



# Revista da Defensoria Pública da União

---

Número 1  
Janeiro 2009



**Defensoria Pública-Geral da União**

# **REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

1ª edição

Brasília  
2009

## **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DA UNIÃO**

Eduardo Flores Vieira

## **SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL DA UNIÃO**

Leonardo Lorea Mattar

## **CONSELHO EDITORIAL**

Diretor-Geral da Escola Superior da Defensoria Pública da União

Felipe Caldas Menezes

Diretor do Departamento de Direito Constitucional e Ciências Afins

Paulo Alfredo Unes Pereira

Diretor do Departamento de Direito Infraconstitucional

Holden Macedo da Silva

Diretor do Departamento de Direito Penal e Processual Penal

Esdras dos Santos Carvalho

2008, 1ª edição

## **DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO**

Ministério da Justiça

Setor Bancário Sul, quadra 02 lotes 26 e 27

Edifícios Luiza e Luiz Eduardo, Asa Sul Brasília/DF.

Revista da Defensoria Pública da União, Defensoria  
Pública da União .\_\_ N.1 (jan./jun. 156p) - .\_\_  
Brasília : DPU, 2009 -

Semestral

ISSN 1984-0322

1. Jurisprudência - Periódico. 2. Direito - Doutrina -  
Jurisprudência. I. Brasil. Defensoria Pública da União.

CDDir 340.6

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	5
<b>EDITORIAL</b> .....	7
<b>ESTADO-DE-DIREITO E LEGITIMIDADE DO PODER</b>	
Cristiane Santiago de Almeida .....	9
<b>O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA</b>	
André da Silva Ordacgy.....	16
<b>A DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA</b>	
Daniel Mourgues Cogoy .....	36
<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPULSÃO</b>	
João Paulo de Campos Dorini.....	42
<b>DA REVALORAÇÃO DAS PROVAS E OS RECURSOS EXCEPCIONAIS</b>	
Fernando Levin Cremonesi.....	62
<b>A SUPREMACIA DA AUTODEFESA</b>	
André Gustavo Bevilacqua Piccolo .....	77
<b>OS PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E DA PROPORCIONALIDADE COMO NECESSÁRIAS EXIGÊNCIAS À LEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO PUNITIVA</b>	
Eduardo Tergolina Teixeira .....	89
<b>APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE PECULATO</b>	
José Arruda De Miranda Pinheiro.....	124
<b>RESENHA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	138
<b>ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO: CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES (HABEAS CORPUS 86.467 E HABEAS CORPUS 91.073)</b>	
Henrique Guimarães de Azevedo .....	139
<b>A INSIGNIFICÂNCIA COMO EVIDÊNCIA DA FALÊNCIA DO MODELO DE PERSECUÇÃO CRIMINAL BRASILEIRO (HABEAS CORPUS 92.463 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 550.761)</b>	
Antonio de Maia e Pádua.....	143

**O PROCESSO PENAL MILITAR E A SUSPENSÃO DO ARTIGO 366 DO CPP  
(HABEAS CORPUS 91.225 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 460.971)**

Gustavo de Almeida Ribeiro ..... 145

**CRIME MILITAR, COMPETÊNCIA E COISA JULGADA (HABEAS CORPUS 87.869)**

Esdras dos Santos Carvalho ..... 148

**CRIMES HEDIONDOS COMETIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N° 11.464/07  
(HABEAS CORPUS 92.410)**

Vivian Netto Machado Santarém ..... 152

## APRESENTAÇÃO

O lançamento do volume inaugural da Revista da Defensoria Pública da União é um marco festivo na consolidação da Defensoria Pública da União, instituição essencial à função jurisdicional do Estado e cuja missão é prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados.

A Revista da Defensoria Pública da União possibilitará a discussão técnica e científica de problemas jurídicos diretamente relacionados com a atuação dos Defensores Públicos da União e as conseqüências intrínsecas a essa, como a democratização do acesso à justiça e o implementar de uma justiça cidadã.

No presente volume o leitor poderá deleitar-se com artigos que somam a habilidade no manejo técnico-científico do direito e dos seus institutos e a preocupação com temas freqüentemente relacionados com os problemas daqueles para os quais estão voltados todos os esforços da Defensoria Pública da União e dos seus membros, os cidadãos assistidos.

Nos artigos da presente edição, os autores se debruçaram sobre assuntos tão diversos e tão interligados quanto o Estado de direito e a legitimidade do poder, a coisa julgada inconstitucional em matéria previdenciária, a expulsão, a revalorização das provas pelos tribunais superiores, o direito de defesa no processo penal brasileiro e a supremacia da autodefesa sobre a defesa técnica, os princípios da ofensividade e da proporcionalidade como exigências necessárias à legitimação da intervenção punitiva, a aplicação do princípio da insignificância ao crime de peculato e a saúde pública como direito humano fundamental. Miríade de temas que é reflexo da riqueza de situações e da complexidade dos problemas com que diariamente se defronta o Defensor Público da União em seu labor diário.

O primeiro passo está dado, o espaço de reflexão e de intercâmbio de idéias está aberto, na pegada desse a difusão da ciência do direito, a consolidação do Estado democrático, o prestigiar das instituições republicanas e a comemoração dos valores postos na Constituição Federal de 1988.

**Eduardo Flores Vieira**

Defensor Público-Geral da União



## EDITORIAL

É com muita satisfação que a Escola Superior da Defensoria Pública da União apresenta a edição de lançamento da Revista da Defensoria Pública da União.

O Conselho Editorial da Revista, neste primeiro momento, optou por deixar claro o principal objetivo desta publicação, qual seja, difundir o conhecimento técnico-jurídico sobre os diversos temas afetos à Defensoria Pública, ao acesso à justiça e aos direitos humanos.

Levou-se, ainda, em consideração a necessidade de a Instituição exercer papel de protagonista no cenário jurídico nacional assumindo definitivamente sua *essencialidade* à função jurisdicional do Estado.

Assim, na edição de lançamento foi priorizada a publicação de trabalhos jurídicos redigidos por membros e demais profissionais ligados à Instituição, bem como se optou por incorporar à revista a Resenha da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de responsabilidade do Exmo. Sr. Dr. Antônio de Maia e Pádua, Defensor Público de Categoria Especial.

Com a revista, podem os Defensores Públicos da União, estagiários, servidores e funcionários manifestarem suas posições doutrinárias enriquecendo o debate sobre diversos temas jurídicos e institucionais de relevo.

É claro, porém, que a revista não está fechada a eventuais colaboradores que venham a enriquecer a publicação e contribuir para o desenvolvimento de uma visão e abordagem próprias do *Estado-Defensor* acerca de temas atuais, assim como por meio da atualização da abordagem de diversos pontos enfrentados pelos operadores do direito no seu trabalho de pacificação dos conflitos sociais.

Como disse Óscar Wilde: *“O descobrimento é o primeiro passo na evolução de um homem ou de uma nação.”* Portanto, se esta publicação servir para que se esboce um retrato técnico e teórico da Defensoria Pública e dos serviços a serem por ela prestados aos cidadãos deste país, restará, ao menos, atenuado o grande desafio de construir esta Instituição.

Por fim, espera-se que a presente publicação possa atrair a atenção de todos aqueles que se dedicarem à sua leitura.

**Felipe Caldas Menezes**

Diretor-Geral da Escola Superior da Defensoria Pública da União



# ESTADO-DE-DIREITO E LEGITIMIDADE DO PODER

Cristiane Santiago de Almeida\*

## 1. O Estado e o Direito

A relação entre o Estado e o Direito sempre constituiu tema candente entre os jusfilósofos e cientistas políticos. Seria o Direito anterior ao Estado ou vice-versa? Serve o Direito de fundamento e de limite à autoridade do Estado ou, ao contrário, é este quem determina e condiciona a autoridade do Direito?<sup>1</sup> KELSEN sustenta a identidade entre o Direito e o Estado, pelo que o Estado apenas existiria na medida e na maneira em que se exprimiria na lei -- o Estado agiria sempre dentro do Direito e um Estado que agisse fora do Direito deixaria de ser Estado.<sup>2</sup>

RADBRUCH, por seu turno, escaldado na experiência nazista, entende que o deslinde da questão exige uma postura que não pode ser limitada ao plano do direito positivo, extravasando para o campo do direito natural. Para ele, se a “garantia da segurança jurídica é que constitui o fundamento e o título justificativo do poder dos governantes para fundar e criar o direito, é conveniente agora notar que são ainda essa mesma garantia e essa mesma segurança jurídica que devem afinal servir também de limites a esse mesmo poder”.<sup>3</sup> E mais: Direito só seria aquilo que pudesse ter o sentido de justo e “quem diz justiça, diz igualdade”<sup>4</sup>. Logo, não seria direito e sim arbítrio uma disposição jurídica que só visasse alguns indivíduos e certos casos individuais.<sup>5</sup>

HELLER vislumbra uma correlativa vinculação entre o Estado e o Direito ao ponto de se conceber “o Direito como a condição necessária do Estado atual e, do mesmo modo, o Estado como a necessária condição do Direito do presente”<sup>6</sup>. A relação entre ambos “não consiste nem em uma unidade indiferenciada nem em uma irreduzível oposição”<sup>7</sup>, devendo antes ser considerada dialética. O problema da validade do Direito estaria situado, sobretudo, no caráter de formador do poder que o Direito possui, ou seja, à questão da legitimidade do poder político,<sup>8</sup> concepção que será melhor delineada adiante. HABERMAS adota esta linha de pensamento ao afirmar que “o direito constitui o poder político e vice-versa; isso cria entre ambos um nexo que abre e perpetua a possibilidade latente de uma instrumentalização do direito para o emprego estratégico do poder”, exigindo ainda como contrapartida à idéia de Estado de Direito uma legitimação constituída pelo “direito legitimamente instituído.”<sup>9</sup>

\* Defensora Pública Federal no Estado do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> Cf. GUSTAV RADBRUCH *Filosofia do Direito*. 6ª edição, Coimbra; 1979, pág. 347/8

<sup>2</sup> Idem: pág.349.

<sup>3</sup> Idem: pág.355.

<sup>4</sup> Idem: pág.356.

<sup>5</sup> Idem: pág.357.

<sup>6</sup> HERMANN HELLER *Teoria do Estado*. (Ed. Mestre Jou) São Paulo 1968, pág. 231.

<sup>7</sup> Idem: pág.231.

<sup>8</sup> Idem: pág.231.

<sup>9</sup> JÜRGEN HABERMAS *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, 1997, pág. 211/2.

## 2. O Estado-de-Direito

NELSON SALDANHA leciona que a idéia de Estado-de-Direito adveio “liberalismo com sua pretensão de reduzir o Estado ao mínimo”<sup>10</sup>. Assinala que a expressão foi, coe-reentemente, combatida por KELSEN por considerá-la redundante na medida em que o Di-reito seria próprio de todo o Estado. Contudo, tratar-se-ia de uma concepção que moldou a consolidação do ‘Estado-moderno’ e que prossegue no Estado ocidental na medida em que em que caracterizada por “uma estrutura constitucional baseada na divisão de poderes e nas garantias de direitos”<sup>11</sup>.

É importante realçar que a estrutura formal básica do Estado-de-Direito fundada na separação de poderes e na garantia de direitos sobrevive apesar de todos os ataques sofridos desde o advento das revoluções burguesas do século XVIII. PAULO BONAVIDES, por exemplo, após render homenagens ao papel histórico da doutrina da separação de poderes, relega-a ao museu da Teoria do Estado por representar a sublimação dos di-reitos individuais de índole burguesa em detrimento dos direitos sociais.<sup>12</sup> Trata-se de concepção questionável na medida em que há quem sustente que o menosprezo devo-tado pela intelectualidade aos direitos civis por conta de sua identificação com o ideário burguês é uma das causas dos baixos índices de civilidade e de cooperação social ho-diernamente constatáveis na sociedade moderna, especialmente a brasileira.<sup>13</sup>

É certo, contudo, que o modelo clássico do princípio da separação de poderes, por si só, está longe de satisfazer o arquétipo atual do Estado-de-Direito. Levando-se em conta a marcante experiência nazista, assinala NICOLA MATEUCCI que não se pode circunscrever o constitucionalismo ao princípio da separação dos poderes acentuando que se a divisão de órgãos pode, de fato, obstar “os desígnios de um partido forte ou de uma maioria estável, é absolutamente insuficiente para garantir os direitos das minorias e para defender os cidadãos do abuso do poder, uma vez que esses órgãos podem estar nas mãos do mesmo partido”<sup>14</sup>. Daí, basear a sua concepção de Governo limitado em um tripé formado: a) por uma Constituição escrita duplamente legitimada – pelo conteúdo das suas normas e pela sua emanção da vontade direta e soberana do povo; b) pelo caráter rígido da Constituição de modo a impedir a sua modificação pela vontade legis-lativa normal; c) pela existência de uma corte judiciária que, além de dirimir os eventuais conflitos entre os diversos órgãos do Estado, zele pela justiça das leis, isto é, pela sua conformidade com as normas fundamentais.<sup>15</sup>

Basta recordar, entretanto, a forma avassaladora com que o nazismo preponderou sobre as Instituições alemãs, em plena vigência da Constituição de Weimar, para colocar

<sup>10</sup> NELSON SALDANHA *Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, 1998, pág. 94.

<sup>11</sup> Idem, pág.95.

<sup>12</sup> Cf. Do Estado Liberal ao Estado Social, Forense, Rio de Janeiro, 1980, pág. 36.

<sup>13</sup> Cf. ALBA ZALUAR, “Direitos Cívicos e Direitos Humanos, uma confusão Pós-Moderna”, in Trabalho, Cultura e Cidadania, São Paulo, Scritta, pág.229.

<sup>14</sup> Cf. Dicionário de Política, op.cit., pág. 253.

<sup>15</sup> Idem, págs. 255/6.

sob questionamento a eficácia de um modelo limitador de índole positivista. Questiona-se se não haverá sempre a possibilidade de cooptação das Instituições e de reinterpretção das normas fundamentais de modo a justificar a supressão de direitos e a prática de arbitrariedades.

Numa tentativa de se evitar a repetição do genocídio nazista os internacionalistas vislumbram no movimento do direito internacional dos direitos humanos uma saída eis que este é “baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações.”<sup>16</sup> Não obstante, um modelo internacionalista parece ter a sua eficácia sujeita ao jogo diplomático patrocinado pelas grandes potências mundiais, pelo que não só pode torná-lo inócuo como, pior, redundar na manipulação do ideal dos direitos humanos como meio de satisfação de interesses inconfessáveis. Relembre-se, dentre tantos outros exemplos históricos, que a intervenção dos EUA no Panamá, apresentada como tendo fim humanitário, serviu de pretexto à destruição do exército panamenho antes da entrega da zona do canal.<sup>17</sup> Conclui, então, CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO “que o direito de ingerência pode ser um pretexto para o Norte intervir no Sul e ninguém pensa em exercer tal direito na China”<sup>18</sup>.

HABERMAS, por seu turno, ao desenvolver “os princípios do Estado de Direito na perspectiva da institucionalização jurídica da rede de discursos e negociações”<sup>19</sup>, erige como um dos sustentáculos da soberania popular “os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração”.<sup>20</sup> Ou seja, retoma a idéia da separação dos poderes, conferindo-lhe uma nova roupagem: a da lógica da argumentação. Assim, “a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da *distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos* e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos”<sup>21</sup>. Logo, a separação de poderes tem que ser dimensionada sob a ótica de uma teoria do discurso onde “as leis regulam a transformação do poder comunicativo em administrativo, na medida em que surgem de acordo com um procedimento democrático, no qual fundam uma proteção do direito garantido por tribunais independentes e no qual *subtraem* da administração implementadora o tipo de argumentos normativos portadores das resoluções legislativas e das decisões judiciais”.<sup>22</sup> Para HABERMAS “a lógica da divisão de poderes só faz sentido, se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e

<sup>16</sup> RICHARD B. BILDER, An Overview of International Human Rights Law, *apud* FLÁVIA PIOVESAN, in Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, Max Limonad, São Paulo, 1997, págs.32/3.

<sup>17</sup> Cf. CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, in Direitos Humanos e Conflitos Armados, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pág. 50.

<sup>18</sup> *Idem*, pág. 50.

<sup>19</sup> HABERMAS, *op. cit.*, pág. 212

<sup>20</sup> HABERMAS, *op. cit.*, págs. 212/3

<sup>21</sup> HABERMAS, *op. cit.*, pág. 239.

<sup>22</sup> HABERMAS, *op.cit.* pág. 238.

a retrologação do poder administrativo ao comunicativo”,<sup>23</sup> contribuindo para este quadro a “autorização do pessoal dirigente através dos eleitores, em eleições gerais” e “especialmente o princípio da conformidade à lei, de uma administração que deve estar submetida ao controle parlamentar e judicial”.<sup>24</sup>

### 3. A legitimidade do poder estatal

Define-se legitimidade “como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos”.<sup>25</sup> HELLER já dizia que “para que alguém tenha poder, isto é, para que as suas ordens sejam cumpridas de modo constante, é necessário que os que o sustentam, ou ao menos os de mais influência, estejam convencidos da legitimidade do seu poder” (op. cit., pág.231).

Estreitamente vinculada à noção de poder político ínsita ao Estado é clássica a lição de MAX WEBER em distinguir os fundamentos da legitimidade consoante as manifestações do poder em legal, tradicional e pessoal ou carismático. Assim, a legitimidade do poder legal tem seu fundamento na crença de que são legais as normas do regime, estabelecidas propositalmente e de maneira racional, e que legal também é o direito de comando dos que detêm o poder com base nas mesmas normas; a legitimidade do poder tradicional assenta no respeito às instituições consagradas pela tradição e à pessoa ou às pessoas que detêm o poder, cujo direito de comando é conferido pela tradição; a legitimidade do terceiro tipo tem seus alicerces substancialmente nas qualidades pessoais do chefe e, somente de forma secundária, nas instituições e, em conseqüência, está destinada uma existência efêmera por não resolver o problema fundamental da transmissão do poder.<sup>26</sup>

Elemento nuclear da legitimidade é o consenso, cuja dimensão varia espacial e temporalmente, a depender do grau de homogeneidade sócio-cultural da sociedade e, sobretudo, da eficácia de mecanismos de socialização que conduzam à formação e persistência de orientações e à adesão a certos valores entre os membros da população.<sup>27</sup> Contudo, o consenso está, normalmente, envolto sob o véu da ideologia, cuja função é a de legitimar o poder constituído mediante a utilização de elementos descritivos que o tornem digno de confiança. Quando o poder está em crise, incapacitado de prover às suas funções essenciais (defesa, desenvolvimento econômico, etc.), caem os véus ideológicos que camuflavam ao povo a realidade do poder e se manifesta às claras sua inadequação para resolver os problemas que amadurecem na sociedade.<sup>28</sup> Relevantes,

<sup>23</sup> HABERMAS, op. cit. pág. 233.

<sup>24</sup> HABERMAS, op. cit. Pág. 234.

<sup>25</sup> LUCIO LEVI, in Dicionário de Política, op.cit., pág. 675.

<sup>26</sup> Idem, pág.676.

<sup>27</sup> Cf. GIACOMO SANI, in Dicionário de Política, op.cit., pág. 241.

<sup>28</sup> Cf. LUCIO LEVI, op. cit., págs. 677/8.

neste ponto, os papéis desempenhados pelos intelectuais e pelos partidos políticos eis que é precisamente nestes grupos que se inicia muitas vezes a crítica às instituições e às idéias dominantes, pondo a nu o discurso ideológico e instaurando fatores de ruptura do consenso.<sup>29</sup>

A medida do consenso e, em conseqüência, da legitimidade do poder político, é ditada, pois, pelo grau de possibilidade de manifestação do dissenso. Na linha do pensamento de HABERMAS “é no âmbito do processo argumentativo, do discurso, que as diversas afirmações dos sujeitos capazes de linguagem e ação podem ser problematizadas e submetidas a uma avaliação crítica”<sup>30</sup>. Deste modo, “quanto maior for o grau de receptividade e de autocorreção do regime, tanto mais provável que o Dissenso tome formas moderadas e, correlativamente, as formas extremas sejam mais reduzidas e limitadas”<sup>31</sup>. Relevante, neste passo, é aferir “o grau de controle e de limitação que a autoridade política exerce sobre os vários instrumentos através dos quais se expressa o Dissenso: jornais, rádio, televisão, por exemplo, e sobre a possibilidade de organização dos discordantes”<sup>32</sup>. Daí, que a concepção do dissenso como modo de articulação da demanda política só ser possível em um regime democrático posto ser aquele que melhor é capaz de garantir o processo argumentativo.<sup>33</sup>

Impõe realçar que a importância da possibilidade de manifestação do dissenso não está limitada à aferição do grau de legitimidade do poder estatal. AMARTYA SEN demonstra a relevância da participação e da dissensão políticas para o processo de desenvolvimento econômico dentro da concepção da liberdade como, simultaneamente, meio e fim do desenvolvimento. A liberdade atua como fator inibidor da corrupção, da irresponsabilidade financeira e das transações ilícitas, contribuindo, assim, para garantir “as necessidades de sinceridade que as pessoas podem esperar: a liberdade de lidar uns com os outros sob garantias de dessegredo e clareza”<sup>34</sup>. O prestigiado economista, laureado com o prêmio Nobel, revela a conexão existente entre a garantia das liberdades políticas e a escolha, pelos cidadãos, dos valores e prioridades como meio de formação das concepções individuais de justiça e correção<sup>35</sup>. Destaca que “o êxito do capitalismo na transformação do nível geral de prosperidade econômica no mundo tem se baseado em princípios e códigos de comportamento que tornaram econômicas e eficazes as transações de mercado” e que “os países em desenvolvimento precisam atentar não apenas para as virtudes do comportamento prudente, mas também para o papel de valores complementares, como formar e manter a confiança, resistir às tentações de corrupção disseminada e fazer da garantia um substituto viável para a imposição legal punitiva”.<sup>36</sup>

<sup>29</sup> Cf. GIACOMO SANI, *op.cit.*, págs.241/2.

<sup>30</sup> GISELE CITTADINO, *in* Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, Lúmen Juris, Rio, 1999, pág. 108.

<sup>31</sup> LEONARDO MORLINO, *in* Dicionário de Política, *op.cit.*, pág.364.

<sup>32</sup> *Idem*, pág.364.

<sup>33</sup> *Idem*, pág.364.

<sup>34</sup> *in* Desenvolvimento como Liberdade, 1999, São Paulo, Cia. das Letras, p.56.

<sup>35</sup> *ob. cit.*, p.46.

<sup>36</sup> *ob. cit.*, p. 303

#### 4. Alusão à experiência brasileira

É certo que o mero resguardo da manifestação do dissenso não garante, por si só, a democraticidade de uma estrutura social. É preciso avaliar também a forma como é exercido o poder político pela elite. GAETANO MOSCA já dizia no final do século passado que “a democraticidade de uma estrutura social não depende do fato de existir ou não existir uma Elite, mas das relações que decorrem entre a Elite e a massa: do modo como a Elite é recrutada e do modo como exerce seu poder”<sup>37</sup>.

