÁTICO DE RECURSOS DA SAÚDE NA ESFERA FEDERAL

A Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) prevê a imediata distribuição da receita arrecadada ao Fundo Nacional de Saúde. Em seu artigo 34 se lê que "**As autoridades responsáveis pela distribuição da receita efetivamente arrecadada transferirão automaticamente ao Fundo Nacional de Saúde (FNS)"**

Na mesma linha de propósitos, a Lei 8.142 prevê a obrigatoriedade de o Gestor Único Federal passar recursos a Estados e Municípios de forma direta e automática. Confira seu Art. 3.º, que reza que "Os recursos referidos no inciso IV do art. 2.º desta lei serão repassados de forma regular e **automática** para Municípios, Estados e Distrito Federal".

Questiona-se por que as autoridades federais estão obrigadas a repassar automaticamente os recursos para o Fundo Nacional de Saúde e, da mesma forma, o Gestor Único Federal do SUS está obrigado a repassar automaticamente os recursos para os programas de Saúde, e não estariam também os responsáveis pela arrecadação de Impostos nos Estados e nos Municípios obrigados a fazê-lo? E, também, automaticamente ?

Ousamos inferir que, de maneira análoga ao princípio da simetria com o centro, previsto no artigo 25 da Constituição Federal, em se tratando de ações na área de Saúde, não podem Estados e Municípios adotar condutas divergentes daquelas da esfera federal, até mesmo para garantia da harmonia do sistema único de saúde.

6. DA CORRETA INTERPRETAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 29/2000

Para enfrentar o problema apresentado, mister se faz que se proceda a uma interpretação a partir da Constituição.

Há princípios de interpretação constitucional já consagrados na doutrina que funcionam como condicionantes da interpretação constitucional. Celso Ribeiro Bastos explica que tais princípios de interpretação constitucional a que chama de postulados constitucionais "São uma série de regras que os autores que tratam do Direito Constitucional atualmente seguem. Extrai-se mais da experiência, da lógica, da evolução histórica, do surgimento e do desenvolvimento do próprio constitucionalismo. São postulados, axiomas que se caracterizam pelo aspecto cogente com que se apresentam ao intérprete" (Hermenêutica e Interpretação Constitucional, São Paulo, Celso Bastos Editor, 1997, p. 100)

Para o interesse do caso em tela, destacamos o princípio da máxima efetividade.

Conforme J.J. Canotilho,[7] ele pode ser formulado da seguinte maneira: "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais [...], sobretudo se invocado no âmbito dos direitos fundamentais" (no caso de dúvidas deve-se preferir-se a interpretação que maior eficácia reconheça aos direitos fundamentais).

João Pedro Gebran Neto,[8] citando Enterría, ensina:

> Os atos jurídicos comportam análise segundo sua existência, validade e eficácia. Essa última, que interessa sobremaneira ao tema, consiste na aptidão para produzir os efeitos desejados. Não se insere no seu âmbito verificar se tais efeitos realmente se produzem. É nesse plano que vai se encontrar a efetividade ou eficácia social da norma. Segundo Enterria, efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Sobre o *princípio*, leciona Inocêncio Mártires Coelho:[9]

> [...] o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da lei maior para que interpretem as suas normas em ordem de otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da constituição para que em toda hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os direitos, cujas normas, naturalmente abertas, são predispostas a interpretações expansivas.

Para Celso Ribeiro Bastos,[10] "... o postulado da efetividade máxima possível se traduz na preservação da carga material que cada norma possui, e que deve prevalecer, não sendo aceitável sua nulificação nem que parcial".

Há de haver, sempre, plena eficácia daquelas normas que garantem o direito à saúde, de modo a permitir, em plenitude, que o fim pretendido pelo legislador seja alcançado.

Em obra pioneira[11] nesse tema, no Brasil, Luís Roberto Barroso tratou da *efetividade* das normas constitucionais. Segundo o mestre, a *efetividade* significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Por seu turno,

> [...] a efetividade das normas depende, em primeiro lugar da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger situações da vida, operando seus efeitos que lhe são próprios. [...] Se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há efetividade possível. Mas esta seria uma situação anômala em que o Direito, como criação racional e lógica, usualmente não incorreria". [...] "o Direito existe para realizar-se. O Direito Constitucional não foge a este desígnio".

7 Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5.ª Ed., Almedina. Coimbra, 1997, p. 1208.

8 A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – A busca de uma exegese emancipatória. São Paulo, RT, 2002, p.124.

9 Interpretação Constitucional. 2.ª ed. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 2003, p. 137.

10 Op. cit., p. 105/106.

11 O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, 7.ª Ed. atualiz., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

Portanto, da lição de Luís Roberto Barroso[12] concluímos que só a *efetividade* da norma e o efeito jurídico pretendido irrealizável é que não podem ser vindicados em favor de seu beneficiário às portas do Poder Judiciário. É o que se reafirma no trecho abaixo:

> [...] direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. [...] Logo, somente poderá o juiz negar-lhe o cumprimento coercitivo no caso de impossibilidade material evidente e demonstrável, pela utilização de uma interpretação sistemática influenciada pela teoria geral do Direito. Fundar-se-ia em um raciocínio estruturado de forma assemelhada a esta: a Constituição está no vértice do sistema jurídico. O sistema jurídico é um sistema lógico. Uma regra que preceitue um fato que de antemão se saiba irrealizável, viola a lógica do sistema, Não pode, portanto, integrá-lo validamente.

Marcos Masselli Gouvêa, em obra doutrinária[13] recente, atualizada com a melhor doutrina estrangeira e de densa qualidade em se tratando de direitos sociais – que os prefere nominar como direitos prestacionais –, informa que o Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que existem normas definidoras de direitos e garantias fundamentais mesmo fora ao elenco do artigo 5.º da Constituição, inteligência da ADIN n.º 939-7, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18/03/94 (inconstitucionalidade da EC n.º 3). Segundo o autor, a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento *supra,* já se deu influenciada que fora aquela Corte Suprema "pela doutrina da pré-estatalidade dos direitos fundamentais" (op. cit., p. 99) . "Portanto, na medida em que os direitos sociais forem fundamentais, valerá para eles a norma expressa que prevê aplicação imediata".

Com fulcro nas lições acima, estrutura-se o raciocínio adiante.

a) – Há consenso de que, quando o constituinte determinou percentual certo de repasse por parte dos Municípios ao SUS, visava melhorar o atendimento, garantir mais recursos para que o direito fundamental à saúde fosse exercido (a histórica luta dos sanitaristas nos informa). Impossível refutar que, quanto antes os recursos municipais chegarem ao SUS, melhor se atende às metas traçadas pelo constituinte. Portanto, na dúvida quanto ao momento do repasse, deve-se preferir a interpretação que dá maior eficácia ao direito a saúde, preferindo-se que o repasse seja imediato, pois, desta forma, densifica-se o direito, realiza-se o direito à saúde de forma otimizada, de modo a conferir-lhe maior desempenho concreto em sua função social. O repasse automático seria também um direito fundamental do cidadão implícito no ato das disposições transitórias e de aplicação imediata, uma vez que ele reforça o direito à saúde expresso anteriormente na Constituição em vários locais, como se viu.

b) – Se não se deve aceitar a nulificação sequer parcial da efetividade dos direitos fundamentais, não se deve aceitar um dia sequer de atraso nos repasses, eis que, a cada dia de atraso, violam-se direitos fundamentais de pacientes que minguam à espera de procedimentos médicos e medicamentos.

c) – O atraso nos repasses das verbas para a Saúde viola o direito à saúde dos cidadãos. Por conseguinte, a única interpretação para a Emenda Constitucional 29 que alcança a máxima efetividade de tal direito é aquela em que se determina que o repasse das verbas

12 Op. cit. p. 116.

13 O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

para a saúde seja imediato.

d) – O princípio da máxima efetividade, ao qual foi dada maior ênfase, na exposição acima, no caso em tela, não entra em colisão com outros princípios hermenêutico-constitucionais. Ao contrário, reforça-se com o princípio da força normativa da Constituição e com o princípio da unidade da Constituição.

Não se olvide, ainda, uma das poucas regras de interpretação jurídica expressa em texto legislativo no Brasil, perfeitamente adequada ao caso, é o Artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, "Decreto-Lei N.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, que prevê em seu artigo 5.º: "*Na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*."

7. DA DECISÃO DA JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

O Ministério Público do Estado de Goiás, por um de seus órgãos de execução na Comarca de Itumbiara, no ano de 2004 se viu diante do retardamento dos repasses para a área de saúde por parte do Prefeito Municipal à época. Diante da crise no atendimento à saúde da população, em que uma das causas fundamentais era o atraso nos repasses, por meio de ação civil pública, utilizando-se dos argumentos acima esposados, buscou a tutela jurisdicional para que os repasses à saúde se fizessem de forma automática ─ Autos 2004.011.3269, 2.ª Vara Cível da Comarca de Itumbiara.

O pedido encontrou acolhida do Juízo de primeiro grau, que proferiu decisão de antecipação dos efeitos da tutela, que, *a posteriori,* foi confirmada na sentença de mérito. Destaca-se na decisão do insigne Juiz de Direito Dr. Fernando Mello Xavier:

> Deixar os critérios de transferência dos recursos ao inteiro alvedrio do administrador, guiado, exclusivamente pela conveniência e oportunidade, não representa a melhor aplicação do direito. Concordar com o argumento do requerido, no sentido de que o cumprimento do percentual do repasse somente deve avaliado ao final do exercício financeiro, seria admitir, por exemplo, que os recursos não fossem transferidos por vários meses, sendo posteriormente transferidos em maior volume para compensar o atraso.

Em face ao reexame necessário da decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por sua 4.ª Câmara Cível, 3.ª Turma, no Acórdão nº 2006.0110.7572, de 20 de julho de 2006, publicado em 03/08/2006, confirmou, por unanimidade, a decisão do juízo de Itumbiara acima referida. O relator, Desembargador Carlos Escher, ressaltou em seu voto que "*O direito a saúde impõe, para sua efetivação, que os poderes públicos se abstenham da prática de atos obstaculizadores do exercício desse direito fundamental*".

8. DOS MEIOS OPERACIONAIS

Embora não seja muito divulgado, o Banco do Brasil oferece gratuitamente aos administradores municipais o direito de utilização de um *software* (produto na linguagem bancária) capaz de realizar, diariamente, a transferência dos 15% das verbas da União para a conta do fundo municipal de saúde. Para tanto, basta que o Prefeito assine contrato de adesão com a instituição, contrato e sistema esses conhecidos por todos os gerentes de agências.

Em referência às verbas do Estado que devam ser repassadas aos municípios, ou seja, ao fundo municipal de saúde, no Estado de Goiás, o Ministério Público conseguiu do Banco Itaú S.A. (que é depositário das contas do Estado) o desenvolvimento de *software* para esse fim. A cidade de Itumbiara-GO foi escolhida para o projeto piloto e o sistema é absolutamente satisfatório. Essa conquista significa haver possibilidades técnicas/operacionais nas demais instituições bancárias do país, para convênio de repasse das verbas dos Estados e dos Municípios ao fundo municipal de Saúde, por meio de transferência automática.

9. DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O inciso II, do artigo 129, da Carta Magna, estabelece que é função do Ministério Público "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia." A saúde pública foi o único serviço registrado como de relevância pública no texto constitucional, exsurgindo daí claramente a vontade do constituinte para que o Ministério Público a defendesse.

Diante dos interesses políticos e econômicos que a questão envolve, vislumbramos que o Ministério Público é a instituição mais bem preparada para lutar com imparcialidade para que a busca pelo repasse imediato dos recursos dos Municípios para o financiamento das ações de saúde seja efetivada nos termos propostos, podendo-se valer das medidas necessárias e do esperado apoio dos Conselhos Municipais de Saúde.

Para alcançar a medida acima, o Ministério Público deve valer-se, inicialmente, dos institutos de solução extrajudiciais de conflitos coletivos, quais sejam o Termo de Ajustamento (Art. 5.º, § 6.º, da Lei Federal 7.347) e a Recomendação[14] com fixação de "prazo razoável para adoção das providências cabíveis" ou apresentação de justificativa da omissão (art. 27, IV da Lei 8.625/93 e Art. 6.º, XX da Lei Complementar 75/93 c/c art. 80 da Lei 8.625/93). Todavia, caso haja resistência em adotar-se a medida do repasse automático das verbas municipais para a área de saúde, entendemos que a tutela poderá ser alcançada judicialmente, conforme exemplo referido *infra*. Não se exclui, também, analisar que, se a conduta omissiva se faz de forma dolosa e em desvio de finalidade, o desatendimento à recomendação faz, em regra, prova de tal. Acrescente-se que o repasse automático, conforme dito, expressa comando constitucional. É possível que tal conduta venha a ensejar, por essas duas condições, ato de improbidade por violação ao princípio da legalidade (Art. 11.º, *caput* e inciso II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício). Conforme o caso, ou melhor, conforme o descaso, a conduta pode importar ainda em ilícito criminal: prevaricação, prevista no artigo 319 do Código Penal.

14 "A recomendação consiste em um ato formal não coercitivo dirigido ao investigado, no qual é expressamente traduzida a vontade da ordem jurídica pelo Ministério Público, que toma posição e sugere a realização de determinada conduta referente a um caso concreto, com o escopo de atingir finalidade de interesse público primário com propósito expresso ou subjacente na Constituição e nas leis" (Gomes, Luís Roberto. O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: o Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 237).

10. CONCLUSÃO

Por violar direito fundamental do cidadão, a retenção e retardamento dos repasses de verbas municipais para os fundos municipais de saúde são condutas inconstitucionais e ilícitas, altamente prejudiciais à população e ao SUS. Somente o repasse diário e automático das verbas para a saúde alcança os princípios e objetivos da Carta Política de 1988. Tais desvios de conduta devem ser combatidos, notadamente pelo Ministério Público, em face da relevância social do tema. O Ministério Público dispõe de meios extrajudiciais para obtenção da medida legal, contudo, se necessário, é esperado que a tutela seja alcançada por meio da jurisdição.

Em arremate e pelo ângulo político-administrativo, diga-se logo que é necessário que os prefeitos municipais, no exercício do Poder Público, voltem suas atenções para a *saúde*, de modo objetivo, para cumprimento dos mandamentos constitucionais. O repasse automático do percentual destinado à *saúde*, a mantença de estrutura material, de equipamentos, de medicamentos e de pessoal especializado, o quanto adequado às necessidades dos munícipes, não podem ser olvidados, nem tergiversados. Não basta a conduta simplista (e censurável, mesmo quando isenta de corrupção) praticada por boa parte dos prefeitos municipais por meio do expediente da "ambulançoterapia", com o propósito único de transportar doentes do seu município para seqüente "despejo" em hospitais de outras cidades e, com isso e aos olhos do doente e de sua família, passar a impressão de administrador "bonzinho", assegurando, desse modo, a indevida captação de votos para o próximo pleito eleitoral. Se tais condutas, censuráveis pela ética no sentido *lato*, não ferem, abertamente, dispositivos legais, ferem elas a moral pública. No mínimo, importa em mau cumprimento do mandato político, ensejando reprovação social e, viável, sua cassação.

11. ABSTRACT

This paper treats the right to health in brazilian cities and the abuse caused by mayors that delays to transfer financial resources to the local department of health or to the local health financial fund, and the very bad consequences it brings to the population. Faced to problem, under the light of the study of public health financial resources at the cities, the human person dignity principle, the right to life and the principle of greatest effectiveness of the Constitution, it is demonstrated that the transfers of financial resources for application in health should be made daily and automatically. It is also examined the duty/action of the Public Ministry (Brazilian Prosecution Office) and others social actors for making accomplished that constitutional command in brazilian cities.

***Key words**: Right to health. Public health financial resources. Constitutional amendment 29/2000. Effectiveness of fundamental rights. Public Ministry.*

12. REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. 2 v.. Brasília, Ministério da Saúde, 2003.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio, *Discricionariedade e Controle Jurisdicion*al. 2.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7.ª Ed. atualiz., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo, Celso Bastos Editor, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 1997

CARVALHO, Guido Ivan de et SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis n.º 8.080/90 e n.º 8142/90)*. 4.ª Ed., Editora da UNICAMP, Campina, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2.ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde.* São Paulo, Editora Hucitec, 1995.

GARCIA, Emerson (Coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2004.

GIBRAN NETO, João Pedro. *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – A busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo, RT, 2002.

GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa : o controle da omissão estatal no direito ambiental*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

GOUVÊA, Marcos Masseli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas : novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

JORGE, Eduardo e GOUVEIA, Roberto Gouveia. *Para Entender a Emenda Constitucional 29/2000 in O Que Você Precisa Saber Sobre o Sistema Único de Saúde.* São Paulo, Editora Atheneu, 2002.

SANTOS, Marilda Helena. *Coleção Centros de Apoio Operacional, Defesa do Cidadão, Manual da Saúde*. Goiânia, Ministério Público do Estado de Goiás, s/d.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde : Efetivação de uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros Tojal [et al]; Marcio Iorio Aranha e Sebastião Botto de Barros Tojal (org). *Manual Conceitual do Curso de Especialização em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal.* Brasília: UnB, 2002. , p. 594.

O DIREITO PENAL E AS FRAUDES BANCÁRIAS PRATICADAS POR MEIO DA INTERNET

Cláudia Aparecida Salge[1]

Resumo:
A utilização da internet trouxe consideráveis avanços na cultura, na medicina, no meio científico em geral e na interação entre a população mundial. Em contrapartida, a evolução tecnológica deixou o seu usuário à mercê da ação criminosa dos "piratas virtuais", que, mediante o uso da rede mundial de computadores, fazem transferências ilícitas dos saldos de correntistas incautos, provocando vultoso prejuízo às instituições financeiras. Irrompeu, portanto, um problema de conotação globalizada, que demanda uma teia de medidas interligadas, a fim de sanar seus sinistros efeitos.
Palavras-chave: Internet. Fraudes. Estelionato. Furto qualificado. Delitos eletrônicos.

Sumário: 1. Introdução – 2. Crimes cibernéticos – 3. Função ético-social do Direito Penal – 4. Tipos penais aplicáveis aos delitos de fraudes bancárias *on line* – 4.1 Estelionato – 4.2 Furto qualificado mediante fraude – 4.3 Apuração do sujeito passivo do delito – 5. Considerações finais – 6. *Abstract* – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A evolução dos conhecimentos tecnológicos, cuja deflagração ocorreu a partir da invenção do telégrafo, do telefone e do computador, culminou com a criação da internet, que veio a revolucionar a comunicação, estreitando os laços de interação entre os homens, em caráter globalizado. A internet, traduzida como meio extremamente célere e eficaz, utilizado para transportar dados e informações entre computadores localizados nos mais longínquos espaços territoriais do mundo, tornou-se um indispensável colaborador da humanidade ao interagir indivíduos e promover o compartilhamento de idéias, do qual, na atualidade, não se pode prescindir.

O sistema de rede mundial de computadores surgiu nas décadas de 60 e 70, período em que a "guerra fria" entre americanos e soviéticos se entremostrava iminente. Este sistema – o ARPANET – foi implantado com o objetivo de facilitar a troca de informações entre as bases militares americanas, o que se efetivava mediante um esquema de transmissão de dados conhecido como "chaveamento de pacotes", eis que os dados eram divididos em pequenos pacotes, contendo pequenos trechos dos textos, endereço do destinatário e indicações, que permitiam a remontagem da mensagem originária[2]. Posteriormente, o sistema ARPANET passou a ser utilizado pelas universidades americanas no intento de proporcionar maiores progressos na área científica. E, com o acréscimo dos usuários e do acesso ao sistema de dados, a ARPANET não se mostrou eficiente para administrar a troca de informações telemáticas, razão pela qual dividiu-se o sistema em dois grupos: a MILNET, voltada às finalidades militares; e

1 Juíza Federal Substituta da 2ª Vara da Subseção de Uberaba. Docente da Universidade de Uberaba, no Curso de Direito, das disciplinas Teoria Geral do Direito Penal I e II, no período de Agosto/2003 a Julho/2004.

2 Site pt. Wikipedia.org/wiki/Internet.

a ARPANET, que atendia ao público não militar. Diante dessa nova realidade, foi necessário criar-se um esquema técnico denominado IP (*Internet Protocol*), capaz de permitir o tráfego de informações de uma rede para outra e, por intermédio da *National Science Foundation*, as autoridades americanas investiram na criação dos *backbones* (espinhas dorsais), que se constituem em poderosos computadores conectados por linhas aptas a suportar o grande tráfego de dados, como canais de fibras óticas, elos de satélites e elos de transmissão via rádio. Além dos *backbones*, foram criados, por empresas privadas, sistemas semelhantes aos quais são conectadas linhas menores, e é nesse emaranhado de interligações que integra a rede da internet[3].

Os primeiros registros de interações sociais procedidas através de rede de computadores, de que se têm notícia, residem em uma série de memorandos escritos por J. C. R. Licklider, do MIT – *Massachussets Institute of Techonology*, por volta do mês de agosto de 1962, nos quais se discutia acerca da possibilidade da existência de vários equipamentos interligados, permitindo aos seus usuários acessar os dados e informações de qualquer lugar do globo terrestre[4]. A partir de então, Licklider, trabalhando em seu projeto de pesquisa de computador do DARPA, convenceu os seus sucessores Ivan Sutherland, Bob Taylor e Lawrence G. Roberts a prosseguirem nos estudos nessa área, em face da importância da instituição de uma rede interligada no âmbito internacional.

As pesquisas na área cibernética foram se intensificando, até que, no mês de outubro de 1969, a primeira mensagem entre servidores foi enviada do laboratório de Kleinrock para o SRI, conectado à ARPANET[5]. Este episódio marcou um passo memorável para o desenvolvimento tecnológico, qual seja: a civilização humana teve acesso a uma infinidade de informações e dados compartilhados através da rede mundial de computadores, cuja utilização ensejou considerável progresso e agilidade no mundo moderno. Nos dias atuais, o indivíduo, além de obter informações, pode, facilmente, proceder a quaisquer transações comerciais e bancárias, sem sair do conforto de sua casa, apenas utilizando-se da rede interligada. Entrementes, vislumbra-se um cenário paradoxal, no qual as facilidades da vida moderna, proporcionadas pela internet, entram em colisão com a vulnerabilidade dos usuários menos experientes, que costumam ser vítimas de internautas mal-intencionados, conhecidos como "piratas virtuais", que agem no intuito de ludibriar outros, a fim de obter vantagens indevidas. Ao mesmo tempo em que a internet encurtou os espaços físicos entre as pessoas, facilitando a interação entre os seus usuários, sujeitou-as a golpes financeiros, delitos contra a honra, danos e crimes sexuais, ampliando o rol de modalidades de comportamentos fraudulentos e lesivos à ordem pública.

Em contrapartida à evolução tecnológica, o direito penal vem avançando em passo lento, o que ocorre, principalmente, em razão da lentidão da tramitação legislativa e da falta de empenho por parte dos parlamentares brasileiros, no que se refere ao enfrentamento do tema. Atente-se que o Direito Penal, como instituto regulamentador de condutas e pacificador de conflitos, não pode se eximir de acompanhar as modificações sociais, sob pena de deixar de refletir a atualidade, e permitir que condutas ilícitas permaneçam impunes, ante a ausência de previsão legal. Destaque-se que algumas condutas praticadas via internet encontram tipos

3 Idem.

4 Site www.aisa.com.br - "A Brief History of the Internet", por Barry M. Leiner, Vinton G. Cerf, David D. Clark, Robert E. Kahn, Leonard Kleinrock, Daniel C. Lynch, Jon Postel, Larry G. Roberts e Stephen Wolff.

5 Idem.

penais correspondentes, o que, de certo modo, assegura a punição dos respectivos infratores. Contudo, ainda há uma flagrante lacuna com relação a diversos comportamentos ilícitos, que merecem atenção legislativa urgente.

O objeto deste estudo volta-se, precipuamente, à tutela jurídica dos delitos de fraudes bancárias, que têm ocupado grande espaço nos escaninhos das Varas Criminais brasileiras, em face do incremento de sua incidência. A preocupação dos juristas com relação a tais condutas ilícitas se dissolve entre a correta adequação típica e os meios de prova disponíveis para a apuração de sua autoria. No decorrer deste artigo, pretende-se a busca de soluções jurídicas aptas a solucionar o grave problema jurisdicional instalado sobre o tema proposto, sem deixar de lado o avanço tecnológico que, a passos largos, contribui para a crescente proliferação de condutas ilícitas cada vez mais audaciosas perpetradas por agentes infratores.

2. CRIMES CIBERNÉTICOS

Em um curto espaço de tempo, o avanço tecnológico disponibilizado ao alcance de qualquer indivíduo que tenha acesso a um equipamento de informática, permitiu, lastimavelmente, a propagação de novas e ousadas atividades criminosas que, agora, são capazes de atingir um número incalculável de vítimas. Os meliantes descobriram que, com o uso da rede interligada de computadores, as vítimas atingidas por suas condutas ilícitas pertencem a um universo mais amplo, o que aumenta a possibilidade de sucesso de seu intento criminoso. O que se pode, lamentavelmente, concluir é que a utilização da informática veio propiciar a potencialização do crime, além de favorecer a criação de novas modalidades de ilícitos penais, até então inexistentes.

Ademais, a internet, protegida pelo sigilo dos dados telemáticos, proporciona ao delinqüente maior probabilidade de êxito de permanecer impune, posto que os órgãos persecutores esbarram em uma legislação praticamente obsoleta, que deixa excluída do âmbito da tipicidade penal grande parte das condutas lesivas à ordem pública, ao patrimônio e à honra do cidadão. A doutrina, ao proceder à análise dos crimes praticados com o uso da rede mundial de computadores, classifica-os em duas modalidades, quais sejam: crimes próprios, que visam atingir o equipamento do usuário (vítima), podendo servir como exemplo a conduta voltada à invasão informática, ao dano a dados informatizados, à destruição de documentos informáticos; e os crimes impróprios, que se referem aos delitos já previstos na legislação penal e que podem ser praticados por meio da internet, como ocorre na hipótese do furto qualificado, do estelionato e dos crimes contra a honra.

A incidência mais freqüente de delitos via *on line*, na atualidade, é a prática de fraudes bancárias e financeiras, cuja situação é chancelada pela publicação no jornal "O Globo", de 06/01/2006, que apresenta um quadro preocupante ao constatar que, em 2004, o número de fraudes chegou a 4.015, subindo para 27.292, em 2005, contabilizando um prejuízo de R$ 300.000,00 (trezentos milhões de reais) aos usuários[6].

A matéria em comento informa, ainda, que as condutas ilícitas perpetradas com mais freqüência, mediante o uso da internet, se concretizam através do envio de e-mails com pedidos de dados bancários e senhas; os que afirmam que o internauta consta de uma lista negra, solicitando seus dados pessoais; os que anunciam que o usuário foi contemplado com um prêmio; e e-mails com arquivos anexados, os quais trazem um vírus que se insere no

6 "Crimes na internet" - Jornal "O Globo", edição de 06/01/06. Site pt.wikipedia.org.

computador do usuário (os denominados *spywares*), que varrem todos os dados nele contidos, transferindo-os para o equipamento do espião.

Na realidade, a prática de delito por meio da internet tornou-se uma atividade ilícita extremamente lucrativa, e pode-se dizer que o "cibercrime", voltado a apurar vultosos resultados financeiros, encontra-se vinculado às ramificações das organizações criminosas, consoante concluído pela nona edição do *Relatório de Ameaças de Segurança na Internet*, apresentado por Douglas Wallace, diretor de engenharia da Symantec para a América Latina e Caribe[7].

O ataque incessante ao sistema financeiro nacional tem provocado grande prejuízo às instituições bancárias, atingidas por força de ações internacionais, visto que, nos casos concretos, verificou-se que nem sempre há coincidência entre o país de origem de um *ciberataque* (atos preparatórios) com o país onde a ação ilícita é praticada (local onde ocorre o prejuízo ou o dano), dificultando, ainda mais, a punição do agente infrator.

A legislação brasileira atual não consegue alcançar parte das ações ilícitas praticadas pela internet, demandando, portanto, sua atualização imediata, a fim de promover a adequação típica dos delitos cibernéticos. Dentre as modalidades de fraudes bancárias mais comuns, o meio jurídico vem enfrentando as transferências fraudulentas *on line*, normalmente efetuadas pela captação ilícita dos dados bancários inseridos em um falso *site* pelo usuário das operações realizadas pelo sistema *internet banking*.

Os meliantes se utilizam, na maioria das vezes, da prática de *phishing*, que se constitui, basicamente, no envio de e-mails aptos a simular a representação de instituições bancárias, ou de outras organizações legítimas, nos quais se solicita ao usuário que confirme informações pessoais, em especial, número de contas e suas respectivas senhas[8]. De posse de tais informações o delinqüente efetua a operação de transferência de valores da conta bancária da vítima para outra conta, que pode ser inativa e, em seqüência, procede a pagamentos de tarifas ou boletos de cobrança *on line*, retirando, ainda, importâncias através de saques, com a utilização de cartões clonados, ou com a anuência do próprio titular da conta receptora, integrante da organização criminosa. Nessa situação é importante, no âmbito penal, efetivar a justaposição da conduta a um tipo incriminador, com o objetivo de estabelecer a responsabilização do criminoso.

Pondere-se que, no atual contexto histórico, não existe consenso na doutrina e jurisprudência a respeito da correta capitulação do delito em comento, eis que as opiniões se dividem no reconhecimento da figura do estelionato ou do furto praticado mediante fraude.

3. FUNÇÃO ÉTICO-SOCIAL DO DIREITO PENAL

Ressalte-se que o Direito Penal surgiu para proteger os valores fundamentais e indispensáveis para a manutenção da paz social, e nesse aspecto encontra-se enraizada a sua função ético-social. Por sua vez, a proteção oferecida pelo Direito Penal se materializa através da intimidação coletiva, ao infundir temor sobre os possíveis infratores, conscientizando-os de que sofrerão as punições suficientes para retribuição do mal praticado. Manifesta-se, ainda, a tutela penal pela missão ética estabelecida entre o Estado e o indivíduo, na medida em que a obediência à norma se traduz, em especial, pela convicção de que o seu respeito é necessário e justo para o equilíbrio da sociedade.

7 Site tecnologia.terra.com.br – "Relatório: crimes pela Internet viram atividade lucrativa", publicado em 22/03/2006.

8 Site www.folha.com.br - "Microsoft abre 129 processos contra golpistas on line", publicado em 22/11/2006..

Anote-se que toda conduta lesiva a um bem jurídico de relevante importância para a coletividade, deve ser sopesada no âmbito do Direito Penal. Todavia, nem toda conduta lesiva é, considerada em si mesma, censurável, posto que pode ser derivada de outros fatores, que agem independentemente da vontade humana, como ocorre no caso fortuito, força maior e outras manifestações involuntárias. Por esse motivo, somente as condutas conscientes e voluntárias que causem prejuízo a bens considerados importantes socialmente, podem ser valoradas como negativas, sob pena de se transformar o papel do Direito Penal em *"mero difusor do medo e da coerção"*[9]. Nesse diapasão, as regras penais devem ser obedecidas por todos os indivíduos que compõem a coletividade, não porque a sua transgressão acarreta, como conseqüência, a aplicação de sanção ao infrator, mas, principalmente, pelo compromisso ético-social que todos assumem, ao escolher o convívio social.

EDILSON MOUGENOT BONFIM e FERNANDO CAPEZ explicam que:

> "Nesse instante, de pouco adianta o recrudescimento e a draconização de leis penais, porque o indivíduo tenderá sempre ao descumprimento, adotando postura individualista e canalizando sua força intelectual para subtrair-se aos mecanismos de coerção. O que era um dever ético absoluto passa a ser relativo em cada caso concreto, de onde se conclui que uma administração da justiça penal insegura em si mesma torna vacilante a vigência dos deveres sociais elementares, sacudindo todo o mundo do valor ético".[10]

Impende observar que as normas materializadas através do Direito Penal são extraídas das regras de conduta estabelecidas pela própria sociedade, a qual se incumbe de escolher os modelos aceitos pelo senso comum de justiça e, ao mesmo tempo, de rechaçar os comportamentos que se desviam desses modelos, provocando o desequilíbrio na paz social. Sob esse prisma, considerando-se a constante evolução dos costumes, é salutar observar que o Direito Penal também se submete às mutações da modernidade, e algumas condutas que no passado eram tidas como criminosas, podem ser retiradas do círculo limitador dos ilícitos, pelo legislador atual, afastando, assim, a sua valoração negativa, através do instituto conhecido como *abolitio criminis*. Situações peculiares vividas por determinados povos, como na ocorrência de estado de guerra, são capazes de interferir nos conceitos de condutas desvaloradas, trazendo, como conseqüência, nas modalidades de crimes contra o patrimônio, a inafastável ponderação entre a criminalidade e a incidência da excludente da ilicitude do estado de necessidade. Sobre este escólio, EDILSON BONFIM e FERNANDO CAPEZ trazem considerações elucidativas acerca da sincronia que deve existir entre o Direito Penal e o panorama social atingido por suas regras, senão vejamos:

> "Essa a razão pela qual, com acerto, Binding e Mayer – fundadores da teoria das normas de cultura – afirmam que não é privilégio do direito a tutela dos bens e interesses humanos; antes dela, lecionam, a cultura já repudiara determinada ação, servindo, pois de alicerce à ordem jurídica. Desde os delitos sanguinários ('que representam como que uma reversão atávica às épocas primevas', no dizer de Nelson Hungria) sempre foi assim: dá-se uma pretendida substituição do homo naturalis (homem natural) pelo homo socialis (homem social), por meio do processo de aculturação, o que levou Oswald Spengler a afirmar que 'A lei jurídica é a parte viva da

9 EDILSON MOUGENOT BONFIM e FERNANDO CAPEZ. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 8.

10 Ob. cit., p. 9.

> evolução social', enquanto Karl Binding concluiu como objetivo do direito penal 'sempre o de obter a compreensão do Direito do seu tempo'. Essa, em última instância, a função finalística do direito: selecionando bens jurídicos a serem protegidos, por intermédio da ameaça de pena aos infratores, obter determindos comportamentos individuais na vida comunitária"[11].

Em face de todo o arrazoado, resta concluir que o Direito Penal deve acompanhar as mudanças culturais e tecnológicas da sociedade, a fim de cumprir adequadamente o seu papel de pacificador coletivo, sob pena de cair em desuso, e contribuir para o caos social, desamparando as vítimas de condutas reprovadas socialmente, como se descortina na hipótese dos denominados crimes cibernéticos. Analisando a lei penal em vigência, pode-se perceber que alguns delitos praticados mediante o uso da internet se justapõem às condutas descritas nos tipos penais contidos no Código Penal e nas leis extravagantes, tais como o *dano* (art. 163 do CP), o *estelionato* (art. 171 do CP), e o *furto* qualificado mediante fraude (art. 155, § 4º, II, do CP).

No que se refere à exploração de imagens de crianças e adolescentes em cenas explícitas de sexo, a Lei n. 10.764/2003 trouxe nova redação ao art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), ao estabelecer, como crime, a conduta de *"apresentar, produzir, vender, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores, ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente"*, cujo preceito secundário prevê a pena de 02 (dois) a 06 (seis) anos de reclusão e multa. O referido preceptivo legal impõe, ainda, a mesma pena às condutas assemelhadas, praticadas por agenciadores ou quaisquer indivíduos que promovam a difusão de imagens ou facilitem a prática de pedofilia *on line*. Contudo, a lentidão do processo legislativo em nosso país tem impedido o enquadramento de outras condutas que, atualmente, são tidas como reprováveis pela coletividade. O tratamento penal voltado a coibir estas condutas se apresenta como uma necessidade premente, indispensável à liberdade de expressão, de conexão e de participação, que, para os usuários da rede mundial de computadores, se inseriram na condição de valores muito caros[12].

Ademais, é imperioso que o Direito Penal venha inibir, de forma mais severa, as condutas ilícitas executadas com o uso da internet, porque estas atingem, de maneira avassaladora, o patrimônio dos usuários e das instituições financeiras. É importante observar, ainda, que o produto criminoso obtido com essas atividades ilícitas vem sendo utilizado para financiar o crime organizado.

4. TIPOS PENAIS APLICÁVEIS AOS DELITOS DE FRAUDES BANCÁRIAS *ON LINE*

Consoante articulado anteriormente, dos delitos mais freqüentes praticados com o uso da rede mundial de computadores encontram-se as fraudes ao sistema financeiro nacional, responsáveis pelo vultoso prejuízo suportado pelas instituições bancárias, que se vêem obrigadas ao ressarcimento de seus clientes, restituindo os valores retirados indevidamente de suas contas bancárias pelos *"hackers ou piratas virtuais"*. Em artigo publicado na Folha[13],

11 Ob. cit., p. 24/26.

12 Site www.agenciabrasil.gov.br - artigo "É preciso coibir os crimes na internet sem colocar em risco a liberdade de expressão, diz representante do comitê gestor da internet no Brasil", por Elaine Patrícia Cruz, em 25/08/2006.

13 Site www.folha.com.br.

em 22/11/2006 – *"Microsoft abre 129 processos contra golpistas on line"* –, noticia-se que o grupo de pesquisa Gartner projetou uma estimativa de que o total de prejuízos causados pela prática de *phishing* tenha atingido, em 2006, o montante de US$ 2,8 bilhões. Na prática, os *"piratas virtuais"*, fazendo uso de e-mails simulando mensagens de instituições financeiras, obtêm os dados necessários, inclusive a senha pessoal do usuário desavisado, para adentrar no sistema bancário *on line* e retirar valores das contas da vítima, transferindo-os para contas de terceiros. As transferências eletrônicas, com freqüência, não são detectadas de imediato pelo titular da conta invadida, e os infratores obtêm êxito em efetuar os saques na conta receptora ou procedem, como já aduzido, pagamentos de contas *on line*, o que dificulta a interrupção do *iter criminis*.

Os órgãos responsáveis pela persecução penal dividem as opiniões acerca da capitulação do delito em comento, instalando-se acirrada discussão em torno do tema proposto, qual seja: se a justaposição corresponde ao *estelionato* ou ao *furto mediante fraude*. Da adequação típica decorre, inclusive, a competência para o processo e julgamento do delito, haja vista que o Código de Processo Penal adota, como regra, em seu art. 70, a teoria do resultado, *"que considera lugar da infração o local onde se consumou o crime ou onde deveria ter se consumado, na hipótese de crime tentado"*[14]. Para tanto, faz-se necessário o estudo dos tipos penais capazes de incidir nos delitos de transferências bancárias fraudulentas, praticadas através da internet.

4.1 Estelionato

O art. 171 do Código Penal prevê, como delituosa, a conduta de *"obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento – pena: reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos"*. Extrai-se do aludido dispositivo legal que, como característica específica do estelionato, a obtenção de vantagem ilícita deve derivar de emprego de meio fraudulento.