Entre nós, uma garantia formal de manifestação do dissenso no seio de uma população desprovida da instrução básica por omissão deliberada de uma elite político-econômica voltada, secularmente, para a manutenção de estruturas de poder não pode induzir à conclusão pela configuração de um regime democrático, a não ser que se contente com uma idéia puramente formal de democracia. JOAQUIM NABUCO assinalou com proficiência que “o nosso caráter, o nosso temperamento, a nossa organização toda, física, intelectual e moral, acha-se terrivelmente afetada pelas influências com que a escravidão passou trezentos anos a permear a sociedade brasileira”<sup>38</sup> A pesadíssima herança escravocrata, marca indelével da origem do autoritarismo que perpassou a nossa experiência histórica, acarretou conseqüências nefastas bem delineadas na lição crua de JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES:

“Quem conhecer a História do Brasil, e mais da metade dos brasileiros a desconhece totalmente, sabe que sempre se pleiteou pelas reformas e nunca as lideranças fizeram senão pequenas e moderadíssimas concessões. A política de conciliação, de transação, teve como principal objetivo aplinar mais as divergências dos grupos dominantes que conceder benefícios ao povo. O domínio oligárquico de pequenas minorias e seus protegidos, o nepotismo, o filhotismo, o genrismo, o compadrio tornavam impossíveis as transformações sociais, as reformas estruturais. Soma-se a isso a personalização, a ausência, a omissão ou o desinteresse dos políticos pela solução dos problemas, sua impermeabilidade às idéias, a mecanização da imitação européia e depois americana, a falsidade e infidedignidade da representação”<sup>39</sup>.

#### 5. Conclusão

Contudo, se é certo que a tolerância do dissenso não é capaz de traduzir, por si só, uma garantia da efetividade de mudanças não menos certo que o regime político mais permeável à crítica ínsita ao dissenso é o mais capacitado a se adaptar às constantes transformações econômicas, políticas e sócio-culturais e, por isso, ao menos em tese, o

<sup>37</sup> *apud* Dicionário de Política, op. cit., pág.388.

<sup>38</sup> JOAQUIM NABUCO, *in* O Abolicionismo, 2000, São Paulo, pág. 04.

<sup>39</sup> *in* Conciliação e Reforma no Brasil, Nova Fronteira, Rio, 1982, pág. 110.

mais fadado à perenidade. No mundo hodierno, em meio às conseqüências das grandes inovações tecnológicas, assegurar a plena manifestação do dissenso é sintoma, sobretudo, de garantia da durabilidade do regime, evitando-se o seu esclerosamento precoce.

## 6. Bibliografia

ARAÚJO, Ângela Maria (org). *Trabalho, cultura e cidadania*. São Paulo: Scritta,1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,1999.

DICIONÁRIO DE POLÍTICA. 12ª edição. Brasília: ed. UnB, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1998.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: ed. Mestre Jou, 1968.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Amados*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. São Paulo: Nova Fronteira/PubliFolha, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Cosntitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia do Direito*. 6ª edição. Coimbra (Portugal),1979.

RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e Reforma no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira,1982.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras,1999.

# O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA

André da Silva Ordacgy \*

“Pouca saúde e muita saúva os males do Brasil são”. Macunaíma (Mário de Andrade)<sup>1</sup>

## 1. Introdução: a saúde como direito humano fundamental

O direito à saúde insere-se numa dimensão social, fruto da evolução dos direitos humanos fundamentais e do conceito de cidadania plena. O direito à saúde pode ser considerado o direito humano e social mais importante, de caráter universal, essencial e inafastável, porque umbilicalmente ligado ao direito à vida, o que se percebe por seus antecedentes históricos e pelo alto nível de normatização da matéria no âmbito dos direitos interno e internacional.<sup>2</sup>

A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. Em outras palavras, a saúde é direito social fundamental, a ser exercido pelo Estado (e não contra o Estado), através da implementação de políticas públicas e sociais que propiciem seu gozo efetivo.

## 2. Evolução histórica

Para melhor entender o direito à saúde como sendo um direito humano, é preciso acompanhar a evolução histórica na área da saúde pública, motivo pelo qual se faz necessária a citação de GEORGE ROSEN:

\* Coordenador Estadual-RJ do Instituto Brasileiro dos Advogados Públicos - IBAP. Defensor Público da União titular do Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva do Núcleo do Rio de Janeiro. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino* - UMSA, em Buenos Aires. Mestre em Estado, Direito e Justiça pela Universidade Estácio de Sá (UNESA-RJ). Pós-Graduado em Direito Civil pela UNESA-RJ. Professor dos Cursos de Pós-Graduação da OAB/RJ e da UNESA-RJ.

<sup>1</sup> ANDRADE, Mário de. *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter*, 25ª ed. Itatiaia, Belo Horizonte. (Coleção Buriti n. 41), 1988. A mensagem principal do discurso do anti-herói nacional Macunaíma, criação folclórica do escritor Mário de Andrade, revela uma mordaz crítica ao discurso sanitarista daquele tempo (O slogan “pouca saúde e muita saúva os males do Brasil são” é de Monteiro Lobato), ao ressaltar a demagogia política que envolve o sistema de saúde pública e a fome gerada pela praga da época (as vorazes formigas saúvas, que devoravam toda plantação). A realidade do Brasil contemporâneo não é muito diferente, visto que a intencional falência do sistema de saúde pública e o problema da fome continuam sendo grandes obstáculos ao desenvolvimento nacional, sendo certo que as “saúvas” de hoje são aqueles administradores mal intencionados e corruptos, que estão a sangrar as verbas públicas da saúde, desviando-as para os seus próprios bolsos em detrimento do bem-estar da população.

<sup>2</sup> Os direitos humanos fundamentais preexistem à normatização estatal, de modo que a sua positivação no ordenamento jurídico não os cria; apenas os reconhece.

Ao longo da história humana, os maiores problemas de saúde que os homens enfrentaram estiveram relacionados com a natureza da vida comunitária, como o controle das doenças transmissíveis, o controle e a melhoria do ambiente físico (saneamento), a provisão de água e comida puras, a assistência médica, e o alívio da incapacidade e do desamparo. A ênfase relativa sobre cada um desses problemas variou no tempo. E de sua inter-relação se originou a Saúde Pública como a conhecemos hoje.<sup>3</sup>

Aliás, a preocupação com a saúde remonta aos idos bíblicos, constando registrados nas Sagradas Escrituras os diversos milagres realizados por homens de Deus, profetas, apóstolos e, notadamente, pelo Filho de Deus, Jesus Cristo, visto que a cura foi uma das características marcantes do seu santo ministério aqui na Terra.

IEDA CURY faz um excelente apanhado histórico da evolução da saúde pública:<sup>4</sup>

(...) A reunião de certas comunidades que se esforçavam em aplicar uma política de saúde era usualmente indicada pela expressão "saúde pública". Tais políticas comunitárias de saúde se esforçavam, por exemplo, na prevenção de doenças, no prolongamento da vida e na promoção do bem-estar, nos esforços de sanitização do ambiente, no controle das infecções, na educação sobre os princípios de higiene, na organização dos serviços médicos e de enfermagem para propiciar um diagnóstico mais rápido e preventivo no tratamento de doenças e no desenvolvimento de mecanismos sociais que visassem assegurar um padrão de vida adequado à manutenção da saúde ...

Através dos anos, as civilizações se conscientizaram de que a correta sanitização seria o principal fator para se melhorar a saúde humana. Foram tomadas diversas medidas para melhorar a higiene, especialmente nas cidades. A preocupação dos governantes com a água e com os dejetos, associando-os à saúde das populações, data da Anti guidade.

A primeira atividade sanitária encontrada ao longo da história foi a construção de sistemas de suprimento e drenagem de água no antigo Egito, na Índia, na civilização creta-micênica, em Tróia e na sociedade inca. (...).

Entre as glórias de Roma, esteve a criação de serviços públicos de saúde, sob a administração de Augusto, em um sistema administrativo eficiente que continuou a funcionar mesmo quando o Império decaiu e se desintegrou.

Dessa forma, a saúde pública evoluiu no tempo até atingir ao estágio atual, guardadas as peculiaridades entre os sistemas de saúde de cada país (diferenças culturais, econômicas, sociais, etc), mas sempre explicitando a necessidade de intervenção estatal assecuratória de um mínimo de dignidade humana, através do reconhecimento dos direitos humanos e sociais por parte do Estado.

<sup>3</sup> ROSEN, George. *Uma história de saúde pública*. Trad. Marcos Fernandes da Silva. São Paulo: UNESP, 1994, p. 31.

<sup>4</sup> CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde - Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 30-1.

### 3. A saúde pública no plano internacional

No plano internacional, foi de fundamental importância a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, com funcionamento a partir de 1948. Além da OMS, outros organismos internacionais atuam na área da saúde, como por exemplo a OIT e a UNESCO. Cumpre destacar também o relevante papel desenvolvido pela instituição Cruz Vermelha.

O primeiro instrumento internacional a citar o direito à saúde foi a Constituição da OMS. Subseqüentemente, diversos instrumentos importantes passaram a fazer menção expressa ao direito à saúde, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC).

O texto do preâmbulo da Constituição da OMS apresenta uma definição conceitual ampla e irrestrita, quando afirma que “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Abandona, assim, a definição negativa de saúde (ausência de doença) para adotar um conceito de sentido amplo e positivo.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem preceitua, em seu artigo III, que “Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, ou seja, o direito à saúde qualifica-se como direito humano fundamental justamente porque representa consequência indissociável do direito à vida. Mais adiante, no artigo XXV, inc. 1, dispõe que: “Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”.

### 4. A saúde pública no direito interno e a teoria do mínimo existencial de dignidade da pessoa humana

No plano do direito interno, de tal importância a saúde apresentou-se ao poder constituinte, que a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, além de incluí-la entre os direitos sociais, dedicou seção exclusiva ao tema (Título VIII, Capítulo II, Seção II, arts. 196 ao 200). O art. 196 assim expressa: “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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A Carta Política de 1988 consagra como fundamento da República, em seu art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana. Mais ainda, o art. 5º, *caput*, garante a todos o direito à vida, bem que deve ser resgatado por uma única atitude responsável do Estado, qual seja, o dever de fornecimento da medicação e/ou da intervenção médica necessária a toda pessoa que dela necessite. O direito à saúde, além de se qualificar como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

É a consagração da *teoria do mínimo existencial de dignidade humana*. Isto é, há um ponto do qual nem mesmo os desfavorecidos podem ser afastados, de modo que

fazem jus, ao menos, aos direitos considerados mais básicos ao ser humano, como o direito à saúde, à liberdade e à vida.

LUIS ROBERTO BARROSO<sup>5</sup> leciona que o art. 196 da Constituição da República, garantidor do direito à saúde, é norma definidora de direito subjetivo, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado: “Aqui, ao contrário da hipótese anterior, o dever jurídico a ser cumprido consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Na Constituição de 1988, são exemplos dessa espécie os direitos à proteção da saúde (art.196) ...”.

A norma transcrita enuncia direito subjetivo do particular correspondente a um dever jurídico estatal. É, na classificação da doutrina constitucionalista, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, consoante disposto no art. 5º, §1º, da Constituição, independentemente de qualquer ato legislativo ou de previsão orçamentária, o que implica na sua pronta efetivação pela administração pública.

A Constituição fixa quatro pontos de extrema relevância no tocante à área da saúde: 1) prestação do serviço de saneamento básico (arts. 23, IX, 198, II, e 200, IV); 2) atendimento materno-infantil (art. 227, I); 3) ações de medicina preventiva (art. 198, II); e, 4) ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II).<sup>6</sup>

Assim sendo, a Carta Maior impõe o acesso à saúde como prestação positiva do Estado, sendo tal direito emoldurado como de segunda geração, diretamente relacionado aos direitos de primeira geração, visto que umbilicalmente ligado ao direito à vida, consoante a tradicional classificação das gerações de direitos do renomado jurista NORBERTO BOBBIO.<sup>7</sup>

No plano infraconstitucional, a saúde encontra regulamentação na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que cria o Sistema Único de Saúde - SUS, no qual as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, orientando-se pelos princípios do acesso universal, da integralidade e da igualdade de assistência. Esse sistema é financiado com recursos orçamentários da seguridade social, dos entes federativos e de outras fontes de custeio (arts. 31 e 32, com seus incisos e parágrafos, da Lei nº 8.080/90).

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>6</sup> Ieda Cury (ob. cit., p. 95), com espeque na doutrina especializada, apresenta esses quatro pontos prioritários, destacando ainda que “o saneamento básico é isoladamente a medida de saúde pública mais importante. Estima-se que 80% das doenças e mais de 1/3 da taxa de mortalidade mundiais decorram da má qualidade da água utilizada pela população ou da falta de esgotamento sanitário adequado”. A questão assume ainda maior relevância no contexto da saúde, visto que a ONU lançou oficialmente 2008 como o *Ano Internacional do Saneamento*, com base em estimativas de que cerca de 2,6 bilhões de pessoas carecem de estruturas de saneamento adequadas em todo o mundo, e de que 1,5 milhão de crianças morrem anualmente no mundo em consequência da falta de água potável, de saneamento e de higiene.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Norberto Bobbio levantou a questão dos direitos fundamentais, os quais, para fins de didática, têm sido agrupados em gerações representativas dos avanços sociais. Entretanto, a doutrina mais moderna tem preferido o uso da expressão “dimensão de direitos”, ao invés de “geração de direitos”, visto que o emprego desta última pode passar a idéia de que os direitos foram sendo substituídos ao longo do tempo, de modo que as gerações de direitos anteriores não estariam mais em vigor, o que seria obviamente um raciocínio equivocado. Porém, por se tratar de expressão clássica cunhada pelo célebre jurista Norberto Bobbio, cujo uso já se encontra consagrado no meio acadêmico, optou-se pela manutenção do emprego de “geração de direitos”.

O Brasil adota um sistema misto de saúde (público e privado), visto que a assistência à saúde é livremente assegurada à iniciativa privada, de forma complementar, por força do art. 199 da Constituição. Infelizmente, a má-gestão administrativa e financeira do SUS, o sucateamento dos grandes hospitais públicos, a escassez de profissionais médicos e o desvio de verbas da saúde têm prejudicado demasiadamente o sistema público de saúde, ao ponto de sua inoperância servir como veículo de propaganda em favor dos planos privados de saúde.

O art. 3º e seu parágrafo único, da Lei nº 8.080/90, trazem um conceito amplo de saúde, ao relacioná-la com qualquer condição de bem-estar físico, mental e social, diretamente implicado com os fatores da alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso aos bens e serviços essenciais.

## 5. Saúde pública e sua relação com o meio ambiente saudável

Vale destacar a relação intrínseca que a saúde mantém com o direito ao meio ambiente saudável (art. 225 da Constituição), visto que este último é considerado patrimônio de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.<sup>8</sup> Isso porque o incremento da produção industrial e agrícola, a urbanização acelerada, o aumento populacional e seu empobrecimento, causaram expressivo impacto negativo ao meio ambiente, gerando diversas doenças e enfermidades (respiratórias, circulatórias, musculares, psíquicas), decorrentes da poluição da água e do ar atmosférico, do desmatamento, da contaminação, da desertificação, das emissões de gás carbônico, do ritmo acelerado de vida urbana.

O constituinte considerou de tal importância a questão ambiental, que outorgou a qualquer cidadão o manejo da ação popular, relevante instrumento processual de defesa da coletividade, que tem entre os seus objetivos o de anular ato lesivo ao meio ambiente (art. 5º, LXXIII).

## 6. Experimentos de novos medicamentos e patentes farmacêuticas

Questão importante que se coloca, a exigir uma maior fiscalização da ANVISA, do Conselho Nacional de Saúde – CNS e do Conselho Nacional de Ética em Pesquisas - CONEP, é a ocorrência de experimentos com novos medicamentos em solo nacional, notadamente por multinacionais estrangeiras fabricantes de remédios (indústria farmacêutica), que têm procurado testar seus novos medicamentos em “cobaias humanas” dos países em desenvolvimento, parte das vezes de modo ilegal.

Sobre o assunto, a oportuna lição de ELIDA SÉGUIN: “Contudo, ainda é nebulosa a amplitude do dever de zelar preventivamente pela saúde coletiva e pública. Quando a questão envolve a pesquisa científica, em especial usando como cobaias minorias, o respeito à dignidade humana se torna extremamente importante como um direito coletivo e difuso a ser preservado para as futuras gerações”.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 19.

<sup>9</sup> SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 4-5.

Para regulamentar o uso de “cobaias humanas” nos experimentos científicos de novos medicamentos, o Conselho Nacional de Saúde baixou a Resolução nº 196/96, que proíbe o pagamento em dinheiro para participar das experiências.<sup>10</sup> Essa medida objetiva evitar o surgimento de “cobaias profissionais”, que se envolvem em diversos projetos científicos, por vezes simultaneamente, colocando em risco a própria vida em troca do recebimento de remuneração financeira. Os Estados Unidos respondem por 48,7% das pesquisas com seres humanos, assumindo o primeiro lugar no *ranking*, visto que adota o pagamento de remuneração aos participantes.

Relevante, também, é a questão das patentes dos produtos farmacêuticos, que objetivam a proteção da criação e o incentivo às invenções e ao desenvolvimento científico, terminando por conferir às empresas detentoras o monopólio sobre seus produtos e processos por extensos períodos. Ocorre que grande parte dos medicamentos de maior tecnologia científica é produzida pela indústria farmacêutica no exterior, em países desenvolvidos, que cobram altíssimo preço pelos seus produtos nos países em desenvolvimento.

A solução adotada pelos países em desenvolvimento (incluindo o Brasil), no sentido de equilibrar as desigualdades tecnológicas e de flexibilizar o rígido sistema de patentes, foi o de investir na fabricação de medicamentos genéricos, no registro e fiscalização de preços e, como medida extrema, na concessão de licenças compulsórias em situação de emergência nacional ou de interesse público.<sup>11</sup>

## 7. Natureza multidisciplinar da prestação à saúde

Outro aspecto de nodal importância na questão da saúde é a natureza multidisciplinar de que se deve revestir o atendimento prestado ao paciente, devendo envolver a cooperação das diversas áreas de atuação, tais como a médica, a psicológica, a assistência social e a jurídica, consoante demonstrado abaixo.

Ora, a relação médico-paciente merece elevado destaque, visto que o profissional da área médica será o primeiro elo de contato com o paciente, ao qual este confia a sua própria vida. Entre os deveres médicos encontram-se o dever de informação (art. 7º, inc. V, da Lei nº 8.080/90) e o dever específico de aconselhamento, os quais consistem na transmissão de um conteúdo de informações sobre o próprio tratamento e o estado de saúde do paciente, inclusive consubstanciando obrigação médica o dever de orientar o

<sup>10</sup> O art. II.10 da Resolução nº 196/96, que denomina tecnicamente a “cobaia humana” de “sujeito de pesquisa”, incentiva o caráter altruístico da medida, ao deixar expresso o caráter voluntário do participante e vedar qualquer forma de remuneração, com exceção de assistência médica (para toda vida), transporte e alimentação durante os testes. Num país com bolsões de extrema pobreza, como no Brasil, essa medida parece ser a mais adequada. Entretanto, a não-remuneração dos “sujeitos de pesquisa” é apontada como um sério entrave para os experimentos científicos que necessitam de voluntários sadios.

<sup>11</sup> O art. 68 e seguintes, da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), prevêm o licenciamento compulsório, como forma de evitar abusos decorrentes do monopólio de patentes. Isso permite que o Poder Público licencie compulsoriamente o objeto da patente, ao retirar do titular o direito de fabricação do medicamento e o transferir para outra empresa ou laboratório oficial. Para um melhor aprofundamento do assunto, sugerimos a leitura da excelente obra *Direitos de Propriedade Intelectual & Saúde Pública*, Maristela Basso *et alii*. São Paulo: IDCID, 2007.

hipossuficiente econômico quanto ao seu direito de obter gratuitamente os medicamentos junto às repartições públicas de saúde. Aliás, seria extremamente importante que o Conselho Federal de Medicina - CFM baixasse resolução normativa nesse sentido, com o objetivo de orientar os profissionais de saúde.

MARLON ALBERTO WEICHERT<sup>12</sup> leciona que “(...) Dessa forma, todas as informações sobre o estado de saúde e o tratamento realizado devem ser facultadas ao paciente ou seu responsável. O próprio prontuário médico – hospitalar ou não – deve ser de livre acesso ao paciente. Não pode o médico sonegar dados ou omitir fatos sobre o real estado de saúde do paciente. (...) Este princípio encontra suporte constitucional no direito à informação e à intimidade, autorizando, inclusive, a adoção de medidas judiciais para a obtenção de informações e documentos”.

A área psicológica tem o seu propósito definido para garantir ou, se for o caso, restabelecer o necessário equilíbrio emocional ao paciente, o qual, muitas das vezes, encontra-se desgastado emocionalmente com a própria enfermidade e com a demora na obtenção gratuita dos medicamentos, o que resulta num fator de maior angústia.

Dentro desse enfoque multidisciplinar, deve ser estimulada a formação de oficinas e cursos para os pacientes, inclusive mediante um trabalho de cooperação científica entre os hospitais, universidades, associações de pacientes, secretarias de saúde, defensoria pública e ministério público, além de outros órgãos públicos e privados, tais como: oficinas de memória e de correção da postura corporal, assistência social e re-inserção no mercado de trabalho, cursos de pintura, informática, ginástica e outras atividades de aperfeiçoamento e lazer, que visam proporcionar inegável bem-estar físico e mental ao enfermo, satisfazendo assim o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>13</sup>

Nesse contexto, destaca-se ainda a atuação dos diversos grupos de apoio aos pacientes (ONGs, associações, fundações, etc.), que costumam desenvolver essas atividades multidisciplinares de humanização, aperfeiçoamento e inclusão social, sendo relevante a conscientização das pessoas enfermas quanto à necessidade de se associarem, em busca de melhores condições para o próprio grupo. Ademais, as associações detêm, via de regra, preenchidos os requisitos legais<sup>14</sup>, a legitimidade processual para a propositura de importante instrumento judicial em prol dos seus associados, qual seja, a ação civil pública.

<sup>12</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 183-4.

<sup>13</sup> Não poderíamos deixar de louvar o engajamento social e a persistência da jovem paciente renal crônica Iva Rosa Coppede, assistida pela Defensoria Pública da União-RJ, que recebe os seus medicamentos judicialmente. Serve de exemplo pela sua constante luta, não só contra a doença, mas também contra a dificultosa burocracia do sistema administrativo de saúde. Longe de se entregar, exerce as suas atividades como arquiteta, seu hobby como pintora de quadros, e ainda escreveu uma singela obra sobre direito à saúde, com o patrocínio de uma ONG.

<sup>14</sup> O art. 5º, *caput* e incs. I e II, e par. 4º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), traça dois requisitos: a) a pré-constituição mínima de 1 ano da associação (que pode ser dispensado pelo magistrado na hipótese do par. 4º do citado dispositivo); e, b) a finalidade institucional pertinente (ex.: *in casu*, uma associações de pacientes crônicos de determinada doença). Percebe-se um papel ainda muito tímido por parte das associações civis, que ao invés de exercerem o seu poder legal de ajuizar uma tutela coletiva, na maioria das vezes limitam-se a formular representação no Ministério Público, para que este promova uma ação civil pública.

A atuação jurídica sempre se fará necessária quando existir risco à vida ou à higidez física ou psíquica do paciente, em virtude da não obtenção gratuita dos medicamentos ou da não realização do tratamento médico necessário. Neste caso, em se tratando de paciente hipossuficiente, poderá contar com assistência jurídica integral e gratuita, a ser prestada pela Defensoria Pública, para a satisfação plena do seu direito individual à saúde.<sup>15</sup>

## 8. Tutela coletiva da saúde

Sob a ótica da defesa dos interesses da coletividade, o Ministério Público desenvolve importante missão institucional de defesa dos interesses da coletividade, com poderes para a elaboração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC e de realização do inquérito civil, detendo ainda legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública (ACP), na defesa dos direitos e interesses transindividuais. Nas ações coletivas em que não for parte, será necessariamente fiscal da lei.