O emprego de *fraude* para obtenção de vantagem ilícita, consoante lição de JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, retroage aos primeiros estágios da civilização humana, a teor do que se extrai do texto a seguir transcrito:

> "O emprego da fraude é uma forma evoluída de se apoderar do bem alheio que, segundo se afirma, não era desconhecida nem mesmo dos habitantes das cavernas. Assim, 'se se faz penetrar o olhar, de pesquisa em pesquisa, até os primórdios da civilização humana, temos de reconhecer que as contrafações, as alterações, as fraudes começaram no dia em que o homem fez o primeiro contrato com seu semelhante para vender-lhe ou comprar algum artigo de uso' (Enrico Zola). A essas espécies de conduta lhe davam relevância as leis de Israel, da Grécia e do Egito. Neste último país, no conhecido Livro dos Mortos, constava uma relação de condutas fraudulentas que o ser humano podia cometer. Mas não só entre os egípcios havia previsão, pois também os Códigos de Hamurabi (arts. 73 e 108) e de Manu também deste crime se ocupavam, o último, preocupando-se especialmente com a fraude praticada na atividade econômica, punia tais infrações com bastante severidade".[15]

A evolução histórica dos povos antigos demonstra que todas as civilizações repudiaram a prática da fraude com o intento de obter vantagem patrimonial, em detrimento do

14 Eugênio Pacelli de Oliveira, in Curso de Processo Penal, Ed. Del Rey, 6ª edição, p. 230.

15 In Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial, Ed. RT, 2005, p. 484.

prejuízo ocasionado à vítima, o que torna o estelionato um delito reprovado socialmente em todos os tempos e culturas.

O Professor PIERANGELI argumenta que *"o estelionato, não obstante a sua consideração em vetustas legislações, é uma forma evoluída de criminalidade, que apresenta uma característica típica dos tempos modernos, modernidade que concedeu aos agentes avançadas maneiras de execução, tendo em vista a existência de melhores e mais aprimorados meios para a prática do delito, e a utilização de ardis cada vez mais sofisticados"*[16].

Não se pode olvidar, neste aspecto, que, atualmente, nenhum outro instrumento se entremostra mais eficaz para a prática do estelionato do que a internet, o que decorre dos inúmeros recursos tecnológicos colocados à disposição de seus usuários, bem como da dificuldade de identificação dos remetentes das mensagens *on line*, os quais são protegidos pelo sigilo das informações telemáticas. O tipo penal que descreve a figura do estelionato visa à proteção do bem jurídico "patrimônio", cujo sujeito ativo pode ser uma pessoa comum, e a ofensa pode se voltar contra qualquer vítima em potencial, da qual não se exige uma condição específica. A adequação típica da conduta ao delito de estelionato exige, concomitantemente, a presença dos seguintes elementos:

> "a) emprego de fraude (artifício, ardil ou outro meio fraudulento); b) indução ou manutenção da vítima em situação enganosa; c) locupletamento ilícito; d) obtenção de vantagem patrimonial, em prejuízo de outrem"[17].

No âmbito das transferências bancárias ilícitas via internet, é importante identificar o meio fraudulento utilizado pelo invasor virtual, que se constitui, em regra, na remessa dos e-mails contendo mensagens falsas de instituições financeiras, solicitando os dados pessoais do correntista. No tipo penal em estudo, o meio empregado pelo agente infrator, consoante descrição hipotética, é o artifício que corresponde a um *"meio adequado à encenação externa, que cria uma aparência material. Na definição de Manzini, artifício é toda simulação ou dissimulação idônea para induzir uma pessoa em erro, 'de modo que esta não tenha uma imediata percepção de falsa aparência material, positiva ou negativa, que lhe cause o erro'. Essa errônea percepção da realidade 'decorre de um aparato material que dá a ilusão de uma veracidade ou de uma realidade' (Piromallo) (...) Essa atividade enganosa pode ocorrer, inclusive, mediante meios automáticos ou mecânicos. Indubitavelmente, entre os meios artificiosos são incluídos os meios informáticos, aos quais alude expressamente o Código Penal português"*[18].

Na espécie, não remanesce dúvida de que há utilização de meio *fraudulento*, ou mais precisamente, de meio *artificioso*, por parte dos agentes infratores. O artifício se caracteriza pelo fato de que os meliantes virtuais transmitem dados e solicitações falsas à vítima, através da internet, captando, dessa forma, as informações necessárias à perpetração da transferência irregular de valores de sua conta bancária. Todavia, não basta, para a configuração do estelionato, que o infrator empregue meio fraudulento para a obtenção da vantagem, tornando-se, bem assim, imperioso que o erro ao qual a vítima foi induzida seja suficiente para levá-la a atuar de conformidade com os intentos do sujeito ativo, ou seja, que a vítima, deliberadamente, proceda à entrega da coisa ou do valor patrimonial ao meliante, e que essa entrega derive do

16 In ob. Cit., p. 486.

17 José Henrique Pierangeli, in ob. Cit., p. 490.

18 Idem, p. 490/491.

engano provocado.

PIERANGELI esclarece, com habitual precisão, que:

> "Em resumo, o que se deve ter em consideração, fundamentalmente, é que no caso particular o ardil e o artifício ou qualquer outro meio fraudulento tenham sido aptos para criar um erro no espírito do sujeito passivo, do qual deriva seu ato de disposição prejudicial para o seu patrimônio ou de terceiro"[19].

Por seu turno, a vantagem ilícita, na conduta sob enfoque, se perfaz no exato instante em que o agente infrator retira os valores da disponibilidade da vítima, por força da operação bancária irregular, obtida com a utilização dos dados fornecidos pelo próprio correntista, titular da conta invadida. A consumação do estelionato ocorre, efetivamente, *"no momento em que o agente consegue a material disponibilidade do bem objeto do delito"*[20], o que significa que o *iter criminis* se completa quando o *"pirata virtual"* retira os valores da conta corrente da vítima, e os transfere para outra conta, da qual possui amplo acesso, o que facilita a disponibilização do montante desviado. Alguns julgados de nossos Tribunais têm se inclinado para o enquadramento das fraudes bancárias na figura do estelionato, *verbis*:

> "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. ESTELIONATO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRESENTES OS PRESSUPOSTOS AUTORIZATIVOS DA PRISÃO PREVENTIVA.
>
> 1. Trata-se de Habeas Corpus impetrado em favor de AGAMENON SEVERINO DA SILVA e SEVERINO ALVES FERREIRA, contra ato da Exma. Juíza da 24ª Vara Federal/PE (Caruaru), Dra. Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo (fls. 63/56), que negou o pedido de liberdade provisória aos Pacientes, concluído que restou demonstrada a materialidade delitiva, bem assim, encontram-se presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva.
>
> 2. (... omissis...).
>
> 3. Parecer do Ministério Público Federal (fls. 54/61), da lavra do Exmo. Procurador da República Dr. Edson Virgínio Cavalcante Júnior, no sentido do indeferimento da ordem cujo conteúdo dos seguintes trechos ressalto:
>
> a) 'Trata-se de uma quadrilha. Um dos artífices invade, pela internet, contas bancárias, das quais subtrai valores e transfere para uma determinada conta, donde são pulverizados por inúmeras outras contas. Estas são abertas em diversos Estados da federação por outros integrantes do grupo criminoso que se valem de documentos falsos que lhes são entregues por outro componente da quadrilha que reside em Maceió/AL...'
>
> b) '... Repetiram o episódio criminoso, não uma, nem duas, mas um cem-dobro de vezes. Percorreram confessadamente diversos municípios pernambucanos.... afigurando-se induvidosa a tenaz reiteração delitiva, o requinte e a dispersão organizacional da quadrilha, a ocultação de outros possíveis integrantes e a evidente e concreta possibilidade de frustrar-se a aplicação da lei penal, de comprometer a instrução e magoar a ordem pública...'.
>
> 4. No caso, estão presentes os pressupostos para a prisão preventiva (art. 312, do CPP), pois há indícios, nos autos (fls. 23/27), consistentes da autoria dos pacientes no cometimento dos delitos previstos nos arts. 171, 299 e 304, todos do

19 Idem, p. 493.

20 Idem, p. 497.

CPB. Precedentes: HC37664/DF. 6ª T, decisão: 15/02/2005. Re. Min. Laurita Vaz.

5. Ordem denegada" (TRF 5ª Região, 4ª T., HC 2346/PE, Rel. Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos, DJ 22/03/2006, p. 1043).

" PENAL. 'HABEAS CORPUS'. ESTELIONATO BANCÁRIO VIA INTERNET. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA.

1. Embora descaracterizada a prisão em flagrante em face da inocorrência de ato delitivo quando da realização da operação policial, deve ser mantida a segregação do paciente ante a existência nos autos de requisitos da prisão preventiva (aplicação da lei penal e garantia da ordem pública).

2. Afastada a alegação de excesso de prazo em face do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público Federal" (TRF 4ª Região, Turma Especial, HC 200404010572204, Rel. Celso Kipper, DJU de 17/01/2005, p. 347).

É possível, portanto, em tese, filiar-se a estes julgados, admitindo-se a existência, na espécie, do delito de estelionato.

4.2 Furto qualificado mediante fraude

Em contrapartida, parte do meio jurídico nacional perfilha o entendimento de que a conduta ora estudada se amolda perfeitamente ao tipo penal descrito no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, que corresponde à incriminação do agente que subtrai, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, mediante fraude. A análise estratificada do referido tipo penal permite observar que a fraude utilizada para a prática do furto se aparta do meio fraudulento integrante do *iter criminis* do estelionato apenas no que se refere à maneira pela qual o agente faz uso do ardil ou artifício.

PIERANGELI elucida que *"haverá sempre furto mediante fraude quando o agente se vale de um ardil, de uma artimanha que induz a vítima em erro, assim lhe ensejando oportunidade para uma facilitada subtração"*[21].

A distinção, portanto, entre o furto praticado mediante fraude e o estelionato reside no fato de que, no crime de furto, a artimanha utilizada pelo agente serve para distrair a atenção da vítima, facilitando, dessa forma, a subtração da coisa; ao passo que, no estelionato, a vítima, induzida a erro pelo infrator, entrega-lhe espontaneamente o bem jurídico de sua propriedade. Ademais, *"no furto mediante fraude, o engano, isto é, o dolo, ocorre concomitantemente com a subtração, enquanto no estelionato ele antecede a entrega. Também existe diferença quanto à conduta do agente que, no furto, é a de subtrair e, no estelionato, de enganar"*[22].

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, através dos exemplos a seguir transcritos, demonstra a tênue diferença entre os delitos em apreço, senão vejamos:

"Vislumbra-se ocorrer furto mediante fraude num fato que se torna cada vez mais corriqueiro, em que o agente, afirmando, falsamente, ser funcionário de uma empresa concessionária de serviço público, ilude o morador, e assim é admitido a entrar no local onde pratica a subtração. Ocorre crime de furto mediante fraude na retirada de moedas de um pequeno cofre destinado à caridade, colocado num templo religioso. Também existe furto mediante fraude, quando o agente, pretextando experimentar um veículo posto à venda, na seqüência se evade levando-o (RT 708/319,

21 In ob. Cit., p. 355.

22 Idem.

741/691)"[23].

Diante de tais assertivas, é importante reconhecer que a distinção principal entre ambos os delitos ressoa do verbo nuclear contido nos tipos penais respectivos, ou seja, no *furto* a ação do sujeito se volta para *subtrair* a coisa, enquanto que no *estelionato* o agente se volta para *ludibriar* a vítima, de forma a induzi-la a entregar-lhe, espontaneamente, o objeto do crime.

CÉZAR ROBERTO BITENCOURT esposa o mesmo raciocínio, ao explicar que *"no estelionato a pessoa enganada entrega a coisa ao enganador, enquanto no furto a fraude é para desviar a atenção de alguém, com o objetivo de facilitar a subtração. No furto, a fraude tem a finalidade de afastar ou diminuir a vigilância da vítima e facilitar a subtração, enquanto no estelionato a fraude objetiva fazer a vítima incidir em erro e entregar o objeto visado ao sujeito ativo"*[24].

Sobreleva destacar, inclusive, que a fraude utilizada pelo sujeito ativo do crime de furto volve-se para afrouxar a vigilância da vítima sobre a coisa, o que facilita a sua subtração. Nessa linha de pensamento, enfileiram-se alguns julgados, dentre os quais os que se seguem:

> "PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, II E IV). TRANFERÊNCIAS FRAUDULENTAS VIA INTERNET. PARTICIPAÇÃO DOS ACUSADOS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA.
>
> 1. Comprovação da transferência fraudulenta por parte dos acusados que participaram efetivamente do delito de furto qualificado. Concurso de pessoas demonstrado. 2. Os acusados tinham pleno conhecimento de que participavam de fraude por meio da internet. 3. Apelações improvidas" (TRF 1ª Região, 4ª T., ACR 200443000018233, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, DJ de 25/7/2005, p. 58).

> "CRIMINAL. HC. FURTO QUALIFICADO. ESTELIONATO. QUADRILHA. VIOLAÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO. FRAUDE POR MEIO DA INTERNET. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA CUSTODIA DOS CORÉUS. MANUTENÇÃO DA PRISÃO DO PACIENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS DO ACUSADO. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÇÕES NÃO EVIDENCIADA. EXCESSO DE PRAZO. FEITO COMPLEXO. PLURALIDADE DE RÉUS. ORDEM DENEGADA.
>
> Hipótese na qual o paciente e outros co-réus foram denunciados pela suposta prática dos crimes de furto qualificado, estelionato, formação de quadrilha e violação de sigilo bancário, praticados, em tese, por meio da internet, tendo sido decretada a prisão preventiva, a qual foi posteriormente revogada em relação ao co-denunciados. A fundamentação básica da revogação das custódias dos co-réus orienta-se, em síntese, nos fatos de que os beneficiários não possuiriam conhecimentos de informática, além de que as atividades a eles atribuídas, isoladamente consideradas, não seriam dotadas da potencialidade lesiva necessária a desestabilizar a ordem econômica. Resta evidenciado ser o paciente detentor de grande conhecimento em informática,

23 In ob. Cit., p. 354/355.

24 In Código Penal Comentado, Ed. Saraiva, 2002, p. 650/651.

motivo pelo qual seria o líder do grupo hierarquicamente organizado com o fim de praticar fraudes por meio da internet, concernentes à subtração de valores de contas bancárias, em detrimento de diversas vítimas e instituições financeiras.

Tendo em conta a tarefa desempenhada pelo paciente na suposta quadrilha, distinta das atividades dos co-réus beneficiados com a revogação da prisão, é fácil constatar que as eventuais fraudes poderiam ser perpetradas na privacidade da residência, de escritório ou, sem muita dificuldade, em qualquer lugar em que se possa ter acesso à rede mundial de computadores. As peculiaridades concretas das práticas supostamente criminosas e o posto do acusado na quadrilha revelam que a sua liberdade poderia ensejar, facilmente, a reiteração da atividade delitiva, indicando a necessidade de manutenção da custódia cautelar.

Improcedente a alegação de ofensa ao princípio da isonomia, já que a mantença da prisão do paciente fundou-se em motivação de caráter exclusivamente pessoal, não havendo absoluta identidade de situações fático-jurídicas. Trata-se de feito complexo, no qual são apuradas supostas fraudes praticadas por meio da rede mundial de computadores, cujo procedimento de produção de provas é sabidamente trabalhoso, pois, em regra, exige inúmeras perícias, além de que o processo-crime conta com doze réus. Verificada a complexidade da ação penal, pela natureza das praticadas, em tese, criminosas e do número de acusados, não se vislumbra o excesso de prazo, não restando evidenciada desídia do Juiz ou do Ministério Público.

Maiores informações a respeito do andamento do processo não podem ser extraídas dos autos, eis que insuficientemente instruídos quanto à comprovação da apontada delonga na instrução. O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto e o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada – o que não se vislumbra *in casu*. O constrangimento reputado indevido, decorrente de excesso de prazo na formação da culpa, fica excluído por força do princípio da razoabilidade" (STJ, 5ª T., HC 60026 – processo 200601158385/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 09/10/2006, p. 331).

Em face da argumentação apresentada, é plausível o enquadramento da conduta sob análise no tipo penal concernente ao furto qualificado mediante fraude, sendo necessária, para a elucidação da celeuma, a escorreita análise do fato concreto, a fim de apurar o real sujeito passivo do delito.

4.3 Apuração do sujeito passivo do delito

O ponto crucial, nas fraudes bancárias praticadas por intermédio da internet, é a identificação correta do sujeito passivo do delito, que se apresenta como aspecto imprescindível, uma vez que projeta influência direta na adequação típica da conduta. Nos termos adrede aduzidos, a vítima, em ambos os delitos, pode se constituir de uma pessoa comum, sem apresentar, necessariamente, quaisquer características especiais.

Prima facie, deve-se levar em conta que a vítima, na conduta estudada, é sempre o correntista, cuja conta bancária é invadida por um *"pirata virtual"*, que dela retira valores mediante uma operação ilegítima, em que pese à sua aparência legal.

Quanto à instituição financeira, embora venha a suportar, ao final, o prejuízo advindo da operação irregular, esta não pode ser tida como vítima do crime, eis que a obrigação de reparar o dano sofrido pelo correntista decorre da responsabilidade civil, que não se vincula ao âmbito de atuação da esfera criminal. De outro vértice, não se pode considerar como vítima

o sistema informatizado da instituição bancária, eis que, por não se tratar de pessoa humana, não é capaz de pensar e, portanto, não pode ser enganado ou ludibriado pela ação criminosa. Reitere-se, novamente, que, no estelionato, a fraude se volta para que a vítima, ludibriada, proceda à entrega voluntária da coisa que lhe pertence ao agente criminoso e, conforme exaustivamente discorrido nesse estudo, no crime de furto a vítima tem a sua atenção desviada, numa situação de confiança instantânea, o que a faz descuidar-se da vigilância sobre o bem, facilitando, assim, a sua subtração.

No caso sob apreciação, vale lembrar que a vítima é enganada por meio de e-mails simulados, aparentemente enviados por instituições bancárias idôneas, e atende à solicitação de remessa de seus dados pessoais e de sua conta-corrente, inclusive, fornecendo a sua senha de acesso ao sistema *internet banking*. A dificuldade de identificar a inidoneidade do e-mail faz com que o incauto correntista, acreditando tratar-se de prática bancária regular, ceda aos pedidos contidos na falsa mensagem, facilitando, dessa forma, a invasão de sua conta por um criminoso cibernético. Sob esse ângulo, não se pode dizer que a vítima entregou deliberada e voluntariamente os valores depositados em sua conta-corrente ao agente infrator, mas apenas afrouxou a vigilância acerca dos dados sigilosos que lhe pertencem e, com isso, permitiu que o *"pirata virtual"* deles se apoderasse. Vislumbra-se que, nessas circunstâncias, estabeleceu-se entre a vítima e o agente uma relação de confiança instantânea, ou seja, o e-mail não apresenta indícios de inidoneidade e o correntista não possui motivos para desconfiar de sua veracidade, atendendo prontamente às solicitações nele contidas. Aqui não houve uma entrega voluntária do bem, mas sim, o relaxamento da guarda, o que, com certeza, sem embargo das posições em sentido contrário, configura o delito de furto qualificado mediante fraude.

Na casuística apresentada por GUILHERME DE SOUZA NUCCI, encontramos esclarecimentos preciosos a respeito da matéria, a saber:

> "Fraude: é uma manobra enganosa destinada a iludir alguém, configurando, também, uma forma de ludibriar a confiança que se estabelece naturalmente nas relações humanas. Assim, o agente que criar uma situação especial, voltada a gerar na vítima um engano, tendo por objetivo praticar uma subtração de coisa alheia móvel, incide na figura qualificada. Ex: o funcionário de uma companhia aérea que, no aeroporto, a pretexto de prestar auxílio a um turista desorientado, prometendo tomar conta da bagagem da vítima, enquanto esta é enviada a outro balcão de informações, subtrai bens contidos nas malas incide na figura qualificada. A fraude está caracterizada pelo desapego que o proprietário teve diante dos seus bens, uma vez que acreditou na estratégia criada pelo referido funcionário. Crendo ter os seus pertences guardados por pessoa credenciada por companhia aérea, deixou-os sem proteção e viu-se vítima de um furto. Foi enganado, logrado, ludibriado. Nota-se, pois, como a fraude implica num modo particularizado de abuso de confiança. Este, por si só, exige uma relação específica de segurança concretizada entre o autor e a vítima, enquanto a fraude requer, apenas, um plano ardiloso que supere a vigilância da vítima, fazendo com que deixe seus bens desprotegidos, facilitando a ação criminosa. A fraude é uma 'relação de confiança instantânea', formada a partir de um ardil"[25].

A identificação do sujeito passivo da conduta delitiva leva, portanto, à sua justaposição ao crime previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal, o que se pode concluir ante a vasta argumentação expendida durante esse estudo.

25 In Código Penal Comentado, Ed. RT, 3ª edição, p. 507.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do atual panorama social não se pode olvidar de que a utilização da rede mundial de computadores é imprescindível na vida moderna, por trazer ao alcance de qualquer indivíduo o conhecimento, a cultura, a informação e, inclusive, por facilitar as transações bancárias, como o pagamento de contas *on line*, a transferência de valores, a verificação de saldos de contas, o que, sem dúvidas, enseja considerável economia de tempo, em especial, nas grandes cidades.

Nos dias hodiernos a maioria dos dados e informações relativas a cada um dos seres humanos encontra-se arquivada nos computadores, e não é demais observar que a internet permite que o indivíduo proceda à consulta de resultados de exames médicos, ao seu boletim de notas junto ao estabelecimento de ensino, à obtenção de certidões junto a repartições públicas, tudo isso sem deixar o conforto de seu lar ou de seu escritório. Por todos esses motivos a preocupação que paira no meio jurídico é justificável, pois quaisquer desses dados contidos em documentos informatizados podem ser alvos de usuários mal intencionados, que podem destruí-los, ou alterá-los ao seu alvedrio, ou utilizá-los para a prática de ilícitos e, assim, prejudicar direitos. A internet trouxe aos cidadãos a valoração de conceitos que, até então, não faziam parte da consciência social, e o mais importante deles é a confiabilidade dos dados informáticos, que corresponde ao direito do usuário de confiar nas informações trocadas pela via telemática. O que restou apurado, nos delitos sob apreciação, é que o criminoso que se utiliza da internet deixou de ostentar o estereótipo do adolescente que busca, mediante a invasão de computadores de grandes empresas ou instituições, mostrar os seus notáveis conhecimentos sobre a informática.

Atualmente, tais fraudes são praticadas por grandes organizações criminosas, no afã de obter vultosas somas para financiar as ações do crime organizado, que esparge as suas raízes por todos os países, o que concede ao problema implicações de natureza internacional.

A situação é grave e merece a atenção dos juristas, legisladores, instituições financeiras, provedores informatizados e grupos de *software*, como destaca o jornal "Folha de S. Paulo",[26] em artigo publicado, cujo trecho é a seguir transcrito:

> "Para ajudar autoridades policiais na caça de criminosos que roubam pela internet informações de contas bancárias, a Microsoft abriu 129 processos na Europa e Oriente Médio, informou o grupo norte-americano de software. Na Turquia, um dos processos já resultou em uma sentença de 30 meses de prisão para um praticante de phishing (golpe no qual estelionatários enviam e-mails falsos para roubar senhas). Quatro outros casos envolvendo adolescentes foram resolvidos por meio de acordos extrajudiciais, anunciou a Microsoft na quarta-feira. Há oito meses a empresa anunciou o lançamento de sua Global Phishing Enforcemente Initiative. 'Ás vezes abrimos processos por conta própria, mas é importante que trabalhemos com as agências policiais', disse Nancy Anderson, vice-diretora jurídica da produtora de software. Dos 129 processos abertos, 97 são criminais – sobre os quais a Microsoft e outras empresas de tecnologia forneceram informações. O anúncio foi feito em uma conferência da UE (União Européia) sobre roubo de identidade, em Bruxelas".

Sem a ajuda dos provedores e fabricantes de *software* as investigações policiais são infrutíferas, posto que a identificação dos agentes infratores depende do fornecimento dos dados dos usuários e dos conhecimentos tecnológicos do sistema que, na maioria das vezes,

26 Site www.folha.com.br, artigo "Microsoft abre 129 processos contra golpistas on-line", publicado em 22/11/2006.

são acobertadas pelo manto do sigilo das informações armazenadas nas centrais de fluxo telemático.

Há que se ponderar que o *sigilo* bancário e telemático invocado não pode servir como proteção dos autores de fraudes perpetradas pela internet. O combate aos delitos dessa modalidade é tão importante quanto o direito à intimidade e à vida privada, pois a tutela jurídica, na espécie, hospeda valores patrimoniais e morais e, em especial, o direito à confiabilidade dos dados informáticos. Dentre as soluções plausíveis e eficientes para coibir as condutas fraudulentas que causam grande prejuízo ao meio financeiro a principal e mais importante das medidas é a *reforma legislativa*, que deve ser levada a efeito com extrema urgência. A impunidade e a certeza de que o proveito auferido com o crime estará assegurado é um verdadeiro incentivo aos delinqüentes virtuais que se aventuram em condutas cada vez mais audaciosas e requintadas, buscando maiores lucros em detrimento do prejuízo alheio. A lacuna legislativa que deixa a descoberto os crimes próprios, e que não comina penas mais severas aos crimes impróprios, apresenta-se como estímulo ao uso da internet para o cometimento de fraudes e outros delitos. Não se pode esquecer que a fraude bancária está intimamente relacionada com o crime organizado, que se serve dos valores desviados para financiar as suas ações, o que, de certa forma, contribui para o recrudescimento da violência urbana.

No tocante às instituições bancárias – pessoas jurídicas que têm amealhado lucros astronômicos com as operações financeiras –, observa-se que elas não podem se eximir da responsabilidade que lhes cabe, no sentido de oferecer ao cliente-usuário um sistema seguro, através de investimentos na área de informática. O banco não pode transferir ao usuário o ônus de pesquisar a confiabilidade do *site* por ele acessado, posto que, sob a ótica do direito do consumidor, a responsabilidade pelo serviço é do seu fornecedor, no caso, a instituição financeira.

A falta de preparo dos profissionais que atuam na persecução penal também tem sido um entrave para a elucidação dos delitos em comento. O Estado necessita promover maiores investimentos na área de segurança pública, oferecendo cursos de treinamento à polícia judiciária incumbida da investigação, que, para tanto, necessariamente, deverá ser especializada na apuração dos delitos de informática. Na mesma trilha, os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, responsáveis pelo processamento e julgamento dos delitos, fazem jus a um treinamento especializado, inclusive com a assessoria de pessoal técnico, corroborando para a conclusão rápida dos processos e a imediata punição dos agentes infratores.

Diante da gravidade da situação somente uma ação conjunta dos Poderes Estatais, da Polícia Judiciária, das Centrais de Armazenamento de Dados e dos fabricantes de *software* pode coibir a prática de fraudes bancárias perpetradas via internet. Por fim, não se pode esquecer que as grandes somas desviadas das contas bancárias são revertidas para o financiamento das facções criminosas, contribuindo, sobremodo, para a disseminação do crime organizado na esfera internacional, ensejando, por conseguinte, uma integralização das ações políticas e jurídicas de todos os países do mundo.

Calha, por oportuno, consignar uma transcrição de FRANCESCO CARRARA, cuja reflexão elucidará o tema proposto, senão vejamos:

> "Os homens, com efeito, vivem tranqüilos em sociedade, na confiança de que os seus direitos se encontram protegidos contra as paixões dos maus, pela autoridade e pela lei penal. Uma ofensa que, a despeito de tal proteção, sobrevenha ao direito de alguém, é um relâmpago a revelar a impotência da proteção. Ao ouvir

> que, não obstante a proibição, perpetrou-se a ação proibida, sente cada um que as paixões más rompem o freio da lei, e duvida, com razão, da eficácia desse freio; e embora não veja atualmente diminuída a própria segurança, sente-se menos seguro, porque prevê que, quando uma paixão impulsione algum perverso a planejar contra ele ofensa semelhante, a lei repressiva não lhe será garantia suficiente, como não foi para o outro, já vítima do delito cometido"[27].

Resta, portanto, concluir que a situação é emergencial e requer a adoção de medidas repressivas em caráter de urgência, sob pena de se instalar irreparável desordem no meio informático e financeiro mundial, o que, certamente, implicará retrocesso da evolução tecnológica. A alteração na legislação pátria é medida que se impõe, com premência, bem como o aparelhamento tecnológico e pessoal dos órgãos que integram o sistema de persecução penal. Nesse ínterim, no afã de reprimir e penalizar os agentes infratores, a opção da qual se podem valer o Ministério Público e as esferas do Poder Judiciário é a de tipificar as condutas voltadas a saquear contas bancárias, por meio da internet, em conformidade com as figuras ilícitas já descritas no Código Penal (crimes cibernéticos impróprios), consoante explicitado neste estudo. O que não se pode admitir é a impunidade dos denominados "piratas virtuais", que contam justamente com a omissão legislativa e a dificuldade dos meios investigativos para investir cada vez mais nas condutas lesivas ao patrimônio das instituições financeiras.

6. Abstract:

The Internet brought great improvements in the scientific, medical and cultural fields, besides interweaving the people from many countries into a globalized world. On the other hand, its technological evolution puts the computer users under the action of the hackers.These criminal offenders have successfully acomplished the crime of stealing the client's current bank accounts by means of using their malicious skills in operating the World Wide Web and invading the cybernetic systems. This deceitful gains overburden the banks. The cyberpiracy has become object of great concern among the financial institutions all around the world. Consequently, global and interlinked measures must be taken to avoid these sinister effects.

Key words: *Internet. Frauds. Stellionate. Aggravated larceny. Electronic delicts.*

7. REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot e CAPEZ, Fernando. Direito Penal – Parte Geral, Ed. Saraiva, 2004.

PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial, Ed. RT, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal, Ed. Del Rey, 6ª edição, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, Ed. RT, 3ª edição, 2003.

BITENCOURT, Cézar Roberto. Código Penal Comentado, Ed. Saraiva, 2002.

CARRARA, Francesco. Direito Criminal – Parte Geral. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama, Ed. LZN, 2002.

Sites consultados: pt.wikipedia.org; www.aisa.com.br; tecnologia.terra.com.br; www.folha.com.br; www.agenciabrasil.gov.br; www.justicafederal.gov.br.

27 In Direito Criminal – Parte Geral, Ed. LZN, 2002, v. I, p. 115.

A CONSTITUCIONALIDADE DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS

Nayara Beatriz Borges Ferreira [1]

Resumo:
O presente artigo tem por objetivo demonstrar, sob uma visão focada na Constituição da República de 1988 e na evolução histórica brasileira, a constitucionalidade, assim como a real necessidade acerca da existência das políticas de ações afirmativas, a exemplo das quotas para ingresso no Ensino Superior, assim como o programa ProUni. Para tanto, parte-se de uma análise história, doutrinária, legal e jurisprudencial acerca do tema.
Palavras Chaves: Constituição Federal. Ações afirmativas. Inclusão social. Constitucionalidade. Quotas para afro-descendentes. ProUni.

Sumário: 1. Introdução – 2. Ações Afirmativas – 2.1. O que são as ações afirmativas – 2.2. Evolução histórica das Ações Afirmativas no cenário internacional – 2.3. Ações Afirmativas no Brasil – 3. Ações Afirmativas: cotas para afro-descendentes e o ProUni – 3.1. Exclusão social – 3.2. Aspectos para identificação de afro-descendentes – 3.3. A instituição de cotas para afro-descendentes nas universidades – 3.4. A implementação do Programa Universidade Para Todos (ProUni) – 4. A Constitucionalidade das Ações Afirmativas – 4.1. Análise doutrinária e jurisprudencial – 5 Considerações finais – 6. *Abstract* – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tema "ações afirmativas", após a Constituição Federal de 1988, tem sido muito debatido, principalmente nos últimos anos, devido a implementações das cotas para afro-descendentes, para ingresso em ensino superior. Contudo, tais inovações sociais não têm sido pacificamente aceitas, acarretando, com isso, posicionamentos pró e contra, protestos e ações judiciais a fim de mitigar essa implementação.

Ao falar em democracia, é de fundamental importância discutir acerca da exclusão social, uma vez que a necessidade de se sentir pertencente a um grupo é inerente ao homem, porque, desde os primórdios há, de forma latente, o desejo de viver em sociedade com seu semelhante, posto que não nos reconhecemos sós e isolados. A análise quanto aos aspectos jurídicos e constitucionais das políticas de *ação afirmativa* e seus mecanismos, para afro-descendentes, no Brasil, nos leva à discussão se há ou não o cumprimento do propósito de criar-se uma sociedade justa, solidária, tolerante, integrada e igualitária, como manda a Constituição Federal de 1988. Para tanto, limitar-me-ei nos aspectos constitucionais e sociais acerca do tema, qual seja, *políticas afirmativas*, fazendo, entretanto, considerações acerca de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Diga-se logo que as quotas para afro-descendentes, assim como o ProUni, vêm sendo instituídos com a finalidade de *incluir* os *excluídos*, diminuindo, assim, as diferenças entre os cidadãos. Ambos são exemplos de *política afirmativa*. O que causa controvérsia é o critério "afro-descendentes" e ou de "cor-de-pele" (auto-afirmação), porque não é igualitário, mas, sim, discriminatório, mesmo que sua implementação busque uma forma de inclusão.

1 Advogada. Graduada pela UNIUBE em 2006. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho, pela UNIDERP.

2. AÇÕES AFIRMATIVAS

"As políticas de ação afirmativa para grupos vulneráveis encontram-se diretamente vinculadas à luta pela prevalência do princípio da não-discriminação".[2]

2.1 O que são as ações afirmativas e seus principais objetivos

Quando se fala em ações afirmativas logo se vê que este é um tema extremamente relevante, como objeto de estudo, no que diz respeito à democracia. Sua importância primordial reside no fato de que pode representar um verdadeiro avanço na luta contra a exclusão social, inserindo o indivíduo excluído no sistema democrático, promovendo sua autonomia.

Antes de tudo, as políticas afirmativas são políticas sociais compensatórias. Quando designamos políticas sociais queremos dizer "intervenções do Estado que garantem, ou que 'dão substância', aos *"direitos sociais"*. Quanto às políticas compensatórias, estas, por sua vez, abrangem "programas sociais que remedeiam problemas gerados em larga medida por ineficientes políticas preventivas anteriores ou por políticas contemporâneas que são prima face socialmente não dependentes".[3] Não se pode olvidar que a sociedade civil também vem encampando a idéia de *ação afirmativa*, especialmente as empresas que perceberam a *diversidade* como fator de desenvolvimento de negócios, na era da globalização, notadamente em países pluriétnicos e multiculturais.

Exemplo claro de *política afirmativa*, em cumprimento à Constituição Federal de 1988, é a de obrigar as empresas a admitirem, em seus quadros funcionais, proporcionalmente, pessoas portadoras de necessidades especiais, aqui sem qualquer discriminação de cor de pele, de raça, de sexo, de idade, etc. Essa política é correta porque essas pessoas não têm condições de competir com aquelas que não são portadoras de necessidades especiais.

Ainda quanto à conceituação de ações afirmativas, segundo Ellis Cashmore,[4] são medidas temporárias e, sobretudo especiais, as quais são tomadas ou determinadas por um Estado, o que poderá ocorrer de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. Essas medidas têm como principais beneficiários os membros dos grupos que enfrentaram preconceitos.

No mesmo sentido, em obra seminal sobre o tema no Brasil, Joaquim B. Barbosa Gomes,[5] Ministro do Supremo Tribunal Federal, enuncia que as *ações afirmativas* podem ser definidas como sendo um conjunto de políticas públicas e privadas, podendo ter caráter compulsório, facultativo ou voluntário, as quais são concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais, como a educação e o emprego. Objetivamente, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão social concebidas por entidades públicas, privadas e

2 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos no Brasil (1948-1997).** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p. 55.

3 SANTOS *apud* SISS, Ahys. **Afro-brasileiro, cotas e ações afirmativas.** Rio de Janeiro: Quartet, Niterói, PENESB, 2003. p.110.

4 CASHMORE, Ellis, *Apud* TELLES, Edward Eric. **Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, fundação Ford, 2003, p.58.

5 GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional.** Rio de Janeiro, 2000, p. 80.

por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Quanto ao objetivo da "ação afirmativa" este é o de superar contingências e promover a igualdade entre os diferentes grupos que compõem uma sociedade. Como resultado, espera-se o aperfeiçoamento do cidadão, e que estes tenham a possibilidade de pleitearem, por exemplo, o acesso às carreiras, às promoções, à ascensão funcional, revigorando, assim, o incentivo à formação e à capacitação profissional permanentes.

Na esfera política, as ações afirmativas resultam da compreensão cada vez maior de que a busca de uma igualdade concreta não deve ser mais realizada apenas com a aplicação geral das mesmas regras de direito para todos. Tal igualdade precisa materializar-se também através de medidas específicas que considerem as situações particulares de minorias e de membros pertencentes a grupos em desvantagem. Considera-se que a referência a um indivíduo abstrato, percebido como universal e reconhecido como cidadão, digno de igual respeito e consideração, deve ter a preeminência na formulação de políticas públicas. Ao mesmo tempo, é possível observar que tal referência torna-se insuficiente para combater o preconceito, racismo, sexismo etc., permanentes na sociedade, impedindo o total reconhecimento da dignidade da pessoa.

Já no plano moral, tal perspectiva conduz-nos à busca de uma dimensão mais exigente da igualdade e implica assumir racionalmente, no terreno de políticas públicas, o caráter dialógico da pessoa humana. Esta possui uma dignidade inerente igual a todo ser humano e uma identidade individual portadora de culturas construídas parcialmente por diálogos coletivos. Deve-se, ainda, reconhecer que, implicitamente, a pessoa é um indivíduo insubstituível e, ao mesmo tempo, um membro de uma comunidade.

Carlos Alberto Medeiros,[6] pesquisador, formula elucidativa metáfora que muito bem traduz o conceito, os objetivos e o alcance das ações afirmativas:

> Imaginem dois corredores, um amarrado e o outro solto. É claro que o corredor solto ganha sempre. Mas um dia a platéia dessa competição imaginária chega à conclusão de que essa situação é injusta. À custa de muita pressão, consegue-se convencer os organizadores a cortar as cordas que prendiam um dos corredores. Só que ele continua perdendo. Motivo: seus músculos estão atrofiados pela falta de treinamento. Se tudo continuar como está, a tendência é de que ele perca sempre. Que fazer para promover a igualdade de condições entre os dois corredores? Alguns sugerem que se dê um treinamento especial ao corredor que estava amarrado. Pelo menos durante algum tempo. Outros defendem uma medida mais radical: por que não lhe dar uma vantagem de dez metros em cada corrida? Logo se ouvem vozes denunciando que isso seria discriminação. Mas há quem defenda: discriminação, sim, mas positiva porque visa promover a igualdade, pois tratar igualmente os desiguais é perpetuar a desigualdade.