Tradicionalmente conhecido por suas atribuições institucionais no campo da acusação penal e da tutela da coletividade, o Ministério Público veio ganhando outros contornos, tal qual a legitimidade para propor ação individual em situações excepcionais, desde que previamente autorizado por lei. HUMBERTO DALLA aponta a ocorrência de uma dessas hipóteses excepcionais na defesa do interesse individual do idoso: "(...) O Estatuto do Idoso vai além e prevê a legitimidade para a defesa de um direito individual indisponível, que não seja homogêneo; em outras palavras, um direito essencialmente individual".<sup>16</sup>

Com base no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), o Ministério Público tem ajuizado ações civis públicas para proteger os direitos individuais indisponíveis da pessoa idosa, inclusive no que concerne à tutela de medicamentos, encontrando respaldo na jurisprudência dos Tribunais Superiores: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MP. IDOSO. Tal quanto objetiva proteger o interesse individual do menor carente (arts. 11, 201, V, 208, VI e VII, da Lei nº 8.069/1990), o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública diante da hipótese de aplicação do Estatuto do Idoso (arts. 15, 74 e 79 da Lei nº 10.741/2003). No caso, cuidava-se de fornecimento de remédio". Precedentes citados: STJ, REsp 688.052-RS, DJ 17/8/2006 e STJ, REsp 790.920-RS, DJ 4/9/2006. STJ, REsp 855.739-RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 21/9/2006, Informativo nº 297, disponível em <http://www.stj.gov.br>.

Entretanto, cumpre frisar que o Ministério Público somente poderá propor demanda judicial em favor de apenas um indivíduo caso se enquadre nas hipóteses excepcionais previstas em lei. Fora desses casos, o jurisdicionado deverá procurar a assistência da Defensoria Pública ou o patrocínio de um advogado.

<sup>15</sup> Art. 134 da Constituição da República de 1988: "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

<sup>16</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 347.

Instrumento coletivo tão eficaz como a ação civil pública, somente reforça a idéia de se ampliar o seu rol de legitimados, o que tem levado a sociedade em geral, a comunidade jurídica e o Legislativo a refletir sobre a necessidade de se conferir igual legitimidade, na defesa do interesse da coletividade, a outras pessoas jurídicas de direito público ou privado, e até mesmo pessoas físicas ou entes despersonalizados.<sup>17</sup>

Nesse passo, foi considerado muito oportuno o advento da Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, que fez a inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados para a propositura da ação civil pública, haja vista a credibilidade e o prestígio de que essa instituição goza junto à população em geral.

A inovação legislativa trazida pela Lei nº 11.448/07, encontra eco nos reclames de uma efetiva propiciação do acesso à justiça, potencializando o âmbito de ação da Defensoria na defesa dos interesses individuais dos necessitados e da coletividade. Outrossim, representa a valorização Defensoria Pública enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, na forma dos arts. 5º, LXXIV, e 134, *caput*, da Constituição, consistindo em verdadeira integralização da assistência jurídica, antes restrita à esfera individual do jurisdicionado, com exceção do direito consumerista.<sup>18</sup>

Os benefícios desta novel legitimação da Defensoria Pública são gigantescos para a sociedade, visto que não mais será necessário ajuizar demandas individuais repetidamente (pulverização de ações), podendo haver a substituição de milhares de ações individuais por uma única tutela coletiva. A utilização da ação civil pública pela defensoria acarretará no combate à exclusão social, através da propiciação de efetivo acesso à justiça, e em significativa desburocratização do órgão estatal judiciário, através da diminuição das demandas individuais, com o conseqüente desafogamento de processos.

Portanto, com a edição da Lei nº 11.448/07, não há dúvida de que o atendimento à população está sendo realizado de forma mais abrangente, uniformizadora e potencializadora das atividades do defensor público. Prova disso são as numerosas ações civis públicas promovidas pelas Defensorias Públicas, objetivando a implementação de políticas públicas de saúde.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> O art. 20, do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos do Ministério da Justiça, faz previsão, nos incisos I e II, de outorga da legitimidade ativa para pessoas físicas ou membros de grupo, categoria ou classe. O promotor de justiça Eurico Ferraresi faz boa defesa da legitimidade ativa da pessoa física para as ações coletivas (*in* A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, coord.: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 2007, pp. 136-146).

<sup>18</sup> A Defensoria Pública detém legitimação para as ações coletivas de defesa do consumidor desde 1990, por força do disposto no art. 82, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

<sup>19</sup> Somente para exemplificar, a Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro já promoveu, no prazo de pouco mais de um ano a contar da edição da novel lei, cinco ações civis públicas relacionadas à questão da saúde pública: a) uma objetivando o fornecimento do leite medicamentoso PKU (tipos 1, 2 e 3) para os pacientes de fenilcetonúria clássica, com liminar deferida para todo o Estado do RJ; b) outra para o reaparelhamento de seis hospitais públicos, municipais e federais, na Cidade do Rio de Janeiro, com sentença procedente e liminar deferida; c) outra, ainda, objetivando o tratamento de doenças relacionadas à exposição à fibra do amianto, com pedido de fornecimento de medicamentos; d) outra, com liminar deferida, para determinar o funcionamento dos postos de saúde, em regime de 24 horas ininterruptas, na Cidade do Rio de Janeiro, para atendimento à epidemia de dengue; e, e) por fim, a última, para aumento do número de leitos no Instituto Estadual de Infectologia São Sebastião (Rio de Janeiro).

## 9. Aspectos jurídico-processuais das tutelas de saúde

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos pelos órgãos públicos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se das tutelas judiciais de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da saúde.

Conferindo efetividade máxima à Constituição da República, o Pretório Excelso, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 273834 (DJ 02/02/2001), de relatoria do Min. Celso de Mello, reconheceu o Direito à Saúde, conforme ementa a seguir transcrita:

“SAÚDE. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. PACIENTE COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS . DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO. CF/88, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196. PRECEDENTES DO STF”.

É inquestionável que esse direito à saúde deve ser entendido em sentido amplo, não se restringindo apenas aos casos de risco à vida ou de grave lesão à higidez física ou mental, mas deve também abranger a hipótese de se assegurar um mínimo de dignidade e bem-estar ao paciente, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública da União (Núcleo de Florianópolis - SC) garantiu, através de medida judicial proposta nos juizados especiais federais, o fornecimento do medicamento Viagra a um paciente tetraplégico (sítio [www.dpu.gov.br](http://www.dpu.gov.br). Acesso a Internet em 08/05/2006).

Dessa forma, incluem-se no direito fundamental à saúde até mesmo aqueles medicamentos ou tratamentos médicos não contemplados administrativamente pelo Sistema Único de Saúde – SUS, visto que a norma constitucional do art. 196 tem natureza elástica e caráter imperativo sobre as normas regulamentares administrativas baixadas pelo Poder Executivo. O Estado deve desenvolver as atividades de saúde dos níveis mais básicos de cuidado até os mais complexos. Isso deve incluir até o sistema de serviço de saúde domiciliar (*home care*), nos casos em que não for viável a internação do paciente, mas este precisar de assistência médica integral e contínua no seu próprio domicílio.

Aliás, o sistema de *home care* (serviço de saúde domiciliar), acompanha a atual tendência mundial de desospitalização, consistindo em estratégia que diminuirá os riscos da contração de infecção intra-hospitalar e possibilitará uma otimização dos leitos hospitalares, além de proporcionar um melhor atendimento das necessidades terapêuticas do paciente, integrando a promoção da saúde com os fatores ambientais, psicosociais, econômicos e culturais que afetam o bem-estar da pessoa e de sua família.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Para um melhor aprofundamento no tema, sugerimos a leitura do trabalho “Enfermagem em *Home Care* e sua Inserção nos Níveis de Atenção à Saúde: a experiência da Escola de Enfermagem da Universidade Federal Fluminense”, de autoria conjunta de Isabel Cristina Fonseca da Cruz, Sílvia Regina Teodoro Pinheiro de Barros e Helen Campos Ferreira, que foi publicado na revista *Enfermagem Atual*, vol. 1, n. 4, pp. 35-8, 2001. Disponível na internet no endereço eletrônico [www.uff.br/nepae/experienciahcsus.doc](http://www.uff.br/nepae/experienciahcsus.doc).

## 9.1. Competência

Quanto à competência para a propositura da medida judicial cabível, esta pode ser de alçada da Justiça Federal ou Estadual, dependendo da pessoa jurídica de direito público que praticou a lesão ao direito à saúde do jurisdicionado. De qualquer forma, quando se tratar do fornecimento de medicamentos, o jurisdicionado pode optar em promover a ação na Justiça Estadual, caso deseje receber os remédios do Estado e/ou do Município, ou então na Justiça Federal, em face de todas as esferas do Poder Executivo, visto que o Sistema Único de Saúde (SUS) abrange todos os entes federativos (responsabilidade solidária), inclusive a União Federal, cuja presença por si só desloca a competência para o foro federal (art. 109, I e § 2º, da CRFB/1988).

## 9.2. Solidariedade passiva

A solidariedade passiva dos entes públicos (União, Estado e Município) resta evidente na leitura do art. 198, caput e parágrafo único, da CRFB/1988, quando afirma que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único” e que o sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da “seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Como a solidariedade passiva implica na possibilidade de o credor cobrar de todos ou de qualquer um dos devedores (arts. 264 e 275 do Novo Código Civil), não há que se falar em quinhão de responsabilidade da União, do Estado, do Distrito Federal e do Município no fornecimento gratuito de medicamentos ou de tratamento médico. Nessa orientação, o lapidar aresto do E. STJ (RESP 325337/RJ; RECURSO ESPECIAL 2001/0067327-4. DJ DATA: 03/09/2001, p.159, Rel. Min. JOSÉ DELGADO. Julg. em 21/06/2001. PRIMEIRA TURMA. No mesmo sentido: STJ - AGA 253938-RS, AGA 246642-RS e STF - PETMC 1246-SC).

Os municípios, principalmente os menores, têm criticado esse posicionamento da jurisprudência quanto à existência de responsabilidade solidária na saúde, visto que, por vezes, são demandados isoladamente para responder por medicamentos ou tratamentos médicos de alto custo financeiro, que seriam de atribuição do Estado ou da União, de acordo com a divisão administrativa de atribuições do SUS. Entretanto, isso não configura razão suficiente para elidir a responsabilidade municipal. O ideal seria a criação de um sistema de compensação financeira entre os integrantes do SUS, de modo que o ente público que suportou o ônus financeiro de atribuição do outro viesse a ser posteriormente ressarcido por quem restou indevidamente beneficiado em sua omissão. Uma outra opção, para as despesas de grande vulto em que o município não tenha condições orçamentárias e financeiras de arcar sozinho, pode ser a utilização da verba do Fundo Nacio-

nal de Saúde, administrado pelo Ministério da Saúde, que deduziria posteriormente do repasse a ser feito ao ente público responsável (art. 33, §§ 1º e 4º, da Lei nº 8.080/90).

Outra crítica que costuma ser feita à solidariedade passiva ocorre quanto à possibilidade de eventual duplicidade no fornecimento dos medicamentos ao paciente, visto que a decisão judicial, via de regra, determina que os três entes públicos (União, Estado e Município) estão obrigados a fornecer os remédios necessários, o que pode ocasionar o recebimento indevido de medicação e, em alguns casos, a estocagem e formação de uma rede ilegal de alienação dos medicamentos. Entretanto, tal receio pode ser facilmente afugentado pela formação de uma rede de comunicação entre os entes públicos, através da elaboração de um sistema de informática de consulta em tempo real. Inclusive, a própria Lei do SUS (art. 39, § 8º, da Lei nº 8.080/90) já faz tipo de previsão similar.<sup>21</sup>

### 9.3. O pedido e suas especificações

Ainda dentro da esfera judicial, cumpre analisar o pedido e suas especificações quando da propositura da ação. É de curial sabença que, em tratamentos médicos continuados, o uso da medicação pode sofrer diversas modificações através da substituição ou acréscimo de outros remédios, até porque a medicina evolui rapidamente, notadamente no campo de fabricação de novos medicamentos, sempre mais eficazes que os anteriores, inclusive os genéricos, que são muito utilizados pelos hipossuficientes, devido ao seu baixo custo econômico. Há ainda que se considerar a compatibilidade do paciente com o medicamento utilizado, o que pode demandar a substituição do remédio anteriormente utilizado. Também é muito comum o vírus, a bactéria ou o tumor presente nas pessoas enfermas adquirirem resistência ao medicamento, sendo necessário a sua substituição.

Portanto, o jurisdicionado somente precisa especificar na peça exordial a sua enfermidade e os medicamentos dos quais se utiliza no momento da propositura da ação, não constituindo pedido genérico o uso da expressão “..., bem como de todos os remédios necessários ao tratamento de sua enfermidade”, desde que, como já frisado, em combinação com a especificação dos medicamentos dos quais já necessita. O pedido formulado dessa maneira encontra respaldo nos princípios da economia processual, da efetividade do processo e do acesso à justiça.

Entendimento contrário ao exposto acima implicaria na obrigação de ter que se propor uma nova ação judicial a cada vez que houvesse modificação ou acréscimo nos medicamentos postulados para o tratamento contínuo da doença. Em última análise, poder-se-ia chegar ao número de dezenas de ações para atender a uma mesma enfer-

<sup>21</sup> “Art. 39, § 8º. O acesso aos serviços de informática e base de dados, mantidos pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social, será assegurado às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde ou órgãos congêneres, como suporte ao processo de gestão, de forma a permitir a gerência informatizada das contas e a disseminação de estatísticas sanitárias e epidemiológicas médico-hospitalares”.

midade do jurisdicionado, ferindo de morte o princípio da economia processual. Sobre o assunto, já se manifestou recentemente o E. Superior Tribunal de Justiça, entendendo que o pedido de fornecimento de todos os medicamentos necessários a um determinado tratamento de saúde não constitui pedido genérico ou incerto (RESP 714165-RJ, 2ª Turma, julg. em 01/03/2005, DJ 11/04/2005, p. 287).

#### 9.4. Prioridade no trâmite processual

Cumpra ainda frisar que é perfeitamente aplicável às hipóteses de tutela de saúde a prioridade no trâmite processual, prevista no art. 1211-A, do Código de Processo Civil.<sup>22</sup> Embora o dispositivo processual refira-se apenas ao idoso, certamente que a intenção do legislador deu-se com base no critério da saúde, na maior incidência de doenças crônicas e de deficiências visual, auditiva e locomotora que costumam acometer a terceira idade. Dessa forma, a urgência de que necessita a tutela de saúde revela-se lógica, sob pena de se colocar em risco a saúde e a vida do paciente.

#### 9.5. Idoso e saúde

ROBSON RENAULT GODINHO destaca que o conceito de idoso saudável encontra-se ligado a critérios funcionais, haja vista a sua vulnerabilidade específica, o que recomenda um tratamento diferenciado por parte do sistema de saúde, que deve tratar das causas de déficit cognitivo e da perda de independência no dia-a-dia da população crescente de idosos:<sup>23</sup>

Assim, o conceito clássico de saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS) mostra-se inadequado para descrever o universo de saúde dos idosos, já que a ausência de doenças é privilégio de poucos, e o completo bem-estar pode ser atingido por muitos, independentemente da presença ou não de doenças. Saúde na velhice é autonomia, ou seja, a capacidade de determinar e executar seus próprios desígnios. A capacidade funcional surge como um novo paradigma de saúde para o idoso.

Como forma de proteger o idoso, a Lei nº 10.741/03 demonstra extrema preocupação com a questão da saúde, de modo que confere obrigações ao Poder Público e

<sup>22</sup> O art. 1.211-A encontra-se tacitamente revogado pelo art. 71 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), que é norma legal específica e posterior, com redação mais benéfica, que diminui a idade da pessoa idosa para sessenta anos, além de não estar restrita ao âmbito processual, visto que se aplica também aos procedimentos administrativos: "Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância".

<sup>23</sup> GODINHO, Robson Renault. *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos – Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 21.

até mesmo aos particulares, tais como: políticas de descontos especiais nos preços dos medicamentos, visto que o idoso gasta em média 15% do seu orçamento com saúde, consoante estatísticas fidedignas; o tratamento domiciliar, em substituição à internação hospitalar (art. 15, inc. IV, da Lei nº 10.741/03); a proibição de aumento dos valores cobrados pelos planos de saúde por critério etário (art. 15, par. 3º); dentre outros.

## 9.6. Efetivação ou execução da liminar de saúde: meios de coerção judicial

Entretanto, a maior dificuldade pela qual passa atualmente a tutela de saúde não é a sua concessão liminar, já amplamente reconhecida pelos tribunais pátrios, mas sim o aspecto prático de sua efetivação. Os entes públicos criam obstáculos variados para o cumprimento das liminares judiciais de saúde, o que traz inestimável angústia ao jurisdicionado enfermo e, não raro, até mesmo o advento do óbito ante o tempo demasiado de espera.

Dessa forma, é necessário que o Poder Judiciário utilize-se de todo poder de coerção que a sua função e a legislação lhe disponibilizam, adotando as medidas pertinentes, quais sejam: busca e apreensão dos medicamentos, equipamentos ou materiais cirúrgicos; aplicação de multa pessoal e diária a incidir sobre a autoridade responsável, como forma de coerção indireta (*astreintes*)<sup>24</sup>; responsabilização por improbidade administrativa, passível de apenação com a perda do cargo público, suspensão dos direitos políticos (art. 12, inc. III, da Lei nº 8.429/92), proibição de contratar com a Administração Pública e dever de indenização pelos prejuízos eventualmente verificados; além das sanções de cunho político, com apenação por crime de responsabilidade (art. 85, incs. III e VII, da Constituição; art. 4º da Lei nº 1.079/50; e art. 1º, inc. XIV, do Decreto-Lei nº 201/67), inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/90) e decretação de intervenção federal nos Estados e estadual nos Municípios (arts. 34 e 35 da Constituição).<sup>25</sup>

MARCOS MASELLI GOUVÊA apresenta interessante solução para o problema do cumprimento da liminar, embora ele mesmo reconheça que poucos magistrados arcaíam com o ônus político e funcional de tal medida, com sujeição a controle por corregedorias e tribunais de contas:

<sup>24</sup> Anote-se que, para que a multa pecuniária atinja a sua finalidade, a sua incidência não pode recair sobre a pessoa jurídica de direito público, visto que terá pouco efeito intimidatório, além do que será certamente paga com o dinheiro da arrecadação dos impostos cobrados da sociedade; deve, antes, recair na pessoa do administrador público (pessoa física), o qual se sentirá compelido a cumprir prontamente a ordem judicial.

<sup>25</sup> É possível a decretação de intervenção nas hipóteses de violação dos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, b, da Constituição) e de omissão na aplicação do mínimo de receita exigido constitucionalmente para manutenção e desenvolvimento do ensino e da saúde (art. 34, VII, "e"). Entretanto, a experiência demonstrou que as diversas implicações políticas fizeram com que esse instituto da intervenção caísse em descrédito, sem muita utilidade. Cumpre assinalar que em 2005, mediante o Decreto presidencial nº 5.392/05, a título de estado de calamidade pública, o Governo Federal tentou realizar uma camuflada intervenção federal no Município do Rio, através da requisição dos serviços públicos municipais de saúde, o que foi prontamente rechaçado pelo Plenário do STF, por unanimidade, na concessão da segurança do MS 25295-RJ, haja vista os gritantes vícios formais e materiais de constitucionalidade.

Dificilmente uma empresa concordaria em fornecer medicamentos para posterior cobrança, em face do Estado, a não ser que tivesse dívidas que pudesse abater contra este. Não seria inviável - tendo em vista a essencialidade da prestação em tela, repita-se à exaustão - que o juiz autorizasse uma farmácia a fornecer determinado medicamento, deferindo-se a compensação desta despesa com o ICMS ou outro tributo. Compensações tributárias normalmente exigem lei autorizativa específica (art. 170 do Código Tributário Nacional), mas a excepcionalidade da prestação justificaria tal aval do Judiciário. Possivelmente os tribunais superiores não reformariam uma decisão nesta trilha, diante do tanto que já permitiram em sede do direito à medicação.<sup>26</sup>

Outrossim, segundo o entendimento do E. STJ, é possível ao julgador, além de determinar as medidas coercitivas já expostas, adotar também medidas executivas assecuratórias do cumprimento liminar da tutela judicial de saúde, tais como as que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas públicas, haja vista o perigo iminente de grave lesão à saúde ou à vida do paciente. Dessa forma, o bloqueio ou seqüestro do numerário equivalente pode ser utilizado por ato de império do Poder Judiciário, para a compra de medicamentos ou a realização de tratamento médico-cirúrgico (Informativo nº 0281 do STJ. REsp 746.781-RS, 1ª Turma, Rel. originário Min. Teori Albino Zavascki, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 18/4/2006. Precedente: REsp 735.378-RS). Inclusive, o Judiciário pode, em situações extremas, determinar o seqüestro mensal da verba pública, para fins de tratamento de doença crônica, com a obrigação de o paciente periodicamente apresentar a necessária prestação de contas.

### 9.7. Aspectos penais do direito à saúde e responsabilização criminal pelo descumprimento da liminar judicial

Em última análise, cabe ainda a responsabilização criminal do administrador público da saúde pelas omissões perpetradas quanto ao descumprimento do provimento jurisdicional antecipatório ou final, inclusive com a prisão em flagrante pela prática em tese do crime de desobediência (art. 330, CP).<sup>27</sup>

Nesse tocante, convém trazer à colação as preciosas anotações de MASELLI GOUVÊA sobre o direito comparado na *common law*:<sup>28</sup>

<sup>26</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. *A Efetividade dos Direitos Sociais*, coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.233. O referido autor ainda apresenta a alternativa de já existirem ONGs que concordariam em adiantar o numerário para a compra dos medicamentos, aguardando posterior reembolso quando da liberação dos recursos públicos.

<sup>27</sup> A doutrina discute se o funcionário público pode responder pelo delito de desobediência, visto que este se insere no rol dos "Crimes praticados pelo particular contra a Administração em geral" (Capítulo II, do Título XI, da Parte Especial do Código Penal). Devido a isso, vários doutrinadores têm entendido de que a correta capitulação do ilícito seria a de prevaricação, que por possuir procedimento especial (crime praticado por funcionário público) afastaria as benesses da Lei nº 9.099/95. O problema é a grande dificuldade prática para configurar o elemento subjetivo específico (vontade de "satisfazer interesse ou sentimento pessoal"), exigido para caracterizar a prevaricação (art. 319, CP).

<sup>28</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. *A Efetividade dos Direitos Sociais*, coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.239.

A possibilidade de prisão da autoridade inadimplente é sem dúvida a questão que mais desperta paixões e curiosidades, quando se trata da entrega de medicamentos. No direito anglo-americano, desenvolveu-se no seio da jurisdição de equidade o *judicial injunction*, remédio processual de cunho mandamental, pelo qual o juiz determina condutas ativas e abstenções sob pena de multa ou, o que é muito comum, de prisão por desrespeito à ordem do tribunal (*contempt of court*).

Esta prisão coercitiva tornou-se a principal cominação quando da implementação de políticas públicas pelo Judiciário norte-americano, notadamente nos *prison reform cases*.

Aliás, sobre o aspecto penal do descumprimento das tutelas de saúde, há algumas considerações de relevância a se fazer. Demonstra-se lógico que não se pode conferir ao descumprimento de uma ordem judicial relativa ao direito à saúde o mesmo peso que é atribuído à mera desobediência de uma ordem legal qualquer emanada de um funcionário público (em tese, crime de desobediência).