É possível observar que o exemplo acima exposto ilustra muito bem o conceito de 'ação afirmativa'. Assim, veja que o objetivo desta ação é superar essas desvantagens e promover a igualdade entre os diferentes grupos que compõem uma sociedade. Isso pode ser

6 BORGES, Edson. D´ADESKY, Jacques. MEDEIROS, Carlos Alberto. **Racismo, preconceito e intolerância.** São Paulo: Atual, 2002, p. 25.

feito de várias maneiras. Proporcionar bolsas de estudos e promover cursos de qualificação para membros desses grupos é como dar um treinamento especial para o corredor que estava amarrado. Reservar-lhes um determinado número de vagas, ou 'cotas', nas universidades ou em certas áreas do mercado de trabalho é como colocar aquele corredor alguns metros à frente.

2.2 Evolução histórica das ações afirmativas no cenário internacional

> Art. 5º, § 2º, CF/88: 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.[7]

Quando falamos na origem das ações afirmativas, quase sempre é atribuída aos Estados Unidos, nos anos 50/60. Contudo, elas não se limitam aos países ocidentais. Desde 1948, introduziu-se na Índia um sistema de quotas que ampara as "classes atrasadas" (os *dalits* = intocáveis), a fim de garantir-lhes o acesso a empregos públicos e às universidades.

Essas políticas promocionais só tiveram possibilidades efetivas quando implementadas pelo governo dos Estados Unidos da América do Norte com a promulgação das leis dos direitos civis (*Civil Right Act*, de 2 de julho de 1964), após intensa pressão dos grupos organizados da sociedade civil, especialmente de entidades e lideranças do Movimento Negro Norte-Americano, que agia de variada forma na luta pelos direitos civis. Esse modelo norteou-se por um conjunto de políticas e programas denominados de *equal oportunity policies* e *affirmative action* (nos EUA), *Positive Discrimination* (na Europa), ação afirmativa, ação positiva, discriminação positiva ou políticas compensatórias (em língua portuguesa). Referidos programas, referendados por importantes decisões da Suprema Corte, visavam compensar as mazelas da discriminação sofrida no passado pelos afro-americanos.

> Oportuno elencar os principais programas implementados nos Estados Unidos[8]:
>
> a) – exigência de desenvolvimento de ação afirmativa em empresas que quisessem estabelecer contrato com o governo (decreto do presidente Kennedy de 1961);
>
> b) – discriminação não intencional no emprego, também chamada de discriminação indireta, proibia a adoção de requisitos e testes para a contratação que não fossem necessários à execução das tarefas para as quais os candidatos se habilitassem;
>
> c) – o Governo Federal assegurou por meio de programas objetivos e mensuráveis, em especial, nos altos escalões de sua própria burocracia, a presenças de minorias e de mulheres;
>
> d) – o congresso norte-americano incluiu um dispositivo na lei sobre obras públicas, estabelecendo que cada governo local ou estadual usasse 10% dos fundos federais destinados a obras para agenciar serviços de empresas controladas por minorias;

7 Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

8 SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Estudo Sócio-jurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativos, doutrinários, jurisprudencial e comparado.** Disponível em [http//: www.jusnavegandi.com.br]. Acesso em 24 fev. 2006.

> e) – o Governo Federal passou a exigir que as instituições educacionais que tivessem praticado discriminações adotassem programas especiais para admissão de minorias e mulheres como condição para que se habilitasse à ajuda federal;
>
> f) – incentivo às ações voluntárias de emprego e educação: essas ações correspondiam ao que se passou a chamar de quotas, isto é, assegurar percentuais mínimos de contratação e promoção de trabalhadores nas empresas privadas e instituições públicas e admissão de estudantes provenientes de grupos minoritários nas universidades, tendo por base a discriminação sofrida em tempos passados.

Quanto ao tema em análise, observamos que, no Canadá, o parágrafo primeiro do artigo 15 do *Canadian Charter of Rights and Freedom*, cuja Parte I do *Constitution Act* de 1982 estabelece como regra geral, a igualdade perante as leis e a proibição de determinadas formas de discriminação, ao passo que o parágrafo segundo, também chamado de *affirmative action clause*, estipula as exceções admitidas, nos seguintes termos:

> Art. 15. (I) Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei, e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, idade, ou deficiência física ou mental.
>
> Art. 15 A subseção (II) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem devido à raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental.

Ressalve-se que, no sistema legal canadense, essa legislação não se aplica aos particulares, mas apenas às relações travadas com o setor público (*state action*). No ordenamento jurídico canadense, as relações privadas são objeto de disciplina dos *Human Rights Codes*, que são textos legais (alguns possuem uma cláusula de primazia, para se sobreporem às leis ordinárias) aprovadas pelas províncias, como é o caso do *Ontorio Human Rights Code*.

Em se tratando da África do Sul, após o regime de *apartheid* (= estado de separação, conforme palavra em *afrikaans)* e de intensos debates legislativos, foi aprovada a Constituição (*Act 108 of 1996)* que, sobre o tema em foco, dispôs que a igualdade perante a lei incluiu fruição igualitária de todos os direitos e liberdades. Para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas, ou categorias de pessoas prejudicadas por discriminação injusta poderão ser tomadas.

2.3 Ações afirmativas no Brasil

Vejamos as mais expressivas iniciativas político-administrativas, federais e estaduais a partir de 1988, as quais respaldam as ações afirmativas e seus mecanismos no Brasil[9].

Na esfera Federal temos:

Em 22 de agosto de 1988, depois de décadas de omissão do Governo Federal quanto à questão dos negros brasileiros, foi editada a Lei nº 7.668, instituindo a Fundação Cultural

9 SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Estudo Sócio-jurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativos, doutrinários, jurisprudencial e comparado.** Disponível em [http//: www.jusnavegandi.com.br]. Acesso em 24 fev. 2006.

Palmares, vinculada ao Ministério da Cultura, tendo o seu estatuto sido aprovado pelo Decreto nº 418, de 10/01/92. No ano de 1995, é possível encontrar a Lei nº 9.125, promulgada em 07 de novembro, instituindo aquele ano como o ANO ZUMBI DOS PALMARES. Em 20 de novembro do ano *supracitado*, o Governo Federal criou o GTI – Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra, com o objetivo de sugerir ações e políticas de valorização da comunidade afro-descendente, e, no discurso oficial, o Presidente Fernando Henrique Cardoso afirmou que tanto o governo como a sociedade deveriam lutar contra o racismo. Em 1996, o GTI é integrado por dez representantes de órgãos governamentais e mais oito representantes da sociedade civil, oriundos das entidades negras, sendo sua prioridade inscrever a questão do negro na agenda nacional. Já em março do citado ano, mais precisamente dia 20, foi instituído, no âmbito do Ministério do Trabalho, através do Decreto s/n, o Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação-GTEDEO, de constituição tripartite, cuja finalidade é definir um programa de ações e propor estratégias de combate à discriminação no emprego e na ocupação, como preconizado na Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho-OIT. Em 13 de maio de 1996, foi lançado o Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH), tendo o Governo Federal listado as prioridades na área de promoção e proteção. No dia 02 de julho de 1996, foi realizado o seminário internacional *Multiculturalismo E Racismo: O Papel Da Ação Afirmativa Nos Estados Democráticos Contemporâneos*, patrocinado pelo Ministério da Justiça. Aos 20 dias de novembro de 1996, a Lei nº 9.315 inscreveu o nome de Zumbi dos Palmares no Livro dos Heróis da Pátria.

Passando ao ano de 1997, em 20 de novembro, no Dia Nacional de Valorização da Consciência Negra, o Ministro Raul Jungmann entregou títulos de propriedade aos integrantes das comunidades negras remanescentes dos quilombos. Em 27 de maio de 1998, outro órgão importante, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD, no âmbito do Ministério da Justiça, foi criado pela Lei nº 9.649. Ainda neste ano, a Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República editou a publicação denominada C*onstruindo a democracia racial,* contendo discursos do Presidente Fernando Henrique Cardoso, de 1995 a 1998, bem como o Relatório do GTI. No ano de 1999, em 26 de outubro, o Ministério do Trabalho, mediante a Portaria nº 1.740, determinou a inclusão de dados informativos da raça e da cor dos empregados, nos formulários da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS e no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – CAGED. Em 01 de junho de 2000, através da Portaria nº 604, o Ministério do Trabalho instituiu, no âmbito das Delegacias Regionais do Trabalho, os Núcleos de Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Combate à Discriminação, encarregados de coordenar ações de combate à discriminação em matéria de emprego e profissão. Em dezembro desse mesmo ano de 2000, o Brasil participou da Pré-Conferência Regional das Américas, no Chile, e realizou várias Pré-Conferências Regionais em todo o País, organizadas pela Fundação Cultural Palmares e pelo Ministério da Cultura, com representantes do Movimento Negro, da sociedade civil, acadêmicos, cientistas sociais, parlamentares e gestores públicos, desencadeando um processo de discussão e um dos temas foi a adoção de Políticas de Ações Afirmativas.

Já no ano de 2001, no dia 09 de janeiro, foi editada a Lei nº 10.172 – *Plano Nacional de Educação*, que estabelece a necessidade de políticas de inclusão de minorias étnicas. Seis meses depois, no dia 04 de setembro, o Ministério do Desenvolvimento Agrário, através da Portaria nº 202, de criou reserva de 20% das vagas para negros, 20% para mulheres e 5% para

pessoas portadoras de deficiência. Trata-se de um Programa de Ações Afirmativas, Raça e Etnia, reserva das vagas dos servidores contratados por concurso, dos cargos comissionados e dos empregados em empresas prestadoras de serviços ao ministério. No mês seguinte, por meio do Decreto nº 3.952, o Governo Federal disciplinou a composição e as atividades do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD. No mês de outubro ainda, foi implementada a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, no âmbito do Ministério Público Federal.

Dois meses após, no dia 19 de dezembro, ao discursar na cerimônia de entrega do Prêmio Nacional dos Direitos Humanos, o Presidente Fernando Henrique Cardoso defendeu abertamente a adoção de políticas afirmativas no Brasil. Dia depois o Supremo Tribunal Federal criou reserva de 20% das vagas para negros, 20% para mulheres e 5% para pessoas portadoras de deficiência. Trata-se de adoção de cotas para negros, mulheres e portadores de necessidades especiais nas empresas prestadoras de serviço ao STF. No mesmo sentido o Ministério da Justiça, através da Portaria nº 1.156/01, estabelece reserva de 20% das vagas para negros, 20% para mulheres e 5% para pessoas portadoras de deficiência. Em dezembro de 2001 o Ministério da Justiça anunciou a adoção do sistema de cotas, nos moldes do iniciado pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário. A implantação do sistema está sob supervisão do Conselho Nacional de Combate à Discriminação criado pelo Ministério da Justiça.

Já em 2002, o Brasil faz o depósito da declaração facultativa prevista no art. 14 da *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, após o Congresso Nacional tê-lo aprovado, através do Decreto Legislativo nº 57, de 26 de abril de 2002. Sendo que no mês de maio do referido ano, o Decreto presidencial 4.228, institui o Programa Nacional de Ações Afirmativas e também foi lançado o Plano Nacional de Direitos Humanos II. Nesse mesmo sentido, o Instituto Rio Branco cria um programa de bolsas de estudo (vinte bolsas por ano) para afro-descendentes em cursos preparatórios para o ingresso na Instituição, que é responsável pelo treinamento de diplomatas brasileiros. Assim, o Ministério da Educação lança o Programa *Diversidade da Universidade* (MP n. 63/2002). A partir daí a UnB – Universidade de Brasília estuda possibilidade de reserva de 20% das vagas para estudantes negros. A proposta, em discussão no Conselho Universitário, prevê a destinação de 20% das vagas no vestibular e no PAS (Programa de Avaliação Seriada) para negros.

Em 2003, no dia 9 de janeiro, foi editada a Lei nº 10.639, que instituiu o dia 20 de novembro como o Dia Nacional da Consciência Negra no calendário escolar, e determinou o estudo da contribuição dos negros para formação da nossa nacionalidade em todo os estabelecimentos de ensino fundamental e médio oficiais e particulares. Meses depois, em maio, foi criada a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR, por meio da Lei nº 10.678, como órgão de assessoramento imediato ao Presidente da República e o Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial – CNPIR, que foi regulamentado em 20 de novembro, por força do Decreto nº 4.885/03. Neste mesmo ano houve a indicação da ex-Governadora do Estado do Rio de Janeiro, Benedita da Silva, para o cargo de Ministra da Assistência Social, e também a indicação do Procurador Regional da República Joaquim B. Barbosa Gomes, para a vaga de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Tratando do tema em nível estadual, vejamos algumas ações afirmativas:

O governo do Estado do Rio de Janeiro sancionou quatro leis estaduais nºs 3.524/2000, 3.708/2001, 4.061/2003 e 4.151/2003, determinando cotas para candidatos negros, nos cursos de graduação, portadores de deficiência e egressos da Rede de Ensino Público Estadual, nas

universidades mantidas pelo Estado (UERJ e UNF).

A Universidade Estadual da Bahia – Uneb, em 2002, através do seu Conselho Universitário, estabeleceu um sistema de cotas para negros, nos cursos de graduação e pós-graduação.

Portanto, as ações afirmativas, no Brasil, devem ser vistas não mais como um instrumento de repartição/compensação ou de distribuição de bens e vantagens aos cidadãos, mas sim como um elemento propiciador da igualdade procedimental e da inclusão democrática e participativa de todos, pois no Estado Democrático de Direito há, nos dizeres de Habermas (2003, p. 598), a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito.

3. AÇÕES AFIRMATIVAS: COTAS PARA AFRO-DESCENDENTES E O PROUNI (PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS)

O reconhecimento das desigualdades pelos governos e pela sociedade é importante para que as ações busquem eliminá-las, privilegiando os que hoje são prejudicados, não sejam legalmente consideradas discriminação às avessas.

Lembrando que um dos alvos principais das ações afirmativas é a educação, vista por muitos como a principal forma de permitir à população negra alcançar o padrão de vida médio dos brancos. Lembrando que essa oportunidade educacional deve ser dada, não só aos afro-descendentes, como também àqueles que de alguma forma não estão capacitados a concorrerem de forma igualitária com cidadãos que ao longo de sua vida acadêmica estudou em escolas particulares e tiveram oportunidades ímpares. Daí a necessidade de instituir, como política afirmativa, o ProUni (Programa Universidade para todos).

Por tais motivos, algumas propostas defendem que as universidades devem reservar uma parte de suas vagas para alunos negros, como ocorreu nos Estados Unidos, bem como para alunos que estudaram em escolas públicas e que não conseguem disputar, de forma igualitária, com outros alunos, em tese, melhor capacitados.

Por isso, esse capítulo fará um estudo sobre como há a definição para classificar alguém como negro, pardo, afro-descendentes, etc. E, mais que isso, se esse sistema de cotas implantado no Brasil é constitucional ou se afronta de alguma forma nossa Magna Carta.

Outrossim, haverá uma análise acerca da implementação do Programa Universidade para Todos. A instituição, sua função e sua funcionabilidade.

3.1 Exclusão social

Exclusão, em sua acepção denotativa, segundo o Dicionário Brasileiro Globo (1996, p. 276), vem do verbo excluir, o qual significa não compreender; omitir; pôr fora; não admitir; expulsar.

Quanto ao sentido jurídico, Friedrich Muller[10] tem por significado de *exclusão* o

10 MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 93.

sentido de que grupos populacionais dependem (negativamente) das prestações dos mencionados sistemas funcionais da sociedade, sem que tenham simultaneamente acesso às mesmas (no sentido positivo).

É possível observar que exclusão social está presente no Brasil desde a época da colônia, em função de uma estrutura escravagista, que se reproduziu e permanece até hoje, embora com um grau menor e de maneira menos ostensiva.

Contudo, essa temática acerca da exclusão social passou a se destacar no Brasil a partir da década de 70, fator esse intimamente relacionado ao crescimento econômico, oriundo do período ditatorial brasileiro.

Ainda que se sustente a ausência do mal cruel do racismo, a segregação está presente em quase todos os cantos.

Vale ressaltar o que seja *preconceito* e *racismo*, como bem lembrado pelo Prof. Jurandir Sebastião, em seu artigo *A proteção da Pessoa Humana e a Responsabilidade Civil,* UNIJUS, Vol. 5 (2002:118), "Racismo é a falsa hierarquia de um grupo racial em relação a outro. Preconceito é o juízo de valor (sentimento) favorável ou desfavorável, sem o prévio exame crítico, dentro do mesmo grupo social ou fora dele. Pelo ângulo de convívio humano, o preconceito é mais amplo e mais prejudicial que o racismo".

Dessa forma, deve-se lembrar que, sendo o *racismo* uma falsa hierarquia, como foi colocado anteriormente, este não deve existir em uma sociedade democrática, posto que todos são considerados iguais, sem qualquer distinção, e mais que isso, não há raça ou cor que seja superior uma a outra.

Contudo, não se pode olvidar a realidade constatada em nosso cotidiano, onde os chamados *brancos* estão associados ao melhor e os *negros* ao pior. Para que se tenha uma visão de tal fato, basta observar quem representa os papéis daquilo que é bom e belo nos vários espaços e campos de atividades. Verifica-se que os galãs e estrelas de novelas são brancos, bem como as bonecas, as princesas e os arquétipos de ricos também o são. Aos negros, pardos, aqueles aos quais é designada a denominação de afro-descendentes, são reservados os papéis de bandidos, pobres, empregadas domésticas, faxineiras, motoristas particulares, trabalhadores banais e ocupantes de cargos inferiores; aos brancos, as carreiras mais importantes, gratificantes ou lucrativas. Esse imaginário faz parte da cultura brasileira e revela uma opressão injusta e uma segregação dissimulada.

É dever do povo brasileiro reconhecer que a raça negra foi de importância fundamental para a formação de nosso país, porquanto é difícil imaginar como seria o Brasil sem a participação desse povo. Com o expressivo percentual da população que descende dos escravos, é natural admitir que a raça negra formou nosso povo.

A exclusão dos afrodescendentes (negros) nada mais faz do que evidenciar o que estatisticamente tem sido demonstrado pelos institutos de pesquisa, como IBGE, Ipea e Instituto Ethos. De acordo com o resultado obtido por esta última entidade, em pesquisa denominada de *Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 Maiores Empresas do Brasil e Suas Ações Afirmativas*, em parceria com a Escola de Administração e Economia de São Paulo da FGV, Ipea, OIT e Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas Para a Mulher (UNIFEM), apenas 1% das empresas diz manter programas para melhorar a capacitação profissional de negros, que constituem 43,3% da população economicamente ativa. Assim, deve-se destacar o dado indicativo de que a população de negros e pardos no Brasil é de 45%. Já nos Estados Unidos

da América – país que também adota políticas de inclusão de negros – o porcentual destes é de apenas 13%. Acerca disso, o grande percentual referido faz com que nosso país tenha a maior população de negros e pardos fora da África – são quase 80 milhões de pessoas. Mesmo que se diga vivermos em uma democracia racial justificada pela receptiva, rica e pacífica miscigenação entre as raças aqui viventes somos levamos a perceber que os dados estatísticos revelam uma democracia racial disfarçada, na qual a realidade vem à tona, expondo um deprimente painel sócio-econômico. Vejamos os fatores sócio-econômicos mais gritantes: miséria dos morros, diferença no acesso à instrução, ao trabalho e à renda, entre outros. A distribuição de riquezas e a conseqüente justiça social têm permanecido longe dos acometimentos dos governantes e dos economistas. A desigualdade facilmente perceptível entre brancos, negros e pardos pode ser auferida com dois dados principais: índice de analfabetismo (21% para negros, 19,6% para pardos e 8,3% para os brancos) e índice de renda em salários mínimos (2,43 salários para negros, 2,54 para pardos e 5,25 para brancos)[11].