Isso porque o delito de desobediência encontra-se tipificado no art. 330 do Código Penal Brasileiro, consistindo na desobediência à ordem legal de qualquer funcionário público no exercício de suas funções, com cominação de pena de detenção de quinze dias a seis meses e multa. Devido a sua baixa potencialidade, o delito de desobediência é considerado infração penal de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei nº 9.099/95), inclusive cabendo proposta de transação penal e de suspensão do processo (*sursis* processual), além de admitir, em tese, liberdade provisória sem necessidade sequer do pagamento de fiança. Em outras palavras, a atitude verdadeiramente criminosa do administrador público em não cumprir ou retardar o cumprimento da tutela judicial de saúde, o que pode resultar até no óbito do paciente, na pior das hipóteses somente acarretará na obrigação mensal de entregar cesta básica alimentícia.

Entretanto, o descumprimento de uma ordem judicial que tutela interesse indisponível (direito à saúde), cuja ofensa pode levar ao resultado lesão corporal ou morte, deve ser necessariamente punido com maior rigor, ao invés de ser enquadrado na “vala comum” dos delitos de desobediência. Dessa forma, até mesmo como medida profilática, deve o legislador providenciar as alterações legais necessárias de modo a tornar mais efetiva a punição criminal desse tipo de conduta, como, por exemplo, instituindo uma qualificadora que venha a agravar a pena para esses casos, se possível com a exclusão da competência dos Juizados Especiais Criminais e das benesses instituídas pela Lei nº 9.099/95 (suspensão do processo e proposta de transação penal).<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Embora, aparentemente, esta sugestão possa estar indo contra a tendência atual do moderno direito penal, que é a intervenção mínima do aparato estatal repressor no seio da sociedade, se possível com a descriminalização de condutas que não contenham maior gravidade, na realidade, sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, a desobediência de uma ordem judicial que garante o direito à saúde não é de menor importância; pelo contrário, essa odiosa conduta acaba por lesionar o direito primordial à vida (maior bem jurídico tutelado pelo direito penal), o que justifica o endurecimento da sanção penal.

De qualquer forma, em que pesem as dificuldades de ordem prática acima apontadas no campo da persecução penal, a sanção indireta de prisão em flagrante ou de determinação de abertura de inquérito tem se revelado eficaz, certamente pelo receio de um constrangimento público a que as autoridades da saúde não querem se sujeitar.<sup>30</sup>

Por fim, cumpre destacar que o Código Penal brasileiro reserva todo um capítulo (Cap. III, do Título VIII – arts. 267 ao 285, CP/1940) para a tipificação e cominação de pena para os denominados crimes contra a saúde pública. Dois destes foram elevados à categoria de crimes hediondos pela Lei nº 8.072/90, portanto insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança: causar epidemia com resultado morte (art. 267, par. 1º, CP); e a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e pars. 1º, 1º-A e 1º-B, CP).

## 9.8. Suspensões de liminares de saúde pelo STF

Fatos recentes têm causado extremo alvoroço no campo da tutela judicial da saúde. Tratam-se das recentes decisões, aparentemente controvertidas, proferidas pela presidência do Supremo Tribunal Federal, nos procedimentos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) e de Suspensão da Segurança (SS). Tudo começou com a STA nº 91, na qual a presidência do STF suspendeu o fornecimento de medicamentos, afirmando que o direito à saúde não se realiza individualmente, mas por meio da efetivação de políticas públicas que beneficiam a população como um todo. Dessa forma, somente teriam caráter obrigatório os medicamentos que constassem na lista do SUS.

A decisão supracitada gerou uma corrida das secretarias de saúde para o Supremo Tribunal Federal, com base na STA nº 91. Entretanto, decisões mais recentes da própria presidência do STF deixaram claro que o raciocínio jurídico empregado na STA nº 91 trata-se de medida tópica, pontual, não se aplicando a todos os casos, sendo certo que cada processo judicial deve ser analisado individualmente, de forma concreta, e não abstrata e genericamente. As decisões favoráveis à manutenção do fornecimento dos medicamentos tiveram embasamentos diversos: hipossuficiência dos pacientes; gravidade das enfermidades; continuidade do tratamento e efeitos deletérios de sua interrupção.

Poder-se-ia pensar que a motivação da decisão na STA nº 91, prejudicial ao direito dos pacientes, deveu-se ao fato de se tratar de uma ação civil pública (tutela coletiva), cujo impacto financeiro poderia afetar drasticamente o sistema público de saúde, daí a necessidade de um maior rigor nos casos de tutela coletiva, restringindo-se as suas possibilidades somente aos medicamentos presentes na listagem do SUS.<sup>31</sup> Entretanto,

<sup>30</sup> Marcos Maselli Gouvêa (ob. cit., p. 243) destaca a necessidade de se aprofundar a discussão acerca da incorporação de uma prisão processual civil (de natureza não-penal), como o *contempt of court*, no sistema brasileiro. Acrescenta, ainda, que o instituto da prisão por descumprimento de ordem judicial é empregado nos países de tradição anglo-saxônica e, também, no sistema germânico. Além desses, a doutrina italiana tem defendido enfaticamente a adoção desse mesmo mecanismo.

<sup>31</sup> Tal raciocínio deve ser abominado, visto que a ação civil pública constitui importante instrumento de efetivação dos direitos sociais e de defesa da coletividade, evitando a pulverização das demandas e desafogando o próprio Poder Judiciário.

a presidência do STF utilizou-se dos mesmos fundamentos para suspender direito individual à medicação (Suspensão da Segurança nº 3.073, julg. em 9/2/2007), o que fez novamente pairar uma nebulosidade quanto aos critérios a serem seguidos para determinar a obrigatoriedade ou não do fornecimento de medicamentos. Dessa forma, torna-se desejável que sejam fixados critérios mais claros e racionais para que cada situação assemelhada receba idêntico tratamento.

## 10. Princípio da reserva do possível

Por derradeiro, os entes públicos muito têm criticado a “judicialização” da saúde, principalmente sob a alegação de que essa “intromissão indevida” do Judiciário irá acarretar, num futuro próximo, na inoperância total do sistema público de saúde, haja vista os representativos gastos financeiros disponibilizados para a cobertura das decisões judiciais, que consomem uma boa parte do orçamento da Saúde. Realmente, há de se convir que o ideal seria que o sistema funcionasse adequadamente na esfera administrativa. Afinal, nenhum paciente gosta de enfrentar as agruras de um processo judicial para conseguir fazer valer o seu direito. Entretanto, a solução administrativa não é o que vem ocorrendo de praxe. Muito pelo contrário, os entes públicos revelam-se os maiores descumpridores das tutelas judiciais de saúde, o que não dizer então do seu adequado funcionamento administrativo.

Nas tutelas de saúde, o Estado tem alegado em sua defesa o princípio da “reserva do possível”, que consiste na idéia de que os recursos públicos são limitados, enquanto que as demandas sociais são ilimitadas. Com base nisso, o Estado teria discricionariedade para eleger as políticas públicas que deseja implementar. Não merece prosperar tal argumentação, visto que o direito à saúde constitui o direito mais básico e essencial do ser humano, razão de ser da própria criação do Estado, motivo pelo qual merece máxima prioridade, devendo sobrepor-se a outras destinações orçamentárias, tais como: verbas para propaganda governamental, verbas de representação, dentre outras. Aliás, para uma perfeita prestação de saúde pública, faz-se necessário um adequado controle das verbas orçamentárias, em todos os níveis (não só na execução das verbas, mas também na elaboração do orçamento). O Pretório Excelso já se posicionou sobre o assunto, na ADPF nº 45-9/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, entendendo pela preservação do núcleo essencial “mínimo existencial”, *verbis*:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRÍO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POS-

SÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

## 11. Conclusão

*Ad conclusio*, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, o poder público não pode mostrar-se insensível ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que pela via da omissão, em grave comportamento inconstitucional, consoante já bem pontuado pelo E. STF.

## 12. Referências Bibliográficas

ANDRADE, Mário de. *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter*, 25ª ed. Itatiaia, Belo Horizonte. (Coleção Buriti n. 41), 1988.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASSO, Maristela et ali. *Direitos de Propriedade Intelectual & Saúde Pública*. São Paulo: IDCID, 2007.

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

CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde - Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRARESI, Eurico. *A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, coord.: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 2007.

GODINHO, Robson Renault. *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos – Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. A Efetividade dos Direitos Sociais*, coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSEN, George. *Uma história de saúde pública*. Trad. Marcos Fernandes da Silva. São Paulo: UNESP, 1994.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

# A DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

Daniel Mourgues Cogoy \*

**Resumo:** Pretende o presente estudo debruçar-se acerca da possibilidade, ou não, de descon sideração da coisa julgada sob argumento de reconhecimento superveniente, por parte do Supremo Tribunal Federal, da desconformidade em face da Constituição Federal da fundamentação utilizada para garantir, ao segurado, a procedência da demanda nas causas previdenciárias.

**PALAVRAS-CHAVES:** Coisa Julgada Inconstitucional, Direito Previdenciário. Segurança Jurídica.

## 1. Introdução

Muito se tem discutido, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, e, em especial, nas causas que envolvem benefícios previdenciários, acerca da possibilidade de descon sideração da coisa julgada, tendo em vista a existência de inconstitucionalidade na decisão transitada em julgado.

A matéria ganha vulto se considerarmos que, na breve história dos Juizados Especiais Federais em nosso país, é comum que o INSS saia derrotado nas instâncias inferiores, nas questões de massa, para, ao final, sair vencedor nos julgamentos levados a efeito no Supremo Tribunal Federal.

Assim ocorreu em 2002, quando a Turma Nacional de Uniformização – TNU, viu-se obrigada a cancelar a Súmula 03 - que determinava que o reajuste dos benefícios previdenciários deveria se dar mediante aplicação do IGPDI nos anos de 1997, 1999, 2000 e 2001 – editando a Súmula 08, em razão de decisão exarada pelo STF no RE nº 376.846 – SC e, mais recentemente, quando do cancelamento da Súmula 15 da mesma corte, desta vez envolvendo as hipóteses de revisão dos benefícios de pensão por morte concedidos antes da vigência da Lei 9.032/95.

Pretende o presente estudo, portanto, debruçar-se acerca da possibilidade, ou não, de descon sideração da coisa julgada sob argumento de reconhecimento superveniente, por parte do Supremo Tribunal Federal, da desconformidade em face da Constituição Federal da fundamentação utilizada para garantir, ao segurado, a procedência da demanda.

---

\* O autor é Defensor Público da União, membro da Câmara de Coordenação Cível da Defensoria Pública-Geral da União, Professor de Direito Civil da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul e Professor de Direito Civil da Faculdade Atlântico Sul em Pelotas/RS.

## 2. Hipóteses de desconsideração da coisa julgada

Importante frisar que, nos termos da Constituição vigente, o instituto da coisa julgada é direito fundamental (art. 5º, XXXVI da CF) e cláusula pétrea (art. 1º; art. 60, § 4º da CF). Além disso, é garantida também na legislação infraconstitucional (arts. 467 e 471 do CPC).

Note-se que é entendimento assente, na doutrina, que a coisa julgada é corolário do estado democrático de direito. Ora, em uma democracia, o estado subtrai aos cidadãos o poder de fazer valer suas pretensões pela própria força. Imprescindível, porém, para garantia da segurança e estabilidade das relações sociais, é que o próprio Estado cumpra as decisões emanadas por parte do Poder Judiciário.

Ora, não há como se admitir que as lides se prolonguem indefinidamente, sob pena de restar sacrificada a paz social. Para tanto, o legislador constituinte optou pelo instituto da coisa julgada, a fim de que, oportunizados o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição, tivessem as partes, ao fim e ao cabo, direito a uma decisão imutável e indiscutível.

A coisa julgada, pois, é princípio intangível, merecendo ser acautelada, salvo em hipóteses excepcionais, previamente previstas em lei. Isto porque, em razão da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é preferível à sociedade conviver com uma sentença injusta, ou mesmo inconstitucional, a tolerar-se a insegurança de se poder ter, a qualquer momento, a modificação de uma sentença já proferida pelo judiciário em caráter definitivo e irrecorrível<sup>1</sup>.

Logo, eventual medida deve ser tomada com enorme cuidado, em especial quando envolvendo demandas de massa – como ocorre, não raro, nas causas previdenciárias – e, mais ainda, nos feitos em que é parte o Governo Federal de seus agentes, sob pena de se atrair o descrédito ao Judiciário.

<sup>1</sup> Neste sentido, o magistério de NÉLSON NERY JÚNIOR: “O subprincípio da segurança jurídica, do qual a coisa julgada material é elemento de existência, é manifestação do princípio o estado democrático de direito, conforme reconhece a doutrina mundial (...). O processo civil é instrumento de realização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual reclama o comprometimento do processualista com esses preceitos fundamentais. Sem democracia e sem estado democrático de direito o processo não pode garantir a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Desconsiderar a coisa julgada é eufemismo para esconder-se a instalação da ditadura, de esquerda ou de direita, que faria desaparecer a democracia que deve ser respeitada, buscada e praticada pelo processo. Adolf Hitler assinou, em 15.7.1941, a Lei para Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao parquet para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios, do povo alemão. (...). Se o MP alemão dissesse que a sentença era injusta, poderia propor ação rescisória (...) para que isso fosse reconhecido (...). A injustiça da sentença era, pois, uma das causas de sua rescindibilidade pela ação rescisória alemã nazista. Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento de totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com democracia, como o estado democrático de direito (CF art. 1º, caput). De nada adianta a doutrina que defende essa tese pregar que seria de aplicação excepcional, pois, uma vez aceita, a cultura jurídica brasileira vai, seguramente, alargar seus espectros – vide MS para dar efeito suspensivo a recurso que legalmente não o tinha, que, de medida excepcional, se tornou regra, como demonstra o passado recente da história do processo civil brasileiro – de sorte que amanhã poderemos ter como regra a não existência da coisa julgada e como exceção, para poucos, pobres e não poderosos, a intangibilidade da coisa julgada. A inversão de valores, em detrimento do estado democrático de direito, não é providência que se deva prestigiar.

### 3. A descon sideração da coisa julgada no âmbito previdenciário

Tem-se que, no âmbito dos Juizados Especiais é incabível o ajuizamento de ação rescisória.

Ocorre que os Juizados Especiais Federais estão sujeitos à legislação e princípios especiais, quais sejam, os da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Ressalte-se que, no âmbito dos Juizados Especiais, o princípio da supremacia do interesse público em face dos particulares é mitigada, prestigiando-se a efetividade da prestação jurisdicional, o amplo acesso à Justiça e a celeridade processual. Não por outra razão, não há, no âmbito dos Juizados, prazos diferenciados para a Fazenda Pública, reexame necessário e pagamento por meio de precatório. Pela mesma razão, o legislador afastou, de forma peremptória, qualquer possibilidade de rescisão da coisa julgada, por meio do art. 59 da Lei nº 9.099/95: “*Art. 59. Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta lei.*”

Cabe insistir que modificar decisão judicial albergada pelo caráter da imutabilidade da coisa julgada, fora das hipóteses legais do art. 485 do CPC, ofende a garantia constitucional inserta no art. 5º, XXXVI da CF e a disposição do art. 471 do CPC.

Ora, a coisa julgada, como fundamento do Estado Democrático de Direito, tem por finalidade evitar a perpetuação dos conflitos sociais, por intermédio da atuação do judiciário, nota-se, além de ser esse um fundamento de caráter prático, uma exigência de ordem pública, pois, ao impedir que uma mesma demanda seja proposta várias vezes, o Estado evita a existência de decisões contraditórias sobre uma mesma situação fática, conferindo a tão desejada estabilidade dos direitos coletivos e individuais. Quer-se dizer com isso que a coisa julgada existe pela imposição social de se obter certeza e segurança no gozo dos bens da vida, valores essenciais a qualquer ordem jurídica.

Todavia, o legislador, prevendo que algumas decisões poderiam ser desconformes aos mandamentos legais, gerando, dessa forma, situações injustas ou ilegais, possibilitou a desconstituição da coisa julgada em situações especiais, taxativamente arroladas nos incisos do art. 485 do CPC. Disponibilizou para tanto a ação rescisória, a qual é o meio apto a desconstituir uma decisão judicial, de mérito, proferida em demanda anterior, que esteja sob o abrigo da coisa julgada.

Portanto, apenas e tão somente pela forma e nos casos descritos no art. 485 do CPC, é permitido desconstituir-se a decisão judicial protegida pela coisa julgada, sendo um contra-senso aceitar-se a possibilidade de modificar aquilo que não está sujeito ao manejo da ação rescisória, sendo que, no âmbito dos Juizados, por vedação legal expressa (art. 59 da Lei nº 9.099/95), sequer tal possibilidade é admitida.

Registre-se que o art. 59 da Lei nº 9.099/95 é aplicável aos Juizados Especiais Federais por força do art. 1º da Lei nº 10.259/01. Assim sendo, os JEFs estão sujeitos à legislação e princípios especiais, tendo o legislador expressamente proibido que as de-

cisões trânsitas em julgado fossem objeto de qualquer tipo de rescisão. Não há que se falar, pois, em aplicação analógica do disposto no art. 741 do CPC, visto que lei especial expressamente veda tal hipótese.

Resta perquirir se nas causas previdenciárias que, em razão dos valores envolvidos, não tramitam perante os Juizados especiais federais, é possível a aplicação do instituto sob estudo.

Ora, é assente na jurisprudência que tal medida deveria ocorrer de forma excepcional, e apenas quando adequada aos seguintes pressupostos:

- a) Se requerida a desconsideração no prazo de 02 (dois) anos a contar do trânsito em julgado da sentença, ou seja, dentro do prazo decadencial previsto para ajuizamento de ação rescisória;
- b) Se a inconstitucionalidade reconhecida pelo STF se deu por meio de controle concentrado, ou seja, mediante julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, em decisões com efeito *erga omnes*.
- c) Se a inconstitucionalidade reconhecida pelo STF, em sede de controle concentrado, se deu antes do trânsito em julgado da sentença que se visa modificar.
- d) Se, nas hipóteses em que o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF, ocorridas em controle difuso e com efeito *inter partes*, A Corte Suprema comunicou sua decisão ao Senado Federal, tendo este expedido resolução suspensiva dos efeitos da norma ou ato declarados inconstitucionais, na forma do art. 52, X da CF/88.

Tais pressupostos limitam, em muito, a aplicação do instituto da desconsideração da coisa julgada no âmbito previdenciário. Apenas a título de exemplo impende destacar-se, a decisão proferida pelo STF ao julgar os Recursos Extraordinários nº 416827 e 415454 (que determinou que de acordo com a Constituição Federal a revisão dos benefícios de pensão por morte concedidos antes da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, deve ser revisado de acordo com a nova redação dada ao art. 75 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991) se deu em controle difuso de constitucionalidade, produzindo efeito apenas entre os litigantes naqueles feitos.

Caberá ao INSS, se quiser evitar o cumprimento das decisões atinentes a tal matéria, agir conforme previsto na Constituição Federal, ou seja, zelar pela ampliação dos efeitos da declaração de constitucionalidade mediante o controle difuso (art. 52, X, CF/88) pelo STF, bastando para tanto que a Corte Suprema comunique sua decisão ao Senado Federal, o qual expedirá a resolução suspensiva dos efeitos da norma ou ato declarados inconstitucionais. Nesse sentido, a seguinte decisão:

EMENTA: - Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legitimidade ativa (art. 103, inc. IV, da C.F.). Revisão geral de vencimentos (inc. X do art. 37 da C.F.). I. Legitimidade ativa da Mesa da Assembléia Legislativa, da qual emanou a Lei impugnada (arts. 102, I, "a" e 103, IV, da Constituição Fede-

ral). II. Arguição de inconstitucionalidade das expressões “bem como os cargos de nível AL-1, da Tabela de Cargos de Provimento Efetivo de Natureza Especial, do Quadro de Pessoal da Assembléia Legislativa do Estado”, contidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 2.721, de 17.8.1989, de Sergipe. III. Alegação de ofensa ao inc. X do art. 37 da Constituição Federal. IV. Procedência da ação.

1. Omissis...

5. *Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, em processo objetivo, como é o da ação direta de inconstitucionalidade, que impugna dispositivo de uma lei, em tese, não pode reconhecer, incidentalmente, a inconstitucionalidade de outra lei, que nem está sendo impugnada. Até porque a declaração incidental só é possível no controle difuso de constitucionalidade, com eficácia “inter partes”, sujeita, ainda, à deliberação o Senado no sentido suspensão definitiva da vigência do diploma, ou seja, para alcançar eficácia “erga omnes”.*

6. *Ação Direta julgada procedente, declaradas inconstitucionais as expressões impugnadas. (Grifou-se)<sup>2</sup>*

Assim, emitida a resolução pelo Senado, **e somente a partir daí (ex nunc)**, os efeitos da declaração do STF tocarão a todos. Esclarecedor é o magistério de Daniel Carneiro Machado:

*[...] Essa resolução do Senado estenderá os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal para todos (erga omnes), porém, ex nunc, ou seja, a partir da publicação da citada resolução do Senado, visto que se trata de ato suspensivo da norma, não possuindo o condão de desfazer qualquer situação jurídica constituída anteriormente, com base na lei ou ato julgado inconstitucional. (Grifou-se).<sup>3</sup>*

Portanto, resta cristalino que a declaração de inconstitucionalidade de ato ou norma, mediante controle difuso, não invalida ou desconstitui a coisa julgada anterior de processo diverso.

Logo, como inexistente resolução do Senado Federal em matéria previdenciária, seja nas ações revisionais de pensão por morte, seja em outras demandas de massa, resta que ainda não é possível a descon sideração da coisa julgada inconstitucional nas causas envolvendo o INSS.

Além disso, é importante frisar que as verbas pagas a título de benefício previdenciário possuem caráter alimentar, sendo, pois, irrepetíveis. Logo, vencidas todas as etapas para cassação do julgado favorável ao segurado, não pode o INSS obter de volta eventuais valores já pagos aos beneficiários.

<sup>2</sup> Fonte: <http://www.stj.gov.br>

<sup>3</sup> MACHADO, Daniel Carneiro. Ob. Cit. Página 107.

#### 4. Considerações finais

O instituto da coisa julgada é garantia constitucional aos segurados da Previdência Social brasileira, devendo ser acautelado, a fim de ser protegida a segurança e estabilidade das relações jurídicas.

A descon sideração da coisa julgada, em razão do reconhecimento superveniente de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser admitida apenas excepcionalmente, sendo inviável sua aplicação no âmbito dos Juizados Especiais Federais tendo em vista os princípios da efetividade da prestação jurisdicional, amplo acesso à justiça e celeridade processual, bem como em razão da proibição expressa de rescisão da coisa julgada contida no art. 59 da Lei 9.099/95.

Nas demais causas previdenciárias, apenas é de ser admitida a descon sideração da coisa julgada se a) requerida dentro do prazo decadencial previsto para ajuizamento de ação rescisória; b) Se a inconstitucionalidade reconhecida pelo STF se deu em decisões com efeito *erga omnes*; c) Se a inconstitucionalidade reconhecida pelo STF, em sede de controle concentrado, se deu antes do trânsito em julgado da sentença que se visa modificar; d) Se, nas hipóteses em que o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF, ocorridas em controle difuso e com efeito *inter partes*, A Corte Suprema comunicou sua decisão ao Senado Federal, tendo este expedido resolução suspensiva dos efeitos da norma ou ato declarados inconstitucionais, na forma do art. 52, X da CF/88.

Ainda que descon siderada a coisa julgada, é incabível a repetição dos valores pagos indevidamente pelo INSS aos segurados, por se tratar de verba de caráter alimentar.

#### 5. Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Processo: 91 UF: SE - SERGIPE Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJ 23-03-2001 PP-00083 EMENT VOL-02024-01 PP-00001. Relator(a) SYDNEY SANCHES. Descrição Votação: Unânime. Resultado: Procedente. Veja ADIMC-52. N.PP.:(27). Análise:(COF). Revisão:(AAF). Inclusão: 06/04/01, (MLR).

JUNIOR, Néelson Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 7ª Edição Revista e Ampliada, 2003, Editora Revista dos Tribunais,, São Paulo/SP, págs. 791/792.

LOBO, Everson Antunes. A relativização da coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais idôneos a sua propositura. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 36, 02/01/2007 [Internet]. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1619](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1619). Acesso em 30/06/2008.

MACHADO. Daniel Carneiro. A Coisa Julgada Inconstitucional. Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2005. p. 107.

# CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPULSÃO

João Paulo de Campos Dorini \*

“De fato, por mais que o vento possa passar livremente, o mesmo não ocorre com as pessoas”. (Natsume Soseki. *Eu sou um gato*. São Paulo: Ed. Estação Liberdade, 2008, p. 296)

## 1. Introdução

A expulsão é uma das hipóteses de retirada compulsória do estrangeiro do território brasileiro. Difere da extradição e da entrega posto que estas não são sanções administrativas, mas institutos que permitem o encaminhamento de estrangeiros que estejam sob a jurisdição pátria a outro Estado (no caso de extradição) ou ao Tribunal Penal Internacional (no caso da entrega), permitindo que sejam processados, julgados e sofram a execução da pena sob a jurisdição do requerente.

A expulsão também não se confunde com a deportação. Esta é uma sanção administrativa de retirada compulsória do país em razão de o estrangeiro não possuir visto de permanência válido. Quitada a multa decorrente da infração e obtido um visto válido, é permitido o ingresso do estrangeiro no país.

Nos termos do art. 65 da Lei 6.815/80, a expulsão é a sanção administrativa imposta ao estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Não se olvide que o Estatuto do Estrangeiro é uma lei editada ainda sob o regime militar de exceção, e que reflete bem o pensamento político que ainda se sustentava naquela época, como as idéias de “segurança nacional”, “ordem política e social”, “nocivo à conveniência e aos interesses nacionais”, termos que, por si só, nada significam, e, por isso mesmo, dão margem a uma ampla interpretação, o que, por óbvio, macula o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade não exige apenas que uma infração seja prevista em lei, mas que a conduta a qual é cominada uma sanção seja minimamente descrita, a ponto de poder-se identificar o que é proibido. Do modo como prevista a expulsão, o estrangeiro não tem como saber em quais hipóteses pode vir a ser expulso. Nem se alegue que o princípio fundamental da legalidade não se aplica à expulsão, posto que essa, como se verá, ofende um dos direitos fundamentais do homem, a sua liberdade.

\* Defensor Público da União. Titular do Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva em São Paulo. Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP

No presente trabalho, abordaremos algumas questões sobre o processo de expulsão, tanto em relação aos aspectos procedimentais quanto ao direito material.

## 2. Do procedimento expulsório

O inquérito para a expulsão do estrangeiro é instaurado pela Delegacia de Polícia Federal que tenha atribuição territorial no domicílio do expulsando, por determinação do Ministro da Justiça (art. 70 do Estatuto do Estrangeiro c.c. art. 102 do Dec. 86.715/81). Como o inquérito já é o próprio procedimento expulsório, e não um procedimento prévio para obtenção de provas, como é o inquérito policial tradicional em relação à ação penal, não se discute a observância do contraditório e da ampla defesa no inquérito de expulsão. Tanto é que o Dec. 86.715/81, que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro, prevê, em seu art. 103, § 7º, a apresentação de defesa técnica

Após a instrução do inquérito com os documentos pertinentes, sendo imprescindíveis cópias da decisão condenatória e da certidão de trânsito em julgado quando a instauração do inquérito der-se em razão do cometimento de crime, o expulsando deve ser notificado da instauração e do dia e hora fixados para o interrogatório, com antecedência mínima de dois dias úteis (art. 103, § 1º, do Dec. 86.715/81).

Caso não seja encontrado, será notificado por edital, com o prazo de 10 (dez) dias, publicado duas vezes, no Diário Oficial da União, valendo a notificação para todos os atos do inquérito (art. 103, § 2º, do Dec. 86.715/81).

Realizado o interrogatório, a defesa técnica tem 6 (seis) dias para apresentar a defesa administrativa (art. 103, § 7º, do Dec. 86.715/81), oportunidade em que devem ser alegadas as nulidades procedimentais, as teses de mérito e o requerimento das provas a serem produzidas. A defesa não deve basear-se diretamente no crime pelo qual o expulsando tenha sido condenado, como por exemplo, alegando a inexistência do delito ou a absolvição do alienígena. Deve, contudo, demonstrar que o estrangeiro não preenche os requisitos para ser expulso.

Relatado o inquérito, é remetido ao Ministério da Justiça, oportunidade em que o Ministro da Justiça decidirá sobre a expulsão do estrangeiro (art. 66 do Estatuto do Estrangeiro c.c. art. 1º do Dec. 3.447/00).

A medida expulsória ou sua revogação far-se-á por decreto (art. 66, parágrafo único, do Estatuto do Estrangeiro). Enquanto vigente o decreto de expulsão, o estrangeiro não pode reingressar no país, sob pena de cometer o crime de reingresso de estrangeiro expulso, previsto no art. 338 do Código Penal.

Da decisão que determinar a expulsão cabe pedido de reconsideração, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do decreto de expulsão no Diário Oficial (art. 72 do EE c.c. Art. 107 do Dec. 86.715/81).

### 3. Da prisão para expulsão

O art. 69 do Estatuto do Estrangeiro estabelece que o Ministro da Justiça poderá, a qualquer tempo, determinar a prisão, por 90 (noventa) dias, do estrangeiro submetido a processo de expulsão e, para concluir o inquérito ou assegurar a execução da medida, prorrogá-la por igual prazo.

Em consonância com o disposto no art. 5º, LXI, da Constituição da República, que veda qualquer prisão que não seja determinada pela autoridade judiciária competente, à exceção da prisão em flagrante delito, a interpretação que se dá ao dispositivo é a possibilidade da autoridade policial representar ao Juízo Federal competente, requerendo a prisão do estrangeiro para fins de expulsão, que não pode ultrapassar o prazo de noventa dias, permitida apenas uma prorrogação.

A natureza jurídica desta prisão se assemelha às prisões preventiva e temporária, e por isso mesmo pode ser considerada uma medida cautelar ao procedimento expulsório.

Insta esclarecer que a custódia cautelar é excepcionalíssima em nosso sistema constitucional-processual.

Justamente por ser excepcional, a prisão cautelar só se justifica enquanto respeitados os prazos processuais, garantindo-se uma rápida solução da lide, como assegura o direito constitucional à celeridade processual, previsto no art. 5º, LXXVIII.

Aliás, se antes da Emenda Constitucional nº 45/04 a doutrina já proclamava o constrangimento ilegal por excesso de prazo na prisão, e a jurisprudência mostrava-se pacífica nesse mesmo sentido, com muito mais razão deve-se reconhecer a ilegalidade da prisão cautelar – no que se inclui a prisão administrativa para expulsão – após a constitucionalização do direito à celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República), que, consoante o § 1º do mesmo artigo, tem aplicação imediata.

Esse dispositivo deve ser interpretado não só como garantia de uma decisão célere, mas, e principalmente, *como garantia de que qualquer custódia cautelar só deve ser mantida caso respeitada a razoável duração do processo, inclusive o processo administrativo de expulsão*. Especialmente quando a lei determina expressamente os prazos para a realização dos atos processuais, a única solução possível quando transcorridos tais prazos sem que o ato seja realizado é a imediata soltura do custodiado cautelarmente. É a única interpretação plausível quando analisados sistematicamente os dispositivos que positivam os direitos fundamentais na Constituição Federal, em especial o art. 5º, LXXVIII, que trata da garantia da celeridade processual, o art. 5º, LXV, que garante o imediato relaxamento da prisão ilegal e o art. 5º, LXI, que assegura a excepcionalidade da prisão cautelar.

A interpretação de uma norma constitucional, notadamente daquelas definidoras de direitos e garantias fundamentais, deve sempre considerar sua máxima efetividade, em consonância com outras normas constitucionais que versem sobre o mesmo tema.

“Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais”, como ensina Flávia Piovesan,

“pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade da pessoa humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade da pessoa humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular”.<sup>1</sup>

Nesse talante, e considerando que a pedra angular do sistema constitucional brasileiro é a dignidade da pessoa humana, como preceituado no art. 1º, III, da Carta da República, e que esse princípio tem por consequência imediata a proteção da tríade vida-liberdade-propriedade (*caput* do art. 5º, CF), a interpretação do direito à celeridade processual (art. 5º, LXXVIII) que mais se aproxima do princípio da dignidade da pessoa humana é aquela que garante que esses três bens essenciais – vida, liberdade e propriedade – não sejam violados ou pereçam exclusivamente em razão da morosidade do Estado, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário.

Como bem se manifestou o Procurador Regional da República Marcelo Moscolliato, no recurso em sentido estrito nº 2003.61.81.000009-1, em trecho reproduzido no acórdão que julgou este recurso, pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, rel. Nelton dos Santos, j. 21.03.2006, publicado no DOU em 31.03.2006:

“(....)

6. Em casos semelhantes, há tempo, tenho sustentado que os procedimentos administrativos para a expulsão do estrangeiro que pratica o tráfico ilícito de entorpecentes devem ser adotados enquanto ele ainda está cumprindo a sua pena e sob a custódia do Estado.

7. Com efeito, a expulsão é certa, pois assim determinam a Lei de Tóxicos e o Estatuto do Estrangeiro. Entretanto, não se deve constringer a liberdade de ninguém, especialmente após o cumprimento de pena restritiva desta mesma liberdade (brasileiros e estrangeiros encontram tratamento igual no art. 5º da CF), a título de providenciar tempo necessário para que a administração pública cumpra a sua obrigação de expulsar o estrangeiro.

8. Na verdade, ao final da pena, da porta do estabelecimento prisional o estrangeiro deve ser escoltado para o Aeroporto ou para a fronteira e encaminhado ao seu país de origem ou outro que o aceite. Para tomar esta providência, neste caso concreto, a administração pública teve quase 3 anos e nada fez. Agora, pretende a prisão preventiva para, em até 90 dias, expulsar o Recorrido. A situação de fato me parece injusta”.

Em resumo, quando o expulsando cumpriu pena privativa de liberdade, a Administração teve tempo suficiente, desde a prisão do estrangeiro, para finalizar o procedimento expulsório e, em sendo o caso, providenciar a execução do decreto de expulsão.

Como bem afirma o Desembargador Nelton dos Santos, no julgamento supracitado:

<sup>1</sup> *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 59.

“De fato, não é sequer razoável que, após cumprir quase três anos de prisão, o agente deva permanecer custodiado ainda por mais tempo. A administração pública revelou inércia e incompetência, não podendo transferir ao recorrido os ônus de tal desídia, máxime à custa da liberdade deste. (...)”

Isso demonstra, claramente, que assiste inteira razão à douta Procuradoria Regional da República, no sentido de que não se deve estender o tempo de prisão para além da condenação”.

Não se trata de hipótese em que a morosidade foi causada pelo acusado ou por sua defesa. Não há, portanto, justificativa plausível para a custódia cautelar. A interpretação que traduz o verdadeiro conteúdo do art. 5º, LXXVIII, da CF, é aquela que considera ilegal qualquer prisão cautelar quando desrespeitado, sem participação da defesa, os prazos e ritos processuais estabelecidos pela lei, ainda que a lei não imponha a ilegalidade dessa prisão, já que sua nulidade origina-se de norma constitucional, de aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF. É o entendimento do STF:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. - O princípio da razoabilidade impõe o reconhecimento do excesso de prazo da prisão preventiva, quando a delonga no curso processual não for atribuível à defesa. II. - Habeas corpus concedido” (STF – HC 87.776/SP – 1ª T. – rel. Ricardo Lewandowski – j. 29.06.2006 – DJ 01.09.2006, p. 22).

Nesse sentido, as palavras de Flávia Piovesan:

“Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 instituiu o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º. Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos”.<sup>2</sup>

Aliás, não é outro o conteúdo do art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República conforme o entendimento que lhe tem sido dado pelo Supremo Tribunal Federal:

“A Turma deferiu *habeas corpus*, impetrado contra decisões denegatórias de pedidos liminares formulados em idênticas medidas perante o STJ, para revogar prisão preventiva decretada contra denunciado pela suposta prática dos crimes de corrupção ativa (CP, art. 333) e associação para o tráfico (Lei 6.368/76, art. 14). Tendo em conta as peculiaridades do caso, afastou-se a aplicação do enunciado da Súmula 691 do STF, por se entender presente manifesto excesso de prazo na prisão cautelar do paciente, em ofensa à garantia fundamental

<sup>2</sup> *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 63-4.

da razoável duração do processo (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, introduzido pela EC 45/2004).” (HC 87.164, Rel. Min. Gilmar Mendes, Informativo 422).

“O excesso de prazo, mesmo tratando-se de delito hediondo (ou a este equiparado), não pode ser tolerado, impondo-se, ao poder judiciário, em obséquio aos princípios consagrados na Constituição da República, o imediato relaxamento da prisão cautelar do indiciado ou do réu. Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 - RTJ 157/633 - RTJ 180/262-264 - RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado. O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário — não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu — traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa — considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) — significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo” (HC 85.988-MC, Rel. Min. Celso De Mello, DJ 10/06/05).

Ou seja, a desídia do Estado brasileiro não pode ser imputada ao estrangeiro, que já cumpriu sua pena, quando a própria Administração não providenciou, ao longo do cumprimento da pena, a imediata execução de eventual decreto de expulsão.

Frise-se, ainda, que, nos termos do art. 103, § 8º, do Dec. 86.715/81, encerrada a instrução do inquérito, deverá este ser remetido ao Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, no prazo de 12 (doze) dias. Ou seja, desrespeitado esse prazo, descabe a prisão para expulsão.

No caso específico do cometimento de crime de tráfico de entorpecentes pelo estrangeiro, o decreto de expulsão será executado no dia seguinte ao último da condenação, nos termos do art. 1º, § 1º, do Dec. 98.961/90.

O art. 73 do Estatuto do Estrangeiro prevê que o estrangeiro cuja prisão não se torne necessária, ou que tenha o prazo desta vencido, permanecerá em liberdade vigiada.

#### 4. Do princípio da ampla defesa e do contraditório e da analogia em relação às garantias processuais penais

Ainda que não se trate de sanção penal, a expulsão é sanção que atinge um dos bens jurídicos mais caros ao indivíduo: a liberdade. Quando em discussão um direito fundamental de tal quilate não se pode olvidar os princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio, notadamente os direitos fundamentais e suas garantias como consagrados na Constituição Federal.

Já que em risco a liberdade do indivíduo, é necessário que se assegure o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, sob pena de um eventual decreto de expulsão padecer de inconstitucionalidade.

Assim, por analogia, todas as garantias processuais penais devem ser aplicadas e resguardadas também nos inquéritos policiais de expulsão, pois, assim como no processo penal, o bem jurídico fundamental que pode vir a ser violado é o mesmo.

Podemos afirmar inclusive que no procedimento expulsório, assim como no processo penal, segundo Rogério Lauria Tucci, “todos os conflitos de interesses resultantes da prática de infração a norma material, sem exceção, são *públicos*”<sup>3</sup>, já que em jogo tanto a pacificação social quanto a liberdade do expulsando.

Sem um procedimento adequado aos princípios fundamentais e consoante a Constituição Federal, o procedimento expulsório previsto no Estatuto do Estrangeiro deve reger-se pelas mesmas garantias processuais asseguradas ao indivíduo nos processos judiciais penais.

Qualquer ofensa a uma dessas garantias e direitos fundamentais causa, destarte, nulidade absoluta, posto que qualquer ofensa à Constituição Federal traz o prejuízo em si mesma. Frise-se que uma ofensa a uma garantia fundamental atinge não só o indivíduo ou as partes, mas toda a sociedade.

Olvida-se em certos momentos que o Estado não se presta à vingança ou à punição pura e simples. Todo cerceamento a um direito fundamental, e este é o caso do cerceamento à liberdade, só pode realizar-se coadunado com o Estado Democrático de Direito, se respeitado o devido processo legal e as demais garantias fundamentais.

#### 5. Das nulidades procedimentais

##### 5.1. Ausência de certidão de trânsito em julgado da decisão penal condenatória

O princípio da não-culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição da República, garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É de acordo com este dispositivo que deve ser interpretado o art. 68 do Estatuto

<sup>3</sup> *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 226.

do Estrangeiro, que impõe ao Ministério Público a remessa ao Ministro da Justiça, até trinta dias após o trânsito em julgado, de cópia da sentença condenatória de estrangeiro autor de crime doloso ou de qualquer crime contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública, assim como da folha de antecedentes penais constantes dos autos.

Só é possível verificar se o estrangeiro atentou contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o tornou nocivo à conveniência e aos interesses nacionais, como dispõe o art. 65 da L. 6.815/80, com fundamento em suposto cometimento de crime, quando já houver transitado em julgado a sentença penal condenatória.

Outra não é a solução quando interpretados os arts. 65 e 68 do Estatuto do Estrangeiro à luz da Constituição Federal, notadamente em relação ao art. 5º, LVII. Do contrário, haveria clara ofensa ao princípio da presunção de inocência. Ora, se a conduta do expulsando sequer foi declarada como criminosa pelo Judiciário, em decisão definitiva, com muito menos razão pode ensejar sua expulsão. Note-se que as hipóteses para instauração do inquérito policial de expulsão não abrangem todos os crimes, como, por exemplo, os crimes culposos, o que significa dizer que, ainda que a expulsão esteja desvinculada da sentença penal condenatória, dela não sendo uma conseqüência, quando um determinado fato configurar, em tese, crime, só se poderá instaurar o procedimento expulsório quando já houver transitado em julgado a decisão penal condenatória.

E, nessa perspectiva, o procedimento expulsório só poderia ser instaurado quando, além da decisão condenatória, houver a certidão de trânsito em julgado, como determina o art. 68 do Estatuto do Estrangeiro. A falta da certidão de trânsito em julgado gera a nulidade da instauração do inquérito policial de expulsão, por ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

## 5.2 Da ausência de defensor

O princípio da ampla defesa, também aplicável aos processos administrativos, dentre os quais o inquérito expulsório, e positivado em nosso ordenamento como direito fundamental pelo art. 5º, LV, da Constituição da República, pode ser analisado em duas vertentes: a defesa técnica e a autodefesa.

A defesa técnica abrange a assistência jurídica propiciada por profissional habilitado para tanto, advogado constituído ou defensor público. Mas não se restringe só a ela a ampla defesa, pois, ante a autodefesa, é direito daquele que tem um seu direito fundamental colocado em xeque em razão de um processo, judicial ou administrativo, ser ouvido pela autoridade responsável pelo julgamento do processo. A garantia da autodefesa é tão cara à consagração da ampla defesa em sua plenitude que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê em seu art. 8, n. 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, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Por óbvio que a interpretação a ser dada ao dispositivo, como a qualquer dispositivo que garanta direitos fundamentais, é sempre a mais ampla, para que o direito alcance todo o seu conteúdo. Sendo assim, a interpretação a ser dada à Convenção Americana nesse particular é considerar como juiz, ainda que analogicamente, todo órgão julgador, mesmo que em processo administrativo.

Enfim, para garantir a ampla defesa é necessária a oitiva do expulsando, acompanhado de defensor e de intérprete que o permita conhecer e entender adequadamente as imputações que pesam contra si e as possíveis conseqüências do procedimento expulsório.

Por isso, o interrogatório, além de indispensável, só pode ser conduzido na presença do defensor, nos moldes do interrogatório tomado no processo penal, com a redação que foi dada pela L. 10.792/03 ao Código de Processo Penal.

### **5.3 Da garantia de prazo mínimo para a preparação da defesa e da ausência de intérprete**

O princípio constitucional da ampla defesa garante a qualquer indivíduo, seja em processo criminal, seja em processo administrativo, como é o inquérito policial de expulsão, não só a defesa técnica, mas também a autodefesa.

Aliás, para que a defesa seja exercida adequadamente, é preciso que autodefesa e defesa técnica coadunem-se. É nesse sentido a alteração do Código de Processo Penal, pela Lei 10.792/03, no que tange ao interrogatório, assegurando o direito de entrevista reservada entre o acusado e seu defensor, antes de ser ouvido pelo juiz, como dispõe o art. 185, § 2º, CPP. Nesse sentido, como o art. 103 do Decreto 86.715/81, que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro, não explicita de que modo deve ser realizado o interrogatório no inquérito de expulsão, tampouco se sobrepõem às disposições legais e constitucionais, deve-se aplicar analogicamente as disposições constantes do Código de Processo Penal e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Assim, para que se tenha o pleno exercício da autodefesa assegurado, corolário do princípio maior da ampla defesa, é imprescindível que o expulsando tenha ciência do que lhe é imputado, e que esta ciência seja prévia, para que possa preparar adequadamente sua defesa, ainda que se trate de processo administrativo.

Determina a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que integra o ordenamento pátrio por força do Decreto 678/92, em seu art. 8º, n. 2, que:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos integra a ordem constitucional pátria, por força do art. 5º, § 2º. Como defendem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

“O art. 5º, § 2º, da CF afirma expressamente que ‘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*’.

Assim, todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior”.<sup>4</sup>

Não restam dúvidas, pois, que o art. 8º, n. 2, é a explicitação constitucional do princípio da ampla defesa.

Por outro lado, têm-se o direito à informação como constituinte da ampla defesa. É a lição de Rogério Lauria Tucci:

“Igualmente, que a concepção moderna do denominado *Rechtliches Gehor (garantia da ampla defesa)* reclama, para a sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, genericamente consideradas, a saber: a) o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (*contraditoriedade*); c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (*comprovação de inculpaabilidade*).

Sintetizando-as, anota ALEX CAROCCA PÉREZ que o direito de ser informado do teor da acusação, como exigência da *garantia da ampla defesa*, constitui ‘requisito indispensável’ para que o imputado possa efetuar suas alegações e provas, ‘principais faculdades originadas do exercício do direito fundamental sob estudo’”.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 78.

<sup>5</sup> *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 212-3.

Marco Antonio Marques da Silva, ao explicar o direito à informação, esclarece que o acusado deve ser informado em tempo razoável para que prepare sua defesa. O que, por evidência, também deve ser aplicado aos procedimentos expulsórios.

“Porém, não é qualquer forma de informação que preencherá o conteúdo do princípio do contraditório. O acusado deve tomar conhecimento da acusação de modo explícito e efetivo para que o ato não tenha cunho meramente formal, provocando, de fato, uma situação de impossibilidade de defesa. Assim, a acusação deverá ser certa, portanto, não pode ser implícita ou presumida. Deve, ainda, ser clara, expressa e completa, ilustrada com todos os fatos históricos em que se fundamenta a acusação. Deverá conter a qualificação jurídica dos fatos, já que esta terminará de limitar o âmbito da vinculação judicial.

A comunicação da acusação deve ser realizada em um espaço de tempo que permita ao acusado promover a sua defesa. Finalmente, o acusado deve ser informado das provas das quais pretende valer-se a acusação.