Portanto, com todos os dados acima dispostos, observa-se que a situação é de exclusão social. A discriminação racial é uma realidade presente e ostensiva.

No mesmo sentido, Dr. Ricardo Cavalcante Mota, em seu artigo *Perspectivas jurídicas cíveis e criminais quanto à discriminação racial*, publicado na UNIJUS 9 (2005:133), diz que

> Para a lei, discriminação seria impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da administração direta ou indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos; negar ou obstar emprego em empresas privadas em razão do preconceito; recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador; recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau; impedir acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou qualquer estabelecimento similar; impedir acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias ou locais semelhantes abertos ao público; impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos de diversões, ou clubes sociais abertos ao público [...].
>
> Incrimina ainda a lê a confecção e distribuição de material que incite a discriminação ou preconceito, ou a sua incitação.

Desse modo, podemos perceber que há várias formas de manifestação de racismo, e que o Brasil está longe de abolir esse tipo de crime. Contudo, o dever dos governantes, bem como dos cidadãos é mitigar a prática deste crime, fazendo com que haja uma inclusão social, para que não se coloque cidadão a par da sociedade baseando-se em sua cor. A democracia racial, que na verdade não passa de um mito, torna comum a discriminação racial, ao estabelecer uma falsa consciência sobre as relações étnicas e raciais no Brasil. Além disso, ainda impede o avanço de estudos acadêmicos, de diversas propostas e ações anti-racistas empreendidas pela sociedade civil organizada, também pelo próprio aparelho de Estado.

O deficitário acesso à educação e ao trabalho dos negros tem raízes que remontam ao colonialismo e à escravidão, produzindo ainda hoje nefastos resultados. Posto que a discriminação racial está presente na área educacional, o desenvolvimento e a especialização

11 GIMENES, Décio João Gallego. **Princípio da igualdade e o sistema de cotas para negros no ensino superior.** Disponível em [http//: www.direitonet.com.br]. Acesso em 21 fev. 2006.

dos afro-descendentes ficam prejudicados, discriminados que são duplamente pela condição racial e socioeconômica, culminando na dificuldade de êxito escolar e de acesso a posições melhor remuneradas no mercado de trabalho. Estatísticas quanto à desigualdade racial do país são assustadoras. Ricardo Henriques,[12] analisando alguns dos números apurados, denuncia que as diferenças existentes entre brancos e negros persistem há pelo menos três gerações, e se mantém como linhas paralelas:

> No Brasil, o processo de modernização excludente atravessa a história e arquiteta instituições que produzem mais de 55 milhões de pobres, dos quais 24 milhões em condição de pobreza extrema. Além da vergonha que esses valores representam, será que a pobreza está "democraticamente" distribuída em termos raciais, preservando um perfil socioeconômico sem viés racial? Não. Os negros representam 45% da população brasileira, mas correspondem a cerca de 65% da população pobre e cerca de 70% da população em extrema pobreza. Os brancos, por sua vez, são 54% da população total, mas somente 35% dos pobres e 30% dos extremamente pobres. Os diversos indicadores de renda e riqueza confirmam que nascer negro no Brasil implica maior probabilidade de crescer pobre. [...]. Apesar da melhoria nos níveis médios de escolaridade da população brasileira ao longo do século XX, o padrão de discriminação racial, expresso pelo diferencial na escolaridade entre brancos e negros, mantém-se perversamente estável entre as gerações. De fato, a escolaridade média de um jovem negro com 25 anos de idade gira em torno de 6,1 anos de estudo; um jovem branco da mesma idade tem cerca de 8,4 anos de estudo. O diferencial é de 2,3 anos. Apesar da escolaridade de brancos e negros crescer de forma contínua no século XX, 2,3 anos de estudo é a diferença observada na escolaridade média dos pais desses jovens. E, de forma assustadoramente natural, encontra-se a mesma diferença entre os avós desses jovens. Assim, brancos e negros olham um para o outro durante um século e, do ponto de vista relativo, situa-se estritamente na mesma posição. Como paralelas mergulhadas na inércia da eternidade brancos e negros não se encontram.

Oportuno, portanto, ressalvar as diferenças havidas entre brancos e negros em outros diversos campos, abaixo exemplificados:

> – O negro no Brasil entra mais precocemente no mercado de trabalho urbano, e permanece um período ainda maior nas áreas rurais;
>
> – A escolaridade do brasileiro, para 63,8%, é de em média 6 anos, de 4 a 7 para 31,2%, e pouco mais de 16% tenham completado o primeiro grau, tais taxas são mais aviltantes quando se referem a população negra. Apenas a título de comparação, enquanto aproximadamente 24,6% dos negros têm menos de um ano de escolaridade, a mesma situação envolve 9,3% dos brancos;
>
> – Em 1995 na cidade de São Paulo, a maior metrópole brasileira, 48,2% dos desempregados eram mulheres. Em 2000 esta taxa subiu para 52,4% trazendo consigo uma assimetria junto a população economicamente ativa negra na ordem de 14,3% em relação à população total, em um quadro numérico de desempregados na grande São Paulo na ordem 20,3%;

12 HENRIQUES, Ricardo. **Silêncio – o canto da desigualdade racial.** In.: Organização Ashoka empreendimentos sociais e Takano Cidadania. **Racismo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Takano, 2003. p.14-15.

– Para endossar esta preocupante situação estrutural, os negros em sua maioria, freqüentam com mais assiduidade os postos informais de trabalho. Neste ramo de trabalho completamente desprovido de benefícios para os trabalhadores, como, por exemplo, um sistema de segurança nacional, as diferenças raciais são mais expressivas do que as diferenças de gênero. Aproximadamente 67,4% dos negros na grande São Paulo não contribuem papara a seguridade social; 13,95% dos negros passam pelo menos um período do ano sem renda, dependendo do sustento de algum membro da família. Para rigorosamente a mesma situação, entre os brancos o universo é de 7,4%;

– Estudos do IPEA demonstram um crescimento da concentração de renda no Brasil, aumentando o fosso entre ricos e pobres. Enquanto a elite econômica é composta basicamente por brancos, a excessiva pobreza atinge majoritariamente os negros;

– No campo da saúde no Brasil a alta incidência de mortalidade infantil é mais expressiva entre as populações indígenas e negras, indo de encontro a implementação procedimental dos direitos humanos e sociais.

– No Brasil a defasagem qualitativa de residências é da ordem de 5 milhões, enquanto quantitativamente se aproxima de 9 milhões. Entre os fatores explicativos para o déficit de moradias, principalmente em grandes cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, estão os crescimentos desenfreados das favelas no primeiro caso, e das periferias no segundo. Ainda que o período compreendido entre 1992 e 1999, cujos dados são expressivamente atuais, ofereceu um crescimento do número de domicílios de 36 para 43 milhões, e que 90% da população urbana no Brasil tenha água potável, o quadro das desigualdades, principalmente entre brancos e negros, está longe de desaparecer. O crescimento de uma infra-estrutura de serviços urbanos não é acompanhada por uma melhora homóloga nas áreas rurais. Quando comparadas, as condições de moradias entre brancos e negros são bem distintas. Mais da metade dos brancos vivem em condições adequadas, contra menos de 30% dos negros. Apenas um em cada quatro negros vivem em moradias consideradas dignas;

– O trabalho infantil constitui outra importante variável para demonstrar as diferenças entre as populações branca e negra no Brasil. No período de 1992 a 1999, criança negras entre 3 e 9 anos representam 3,035 da força de trabalho infantil, enquanto entre crianças brancas o percentual é de 1,84%. Vinte por cento das crianças negras entre 10 e 14 anos estão nos postos de trabalho, para 13% das crianças brancas.[13]

Por todos estes dados, pode-se concluir que a população negra brasileira ocupa a base da pirâmide social em todas as variáveis do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, bem como de indicadores tais como saúde, educação, trabalho, gênero, moradia, bem – estar individual, proteção à criança e ao adolescente e à alimentação.

Indubitavelmente também é possível concluir que a Abolição da Escravatura, a Proclamação da República e a fase de industrialização do país não foram capazes de melhorar

13 SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Estudo sócio-jurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativos, doutrinários, jurisprudencial e comparado.** Disponível em [http//: www. jusnavegandi.com.br]. Acesso em 24 fev. 2006.

as condições de vida dessas pessoas. Isto leva-nos a crer que o princípio de igualdade formal erigido há mais de 300 anos pela Revolução Francesa continua, ainda, revolucionário no Brasil. Mais que isso, por intermédio desses dados é possível perceber que nosso país não incorpora em termos quantitativos e qualitativos a população negra brasileira.

3.2 Aspectos para identificação de afro-descendentes

Como bem diz Silvio Romero, "*Formamos um país mestiço. Somos mestiços se não no sangue ao menos na alma.*"[14]

No final do século passado, o Brasil era apontado como um caso único e singular de estremada miscigenação racial, um festival de cores, na opinião de certos viajantes europeus; uma sociedade de raças cruzadas na visão de vários intelectuais nacionais; de fato, era como uma nação multiétnica que o país era recorrentemente representado.[15]

Com efeito, o termo 'raça' foi introduzido na literatura mais especializada em inícios do século XIX, por Georfe Cuvier, inaugurando assim a idéia da existência de heranças físicas permanentes entre os vários grupos humanos. Desta forma, o discurso racial surgia, dessa maneira, como variante do debate sobre a cidadania, já que no interior desses novos modelos discorria-se mais sobre as determinações do grupo biológico do que sobre o arbítrio do indivíduo entendido como um resultado, uma retificação dos atributos específicos de uma raça.[16]

Os estudos antropológicos nasceram diretamente vinculados às ciências físicas e biológicas, em sua interpretação poligenista[17]; já as análises etnológicas mantêm-se ligadas a uma orientação humanista e de tradição monogenista[18]. Assim, a antropologia como disciplina se detinha, portanto, nesse momento, na análise biológica do comportamento humano, enquanto a etnologia se mantinha fiel a uma perspectiva mais filosófica e vinculada à tradição humanista de Rousseau.

Muito se tem discutido acerca da terminologia 'raça' e 'etnia'. Quando falamos em raça, observamos que este termo muda muito de sentido se, com respeito aos homens e empregada no singular ou no plural. Assim, se falarmos em raça humana, isso não nos conduz ao racismo, posto que a utilização desse termo no singular se opõe à idéia de uma multiplicidade de grupos particularizados e hierarquizados. Contudo, ao se falar em raças, no plural, introduz-se a possibilidade de classificá-las numa escala que vai do bom até o mau, bem como distingui-las.

O conceito de raça veio do italiano *razza*, este veio do latim *ratio*, que significa sorte, categoria, espécie. Sendo que, na história das ciências naturais, primeiramente o termo 'raça'

14 ROMERO, Sílvio. **História da Literatura Brasileira.** 4ª ed. Rio de Janeiro, 1949. José Olympio – Coleção Documentos Brasileiros, p. 80.

15 SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questões raciais no Brasil – 1870-1930.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p.44.

16 Idem, ibidem, p. 47.

17 Surgiu a partir de meados do século XIX. "Partiam esses autores da crença na existência de vários centros de criação, que corresponderiam, por sua vez, às diferenças raciais observadas". *In:* SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 48.

18 Visão dominante até meados do século XIX. Os adeptos a essa teoria acreditavam que a humanidade era uma. "O homem segundo essa visão, teria se originado de uma fonte comum sendo os diferentes tipos de humanos apenas um produto da maior degeneração ou perfeição do Éden". Idem, ibidem, p. 48.

foi usado pela Zoologia e pela Botânica a fim de classificar as espécies animais e vegetais.[19] Somente no século XVIII é que a cor da pele apareceu como um critério para diferenciar as raças. Desta forma, a humanidade foi dividida em três raças, quais sejam: raça branca, negra e amarela.[20]

Já no século XIX, além da cor da pele, outros critérios morfológicos foram acrescentados com a finalidade de determinar raças, como por exemplo, a forma do nariz, dos lábios, queixo.[21] A partir do século XX, com o avanço da Genética Humana, foram descobertos critérios químicos para que fosse possível fazer a divisão de raças. Desta forma, observamos que ao nos referirmos a raças, estamos considerando ideologias, e não fatores biológicos.[22] Dessa forma, enquanto o termo raça é morfobiológico, etnia é sócio-cultural, histórico e psicológico.

Segundo a socióloga Rosana Heringer:[23]

> Lentamente, começou-se a desfazer também o mito de que não se sabe quem é negro no Brasil. Embora a questão da classificação étnico-racial seja controversa aqui, ou em qualquer lugar do mundo, o critério comumente utilizado é o da autoclassificação. Existe a percepção de que certo grau de arbitrariedade está presente nesta opção, algo inerente a qualquer tentativa de classificar. Porém, as classificações são necessárias para fazer escolhas e definir políticas e, se as utilizamos socialmente para discriminar negativamente, podemos também utiliza-las para reduzir as injustiças históricas, apesar de suas imperfeições.

Ainda sobre o modo de se autoclassificar, Joaze Bernardino[24] diz:

> Uma recusa estratégica que ocorre somente em momentos de conceder eventuais benefícios àqueles que são identificados como membros do grupo de menor *status*. A não separação de raças do ponto de vista biológico tampouco significa que elas não estejam separadas, do ponto de vista social, da concessão de privilégios e de distribuição de punições morais, econômicas e judiciais. Neste sentido, contrariando a interpretação racial hegemônica no Brasil e respaldado nos diversos estudos da Unesco, advogamos que a raça existe, não como uma categoria biológica, mas como uma categoria social.

Quando há referência à "raça", na verdade faz-se menção ao uso de diferenças fenotípicas como símbolos de distinção social. Significados raciais são culturalmente e não biologicamente construídos, distinguindo-se, a partir da inserção nessas categorias, lugares sociais dominantes e dominados.

Raça é, assim,

> [...] síntese de diferenças fenotípicas, mas também de *status*, de classe, de diferenças, em suma, políticas, portanto, podemos dizer que relações de raça são

19 MUNGANA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. Disponível em [http//:www. direitonet.com.br]. Acesso em 17 abril 2006.

20 Idem, Ibidem, p. 7.

21 Idem, ibidem. p. 11.

22 Idem, ibidem, p. 11.

23 HERINGER, Rosana. A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil. Rio de Janeiro: Ierê: Núcleo da Cor, LPS, IFCS, UFRJ, 1999, p. 61.

24 BERNADINO, Joaze. **Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil.** Rio de Janeiro: Estudos Afro-asiáticos, Ano 24, nº 2, 2002, p. 30.

> relações de poder. A partir deste ambiente, constituído por 'relações raciais', modos de 'consciência racial', emergem; tal consciência é definida como o resultado dialético do antagonismo entre grupos sociais justamente definidos como raças no curso de um processo histórico.[25]

Segundo a pesquisadora norte-americana Lynn Huntley,[26] embora as idéias de classificação racial tenham mudado um pouco com o decorrer do tempo, nos EUA a idéia chave que governa a identidade racial é o princípio da 'hipodescendência' ou a 'regra de uma gota', um padrão de linhagem sanguínea. Assim, por esse critério, qualquer pessoa que tenha um grau pequeno ou mensurável de herança africana é por lei, e também no entendimento comum, considerada afro-americana ou 'negra', independente da sua aparência de fato.

Segundo Mungana,[27]

> ...a identidade é uma realidade sempre presente em todas as sociedades humanas. Qualquer grupo humano, através do seu sistema axiológico sempre selecionou alguns aspectos pertinentes de sua cultura para definir-se em contraposição ao alheio. A definição de si (autodefinição) e a definição dos outros (identidade atribuída) têm funções conhecidas: a defesa da unidade do grupo, a proteção do território contra inimigos externos, as manipulações ideológicas por interesses econômicos, políticos, psicológicos, etc.

Observa-se que no Brasil não há critérios legais e específicos como há nos Estados Unidos, uma vez que aqui é utilizado o critério de autoclassificação, ou seja, a própria pessoa se declara negra, branca ou amarela.

Veja-se que esse critério é peculiar e, sobretudo válido, posto que, não sendo a pessoa classificada biologicamente, cabe a ela, de forma íntima e pessoal optar pela sua classificação, fazendo desse método, autoclassificação, algo válido e seguro, no sentido de estipular quem concorrerá por vagas destinadas a afro-descendentes.

3.3 A instituição das cotas para afro-descendentes nas universidades

As universidades, os empregadores esclarecidos e o governo dos Estados Unidos, na década de 60 começaram a buscar meios de aumentar o número de estudantes e trabalhadores das minorias étnicas, negros, principalmente, e de mulheres.

O fato é que essas pessoas, por não terem tido uma educação básica de qualidade, não conseguiram alcançar os padrões exigidos pelas instituições de ensino, empresas e órgãos públicos.

Devido a esses motivos, foram criados programas que privilegiavam esses grupos vítimas de discriminações. Assim, algumas universidades fixaram sistemas de cotas, reservando uma percentagem de suas vagas para alunos negros e latinos.

As melhores universidades e colégios americanos praticam políticas de admissão

25 PINHO, Osmundo de Araújo. **Revista Estudos afro-asiáticos**. Ano 24, n. 2. 2002 Disponível em [http//: www. direitonet.com.br], p. 21. Acesso em 10 abril 2006.

26 HUNTLEY, Lynn, GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Tirando a Máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil.** São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 25.

27 MUNGANA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia.** Disponível em [http//: www. direitonet.com.br]. Acesso em 17 abril 2006, p.177-178.

estudantil *race-sensitive*, buscando incrementar o percentual de negros, hispânicos, americanos nativos e outras minorias no preenchimento das vagas de seus corpos discentes. Contudo, essas ações afirmativas vêm enfrentando forte resistência por parte dos conservadores[28].

Há aproximadamente trinta anos, em uma discussão de impacto, os diretores da Universidade da Califórnia interditaram medidas que levassem em conta preferências raciais por ocasião dos exames seletivos de ingresso na instituição. Posteriormente, mais exatamente um ano depois, os eleitores da Califórnia aprovaram a Resolução 209, a qual veda as instituições estatais de realizarem toda e qualquer conduta que possa discriminar ou favorecer algum indivíduo ou qualquer grupo devido ao sexo, à cor, etnia ou origem em operações de emprego, educação e contratos públicos. Essas decisões foram devido ao fato de que os americanos acreditam que o objetivo dessas ações é corrigir desvantagens provocadas pela discriminação, assim, trazem consigo a idéia de que devem ser praticadas por um certo período de tempo determinado. Por conta disso, acreditam e alegam que as ações afirmativas do Estado da Califórnia já cumpriram seu papel[29].

No Brasil, houve uma iniciativa pioneira, que se originou do Poder do Judiciário, mas que não foi muito comentada. Provocada pelo Ministério Público Federal (Procuradoria da República) no Estado do Ceará, por meio de uma Ação Civil Pública, o MM. Juiz da 6ª Vara Federal determinou, em 15 de setembro de 1999, que a Universidade Federal do Estado do Ceará, "em nome do princípio da isonomia", "doravante e até ulterior deliberação", reservasse "cinqüenta por cento (50%) das vagas de todos os seus cursos para estudantes egressos da rede pública de ensino".

Como foi anteriormente citado, o governo do Rio de Janeiro vem implementando a mais ousada política de inserção social no ensino superior brasileiro. É o programa de cotas iniciado em 2002, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF) e que vem sendo aperfeiçoado.

Atualmente, tramita, na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei[30], de iniciativa do Deputado Antonio Nogueira, requerendo a implementação das cotas para afro-descendentes (negros) na Universidade Federal do Amapá. Dessa forma, é possível perceber que as ações afirmativas vêm sendo implantadas em nossa sociedade e, sobretudo, vem cumprindo seu primordial objetivo, qual seja, incluir aqueles que durante muito tempo vêm sendo excluídos da participação ativa na sociedade, e privados de usufruir direitos básicos, como no caso em tela, a educação.

3.4 A implementação do programa universidade para todos (Pro-Uni)

Assim como a implementação das quotas para afro-descendentes, o ProUni tem sido uma forma de *política afirmativa*, como exemplo, entre tantos outros, de *inclusão* social, em cumprimento à Constituição Federal de 1988.

O ProUni – Programa Universidade para Todos, foi criado pela MP nº 213/2004 e institucionalizado pela Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Este programa tem como finalidade precípua a concessão de *bolsas de estudos* integrais e parciais a estudantes de *baixa*

28 HECK, José N. **Ações Afirmativas: a síndrome do colapso da democracia social.** Disponível em: [http//: www. Ipp-uerj.net/olped]. Acesso em 01 março 2006. p.2.

29 Idem, ibidem, p. 3.

30 Disponível em [http//:www.camara.gov.br]. Acesso em 18 abr. 2006.

renda, em cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de educação superior, oferecendo, em contrapartida, isenção de alguns tributos àquelas que aderirem ao Programa.

O ProUni ofereceu 112 mil bolsas, em 1.142 instituições de ensino superior de todo o país, em seu primeiro processo seletivo, sendo que, nos próximos quatro anos, o programa deverá oferecer 400 mil novas bolsas de estudos. A implementação do ProUni, somada à criação de 10 universidades federais e 48 novos campi, amplia significativamente o número de vagas na educação superior, interioriza a educação pública e gratuita e combate as desigualdades regionais. Desta forma, é possível observar que todas estas ações vão ao encontro das metas do Plano Nacional de Educação, que prevê a presença, até 2010, de pelo menos 30% da população na faixa etária de 18 a 24 anos na educação superior, hoje restrita a 10,4%.

Vejamos, *in verbis*, o que diz o artigo 1ª da referida lei:

> **Art. 1º** Fica instituído, sob a gestão do Ministério da Educação, o Programa Universidade para Todos – PROUNI, destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% (cinqüenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes de cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.
>
> **§ 1º** A bolsa de estudo integral será concedida a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio).
>
> **§ 2º** As bolsas de estudo parciais de 50% (cinqüenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), cujos critérios de distribuição serão definidos em regulamento pelo Ministério da Educação, serão concedidas a brasileiros não-portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 3 (três) salários-mínimos, mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação.
>
> **§ 3º** Para os efeitos desta Lei, bolsa de estudo refere-se às semestralidades ou anuidades escolares fixadas com base na Lei no 9.870, de 23 de novembro de 1999.
>
> **§ 4º** Para os efeitos desta Lei, as bolsas de estudo parciais de 50% (cinqüenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) deverão ser concedidas, considerando-se todos os descontos regulares e de caráter coletivo oferecidos pela instituição, inclusive aqueles dados em virtude do pagamento pontual das mensalidades.

Percebe-se que a implementação do ProUni está sendo feita para que haja uma mitigação quanto à exclusão educacional daqueles considerados hipossuficientes economicamente.

Em seu artigo 2ª, a Lei 11.096/05 elenca quem serão os destinatários das bolsas implementadas pelo ProUni:

> Art. 2º A bolsa será destinada:
>
> I – a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral;

> II – a estudante portador de deficiência, nos termos da lei;
>
> III – a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei.
>
> Parágrafo único. A manutenção da bolsa pelo beneficiário, observado o prazo máximo para a conclusão do curso de graduação ou seqüencial de formação específica, dependerá do cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico, estabelecidos em normas expedidas pelo Ministério da Educação.

É possível observar que há uma preocupação em incluir aqueles que, de alguma forma, são excluídos da sociedade, proporcionando-lhes oportunidades iguais. Busca-se a inclusão de certos cidadãos, baseado naquilo que lhes faltam, ou seja, condições financeiras, para que pudessem cursar o ensino médio em escolas particulares, as quais, em princípio, oferecem melhores condições de competição.

Em seu artigo 3°, a Lei do ProUni diz como será pré-selecionado o aluno que se beneficiará com a bolsa:

> Art. 3º O estudante a ser beneficiado pelo Prouni será pré-selecionado pelos resultados e pelo perfil socioeconômico do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM ou outros critérios a serem definidos pelo Ministério da Educação, e, na etapa final, selecionado pela instituição de ensino superior, segundo seus próprios critérios, à qual competirá, também, aferir as informações prestadas pelo candidato.
>
> Parágrafo único. O beneficiário do Prouni responde legalmente pela veracidade e autenticidade das informações socioeconômicas por ele prestadas.

Como forma de incentivo à implementação do ProUni, a legislação vigente isenta a Instituição de Ensino de alguns impostos, os quais estão elencados no art. 8ª da referida lei.

> Art. 8º A instituição que aderir ao Prouni ficará isenta dos seguintes impostos e contribuições no período de vigência do termo de adesão: (Vide Medida Provisória nº 235, de 2005)
>
> I – Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas;
>
> II – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, instituída pela Lei no 7.689, de 15 de dezembro de 1988;
>
> III – Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social, instituída pela Lei Complementar no 70, de 30 de dezembro de 1991; e
>
> IV – Contribuição para o Programa de Integração Social, instituída pela Lei Complementar no 7, de 7 de setembro de 1970.
>
> § 1º A isenção de que trata o caput deste artigo recairá sobre o lucro nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, e sobre a receita auferida, nas hipóteses dos incisos III e IV do caput deste artigo, decorrentes da realização de atividades de ensino superior, proveniente de cursos de graduação ou cursos seqüenciais de formação específica.
>
> § 2º A Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda disciplinará o disposto neste artigo no prazo de 30 (trinta) dias.

Ante o exposto, é possível observar que o ProUni é uma forma eficaz e bem sucedida de *política afirmativa*, posto que cumpre seu papel como tal, ou seja, procura *incluir*, por meio da educação formal/profissional superior, aqueles que, na sociedade, encontram-se inferiorizados no que se refere ao nível salarial, ao padrão de consumo e, por conseqüência, à importância individual, dentro da natural hierarquia social.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Escreve Sérgio Abreu que "O princípio da discriminação positiva, assim como a ação afirmativa, não contraria o princípio da igualdade. É o reconhecimento do direito à diferença, a pedra de toque da discriminação positiva"[31].

A análise feita acerca da constitucionalidade das ações afirmativas desenvolvidas pelo Estado brasileiro em favor dos negros, no ordenamento jurídico em vigor no Brasil, com relação ao aspecto estritamente *normativo*, sugere a constitucionalidade das medidas implantadas, tanto do ponto de vista do sistema jurídico internacional, quanto do direito doméstico, especialmente à luz de diversos princípios e regras estatuídas nesses âmbitos normativos.

O próprio aparelho do Estado brasileiro, utilizando o seu poder regulamentar, conferido pela Carta Política de 1988, já implantou muitas dessas políticas públicas, como, por exemplo, quando estabeleceu cotas para negros no Ministério da Reforma Agrária; nos cargos em comissão do governo Federal (DAS); no Supremo Tribunal Federal; no Ministério da Justiça; nas bolsas de estudos do Instituto Rio Branco (Itamaraty); nas Universidades Estaduais e Federais. Não obstante, referido diploma legal assegura um percentual de vagas para cargos e empregos públicos aos deficientes físicos, como está expresso no bojo do art. 37, inciso VIII, CR/88.

Assim, pode-se observar que na ordem interna, o legislador brasileiro já tem experiência legislativa com políticas de ação afirmativa, posto que editou leis e outros tipos normativos que reconhecem o direito à diferença de tratamento legal para diversos grupos, os quais são considerados sócios-politicamente vulneráveis, sejam eles negros, deficientes, hipossuficientes economicamente, etc. Lembre-se que as universidades públicas e privadas são instituições investidas de autoridade por delegação de órgãos federais. O princípio da *autonomia* lhes confere, na ausência de lei federal, a competência para criar seus próprios sistemas de cotas que beneficiem o acesso de *minorias* ao estudo universitário.

Para confirmar que tais ações implantadas pelos estados brasileiros não são inconstitucionais, vejamos os principais princípios e regras do sistema legal nacional, que albergam políticas de *ação afirmativas*, no Brasil, de forma ampla:

Constituição Federal:

> – **Preâmbulo** (Instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...] o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundadas na harmonia social);
>
> – **art. 1º, inciso III** (Princípio que resguarda o valor da dignidade humana);

31 ABREU, Sérgio. **Os descaminhos da tolerância: o afro-brasileiro e o princípio da isonomia e da igualdade no Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p.22.

– **art. 3º, incisos I, III e IV** (Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e erradicar a [...] marginalização e reduzir as desigualdades sociais);

– **art. 4º, incisos II e VIII** (A República Federativa do Brasil, no plano das relações internacionais, deve velar pela observância dos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo);

– **art. 5º, incisos XLI e XLII** (Consagra o princípio da igualdade; punição para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; e, enuncia que racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei), e **parágrafo 2º** (Consagra a incorporação do direito advindos dos tratados internacionais);

– **art. 7º inciso XXX** (No campo dos direitos sociais, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil);

– **art. 23, inciso X** (Combater [...] os fatores de marginalização);

– **art. 37, inciso VIII** (A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão);

– **art. 145, § 1º** (Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...);

– **art. 170, incisos VII** (Redução das desigualdades [...] sociais) e IX (tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País);

– **art. 179** (A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei);

– **art. 208, Inciso V** (O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de [...] acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um);

– **art. 227, inciso II** (Criação de programas [...] de integração social dos adolescentes portadores de deficiência).

– **Art. 68. Do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)** (Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos)[32].

O questionamento acerca da constitucionalidade das ações afirmativas vai além do acima exposto. Muito já foi dito a respeito da violação do princípio da igualdade. Contudo,

32 Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

a intenção de dar-se um tratamento mais favorável a quem está em situação de desvantagem, em razão de serem grupos deficientes econômica e socialmente, não caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade. Pelo contrário, pretende-se, com essas ações, viabilizar a *isonomia* material.

Marcelo Neves,[33] fazendo uma análise acerca do entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello, diz que, partindo de uma perspectiva rigorosamente positivista, o princípio constitucional da isonomia envolve discriminações legais de pessoas, coisas, fatos e situações. Desta forma, referido doutrinador questiona quando discrímenes se justificam sem que o princípio vetor seja deturpado. E aponta três exigências: a presença de traços diferenciais nas pessoas, coisas, situações, fatos; correlação lógica entre fator discrímen e desequiparação procedida; consonância da discriminação com os interesses e valores protegidos na Constituição.

Dessa forma, é possível concluir que as discriminações legais positivas, em favor da integração de negros, índios, pobres e outros, estão em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos nos incisos III e IV do seu art. 3º (1996, p. 262).

O enfrentamento da desigualdade social, à busca de solução possível factível, não importa destruição do princípio do *mérito*. Ressalte-se que, o *mérito* tem sido usado como ideologia para impedir o adensamento de medidas compensatórias a favor da população afro-descendente.

Diga-se logo que, do ponto de vista normativo, não há questionamento quanto ao fato de que o *mérito* e os *dotes* intelectuais estejam sendo ofuscados por desigualdades raciais e de classe que podem ser corrigidas por políticas compensatórias. Isso quer dizer que estas políticas de ações afirmativas não "passam por cima" da capacidade intelectual do indivíduo, isto é, permitindo que pessoas despreparadas intelectualmente ingressem no ensino superior. Normativamente falando não se trata disso, mas tão somente da possibilidade de que, por meio de referidas políticas compensatórias os excluídos possam ser dignamente incluídos.

O que se busca com as ações afirmativas, para o ingresso no ensino superior, as quais vêm sendo cada vez mais difundidas, não é colocar qualquer indivíduo nas Universidades, ou seja, admitir o ingresso daqueles que não são capazes intelectualmente de competir, aqueles que em situações normais (prestar vestibular sem reservas de vagas) não ingressariam no ensino superior. Não se trata disso. Mas, sim, de dar oportunidade àqueles que, na sociedade, por injunções socioeconômicas, não têm condições de competir por uma vaga, em igualdade de condições, por falta de base educacional adequada e preparo específico (cursinhos preparatórios). Essa desigualdade ou carência é afastada ou suprida, ou, ao menos, minorada pelas *ações afirmativas*.

O ideal é que as ações governamentais, por si sós, garantissem a todos um convívio harmônico e razoavelmente igualitário, proporcional ao mérito individual de cada qual, de modo a tornar desnecessária a cogitação de *políticas afirmativas*, como prática de discriminação positiva.

Nesse aspecto, tem razão a crítica do Prof. Rosemiro Pereira Leal, quando afirma que, antes de tudo, há de se "*cumprir,* prima facie*, as decisões constituintes de implementação*

33 NEVES, Marcelo. **Estado Democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil**. In: MAIO, Marcos C. SANTOS, Ricardo V. (Orgs). **Democracia e sociedade.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996, p. 262.

de direitos fundamentais para todos, indistintamente".[34] Eis parte de sua lição:

> "Ora, se os direitos fundamentais não forem executados judicialmente, nunca se poderá falar em Isonomia, ou num *piso de igualdade* para incluídos e excluídos, como *ponto de partida* ao reconhecimento cognitivo, por igual tempo de argumentação processual de direitos a serem alegados ou pretendidos pelas minorias e diferentes. Só se saberá se alguém pertence ao bloco das minorias, ou dos diferentes, após atendimento dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à dignidade mínima para que se habilitem a disputar processual e igualmente direitos em face de outrem. Antes do atendimento desses direitos fundamentais, as pessoas estarão sempre em níveis de uma *desigualdade ilegal* que os impedem de debater e pretender, no espaço-tempo procedimental, direitos em condições isonômicas.
>
> O *direito à diferença* não equivale a ser desigual no Estado de Direito Democrático que sempre assegura pelo devido processo constitucional a *isonomia* argumentativo-procedimental na defesa e reconhecimento de direitos, mas corresponde a um dado singular da personalidade ou patrimonialidade de cada qual dos indivíduos, cuja defesa e afirmação, quando negado, também se fazem *isonomicamente* no espaço-tempo da estrutura procedimental processualizada e não pela segurança discriminadora de uma jurisdição sábia, filantrópica e providencial. O negro, o índio, o homossexual, a lésbica, o deficiente, não são desiguais a ninguém quanto a direitos fundamentais na teoria da constitucionalidade democrática. Tanto eles quanto os brancos, os não índios, o heterossexual: homem ou mulher, são iguais em direitos fundamentais e titulares de igualdade processual (simétrica paridade-isonomia) no direito democrático".[35]

Não obstante o acerto da crítica acima, enquanto, no presente momento histórico e em nosso país, não estiver acontecendo uma razoável *igualdade social*, para co-participação nas benesses do convívio social, dentro da complexidade dos sistemas de produção e de consumo de bens materiais, assim como no de prestígio importância social (reconhecimento e valoração individual em razão de autênticos dotes intelectuais, artísticos ou profissionais), a nosso ver, o sistema de *política afirmativa* se apresenta como remédio adequado e temporário *quantum satis*.

Em resumo, somente uma *educação pública* gratuita, geral e eficiente, formal e profissional conseguirá atingir essa meta em médio ou em longo prazo, e desde que essa postura governamental abranja todos os ineficientes ou hipossuficientes (sejam eles de pele branca ou não branca, homossexuais ou heterossexuais, nativos ou estrangeiros aqui radicados, etc.). Como isso ainda está longe de acontecer, são necessários e úteis, por agora, os expedientes legais *tutelares* específicos, em discriminação positiva.

No mesmo sentido, o historiador Manolo Florentino,[36] da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 1° de abril de 2007, critica o discurso feito pela Ministra Matilde Ribeiro – que considerou natural o racismo de negros contra brancos no Brasil. Como solução, diz esse articulista que a saída

34 LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, V.6, N.º1, p. 43-50, agosto 2003.

35 Idem, p. 44-45.

36 FLORENTINO, Manolo. Entrevista ao jornal **O Estado de São Paulo**, edição de 1° de abril de 2007, p. A15.

para acabar com o conflito social existente, interpretado equivocadamente como "racismo", é "pura e simplesmente tornar esse país um pouco menos pobre".

Acentuando sua crítica, referido Historiador diz que a ciência já comprovou que existe apenas uma única raça – a humana. Sendo assim, segundo ele, está errado trabalhar com categoria de raças, "*que é um troço que está banido da antropologia, da sociologia e da biologia"*. E, indo mais além, critica a implementação das *cotas*, afirmando que os governantes *"resolveram mudar de estratégia. Em vez de impor o projeto de cima para baixo, eles vão fazer uma espécie de chantagem, em que a liberação de verbas vai ficar condicionada à adoção de políticas afirmativas. Essa é a grande questão. É o sonho político: inclusão social a custo zero, que não toma o tempo dele e ele ainda ganha votos"*.

Por tudo isso, como já foi dito, em curto prazo as políticas afirmativas resolvem parte do problema relativo à exclusão social. Mas, enquanto essas ações são implementadas, deverão os governantes, concomitantemente, procurar forma mais segura para, em longo prazo e de forma duradoura, resolver, de vez, o problema da exclusão social, via educação para todos e com atenção especial para o ingresso ao ensino superior dos pobres de todas as etnias.

4.1 Análise doutrinária e jurisprudencial

Joaquim B. Barbosa Gomes,[37] Ministro do Supremo Tribunal Federal, enfrentando a questão acerca da questão debatida no presente trabalho, diz que o Direito Constitucional vigente no Brasil é de todo e perfeitamente compatível com o princípio da *ação afirmativa*, já que contempla algumas modalidades dessas ações, inclusive em sede constitucional.

Dessa forma, à luz dessa doutrina é possível concluir que o Direito Constitucional brasileiro abriga não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa. Também os tratados internacionais sobre *direitos humanos*, subscritos por nosso país, caminham nesse sentido de amparo às minorias, de inclusão aos excluídos.

No mesmo sentido está Marco Aurélio Mendes de Farias Mello[38], também Ministro do Supremo Tribunal Federal, afirmando que a Constituição da República é aberta com o artigo que lhe revela o alcance, ou seja, constam como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Do artigo 3º vem luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, como imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual.

Outros juristas respeitados por sua erudição no campo jurídico também se pronunciaram a favor da juridicidade das aludidas políticas públicas, senão vejamos:

Para o jurista Carlos Roberto de Siqueira Castro,[39] a ação afirmativa tem como objetivo não somente coibir a discriminação, mas, sobretudo dar fim aos chamados efeitos persistentes da discriminação do passado, as quais insistem em perpetuar. Desse modo, referido jurista reafirma a constitucionalidade das cotas, posto que estas se afiguram como uma necessária

37 GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 50.

38 MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. **Ótica Constitucional: a igualdade e as ações afirmativas.** Disponível em [http//: www.jusnavegandi.com.br]. Acesso em 28 de fev. 2006.

39 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaio sobre constitucionalismo pós-moderno e comunitário.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 444-451.

medida para solucionar o desproporcional quadro do ensino superior.

No mesmo diapasão, o jurista Hédio Silva Jr.[40] diz ser certo que a Constituição Federal, de forma implícita e explícita, não apenas admitiu como também prescreveu discriminações, a exemplo da proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 7o, XX) e da previsão de cotas para portadores de deficiência (artigo 37, VIII), donde se conclui que a noção de igualdade circunscrita ao significado estrito de não-discriminação foi contrapesada com uma nova modalidade de discriminação, visto como, sob o ângulo material, substancial, o princípio da igualdade admite sim a discriminação, desde que o discrímen seja empregado com a finalidade de promover a igualização.