O direito à informação não se esgota com o conhecimento do réu do conteúdo da acusação, devendo o mesmo ser comunicado, durante todo o processo, dos atos que possam afetar direta ou indiretamente o seu direito de defesa. Essa informação posterior deverá observar o período de tempo tal que o acusado possa alegar, tomar medidas ou realizar provas que julgue conveniente”.<sup>6</sup>

Tudo isto posto, percebe-se a flagrante nulidade em não se dar conhecimento antecipado ao expulsando em tempo hábil para preparar sua defesa antes do interrogatório. O conhecimento da imputação deve ser efetivo, o que significa dizer prévio e pormenorizado (art. 8º, n. 2, b, da Convenção Americana de Direitos Humanos) e no idioma em que se expresse o expulsando (art. 8º, n. 2, a, da Convenção), devendo ser-lhe concedido tempo e meios adequados para que prepare sua defesa (art. 8º, n. 2, c, da Convenção).

Caso contrário, o interrogatório no inquérito expulsório seria meramente um ato *pro forma*, sem seu intrínseco conteúdo de garantir o exercício da autodefesa, sem o qual o alienígena pode vir a sofrer sanção que atinja um de seus mais basilares direitos enquanto pessoa: a liberdade, sem que lhe seja assegurado, destarte, o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Para que se tenha o pleno exercício da autodefesa assegurado, corolário do princípio maior da ampla defesa, é imprescindível que o expulsando tenha ciência do que lhe é imputado, e que esta ciência seja prévia, para que possa preparar adequadamente sua defesa, ainda que se trate de processo administrativo.

No âmbito do procedimento de expulsão, o art. 103, § 1º, do Decreto 86.715/81 exige que a notificação da instauração do inquérito seja realizada dois dias úteis antes do interrogatório, justamente para garantir um tempo mínimo de preparação da defesa. Ob-

<sup>6</sup> Acesso à justiça penal e estado democrático de direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 18-9.

viamente que a ausência dessa intimação ou a intimação com menos de dois dias úteis de antecedência gera nulidade absoluta.

Outrossim, realizar interrogatório sem a presença de um intérprete habilitado é o mesmo que não realizar interrogatório algum. Ou, muito pior, é, antes de permitir a efetivação da ampla defesa, prejudicar a situação do expulsando, que pode ver-se induzido a uma resposta errônea em razão do parco ou nenhum conhecimento de nossa língua.

Como se trata de nulidade absoluta, ofensiva ao princípio constitucional da ampla defesa, que, por sua vez, é regulamentado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, não é necessária a demonstração do prejuízo, posto que de toda nulidade constitucional decorre presunção absoluta do prejuízo.

Com a nova concepção de que a ampla defesa abrange também a autodefesa e que esta se liga umbilicalmente com a defesa técnica, como abraçado pela Carta Magna, qualquer desrespeito às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos é suficiente para fulminar o ato de nulo, em evidente prejuízo ao expulsando. Tolher direitos constitucionalmente assegurados baseando-se apenas em uma lei ultrapassada, que não se coaduna, nesse particular, com a Constituição vigente, é assegurar a ineficácia das garantias fundamentais do indivíduo.

Aliás, sustentar a inviabilidade material, por falta de recursos técnicos e humanos, para o interrogatório na presença de advogado e com participação de intérprete, é dar carta branca a inúmeras outras situações em que se ofendem o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio Estado Democrático de Direito. Olvidam-se os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, e do devido processo legal, consagrados no art. 5º, LIV e LV, semeando um procedimento inquisitorial, no qual as garantias constitucionais são deixadas de lado pelo só fato da gravidade do delito que foi imputado ao expulsando em outro processo penal ou em razão de não se ter recursos financeiros ou materiais para assegurar a aplicação da Constituição Federal, como se fosse possível torná-la inaplicável por este singelo motivo.

## 6. Hipóteses que inviabilizam a expulsão

O art. 75 do Estatuto do Estrangeiro estabelece os impeditivos legais para a expulsão.

Em seu inciso I, prescreve que não se procederá à expulsão se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira. As hipóteses de extradição inadmitida estão previstas no art. 77 da L. 6.815/80:

- I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;
- II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
- III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

- IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;
- V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
- VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
- VII - o fato constituir crime político; e
- VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

Já o inciso II do art. 75 do EE proíbe a expulsão quando o estrangeiro tiver a) cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. O § 1º do citado dispositivo determina que não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que a motivar. Esses dispositivos, entretanto, não podem ser interpretados friamente, devendo ser temperados pela Constituição da República, notadamente no que tange à proteção da família e da criança.

## 6.1 Da proteção à família

A Constituição da República assegura, em seu art. 226, *caput*, que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Em seu § 3º, reconhece a união estável como uma das modalidades de família, devendo, pois receber a especial proteção do Estado. No mesmo sentido o art. 1.723 do Código Civil.

A proteção constitucional à família não permite a separação de seus integrantes sem um fundado motivo. O atual direito de família privilegia não as relações patrimoniais entre os familiares, mas, principalmente, as relações morais e afetivas. Deve-se garantir, pois, a manutenção da unidade familiar, notadamente quando não há qualquer fundamento que inviabilize a convivência dos familiares. Deve-se, pois garantir ao expulsando o direito de convivência com seu esposo/convivente sem risco de sofrer qualquer restrição ao seu direito de liberdade.

Assim, a restrição legal que impede a expulsão apenas quando o estrangeiro estiver casado com brasileiro há mais de cinco anos, prevista no art. 75, II, “a”, do EE, é inócua à luz da Constituição da República. Comprovado o vínculo afetivo, seja pela celebração do casamento, seja pela declaração de união estável, deve o estrangeiro permanecer no país, junto de seu cônjuge ou companheiro.

Evidentemente que o direito não protege a fraude. Não se olvide, nesse particular, que, visando não ser expulso, o estrangeiro simule um casamento ou uma união estável. Comprovada a fraude, independentemente das sanções penais e civis cabíveis, o alienígena

não fará jus à proibição de expulsão. Contudo, havendo casamento ou união estável, há uma presunção relativa de que o estrangeiro não poderá ser expulso, cabendo à autoridade policial apresentar elementos que infirmem tal condição e/ou que comprovem eventual fraude.

Quanto à união estável, devemos lembrar que o Estatuto do Estrangeiro foi editado quando ainda não se admitia legalmente tal modalidade de família. Não resta dúvida, todavia, que, com a equiparação da união estável ao casamento, como vínculos constitutivos de uma família, essa sim protegida pelo Estado, pelo art. 226, § 3º, da Constituição da República, nenhuma diferenciação deve ser feita quanto à inviabilidade de expulsão. Nesse sentido, a Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração nº 77/08, em seu art. 1º, c.c. Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração nº 36/99, art. 2º, IV, que reconhece o convivente de cidadão brasileiro como dependente legal para a concessão de visto permanente.

Frise-se que, diante do art. 226 da Constituição da República, qualquer ato que impeça a permanência legal de estrangeiro que convive em união estável no Brasil, sem fundamentação plausível – isto é, também constitucional – está eivado de nulidade, ofendendo o direito fundamental à reunião familiar.

## 6.2 Da proteção à criança

O art. 75, II, do Estatuto do Estrangeiro é claro ao dispor que:

“não se procederá à expulsão: (...)

II – quando o estrangeiro tiver:(...)

b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente”.

Nesse contexto, a interpretação possível do art. 75 do Estatuto do Estrangeiro, em consonância com a Constituição de 1988, só pode ser aquela que protege a família, a criança e o adolescente. Assim, as limitações aos impedimentos de expulsão constantes da L. 6.815/80 não mais se justificam quando interpretados à luz dos arts. 226 e 227 da Constituição da República, que, respectivamente, consagra a família como base da sociedade e garante-lhe proteção especial por parte do Estado, e que assegura à criança e ao adolescente a absoluta prioridade e a proteção integral de seus direitos, impositivos à família, à sociedade e ao Estado.

Aliás, os princípios da prioridade absoluta, da proteção integral e do reconhecimento da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, assegurados pelos arts. 1º, 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, podem ser resumidos no princípio do melhor interesse do infante.

Assim, Estado, família e sociedade devem sempre assegurar o melhor interesse da criança, que não se limita apenas aos aspectos econômicos, mas que também engloba, com muito mais importância, os aspectos psicológicos e afetivos.

Destarte, havendo descendência brasileira, não se pode simplesmente expulsar o estrangeiro, ainda que o filho dele não dependa economicamente, pois o critério financeiro já não é o norteador das relações filiais, como era no revogado Código de Menores de 1927. A única medida que atende o interesse do infante é a manutenção de seu pai em território pátrio, ainda mais justificável quando mantêm estreitos vínculos afetivos.

Outro não é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, que firmou posicionamento resguardando os interesses da criança e do adolescente em casos de expulsão:

“HABEAS CORPUS. EXPULSÃO. FILHO NASCIDO E REGISTRADO APÓS O FATO CRIMINOSO. LEI Nº 6.815/80, ART. 75, § 1º. DEPENDÊNCIA SÓCIO-AFETIVA. FATOR IMPEDITIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCEDER PROGRESSÃO DE REGIME.

1. A Constituição de 1988, de natureza pós-positivista e principiológica, tutela a família, a infância e a adolescência, tudo sob o pálio da dignidade da pessoa humana, fundamento jus-político da República.

2. Deveras, entrevedo a importância dos laços sócio-afetivos incorporou a família estável, fruto de união espontânea.

3. Sob esse enfoque, inegável que a família hoje está assentada na paternidade sócio-afetiva por isso que, absolutamente indiferente para a manutenção do filho junto ao pai alienígena, a eventual dependência econômica; posto se sobrepor a dependência moral-afetiva.

4. Sob esse ângulo, escorrito o entendimento desta Corte de que: *“A vedação a que se expulse estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas um outro de maior relevo, qual seja, do de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos, pelo filho.”* (HC 22446/RJ, 1ª Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 31.03.2003).

5. Essa deve ser a leitura principiológica da Súmula n.º 01 do E. STF e da Lei n.º 6.815/80, exurgente em ambiente ideologicamente diverso daquele que norteou a Carta Magna de 1988.

6. Deveras, na ponderação dos interesses em tensão, há sempre de prevalecer a hodierna doutrina do *best interest of the child*.

7. A pretensão relativa à progressão do regime escapa à competência *ratione materiae* desta Seção.

8. Ordem parcialmente concedida para os fins de impedir a expulsão do estrangeiro. Agravo Regimental prejudicado” (STJ – HC 32756/DF – 1ª Seção – Rel. Luiz Fux – j. 23.04.2004 – DJ 22.05.2006, p. 137).

**“HABEAS CORPUS . EXPULSÃO. FILHO NASCIDO E REGISTRADO APÓS O FATO CRIMINOSO. LEI Nº 6.815/80, ART. 75, § 1º. DEPENDÊNCIA SÓCIO-AFETIVA. FATOR IMPEDITIVO.**

1. O ordenamento constitucional, de natureza pós-positivista e principiológica, tutela a família, a infância e a adolescência, tudo sob o pálio da dignidade da pessoa humana, fundamento jus-político da República.
2. Deveras, entrevendo a importância dos laços sócio-afetivos incorporou a família estável, fruto de união espontânea.
3. Destarte, inegável que a família hoje está assentada na paternidade sócio-afetiva por isso que, absolutamente indiferente para a manutenção do filho junto ao pai alienígena, a eventual dependência econômica; posto se sobrepor a dependência moral-afetiva.
4. Deveras, é assente na Corte que: *“A vedação a que se expulsa estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas um outro de maior relevo, qual seja, do de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos, pelo filho. “ (HC 22446/RJ, 1ª Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 31.03.2003).*
5. Nesse sentido, a leitura principiológica da Súmula n.º 01 do E. STF e da Lei n.º 6.815/80, exsurgente em ambiente ideologicamente diverso daquele que norteou a Carta Magna de 1988.
6. Deveras, a Corte, a partir do HC 38.946/DF, julgado em 11.05.2005, publicado em 27.06.2005, exteriorizou: *“Quando do julgamento do HC nº 31449/DF, o eminente Ministro Teori Albino Zavascki, inaugurou uma interpretação mais ampla ao tema em face da legislação superveniente (Constituição Federal e ECA), concluindo pela proibição do afastamento de estrangeiro, não apenas quanto à questão de ordem material e econômica, mas sobretudo ante a prevalência do interesse da criança em dispor da assistência afetiva e moral, assim dispondo: “A norma transcrita foi introduzida pela Lei 6.964, de 09/12/81 e deve ser interpretada em consonância com a legislação superveniente, especialmente com a CF/88, a Lei 8.069 (ECA), de 13.07.90, bem como, as convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. A partir dessas inovações legislativas, a infância e a juventude passaram a contar com proteção integral, que as insere como prioridade absoluta, garantindo, entre outros, o direito à identidade, à convivência familiar e comunitária, à assistência pelos pais”. Ainda que existência de filho brasileiro havido posteriormente ao ato delituoso e ao decreto expulsório, como no caso em exame, em face da nova interpretação mais avançada acerca do tema, importa em reconhecer a preservação da tutela do interesse da criança, tudo em consonância com o que dispõe o ECA e a Constituição Federal. Restringir-se à limitação temporal do § 1º do art. 75 do Estatuto do Estrangeiro é*

*fazer tabula rasa do ordenamento jurídico vigente em que se pauta pela preservação do interesse não apenas econômico, mas, sobretudo, afetivo da criança.”*

7. Outrossim, na ponderação dos interesses em tensão, há sempre de prevalecer a hodierna doutrina do *best interest of the child*.

8. *In casu*, há provas nos autos de que o impetrante é pai de filha brasileira, fruto de união estável com mulher de mesma nacionalidade, por isso que o imputado já cumpriu a pena imposta pelo delito motivador do pleito de expulsão.

9. Ordem concedida para determinar a extinção do processo de expulsão, bem como para determinar a imediata soltura do paciente” (STJ – HC 43.604/DF – 1ª Seção – rel. Luiz Fux – j. 10.08.2005 – DJ 29.08.2005, p. 139).

Isto é, o direito constitucional privado não privilegia mais a dependência econômica, mas a dependência sócio-afetiva.

Nesse sentido, um bom critério para definir se o alienígena que tem filho brasileiro pode ser expulso é a verificação de abandono do infante, previsto como causa permissiva para a expulsão pelo art. 75, § 2º, do EE. Assim, caso o estrangeiro perca o poder familiar, por decisão judicial transitada em julgado, não poderá deixar de ser expulso sob o fundamento da paternidade brasileira, já que, nesse caso, o melhor interesse do menor é o afastamento de seu pai de sua convivência.

## 7. Considerações acerca da nocividade

O art. 65 do EE preceitua que é passível de expulsão o estrangeiro que atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou a prática de conduta cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Como asseveramos no início, essa definição assaz ampla impede o reconhecimento efetivo por parte dos jurisdicionados de qual conduta seria passível de ser aplicada com a expulsão, ferindo o princípio da legalidade.

Especificamente quanto aos atos atentatórios da segurança nacional e da ordem política ou social, a L. 7.170/83 prevê os crimes contra esses bens jurídicos, podendo-se interpretar que são essas as condutas que ensejariam a expulsão do estrangeiro.

Quanto aos atos atentatórios à tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, esse mesmo critério já não parece adequado, posto que os crimes e contra-venções penais que visam proteger esses bens jurídicos são muito menos graves que aqueles da L. 7.170/83. Nestas hipóteses, portanto, é indispensável que se comprove a nocividade do estrangeiro.

Aliás, essa nocividade deve estar sobejamente demonstrada, não bastando generalizar a conduta do expulsando, e expulsá-lo, pelo simples fato de responder a um processo criminal. A gravidade abstrata do delito sequer é fundamento para o aumento da pena acima do mínimo legal, quanto mais para ensejar a expulsão do estrangeiro.

É imprescindível, pois, que se comprove a real nocividade do expulsando. Nesse sentido, a lição de Valerio de Oliveira Mazzuoli:

“Mas evidentemente que não é qualquer *procedimento* do estrangeiro que pode ser considerado ‘nocivo à conveniência e aos interesses nacionais’. Nocividade é um conceito complexo que exige uma interpretação atenta, ligada ao que dispõe o texto constitucional e as liberdades públicas, de onde se deduz que o direito de expulsar que o Estado tem não é absoluto. O Estado só pode proceder na medida se realmente ficar constatado que existem motivos sérios e suficientes que justifiquem a retirada do estrangeiro do território nacional”.<sup>7</sup>

Desse modo, inexistindo provas suficientes que demonstrem que o alienígena tenha atentado contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o tornou nocivo à conveniência e aos interesses nacionais, não se lhe pode decretar a expulsão, por analogia ao brocardo *in dubio pro reo*.

A discricionariedade para o ato administrativo de expulsão não pode ser entendida como arbitrariedade. Apenas quando comprovados os fatos ensejadores da expulsão é que a autoridade competente pode decidir sobre a conveniência e oportunidade da medida, decretando a expulsão ou arquivando o procedimento. Não havendo comprovação da nocividade do estrangeiro ou havendo dúvida razoável quanto a ofensa àqueles bens jurídicos explicitados no art. 65 do Estatuto do Estrangeiro, sequer caberá a análise acerca da conveniência e oportunidade da medida.<sup>8</sup> Outro não é o pensamento de José Francisco Rezek:

“A Lei não obriga o governo a deportar e expulsar. Permite-lhe que o faça à luz das circunstâncias, que podem variar segundo o momento político”.<sup>9</sup>

Sendo assim, na inexistência da comprovação da nocividade aos interesses nacionais e de ofensa concreta à segurança nacional, à ordem política ou social, à tranqüilidade ou moralidade pública e à economia popular, é inviável a expulsão. Esta sanção administrativa não é decorrência imediata da sentença penal condenatória. Nocividade não se confunde com cometimento de crime. Na prática, todavia, o que se vê é a decretação da expulsão de qualquer estrangeiro, a não ser que preenche estritamente os requisitos do art. 75 da EE. Tenha o indivíduo cometido um crime pouco grave, sem violência, ou tenha cometido um crime hediondo, o tratamento é sempre o mesmo, *expulsa-se sem a comprovação da nocividade*.

<sup>7</sup> *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2006, p. 413-4.

<sup>8</sup> Nesse sentido, o escólio de Valerio Oliveira Mazzuoli: “Trata-se de medida administrativa *discionária* e não de ato *arbitrário* do governo, como se poderia pensar à primeira vista. A diferença é que neste último não existem condições nem limites à atuação do Executivo, enquanto naquela (na medida discionária) o governo está condicionado às hipóteses previstas em lei, sendo o seu ato irrestrito tão-somente no que tange à conveniência e oportunidade da medida. A discionariedade é permissiva da medida, não estando o governo *obrigado* a procedê-la, mesmo nos casos em que todos os requisitos necessários à sua realização se façam presentes” (*Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2006, p. 412).

<sup>9</sup> *Curso elementar de direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 200.

Frise-se, ademais, que cabe à autoridade policial a comprovação da nocividade. Assim como no processo penal, a dúvida, o *non liquet*, favorece o expulsando. A este cabe, exclusivamente, o ônus da prova em relação aos fatos que alegar, via de regra, a paternidade de filhos brasileiros e o casamento ou união estável.

## 8. Conclusão

O instituto da expulsão, assim como todo o Estatuto do Estrangeiro, precisa ser revisto, interpretado à luz da Constituição da República, dos tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, e da realidade mundial.

A legislação sobre estrangeiros – e isso não é um privilégio nacional, mas uma prática mundial – ainda está muito aquém da realidade de um mundo globalizado. Enquanto mercadorias, serviços e informações têm seus trânsitos cada vez mais desimpedidos, as barreiras para as pessoas têm-se recrudescido, fruto do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 e da conduta xenófoba européia causada – indevidamente, diga-se – pelo crescente desemprego. Enquanto bens e produtos são livremente comercializados, impede-se o ingresso de tal ou qual indivíduo, não em razão de um seu comportamento anterior, mas pelo simples fato de ter uma determinada nacionalidade.

No Brasil, não é diferente. A atual política para estrangeiros tem origem na ditadura militar, extremamente rígida e discriminatória quanto ao ingresso e permanência dos alienígenas no país. O que espanta é, vinte anos após a edição da Constituição de 1988, permanecem as mesmas interpretações e aplicações do Estatuto do Estrangeiro, em muitas situações, como se no regime militar ainda vivêssemos. Especificamente quanto à expulsão, permite-se que um indivíduo seja expulso com base em um texto por demais abstrato, que prevê várias condutas, mas, na verdade, não descreve conduta nenhuma.

Parcela de responsabilidade deve-se ao Judiciário e aos operadores do direito. Enquanto as ilegalidades não forem levadas ao Judiciário, e enquanto este não exercer seu papel, os estrangeiros, e em especial os expulsandos, permanecerão sendo tratados como inimigos do Estado, como em um regime de exceção.

Um Estado que historicamente acolheu todos os povos que para cá imigraram e que ajudaram a construir a cultura e a identidade nacionais, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e que tem por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF), não pode tratar os estrangeiros de maneira discriminatória como o faz.

## 9. Bibliografia

GRINOVER, Ada Pellegrini; *et alli*. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

REZEK, José Francisco. *Curso elementar de direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2002.

# DA REVALORAÇÃO DAS PROVAS E OS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Fernando Levin Cremonesi \*

## 1. Introdução

Primeiramente, é de suma importância esclarecer que os recursos extraordinário e especial visam, antes de tutelar o direito subjetivo do demandante, uniformizar as questões de direito, respectivamente, aquelas surgidas a respeito da aplicação ou da interpretação da Constituição e da legislação infra-constitucional. À vista disso, não se discute, em sede de apelo excepcional, matéria de fato ou a apreciação feita pelo Tribunal inferior a partir da prova dos autos (Súmula 279 do STF e Súmula 7 do STJ).

Entretantes, em casos vários, a própria jurisprudência vem fazendo distinções que possibilitam, no meu entender, *data venia*, a mitigação destes conceitos. Neste diapasão, enfrentamos caso concreto, em que interpusemos recurso especial por negativa de vigência ao inciso VI do art. 386 do Caderno Processual Penal, por não existir prova suficiente para a condenação.

Como corolário, surge a seguinte indagação: a vedação do reexame probatório não impediria, especificamente, o recurso especial por negativa de vigência ao citado inciso VI do art. 386 do CPP e, por conseguinte de todas as normas que dispõem sobre a prova?

## 2. A prova e sua função no processo

A doutrina moderna, após o predomínio da verdade real, que denota nítidos traços de inquisição, tenta redefinir a prova e sua função num processo em dialética, sob a égide do contraditório e ampla defesa. Vejamos a evolução.

A definição clássica de prova, como demonstrado por Marinoni, liga-se diretamente àquilo que *"atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente"*<sup>1</sup>.

Partindo-se do pressuposto da busca da verdade real, deve o juiz almejar, dentro do processo, a reconstituição dos fatos e, sendo assim, aplicar a norma jurídica ao caso concreto, através de mero exercício de subsunção, disciplinando-o na forma tipificada pelo legislador<sup>2</sup>.

Todavia, mudou o direito de paradigma, entendendo-se impossível a reconstrução de um fato no passado, nos estritos termos em que aconteceu, mesmo porque sempre

\* Defensor Público da União de Primeira Categoria no Distrito Federal

<sup>1</sup> Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1.656, vocábulo "prova".

<sup>2</sup> É nas palavras de Montesquieu, *la bouche de la loi*, cuja função é exclusivamente, dizer a intenção da lei sobre o caso concreto.

haverá de receber interpretações subjetivas das pessoas, tanto das testemunhas e das partes, como do próprio juiz, vez que tais valorações são inerentes ao ser humano<sup>3</sup>.