No Judiciário, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 10 dezembro de 2003, na apelação nº 2003.001.27.194, Relator o Dês. Cláudio de Mello Tavares, em decisão unânime, denegou pedido incidental de inconstitucionalidade, formulado em mandado de segurança individual, impetrado por um candidato ao vestibular da UERJ, preterido por outro candidato "cotista", concluindo pela constitucionalidade das leis e do sistema de cotas, mantendo a sentença de primeira instância.

Apesar de a ementa do acórdão ser extensa merece ser reproduzida, pelos fundamentos que apresenta:

> APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DO *WRIT*. SISTEMA DE COTA MÍNIMA PARA POPULAÇÃO NEGRA E PARDA E PARA ESTUDANTES ORIUNDOS DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO. LEIS ESTADUAIS 3524/00 E 3708/01. EXEGESE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdades. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que lhe buscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso façamos o que está a nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, para a acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mas mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. O preceito do art. 5º, da CR/88, não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art. 206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese de igualização dita estática, negativa, na contramão com eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira. É bom que se diga que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de negros (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza

40 SILVA Jr., Hédio. As políticas de promoção da igualdade no direito internacional e na legislação brasileira. In. HERINGER, Rosana (Org.). A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil. Rio de Janeiro: Ierê: Núcleo da Cor, LPS, IFCS, UFRJ, 1999, p. 10.

> e desses 70% são negros, a conclusão que decorre é de que, na realidade, o legislador estadual levou em conta, quando da fixação de cotas, o número de negros e pardos excluídos das universidades e a condição social da parcela da sociedade que vive na pobreza, como posto pela Procuradoria do Estado em sua manifestação. O único modo de deter e começar a reverter o processo crônico de desvantagem dos negros no Brasil é privilegiá-la conscientemente, sobretudo naqueles espaços em que essa ação compensatória tenha maior poder de multiplicação. Eis porque a implementação de um sistema de cotas se torna inevitável. Na medida em que não poderemos reverter inteiramente esta questão em curto prazo, podemos pelo menos dar o primeiro passo, qual seja, incluir negros na reduzida elite pensante do país.
>
> O descortinamento de tal quadro de responsabilidade social, de postura afirmativa de caráter nitidamente emergencial, na busca de uma igualdade escolar entre brancos e negros, esses parcela significativa de elementos abaixo da linha considera como de pobreza, não permite que se vislumbre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas leis 3.524/00 e 3708/01, inclusive no campo do princípio da proporcionalidade, já que traduzem tão-somente o cumprimento de objetivos fundamentais da República. Ainda que assim não fosse interpretada a questão exposta nos presentes autos, verifica-se da documentação instrutória do recurso que para o Curso de Letras a Apelada ofereceu 326 vagas, distribuídas entre os dois vestibulares (SADE, para alunos de rede pública, e o Vestibular Estadual 2003, para alunos que estudaram em escolas particulares). A Apelante concorreu a esse último, ou seja, a 163 vagas, optando pelas sub-opções G1 e G2, havendo para cada uma a oferta de 18 vagas. Ocorre que no cômputo final de pontos veio a alcançar, na sua melhor colocação, na opção G2 a 57ª posição, o que deixa evidenciado que mesmo que não houvesse a reserva de cota para negros e pardos não alcançaria classificação, razão pela qual, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se *in totum* a decisão hostilizada.

Assim, pelos fundamentos desse acórdão é possível observar que está havendo uma sedimentação acerca da viabilidade, bem como da necessidade em instituir cotas destinadas a afro-descendentes. No mesmo sentido, vêm sendo publicadas decisões em vários Tribunais, como no Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região, nº 16860/96; Tribunal Regional Federal – 4ª Região, nº 170491; Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nº 309092/021, entre outros[41].

É objetivo da República Federativa do Brasil garantir a igualdade, uma sociedade justa, solidária. Deste modo é possível observar que está havendo o cumprimento desses objetivos, posto que a implementação dessas cotas é, em sua essência, justa e solidária.

É com muita satisfação que se lê acórdãos com decisões sábias, razoáveis, humanitárias e claras, uma vez que o Brasil, como exemplo de país miscigenado, deve primar por fazer uma inclusão social justa e satisfatória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

a) – Construir uma sociedade justa, livre e solidária constitui um dos objetivos fundamentais de nossa República. A solidariedade é um dos instrumentos sem o qual é impossível a

41 Mais Jurisprudências em: CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Direito à Diferença.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 217.

consecução da *equidade*. Assim, pode-se afirmar que a correção das injustiças sociais passa, obrigatoriamente, pela *solidariedade* das pessoas. E é justamente essa solidariedade que deve ser levada em conta na avaliação das ações afirmativas.

b) – De forma indiscutível, percebemos que, ainda hoje em nossa sociedade, os negros ocupam posição inferior, em comparação estatística, aos não-negros. Desse axioma decorrem as justificativas para as ações afirmativas, para a inclusão de afro-descendentes, com "juridicidade" no princípio constitucional da igualdade. Contudo, essa sustentação jurídica é contrária ao propósito do conjunto de nossa Constituição da República, como foi demonstrado.

c) – A Constituição Federal de 1988 não somente possibilita a adoção de ações afirmativas por parte do Estado, como, também, determina sua implementação, em seu art. 3º, ao definir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: "*erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais*", bem como "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação*".

d) – Se a busca da igualdade é fator de inclusão social – como se pretende criar com as ações afirmativas –, o propósito é evitar ou suavizar a diferenciação social, a ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados. Assim, impõem-se adoção de medidas que possam capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado (HABERMAS, 2003, p. 185).

e) – É possível observar que o objetivo das ações afirmativas é proporcionar a autonomia do indivíduo, e não promover ações de cunho meramente assistencialista.

f) – O mecanismo das ações afirmativas deve ser usado, primordialmente, para que haja inclusão, a qual pretende assegurar a liberdade do indivíduo. Por sua vez, só é possível falar em liberdade quanto existem iguais oportunidades. Dessa forma, depreende-se dos ensinamentos de Galuppo (2002, p. 216) que a ação positiva, por meio das ações afirmativas, pode ser legitimamente entendida como critério de produção de igualdade toda vez que ela implicar maior inclusão nos procedimentos públicos de justificação e de aplicação das normas jurídicas e de gozo dos bens e políticas públicas.

g) – Com fulcro no que dispõe o parágrafo 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, a juridicidade das ações afirmativas é manifesta à vista do que dispõe a Convenção Internacional sobre *Eliminação de todas as formas de discriminação racial*, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, promulgada pelo Decreto n. 65.810, de 8.12.1969, especialmente diante do teor do artigo 1º, parágrafo 4º:

> Artigo 1º. [...]
>
> "§ 4º. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar as tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos".

h) – Com respaldo no artigo supracitado não é possível considerar forma de discriminação as medidas de ações afirmativas adotadas no Brasil, posto que estas cumpram sua

função, qual seja: assegurar o progresso adequado a certos grupos sociais ou étnicos, bem como cuidar para que haja uma efetiva inclusão social.

i) – Cumpre ressalvar que a menção às cotas para afro-descendentes, neste trabalho, é mera exemplificação do que sejam as políticas de ações afirmativas, e que estas estão sendo implementadas pelo governo na tentativa de acabar com exclusão social, com base no fator cor. Contudo, o ideal é que o requisito primordial a ser adotado seja o da *impossibilidade econômica* daquele que buscam o ingresso e permanência nas instituições de ensino, sejam essas pessoas brancas, pardas ou afro-descendentes.

j) Assim como as cotas, o ProUni também é forma de política afirmativa muito eficaz e menos preconceituosa, porque o que se é busca igualar as *oportunidades* de preparo do cidadão, mitigando aquilo que lhe fala – recursos financeiros –, e não se baseando naquilo que ele possui de diferente – a cor da pele ou de raça. E o equívoco desse programa é adotar também, em parte, o mesmo critério discriminatório "afro-descendentes".

l) – A implementação das cotas para afro-descendentes deveriam ser como é nos Estados Unidos, ou seja, implementadas de forma temporária. Não, perene, como estão fazendo no Brasil. Deve ser vista como medida emergencial e, ao mesmo tempo, o governo deveria buscar formar mais eficazes de solucionar o problema da exclusão social.

m) – Mesmo sendo as cotas *constitucionais*, como vem sendo demonstrada ao longo do presente trabalho, não são elas totalmente eficazes, do ponto de vista da inclusão social, posto que o governo vem tentando "remediar" um problema que deveria ser trabalhado em longo prazo e de forma mais abrangente, e não em curto prazo e de forma simplista. Assim, devem-se buscar soluções para os problemas onde eles brotam, ou seja, na falta de oportunidades aos pobres, aos excluídos.

n) – Mister se faz seja dado aos cidadãos oportunidades educacionais iguais, sejam eles brancos, negros, amarelos, etc., não somente no ensino superior, mas também no ensino fundamental, onde, de fato, o problema começa. Essa oportunidade não pode se basear na cor da pele, mas, sim, em outros elementos mais eficazes, a exemplo da *hipossuficiência econômica*, como já dito, para evitar a difusão e a consolidação de outra forma de *racismo* e de *preconceito* na sociedade.

o) – Sendo a *igualdade* um princípio difundido desde Aristóteles, Montesquieu, Rousseau, entre outros, e assegurado em nossa Constituição, não se pode ficar indiferente às formas existentes e eficazes para fazer valer esse princípio, de forma a trazer os inferiorizados, social e economicamente, ao nível da maioria melhor aquinhoada, *reduzindo* a *desigualdade*.

p) – Por fim, em arremate, as *políticas afirmativas* não afrontam a Constituição Federal, por que a adoção desse sistema tem por meta a *inclusão social* e a *erradicação da pobreza*, onde se fizerem necessárias. Consistem em medidas políticas protetivas, que devem ser destinadas, igualmente, a todos os que se encontram socialmente excluídos ou impossibilitados de competir, vítimas ou não de preconceitos de qualquer natureza, ou de circunstâncias materiais, atuais ou históricas que geraram essa exclusão. O equívoco é entendê-las aplicáveis apenas à uma etnia ou à uma "cor de pele", em afronta ao princípio constitucional da *igualdade* de oportunidades – que é superior a todos.

6. Abstract:

The purpose of this article is to demonstrate, under a focused view at the Republican Constitution, established in 1988, and also at the Brazilian historical evolution, the constitutionality, as well as the real necessity concerning the existence of the politics positive actions, taking as an example the quotas, which entitle the students the admittance to Universities and to Programs, such as the Pro-Uni. Therefore, the historical, doctrinal and legal jurisprudential of this subject have been analyzed.

Key words: *Federal Constitution; Positive actions; Social inclusions; Constitutionalism; quotas for African Brazillian ancestors. ProUni.*

7. REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio. **Os descaminhos da tolerância: o afro-brasileiro e o princípio da isonomia e da igualdade no Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **A Política.** Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____ **Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e permitidas.** Revista Trimestral de Direito Público, nº 1, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERNADINO, Joaze. **Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil.** Rio de Janeiro: Estudos Afro-asiáticos, Ano 24, nº 2, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. – Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Edson, d´ADESKY, Jacques, MEDEIROS, Carlos Alberto. **Racismo, preconceito e intolerância.** São Paulo: Atual, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 4 ed.Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CASHMORE, Ellis, Apud. TELLES, Edward Eric. **Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica.** Rio de Janeiro: Relume Dumará: fundação Ford, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaio sobre constitucionalismo pós-moderno e comunitário.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Direito à Diferença.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DANTAS, F. C. San Tiago. **Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Francisco. **Dicionário Brasileiro Globo**. 43 ed. São Paulo: Globo, 1996.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GIMENES, Décio João Gallego. **Princípio da Igualdade e o sistema de cotas para negros no ensino superior.** Disponível em [http//: www. direitonet.com.br]. Acesso em 21 fev. 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional.** Rio de Janeiro, 2000.

_____ **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Seibeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. I e II.

HECK, José N. **Ações Afirmativas: a síndrome do colapso da democracia social.** Disponível em: [http//: www. Ipp-uerj.net/olped]. Acesso em 01 março 2006.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito.** Trad. Paulo Meneses. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes: Bragança Paulista: USF, 2002.

HENRIQUES, Ricardo. **Silêncio – o canto da desigualdade racial.** In.: Organização Ashoka empreendimentos sociais e Takano Cidadania. **Racismo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Takano, 2003.

HERINGER, Rosana. **A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil.** Rio de Janeiro: Ierê: Núcleo da Cor, LPS, IFCS, UFRJ, 1999.

HUNTLEY, Lynn, GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Tirando a Máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, Vol.6, Nº 1, p. 43-50, agosto 2003.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. **Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas.** Disponível em [http//: www. jusnavegandi.com.br]. Acesso em 28 fev. 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTA, Ricardo Cavalcante. Perspectivas jurídicas cíveis e criminais quanto à discriminação racial. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, Vol.8, Nº 9, p. 129-137, nov. 2005.

MUNGANA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia.** Disponível em [http//: www. direitonet.com.br]. Acesso em 17 abril 2006.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

NEVES, Marcelo. **Estado Democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil**. In: MAIO, Marcos C. SANTOS, Ricardo V. (Orgs). **Democracia e sociedade.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996.

PINHO, Osmundo de Araújo. **Revista Estudos afro-asiáticos**. Ano 24, n. 2. 2002 Disponível em [http//: www. direitonet.com.br]. Acesso em 10 abril 2006.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questões raciais no Brasil – 1870-1930.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SEBASTIÃO, Jurandir. A proteção da pessoa humana e a responsabilidade civil. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, Vol. 5, Nº 1, p. 117-128 , agosto 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA Jr., Hédio. **As políticas de promoção da igualdade no direito internacional e na legislação brasileira.** In. HERINGER, Rosana (Org.). **A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil.** Rio de Janeiro: Ierê: Núcleo da Cor, LPS, IFCS, UFRJ, 1999.

SISS, Ahys. **Afro-brasileiro, cotas e ações afirmativas.** Rio de Janeiro: Quartet; Niterói: PENESB, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos no Brasil (1948-1997).** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da Política. Vol. I e II.** São Paulo: Ática, 2000.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E ENVIO DE TRABALHOS

Texto em três vias com o(s) nome(s) e dados do(s) autor(es). Os artigos devem ser digitados com espaço simples entre linhas e gravado no **Word for Windows** versão 6.0 ou superior, e ter no máximo 30 páginas. O texto deve ser digitado em papel tamanho A4, com margens: superior e inferior, 2,5 cm; esquerda, 3 cm; e direita 2 cm. Tipo de letra: **Times New Roman**, tamanho 12. Citações diretas superiores a 3 linhas: tamanho 11, com recuo de 2,5 cm do alinhamento da margem esquerda. Notas de rodapé numérico-seqüencial: tamanho 10.

As resenhas devem ter, no máximo, cinco páginas com o mesmo padrão de digitação dos artigos. Devem apresentar a referência completa da obra analisada, no início do trabalho.

ESTRUTURA DOS ARTIGOS:

Título: Claro e objetivo, na mesma língua do texto. **Nome**(s) do(s) autor(es), com titulação e vínculo institucional em notas de rodapé. **Resumo**: No caso de artigo, o autor deve apresentar resumo em português, indicando até cinco palavras-chave. Se possível, o resumo e as palavras-chave devem ser apresentados também em outra língua. **Sumário**: Discriminação numérica dos tópicos desenvolvidos.

Conteúdo do artigo: Introdução, desenvolvimento e conclusões, livres. Entretanto, em caso de divergência com a doutrina, com a jurisprudência ou com a legislação vigente, deve o autor fundamentar seu ponto de vista e sugerir a forma de seus aperfeiçoamentos.

Ilustrações (figuras, desenhos e gráficos): Se necessárias, devem ser apresentadas em preto e branco, confeccionadas eletronicamente, indicando o programa utilizado para a sua produção; as tabelas devem ser elaboradas no próprio **Word for Widows**. Devem ser indicadas e referenciadas de acordo com a NBR 6023/2002 e NBR 10520/2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Sistema numérico: Recomenda-se a utilização do sistema de chamada **numérico** (e, não, **autor-data**) para a indicação das citações ocorridas no texto.

Notas de rodapé (de referência ou explicativa): Devem estar de acordo com a NBR 10520/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Apresentam-se ao pé da página com caracter e espaço de entrelinhas menores do que os usados no texto. Cada nota deve iniciar em uma linha com o respectivo número de remissão em algarismo arábico, em numeração única e seqüencial para todo o texto.

a) – Notas de **referência**: A primeira citação de uma obra, em nota de rodapé, deve ter sua referência completa. [Ex: SOUZA E SILVA, José Aparecido de (de acordo com o nome escolhido pelo autor e registrado em sua obra). **A Importância do Ensino Jurídico**. 3ª ed. Uberaba: Difusão Cultural, 2006, p. 346.]. As subseqüentes citações da mesma obra podem ser referenciadas de forma abreviada [ex: SOUZA E SILVA. Obra citada, p. 489.]. Se o autor não tiver "nome" registrado, nem for do conhecimento público, deve-se transcrevê-lo por inteiro.

b) – Notas **explicativas**: Servirão para considerações suplementares importantes ou para remeter o leitor a outras partes da obra e, também, para indicar informações obtidas por meio de canais informais ou docu-

UNIJUS

mentos em fase de elaboração, ou, ainda, para identificar o autor, o vínculo profissional, endereços e auxílio recebido. As notas de referência servirão para indicar as fontes consultadas e indicadas nas citações. Tanto as notas explicativas como as de referência, além de aclarar melhor o texto, servirão, também, para facilitar o aprofundamento da pesquisa pelo leitor.

Referências: A relação de obras citadas ou consultadas, em ordem alfabética pelo nome dos autores, deve ser apresentada no final do artigo, de acordo com a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

APRECIAÇÃO PELO CONSELHO EDITORIAL

Os trabalhos serão avaliados pelo Conselho Editorial quanto ao mérito, relevância e oportunidade de publicação, considerando o perfil e a linha editorial da Revista, preservando-se o anonimato dos pareceristas. Os originais, quando não aprovados para publicação, não serão devolvidos. Os textos aprovados, mas que não se enquadrarem nos padrões de publicação da revista, serão encaminhados aos autores para, no prazo de um mês, procederem às devidas adaptações.

DIREITOS AUTORAIS: Como se trata de revista de divulgação cultural acadêmica, destinada, predominantemente, ao intercâmbio bibliográfico entre Universidades (sem objetivo de lucro e/ou de comercialização, e com disponibilidade pela **Internet** – http://www.uniube.br/institucional/publicacoes/unijus/), os autores/colaboradores não fazem jus à remuneração por direitos autorais. Podem eles, livremente, republicar o trabalho, com ou sem modificação. A reprodução da revista, no todo ou em parte, por outros interessados também é livre, desde que citem a fonte. Eventual disponibilidade da revista aos acadêmicos da UNIUBE ou a outros interessados (a preço subsidiado e com objetivo de reembolso parcial dos custos) não modifica a presente condição.

CORTESIA E RETRIBUIÇÃO: Cada autor fará jus a dez (10) exemplares da edição, como cortesia e retribuição à colaboração. Em caso de produção coletiva, a quantidade acima será dividida entre os autores.

ENCAMINHAMENTO: Os trabalhos devem ser precedidos de carta de encaminhamento assinada por todos os autores, afirmando estar de acordo com as condições acima e solicitando publicação na Revista UNIJUS, indicando:

Título do trabalho;
Nome(s) do(s) autor(es) e identificação;
Qualificação profissional;
Instituição a que está vinculado;
Endereço completo para contato (Fax, E-Mail, Telefone).

UNIJUS