Por outro lado, o legislador ao disciplinar o moderno processo, em verdadeira ponderação de valores, impôs limites à produção da prova, rendendo homenagens aos direitos e garantias fundamentais<sup>4</sup>.

Exsurge da evolução do direito e da legislação processual, novo conceito de prova, mesmo porque, segundo Robert Alexy, “a verdade é algo necessariamente provisório, apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso, e para uma situação específica concreta<sup>5</sup>”.

Enfim, hodiernamente, consoante ensinamentos de Marinoni, prova “é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação feitas no processo<sup>6</sup>”.

### 3. Do conceito do reexame probatório e da sua distinção da mera reavaliação de provas

Como asseverado, os apelos excepcionais não têm o condão de reexaminar a causa, apenas permitindo a solução da questão de direito, ora apontada. Consectário lógico é a vedação do reexame probatório, consagrado nos Enunciados 7 do STJ e 279 do STF<sup>7</sup>.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a dificuldade entre a distinção entre matéria de fato e matéria de direito, pelo que Mancuso faz a seguinte ponderação:

*“Ocorre que nem sempre é fácil traçar as fronteiras entre o que é matéria de fato e o que é matéria jurídica. E, ao que se colhe dos esforços da doutrina e da jurisprudência a esse respeito, possivelmente o critério preferível reside na aferição,*

<sup>3</sup> Conclui, nesse sentido, Rui Portanova (Motivações Ideológicas da Sentença, 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994) que assim discorre sobre a motivação pessoal para a sentença judicial: “as contradições, os exageros, ou as omissões das testemunhas podem embasar com alguma objetividade o convencimento judicial: fora disso, os motivos pessoais do juiz para considerar um fato, uma prova ou um direito como relevantes para o provimento ou não da demanda são pouco perscrutáveis. São motivações pessoais: interferências (psicológicas, sociais, culturais), personalidade, preparação jurídica, valores, sentimentos, justiça, percepção da função, ideologia, estresse, remorsos, intelectualização” (op.cit., p.16).

<sup>4</sup> “A formação do convencimento judicial é, de fato, condicionada não apenas pelas regras que lhe impõem valorar de um certo modo as resultantes instrutórias, mas também por aquelas que fazem ter como inadmissíveis determinadas fontes de conhecimento (por exemplo, a ciência privada, o testemunho etc.) ou mesmo que impõem o respeito de determinadas modalidades de assunção, de tal forma que as provas formadas sem o respeito de tais limites ou modalidades devem compreender-se ilegítimas ou como consequência, segundo a opinião mais usual, ineficaz” (VERDE, Giovanni. “Prova (diritto processuale civile)”. In Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1988. vol. 37, p. 590).

<sup>5</sup> (ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 302-303).

<sup>6</sup> Marinoni, Luiz Guilherme, Manual do Processo de Conhecimento, pg. 261, 4ª Ed., Editora RT.

<sup>7</sup> STF, Súmula n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. STJ, Súmula n. 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

*in specie, sobre qual dos aspectos apresenta-se predominante: se o fático ou jurídico, até, porque, como se sabe ex facto oritur jus. No ponto, Teresa Arruda Alvim Wambier: "Parece-nos que a questão será predominantemente fática do ponto de vista técnico, se, para que se redecida a matéria, 'houver necessidade de se reexaminarem provas', ou seja, 'de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido, em função da análise do material probatório produzido".*

E completa mais adiante:

"A matéria de fato, que fica excluída do âmbito do extraordinário, é aquela cujo conhecimento pelo STF apenas levaria a um reexame de prova, ou seja: aqueles casos em que não se perscruta o interesse no contraste entre o decisum recorrido e um texto constitucional<sup>8</sup>".

Tal problema acarreta conseqüências na delimitação do conceito de "reexame de provas", sendo que, para seu deslinde, Marinoni aduz que:

*"O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas<sup>9</sup>".*

Então, por conseguinte, faz o aludido jurista a seguinte distinção entre reexame probatório da valoração dos critérios jurídicos da prova:

*"Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou iii) para o uso de certo procedimento, iv) do objeto da convicção, v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções, ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiam os raciocínios presuntivo, probatório e decisório<sup>10</sup>".*

<sup>8</sup> Recurso Extraordinário e Especial, Rodolfo de Camargo Mancuso, Editora RT, 7ª edição, pg 124-125.

<sup>9</sup> Luiz Guilherme Marinoni in "Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário", publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba-número 35, págs. 128/145.

<sup>10</sup> Luiz Guilherme Marinoni in "Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário", publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba-número 35, págs. 128/145.

No passo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, constatando a complexidade na diferenciação entre matéria de fato e questão de direito, cria, então, distinção entre reexame do conjunto probatório e mera reavaliação da prova, asseverando que:

“A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes)<sup>11</sup>; A reavaliação da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial<sup>12</sup>.

Em conclusão, enquanto no reexame probatório ocorre verdadeira incursão no conjunto probatório, sendo, portanto, vedado em sede destes apelos, a mera reavaliação de provas dá-se quando os dados estão explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, o que denota erro de direito, porquanto há má aplicação das regras jurídicas. Vejamos:

A reavaliação da prova especificamente admitida e delineada no acórdão recorrido não implica em reexame vedado na instância incomum. O equívoco, evidenciado no julgado, sobre critério de apreciação do material cognitivo, ferindo regras jurídicas ou, então, de experiência é “error iuris” e não “error facti<sup>13</sup>”.

#### 4. Do delineamento e das hipóteses da mera reavaliação de provas

Vimos, então, que é possível a reavaliação de provas em sede de recurso especial, que é instituto distinto do reexame probatório, sendo assim, é mister o delineamento do aludido conceito.

Consoante a posição do Superior Tribunal de Justiça, ocorre a reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido quando, para que se possa em tese examinar as pretensões ventiladas pelos recorrentes, bastar a mera releitura dos fatos delineados no acórdão atacado, sendo dispensável compulsar os autos<sup>14</sup>.

Neste diapasão, impende salientar que o Tribunal da Cidadania entendeu existir mera reavaliação, nos seguintes casos, a seguir relacionados:

1) O “princípio do livre convencimento”, que exige fundamentação concreta, vinculada à prova dos autos, não se confunde com o “princípio da convicção íntima”. Viola o disposto no art. 386, inciso VI do CPP, o reconhecimento de dúvida ou de “non liquet”, aonde, de plano, pela prova especificamente admitida no próprio acórdão, e havida como suficiente, tal situação inexist<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> REsp 878.334/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05.12.2006, DJ 26.02.2007 p. 639.

<sup>12</sup> REsp 757.127/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15.12.2005, DJ 06.03.2006 p. 435.

<sup>13</sup> REsp 184.156/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01.10.1998, DJ 09.11.1998 p. 161.

<sup>14</sup> REsp 1004990/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28.02.2008, DJ 14.04.2008 p. 1.

<sup>15</sup> REsp 184.156/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01.10.1998, DJ 09.11.1998 p. 161.

2) “A questão do momento consumativo do crime de roubo é por demais conhecida desta Corte Superior, não se tratando, nos autos, de reexame de provas, mas sim de valoração jurídica de situação fática incontroversa. O aresto impugnado assim ressaltou a perda da posse da res pela vítima e a cessação da violência: “Conforme pode ser percebido, o agente foi detido por policiais militares instantes após a ocorrência do fato, vez alertados por populares e pela própria vítima.” Neste ponto, evidencia-se a desnecessidade de reexame de fatos e provas, mas apenas a reavaliação de fatos descritos no acórdão a quo e, portanto, legitimados pelo contraditório”<sup>16</sup>.

3) Constitui valoração, e não reexame de provas, a verificação do acervo probatório dos autos com vistas a confirmar o alegado exercício de atividade rurícola. Precedente da Terceira Seção<sup>17</sup>.

4) “EMENTA PENAL. PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. HOMICÍDIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. REVALORAÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. PRONÚNCIA. APLICAÇÃO DO BROCARDO IN DUBIO PRO SOCIETATE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DO DOLO EVENTUAL. DÚVIDA NÃO CARACTERIZADA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA QUE SE IMPÕE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. A pronúncia do réu, em atenção ao brocardo in dubio pro societate, exige a presença de contexto que possa gerar dúvida a respeito da existência de dolo eventual. Inexistente qualquer elemento mínimo a apontar para a prática de homicídio, em acidente de trânsito, na modalidade dolo eventual, impõe-se a desclassificação da conduta para a forma culposa”<sup>18</sup>.

5) “CRIMINAL. RESP. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO EM SEGUNDO GRAU. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVO. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que o Juízo sentenciante se valeu, primordialmente, da palavra da vítima - menina de apenas 8 anos de idade, à época do fato -, e do laudo psicológico, considerados coerentes em seu conjunto, para embasar o decreto condenatório. II. Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. Precedentes”<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> AgRg no REsp 859.952/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 27.05.2008, DJ 09.06.2008 p. 1

<sup>17</sup> AgRg no REsp 880.902/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15.02.2007, DJ 12.03.2007 p. 329.

<sup>18</sup> REsp 705.416/SC, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 23.05.2006, DJ 20.08.2007 p. 311, REPDJ 27.08.2007 p. 298.

<sup>19</sup> REsp 700.800/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22.03.2005, DJ 18.04.2005 p. 384.

6) A situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula 07 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na formação de nova convicção acerca dos fatos, mas sim de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, ante a distorcida aplicação pelo Tribunal de origem de tese consubstanciada na Responsabilidade Civil do Estado, por danos materiais e morais, decorrente do falecimento de vítima, ocasionado por errôneo planejamento de ação policial, que impõe a inversão do onus probandi. (...) “O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial, viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas. Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou iii) para o uso de certo procedimento; iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório”.(Luiz Guilherme Marinoni in “Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário”, publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba-número 35, págs. 128/145) (...) Entendimento doutrinário no sentido de que “não há como confundir exame de prova para a formação da convicção de verossimilhança com redução das exigências de prova para a procedência do pedido ou para a inversão do ônus da prova na sentença. Decidir sobre a inversão do ônus da prova requer a consideração do direito material e das circunstâncias do caso concreto, ao passo que a formação da convicção nada mais é que a análise da prova e dos demais argumentos. Inverter o ônus da prova não está sequer perto de formar a convicção com base nas provas. Assim, o recurso especial pode afirmar que a decisão que tratou do ônus da prova violou a lei, o que evidentemente não requer o reexame das provas.” (grifou-se) (Luiz Guilherme Marinoni in “Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário”, publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba-número 35, págs. 128/145) 13. A Constituição Federal não assegura a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI) de modo absoluto, inserindo, no rol das exceções à garantia, o caso de flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou determinação judicial, inócurrentes na presente hipótese. Destarte, esta Corte, apesar de adstrita a averiguação de ofensa à legislação federal infraconstitucional dentro dos estreitos limites da indicação feita por parte do recorrente,

não está com isto impedida de aplicar o direito à espécie. Esta é justamente a ratio do art. 257 do RISTJ, in verbis: “Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”<sup>20</sup> (grifo nosso).

7) Ao Tribunal a quo não é dado valer-se apenas de conhecimentos pessoais do julgador, de natureza técnica, para dispensar a perícia, elemento probatório esse indispensável à comprovação do grau de lesão e da redução da capacidade laborativa do acidentado. A matéria não está atrelada ao exame de provas, cuja análise é afeta às instâncias ordinárias, mas sim à reavaliação do conjunto probatório dos autos, razão pela qual não há falar em incidência, à espécie, da Súmula 7/STJ <sup>21</sup>.

Por outro lado, entendeu aquele Tribunal não serem hipóteses de reavaliação de provas as seguintes:

*1) A análise de eventual ofensa ao art. 386, IV e VI, do CPP, neste caso, implicaria em revolvimento de material fático-probatório, vez que as provas especificamente admitidas no acórdão a quo não permitem qualquer dúvida quanto à correção do julgado <sup>22</sup>*

*2) Na hipótese dos autos, tanto o recurso especial interposto pelo Parquet que busca a condenação do recorrido como incurso nas sanções do art. 302, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 9.503/97, por entender que restou cabalmente comprovada a culpa do recorrido, como o apelo nobre manejado pela defesa que almeja demonstrar que a omissão de socorro à vítima se deu em razão de justa causa, extrapolam os limites de apreciação do material fático-probatório na via eleita, uma vez que reclamam, um e outro, a análise de dados que não restaram discutidos no objurgado acórdão. Incide, portanto, o enunciado da súmula nº 7 desta Corte. Frise-se que o caso que se apresenta não se confunde com a situação na qual se teria a reavaliação da prova, procedimento este admitido na via eleita. Isso porque, para que se possa, em tese, examinar as pretensões ventiladas pelos recorrentes não bastaria a releitura dos fatos delineados no v. acórdão atacado, mas seria indispensável compulsar os autos a fim de verificar se as provas neles constantes sustentariam a conclusão almejada por cada recorrente<sup>23</sup>.*

<sup>20</sup> REsp 737.797/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.08.2006, DJ 28.08.2006 p. 226.

<sup>21</sup> AgRg no Ag 892.012/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30.10.2007, DJ 26.11.2007 p. 262.

<sup>22</sup> AgRg no Ag 850.447/GO, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 11.03.2008, DJ 31.03.2008 p. 1.

<sup>23</sup> REsp 1004990/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28.02.2008, DJ 14.04.2008 p. 1.

3) A questão nodal acerca da verificação da existência, ou não, dos pressupostos para a concessão do provimento cautelar (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*), constitui matéria de fato e não de direito, o que não se coaduna com a via estreita da súplica excepcional. Na via Especial não há campo para revisar entendimento de 2º Grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal (Súmula nº 07/STJ)<sup>24</sup>.

4) *Aferir-se a existência ou não de direito líquido e certo a amparar a agravante ensejaria necessariamente o inviável revolvimento do conjunto fático-probatório e não a mera reavaliação da prova, esta, sim, cabível nesta Corte* <sup>25</sup>.

5) Pleito de desclassificação do crime de roubo da forma consumada para a tentada e de abrandamento do regime prisional imposto na condenação. Tendo as instâncias ordinárias, as quais têm ampla liberdade de conhecimento do material fático-probatório, restado convencidas do exaurimento do crime de roubo, torna-se impossível a reavaliação, em sede de habeas corpus, dos referidos elementos de convencimento<sup>26</sup>.

6) O mandado de segurança reclama prova pré constituída. Inviável em sede mandamental, qualquer incursão quanto a reavaliação da prova já existente<sup>27</sup>.

## 5. Da crítica à falta de critérios do Superior Tribunal de Justiça

Importa ressaltar, neste diapasão, a falta de critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, na análise dos casos para fins de distinção entre reexame e reavaliação.

Vejamos o RESP 268.249/DF que apresenta o acórdão a seguir transcrito:

*“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REVALORAÇÃO DE PROVA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS. NOVO CERTAME. PRETERIÇÃO.*

I – A denegação da ordem sem fundamentação satisfatória, apenas sob o argumento de que os fatos não restaram comprovados de plano, quando há nos autos documentação suficiente e idônea a embasar a concessão da ordem, mostra-se arbitrária e ofensiva ao disposto no art. 1º da Lei 1.533/51.

<sup>24</sup> AgRg no REsp 925.902/PE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.06.2007, DJ 02.08.2007 p. 421.

<sup>25</sup> AgRg no REsp 700.943/AL, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08.11.2005, DJ 05.12.2005 p. 370.

<sup>26</sup> HC 36.494/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07.12.2004, DJ 09.02.2005 p. 208.

<sup>27</sup> RMS 9.143/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26.10.1999, DJ 22.11.1999 p. 168.

II – Havendo candidatos aprovados no concurso mas ainda não aproveitados pela Administração, a abertura de novo certame, quando ainda válido o anterior, caracteriza-se como ofensiva ao direito dos candidatos remanescentes, que têm direito de preferência sobre os aprovados na nova disputa. Recurso conhecido e provido.”

O Ministro FÉLIX FISCHER, em seu voto, como Relator, assim decidiu:

*“A quaestio é iuris e não facti. Trata-se, in casu, de hipótese de reavaliação do que foi apreciado e não do vedado reexame do material cognitivo(ex vi Súmula nº 07-STJ).”*

Pedimos *venia*, então, para apresentar a seguinte lição do Professor José Emílio Medauar Ommati<sup>28</sup>:

“Mas, será que o Ministro teria razão? Será que é possível hoje admitirmos a distinção entre questões de fato e questões de direito? Será que para aplicarmos corretamente o direito não devemos necessariamente analisar os fatos? No caso em si, em que o recorrente alegava ter sido preterido na ordem de chamada de concurso público, fato esse desconsiderado pelas instâncias inferiores, não estaria o Ministro, para deferir o recurso, analisando, reexaminando a matéria probatória, dando um valor diferenciado ao que foi dado pelas instâncias inferiores? Para o Relator, não. Contudo, em seu voto, o Relator, foi obrigado a reexaminar a prova produzida. Nesse sentido, consta de seu voto:

*“Da análise dos documentos acostados à inicial, observa-se que o impetrante demonstrou ter sido aprovado em 29º lugar para o cargo de Procurador Autárquico no Rio de Janeiro (fls. 32-33). Dos aprovados, foram nomeados os classificados até o 17º lugar (fls. 35, 36, 37 e 40) para vagas no Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER e Departamento Nacional de Produção Mineral. O concurso teve seu prazo de validade prorrogado por um ano a partir de 7 de novembro de 1995, mediante Portaria 1.075, de 10/10/95, do Ilmo. Sr. Diretor de Administração e Finanças do DNER (fls. 44). A Portaria 1.075 foi tornada sem efeito por ato da Exma. Sra. Ministra da Administração Federal e Reforma do Estado (D.O.U. de 27/10/95 – fls. 45). [...]*

Posteriormente, em 02/07/96, foi publicado o Edital nº 1/96, pelo Ilmo. Sr. Diretor de Recursos Humanos do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (autoridade impetrada), abrindo o concurso para o cargo de Procurador Autárquico do INSS, com previsão de vinte vagas para o Rio de Janeiro (fls. 62). Esse foi o ato impugnado no mandado de segurança. O impetrante sustentou, em síntese, a

<sup>28</sup> José Emílio Medauar Ommati Panóptica, ano 1, n. 5 93 CRÍTICA À DISTINÇÃO ENTRE REEXAME E REVALORAÇÃO DE PROVA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

tese de que a abertura de novo certame quando ainda válido o anterior, implicou em ofensa ao direito dos candidatos aprovados mas ainda não nomeados.

Todos esses fatos foram devidamente comprovados pelo impetrante, que juntou documentação clara e suficiente nos autos.<sup>29</sup>

Mas, para o Ministro Félix Fischer chegar a essas conclusões, ele não foi obrigado a “revolver”, como gostam de afirmar os próprios membros do Tribunal, a matéria probatória? Ou seja, não teria ele realizado reexame de prova?

Ora, aqui o Relator se negou a realizar esse “amplo cotejo” das provas, como ele mesmo diz, não se negando, no entanto, a também realizar esse trabalho no caso citado anteriormente. Qual o fundamento para se realizar um “amplo cotejo” das provas em um caso e não em um outro? Percebe-se, desde já, que a distinção traçada pelo STJ entre reavaliação e reexame de prova é por demais frouxa, sem critério, para ser utilizada como mecanismo de não conhecimento de recursos especiais, deixando à boa vontade dos Ministros o momento de análise de casos levados a julgamento ao Tribunal”.

No ponto, então, erige-se, em *vexata quaestio*, a situação em que existe omissão na análise de determinado documento essencial para o julgamento, que, até então, passou despercebido. Apesar de parecer hipótese inexistente, já a enfrentamos, quando nos deparamos com julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que negou pensão temporária, pelo fato do benefício possuir termo final aos 21 anos de idade do titular. No entanto, no caso concreto, havia sido juntado aos autos o documento de identidade do beneficiário, comprobatório da idade de 20 (vinte) anos à época.

Contra a aludida decisão, opusemos embargos de declaração com pedido de efeitos infringentes, por haver mero erro material, colhendo-se, para tanto, os seguintes fundamentos:

*Não há se confundir erro de fato, cujo conhecimento requer o reexame de prova, com o simples erro material, cuja existência justifica correção do acórdão via embargos declaratórios.* No caso de erro de fato, o recurso de embargos de declaração, “não constitui sucedâneo da ação rescisória, não sendo, pois, sede própria para a reapreciação da prova dos autos” (RT 643/224-226). O erro material é erro causado pela falta de atenção. Se o magistrado declara que nos autos existe um documento que não existe ou declara que o documento não existe e o documento existe, haverá erro material. Conquanto a jurisprudência tenha admitido embargos de declaração para corrigir erro material, isto é o erro evidente, com repercussão infringente no julgado, desde à época do extinto - TFR (RTFR 151/201) e agora com o *Superior Tribunal de Justiça* (“Quando, por exemplo, o acórdão de apelação tenha se descuidado da questão principal do processo, esquecendo-se de examinar a prova produzida, os embargos podem

<sup>29</sup> RESP 298.438/SP, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, j. 06/03/2001, p. DJ 26/03/2001.

*ter efeito modificativo do julgado* (STF - 3ª, Turma, sg. 19.937 - PR - AgReg. Rel. Min. Nelson Naves, j. 25.5.92, DJU 15.6.92, p. 9.266), não foi objeto de pedido implícito ou expresso nos primeiros embargos concessão de efeito infringente ao recurso em decorrência de erro material. (EEEIAC 1999.01.00.105879-0/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Terceira Seção, DJ de 21/02/2003, p.09)".

Vamos supor que os embargos de declaração não lograssem êxito e fosse manejado Recurso Especial. No caso, o Superior Tribunal de Justiça, provavelmente, não o conheceria, por entender que estaria revolvendo matéria fática, ao analisar o documento juntado, devido ao conceito de reavaliação probatória adotado.

Entretanto, discordamos da interpretação restritiva dada à reavaliação de provas pelo aludido Tribunal, que entende estar o instituto delimitado aos dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, sob pena de extrapolar os limites de apreciação do material fático-probatório na via eleita, portanto, não podendo compulsar os autos a fim de verificar se as provas neles constantes sustentariam a conclusão almejada por cada recorrente.

Com a devida *venia*, revalorar provas não significa instaurar nova discussão sobre as provas trazidas aos autos, mas apenas a correta aplicação dos critérios legais regentes da prova, consoante os elementos probatórios já postos. Portanto, é possível o exame da prova constante dos autos.

Com efeito, a reavaliação da prova não pode ficar adstrita à releitura de fatos descritos no decisório, sob pena de violação ao devido processo legal, na vertente processual, mesmo porque o recorrente tem direito ao julgamento de acordo com as provas lícitas do processo. Nessa linha:

*"São manifestações da cláusula do devido processo legal, em sentido processual, garantir-se aos litigantes: acesso à justiça (direito de ação e defesa), igualdade de tratamento, publicidade dos atos processuais, regularidade de procedimento, contraditório e ampla defesa, realização de provas, julgamento por juiz imparcial (natural e competente), julgamento de acordo com provas obtidas licitamente, fundamentação das decisões judiciais etc. (v. tb. Celso de Mello, RT 526/928; Celso de Mello, Const. Fed. Anotada, 441; Grinover, As garantias const., 40; Grinover, Pric. 133; Nery, Princ., 5, 34 e ss.; Teixeira, RP 53/81). Qualquer desatendimento das garantias aqui enumeradas, significa ofensa ao princípio do devido processo legal, como, por exemplo, a determinação pelo juiz de apresentação conjunta de memoriais, quando o correto é a apresentação sucessiva, primeiro pelo autor, depois pelo réu (CPC 454) (Tucci-Tucci, RT 662/24)<sup>30</sup>."*

<sup>30</sup> Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Federal Extravagante", 7ª Edição, Editora RT, 2003, p. 131.

Ademais, a moderna interpretação do direito não adota a já ultrapassada distinção entre questões de fato e questões de direito; ao contrário, atualmente, exige-se uma interpretação dialética entre fato-valor-norma, o que nos reconduz à teoria tridimensional de Miguel Reale. Vejamos:

“Em suma, o termo “tridimensional” pode ser compreendido como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático axiológica, podendo a norma, por sua vez, converter-se em fato, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas. Desse modo, quer se considere a experiência jurídica, estaticamente, na sua estrutura, quer em sua funcionalidade, ou projeção histórica, verifica-se que ela só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciado-se nas regras de direito toda a gama de valores, interesses e motivos de que se compõe a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da “praxis social”, mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente<sup>31</sup>.

À guisa de conclusão, formamos nossa opinião no sentido de que os Tribunais Superiores têm por escopo uniformizar as questões de direito prequestionadas e, para tanto, devem analisar a prova colhida nos autos do processo, no bojo de recursos especiais.

## **6. Da proposta de um novo conceito de reavaliação de prova e das conclusões finais**

Voltamos, então, à indagação inicial: a vedação do reexame probatório não impediria, especificamente, o recurso especial por negativa de vigência ao citado inciso VI do art. 386 do CPP e, por conseguinte, de todas as normas que dispõem sobre a prova?

Como é cediço, a proibição do reexame probatório é requisito, criado pelos Tribunais, que impede o conhecimento dos recursos especial e extraordinário; não obstante, se, para a análise da questão de direito, bastar mera reavaliação de provas, é, sim, possível a interposição dos aludidos recursos.

Diante de tudo quanto foi exposto, entendemos que a interpretação conferida à reavaliação de provas pelo Superior Tribunal de Justiça não se coaduna com a justiça das decisões. No particular, assevera a referida Corte que, para que não se exorbitem os limites da análise do conjunto fático-probatório, a reavaliação de provas deve estar circunscrita aos elementos explicitamente suscitados no pronunciamento judicial objurgado.

Em sentido contrário, pensamos que revalorar não consiste em reabrir o debate sobre as provas carreadas, mas somente oportuniza a aplicação devida das normas

<sup>31</sup> Miguel Reale, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003, p. 75.

processuais vigentes, incidentes sobre os elementos probatórios já contraditados no caso. Portanto, entendemos ser possível que a prova seja submetida ao crivo da Corte *ad quem*, não em sede de reexame, este relativo a uma incursão fática, mas no bojo de uma reavaliação, que é análise normativa, ultrapassando-se, assim, os limites estreitos contidos no acórdão fustigado.

Com efeito, a mera análise dos elementos de prova colhidos realizados em sede de reavaliação, de modo a adequá-los aos parâmetros legais, não podemos olvidar, é questão de direito.

O próprio Supremo Tribunal Federal, inclusive, já mitigou a aplicação do Enunciado 279 de sua Súmula, ao asseverar a existência de casos que não são de simples apreciação de prova, sendo categórico ao afirmar que “*Se tratar de examinar o critério legal de valorização da prova, o caso não é de simples apreciação desta, de acordo com a Súmula 279 (RTJ 56/65)*” (RTJ 87/222, 92/250).

Por fim, adotamos conceito extensivo, no sentido de que revalorar provas é dever-poder do Judiciário, sob pena de *error in procedendo*, em sede dos recursos especial e extraordinário, de modo a proceder à correta aplicação dos critérios legais regentes da prova, consoante os elementos probatórios já postos, com o escopo de uniformização de questões de direito.

## 7. Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10520*: informação e documentação: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro: ABNT, 2002a.

\_\_\_\_\_. *NBR 6022*: informação e documentação: artigo em publicação periódica científica impressa: apresentação. Rio de Janeiro, ABNT, 2003a.

\_\_\_\_\_. *NBR 6023*: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2002b.

\_\_\_\_\_. *NBR 6024*: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2003b.

MARINONI, Luiz Guilherme: *Manual do Processo de Conhecimento*, 4ª Ed., Editora RT.

\_\_\_\_\_. “Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário”, publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba-número 35, págs. 128/145.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1.656, vocábulo “prova”.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 302-303

VERDE, Giovanni. “*Prova (diritto processuale civile)*”. In Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1988. vol. 37, p. 590

MANCUSO, Roldolfo de Carmago. *Recurso Extraordinário e Especial*. Editora RT, 7ª edição, pg 124-125.

PANÓPTICA, José Emílio Medauar Ommati. *Crítica à distinção entre reexame e reavaliação de prova jurisprudência do STJ*. Ano 1, n. 5 93.

JUNIOR, Nelson Nery Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. “*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Federal Extravagante*”, 7ª Edição, Editora RT, 2003, p. 131.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003, p. 75.

PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*, 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994;

Superior Tribunal Federal, Súmula n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”;

Superior Tribunal de Justiça, Súmula n. 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”;

BRASIL. STJ. *Rercurso Especial 878.334/DF*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 05.12.2006, DJ 26.02.2007 p. 639;

\_\_\_\_\_. *REsp 757.127/SP*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.12.2005, DJ 06.03.2006 p. 435;

\_\_\_\_\_. *REsp 184.156/SP*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 01.10.1998, DJ 09.11.1998 p. 161;

\_\_\_\_\_. *REsp 1004990/AC*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28.02.2008, DJ 14.04.2008 p. 1;

\_\_\_\_\_. *REsp 184.156/SP*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 01.10.1998, DJ 09.11.1998 p. 161;

\_\_\_\_\_. *REsp 1004990/AC*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28.02.2008, DJ 14.04.2008 p. 1;

\_\_\_\_\_. *RESP 298.438/SP*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/03/2001, p. DJ 26/03/2001;

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental no Recurso Especial 859.952/RS*, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/AM), Sexta Turma, julgado em 27.05.2008, DJ 09.06.2008 p. 1

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental no Agravo 850.447/GO*, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/AM), Sexta Turma, julgado em 11.03.2008, DJ 31.03.2008 p. 1.

\_\_\_\_\_. *AgRg no REsp 880.902/SP*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15.02.2007, DJ 12.03.2007 p. 329.

\_\_\_\_\_. *REsp 705.416/SC*, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 23.05.2006, DJ 20.08.2007 p. 311, REPDJ 27.08.2007 p. 298.

\_\_\_\_\_. *REsp 700.800/RS*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 22.03.2005, DJ 18.04.2005 p. 384.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 36.494/SP*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 07.12.2004, DJ 09.02.2005 p. 208.

\_\_\_\_\_. *Recurso em Mandado de Segurança 9.143/DF*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 26.10.1999, DJ 22.11.1999 p. 168.

\_\_\_\_\_. *REsp 737.797/RJ*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 28.08.2006 p. 226.

\_\_\_\_\_. *AgRg no Ag 892.012/SP*, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 30.10.2007, DJ 26.11.2007 p. 262.

\_\_\_\_\_. *AgRg no REsp 925.902/PE*, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 21.06.2007, DJ 02.08.2007 p. 421.

\_\_\_\_\_. *AgRg no REsp 700.943/AL*, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08.11.2005, DJ 05.12.2005 p. 370.

# A SUPREMACIA DA AUTODEFESA

## Os limites da defesa técnica no processo penal constitucional

André Gustavo Bevilacqua Piccolo \*

### 1. Posição do Problema

Um sem-número de discussões palpitam no cenário jurídico acerca das mudanças levadas a efeito pela Constituição de 1988 no que concerne ao sistema processual penal. Há quase vinte anos, busca-se o remodelamento do pensamento doutrinário e jurisprudencial para que se adéqüem ao “novo” sistema constitucionalmente estabelecido.

O movimento dos denominados *garantistas* enfrenta o grupo dos *conservadores*. Enquanto estes sustentam que o sistema processual penal foi alvo de pequenas e pontuais alterações, aqueles afirmam que houve uma diametral mudança da própria razão de ser do processo.

Todavia, em que pese o acalorado debate, muito pouco se acrescentou acerca do modelo de defesa que é conferido aos acusados em geral. Acomodou-se com a visão antiga que biparte o direito de defesa em *autodefesa* e *defesa técnica*, dando prevalência a esta última em caso de eventual conflito. Afirma-se que, deste modo, está garantida a defesa na amplitude que a Constituição determina.

Não nos conformamos com isso. Ordenamentos jurídicos mais avançados têm demonstrado que, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e às liberdades individuais, o nosso quadro deve ser reformado.

Com supedâneo no princípio fundamental referido, este ensaio tem como escopo robustecer o que se denomina *direito de defesa* no processo penal brasileiro. E o faremos partindo da premissa garantista de que, a partir do advento da Constituição de 1988, o processo penal teve sua função deslocada. Anteriormente, era instrumento do Estado para viabilizar o seu direito de punir, era um meio para que a pena fosse aplicada ao infrator, em obediência a um sistema de presunção de culpabilidade. Atualmente, porém, a posição inverteu-se, o processo penal passou a ser um instrumento do acusado contra o Estado, instrumento que visa proteger o seu direito de liberdade ante a poderosa máquina estatal. Prevalece, agora, a presunção (ou, para alguns, o estado) de inocência<sup>1</sup>.

Abandonando a visão anacrônica da bipartição do instituto da defesa, pretendemos apresentar um novo quadro onde o *direito de defesa* confunde-se com a *autodefesa*,

\* Defensor Público da União, Chefe da Defensoria Pública da União em Guarulhos. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Direito Processual Penal na Anhanguera Educacional.

<sup>1</sup> De acordo com o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com o art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 1948, e com o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada.

de onde se irradiam prerrogativas aos acusados. A partir dessa perspectiva, a autodefesa, fortalecida, adquire supremacia diante da defesa técnica que, sem perder um átomo de sua importância, passa a se colocar como uma de suas manifestações.

## 2. O duplo propósito da defesa no nosso sistema

De início, apresentamos uma distinção a ser feita no instituto da defesa no processo penal que, apesar de importante, costuma ser deixada de lado nos principais debates sobre o tema. A defesa pode ser analisada sob dois aspectos: (a) a *defesa como um direito do acusado* e (b) a *defesa como uma garantia da jurisdição*.

Sob o primeiro aspecto, segundo VITTORIO DENTI, o direito de defesa se apresenta como um direito do acusado, que se especifica nas prerrogativas necessárias para agir em juízo e influenciar positivamente na formação do convencimento do juiz<sup>2</sup>. Tal definição é por nós bem recebida, apresentando três características importantes, a saber: o direito de defesa (a) é um direito a ser utilizado pelo acusado, (b) constitui-se em prerrogativas que lhe são concedidas para agir em juízo, e (c) tem como objetivo a influência positiva no convencimento do juiz.

Sendo o *direito de defesa* um conjunto de prerrogativas a serem utilizadas pelo próprio acusado, conclui-se que qualquer manifestação sua equivale à prática da *defesa própria ou pessoal*, ou seja, da *autodefesa* que, em outras palavras, significa defesa de um direito (no caso a liberdade) feita pelo próprio titular do direito.

Ao contrário do que se afirma, a autodefesa (aqui colocada como sinônimo de direito de defesa) existe e atua muito antes do denominado *direito de audiência* (a primeira manifestação da autodefesa, segundo a doutrina tradicional). Com efeito, provocada a atuação do Estado-Juiz, o acusado, através da citação, é imediatamente comunicado do teor de tudo o que lhe é imputado. Por meio deste ato processual, visa-se não somente inteirar o réu de tudo que se afirma contra ele, dando-lhe claro conhecimento da imputação, como também prepará-lo para que providencie o que considerar útil e conveniente. Após a citação, o próprio acusado inicia a sua defesa remontando os acontecimentos e alinhando-os em sua mente, desenvolvendo a sua versão dos fatos para apresentá-la em juízo, buscando eventuais alibis e provas etc. É a mais pura prática da defesa de um direito pelo próprio titular do direito (autodefesa). Logo, é perfeitamente possível a afirmação de que toda e qualquer manifestação do direito de defesa é também manifestação do próprio réu em autodefesa.

Do direito de defender-se se irradia uma série de prerrogativas, tais como o conhecimento claro da imputação, determinado lapso temporal para preparação da defesa, oportunidade de se manifestar oralmente em Juízo, faculdade de deduzir alegações contra a acusação, poder acompanhar a produção de prova e fazer contraprova, requerer diligências, direito de recorrer da sentença, direito de se ver assistido por um advogado etc.

<sup>2</sup> DENTI, Vittorio. La difesa come diritto e come garanzia. In: GREVI, Vittorio. (Org.). **Il problema dell'autodifesa nel processo penale**. Bologna: Zanichelli, 6ª ed., 1982, p. 48.

Sob um segundo aspecto, a defesa constitui não um direito, mas uma *garantia* para o regular desenvolvimento do processo. Em razão de um interesse público que transcende o interesse do acusado, a defesa é considerada uma *garantia da jurisdição*, e é satisfeita quando se obedece ao que se denomina devido processo legal, que assegura ao indivíduo tanto a proteção ao direito de liberdade quanto a paridade de condições diante do Estado-Persecutor.

Como *garantia*, o instituto da defesa é envolvido com forte carga publicística, exigindo o estrito cumprimento dos princípios constitucionais processuais, cujos mais fortes exemplos são: o juiz natural, a imparcialidade do órgão julgador, a oportunidade do contraditório, dentre outros.

### 3. A defesa técnica como um integrante necessário da autodefesa

No intuito de garantir que a defesa do acusado seja a mais ampla possível, dentre as prerrogativas que lhe são conferidas está a possibilidade de contratação, à sua escolha, de advogado, pessoa que detém preparo nas ciências jurídicas, podendo auxiliar na elaboração e apresentação da sua defesa em juízo.

A decisão da conveniência da contratação (que pode depender da complexidade do caso), de qual profissional será contratado (direito de eleição – ponto que discutiremos adiante) e de qual tarefa a ser realizada (presença em audiência, interposição de recursos, ou mesmo a assistência integral), compete exclusivamente ao acusado, a quem cabe arcar não somente com as custas decorrentes, como também com as conseqüências da sua intervenção em juízo (eventual equívoco, ou mesmo a condenação, não serão suportados pelo defensor, mas exclusivamente pelo acusado). Por essa razão, é da sua alçada, inclusive, a desconstituição *ad nutum* do profissional, substituindo-o ou não. Resulta inegável, pois, o fato de que a defesa técnica no processo penal se posiciona como uma integrante da autodefesa, uma de suas prerrogativas, uma das suas formas de manifestação.

Há quem negue o que acabamos de expor, afirmando que a defesa técnica é mais do que mera manifestação da autodefesa, trabalhando ao seu lado, ambos compondo o que se denomina direito de defesa.

Quando se indaga acerca de o que é o *direito de defesa*, não somente a doutrina tradicional, como também alguns que se denominam garantistas, responde que a Carta Magna assegura aos acusados em geral a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, sendo que “para atender-lhe à exigência de amplitude, a defesa deve poder exercitar-se na conjugação da autodefesa e da defesa técnica”<sup>3</sup>.

Os juristas brasileiros costumam apresentar a autodefesa no processo penal com apenas duas vertentes, quais sejam, (a) o *direito de audiência*, por meio do qual o acusado

<sup>3</sup> Supremo Tribunal Federal - STF – HC 88.914/SP.

pode influir no convencimento do juiz mediante o interrogatório, apresentando a sua versão dos fatos que lhe são imputados ou mesmo fazendo uso do *direito ao silêncio*, e (b) o denominado *direito de presença*, por meio do qual o acusado participa do processo tomando posição acerca das provas produzidas e orientando, quando for o caso, a defesa técnica<sup>4</sup>.

A *defesa técnica*, por sua vez, possui âncora na legislação ordinária, que reza que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”<sup>5</sup>. Ocorre por meio da participação de profissional habilitado para atuar em juízo. Conhecedor da legislação penal e processual penal, o defensor deve se esforçar para garantir ao acusado um julgamento de acordo com o devido processo legal.

Quanto à relação entre autodefesa e defesa técnica, afirma-se que, enquanto poderes processuais, não de ser garantidas em conjunto, em relação de diversidade e complementaridade. Acerca disso, posicionam-se pacificamente os tribunais superiores brasileiros no sentido de que, “sendo profissional especializado, o defensor tem condições de melhor analisar a situação processual do acusado e, portanto, garantir-lhe o pleno exercício do direito de defesa”<sup>6</sup>. É por essa razão que se costuma afirmar que, havendo conflito entre a posição da defesa técnica e a autodefesa, deve prevalecer a primeira.

Percebe-se, pois, que, num primeiro momento, bipartiu-se o *direito de defesa* em *defesa técnica* e *autodefesa* para, em seguida, criar-se uma relação vertical, onde a defesa técnica foi colocada em primeiro lugar, numa ordem de importância. Eis a razão pela qual um processo pode ter curso sem que o réu esboce a mínima manifestação, desde que a defesa técnica atue concretamente.

Ao nosso ver, contudo, a questão não somente está mal colocada, como, quando posta em prática, acaba por ofender diretamente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O posicionamento apontado acima possui apenas um alicerce: a defesa é também considerada uma garantia da jurisdição, de onde resulta que a obrigatoriedade da defesa técnica é inafastável, sob pena de nulidade<sup>7</sup>; sendo inafastável, foge ao controle do acusado, razão pela qual não pode ser manifestação da autodefesa.

Conforme vimos acima, no entanto, a autodefesa é muito mais do que a conjugação do direito de audiência e do direito de presença, existindo e atuando muito antes do interrogatório do réu. Logo, é perfeitamente possível a afirmação de que toda e qualquer manifestação do direito de defesa é também manifestação do próprio réu em autodefesa. Visto como um direito cujo titular é apenas o acusado, separar-se a autodefesa da defesa em sentido lato é medida equivocada.

Além disso, no que concerne à garantia da jurisdição, nos posicionamos no sen-

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> Código de Processo Penal - CPP, art. 261, *caput*.

<sup>6</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ – HC 35.455/SP.

<sup>7</sup> CPP, art. 564, inc. III, letra c: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: (...) c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos; (...)”

tido de que não há confundi-la com a defesa técnica. Com efeito, para a garantia da jurisdição ou do devido processo legal, o ordenamento jurídico está devidamente aparelhado. De acordo com o sistema processual brasileiro, é ao juiz que são dirigidas as alegações e apresentados os fatos para que forme o seu convencimento e decida o caso. Este juiz deve ser a “boca da lei” (*iura novit curia*), da justiça, e a própria encarnação da imparcialidade. É indubitável o fato de que deve estar o magistrado sempre em guarda na manutenção e preservação dos direitos individuais e suas garantias. Não bastasse isso, segundo o ordenamento em vigor, ao Ministério Público cabe a propositura da ação penal, cujo escopo, pelo menos desde 1988, não é o convencimento do juiz de que o réu é culpado, mas sim o de buscar a verdade real. O Ministério Público não é parte, e isso não é novidade. Afirma-se que com o mesmo afã que busca punir o culpado, deve buscar absolver o inocente (aqui fazemos um ajuste, pois o pensamento correto deve ser: antes a absolvição de dez culpados do que a condenação de um inocente). Além de todo esse aparato, não olvidemos que ao acusado são oferecidas todas as prerrogativas da autodefesa. Logo, ao menos em teoria, o devido processo legal está garantido.

Por fim, no que concerne à obrigatoriedade, fazemos a seguinte indagação: por que o acusado não pode defender-se só?

De início, realçamos o fato de que a obrigatoriedade da defesa técnica decorre de imposição de ordem legal e não constitucional. Não há na Constituição sequer uma norma que textualmente imponha a obrigatoriedade da defesa técnica. Aliás, outros ordenamentos jurídicos demonstram que, em defesa das liberdades fundamentais do ser humano, a presença de um defensor deve ficar ao arbítrio do acusado<sup>8</sup>.

Afirma-se que os dois ofícios da acusação e da defesa devem dispor da garantia de equivalência, em respeito ao princípio da igualdade, donde decorre o cânone fundamental da paridade de armas. Se, de um lado, apresenta-se o órgão acusador com forte preparo jurídico e, em regra, totalmente inteirado do processo, de outro, a defesa deverá, também, possuir bom conhecimento técnico, bem como estar ciente de todos os pormenores do fato sob exame. Busca-se, no processo penal, a verdade real, com rigoroso respeito da *par conditio*. Daí a necessidade, segundo alguns, da defesa técnica.

Contudo, não deveríamos jamais falar em paridade de armas em um ordenamento que garante o estado de inocência aos acusados em geral. Conforme apontamos, após o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público tem o dever de abandonar a sua posição de parte acusadora e assumir a posição de “promotor de justiça” na verdadeira acepção do termo. Não há mais falar em paridade de armas, pois não deve haver batalhas.

Em realidade, por qualquer ângulo que se analise, a opinião da obrigatoriedade da defesa técnica viola profundamente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pois, em última análise, acaba por tratar o acusado como um *minus habens*, pri-

<sup>8</sup> No art. 6º, nº 3, letra c, da Convenção Européia dos Direitos do Homem consta: “(...) 3- O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...) c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; (...)”

vado de lucidez mental, inculto e imaturo, diferente do advogado que, segundo afirmam, detém experiência e conhecimento jurídico-penal.

A afirmação de que a defesa deve estar presente em razão do fato de o acusado ignorar a lei não é desculpa aceitável. O cidadão, ainda que tenha passado toda a sua vida na zona rural, seja totalmente inculto e mesmo analfabeto, não pode invocar a escusa de haver praticado uma conduta típica por não conhecer o preceito penal<sup>9</sup>. Por outro lado, o cidadão cujas luzes lhe conferem a possibilidade de se defender só, como um defensor público ou um juiz, não pode fazê-lo, senão com o intermédio de um defensor. Em outras palavras, o Estado faz de um cidadão um juiz para que decida acerca do futuro de seus pares e, ao mesmo tempo, impede que ele atue na própria defesa.

Eis algumas situações em que é razoável que o acusado recuse a assistência da defesa técnica: a) o acusado pode não se identificar com o defensor público, *ad hoc* ou dativo; b) o acusado pode desejar excluir a defesa técnica, por acreditar poder defender-se só, seja porque é um causídico, seja porque detém preparo jurídico suficiente (pode se tratar de um juiz ou um defensor público, por exemplo); c) pode ser, por outro lado, que o acusado não queira ser defendido por um defensor para poder se utilizar de mecanismos desleais, dilatórios, com o escopo de boicotar o andamento processual; d) a razão de um acusado se defender só pode radicar numa visão de mundo e da história radicalmente diversa daquela em que se baseia o ordenamento jurídico perante o qual responde<sup>10</sup>. Com exceção da letra c, as situações são justas e merecem consideração.

Apesar do exposto, não negamos nem diminuímos a importância de um defensor no processo penal. Na prática, todos sabemos que o juiz é humano e, como tal, suscetível de equívocos; nunca foi conhecedor do direito como se supõe (o brocardo *iura novit curia* é dos mais infelizes das ciências jurídicas); de outro lado, o membro do Ministério Público, em regra, é seduzido pela função acusatória e absorvido pelo elevado número de processos, sem se dar conta da existência de um ser humano por trás dos autos. Considerando essa realidade, o defensor, cujo interesse exclusivo é o de defender o réu, passa a ser figura essencial<sup>11</sup>.

Mas, se a justificativa é essa, temos que reconhecer que o defensor se apresenta incumbido de uma defesa formal, um controlador da atividade de todos os órgãos judiciários, ou seja, mais um autêntico fiscal da lei<sup>12</sup>. Esta a razão de alguns juristas italianos como MANZINI, VASSALI G. e CARULLI referirem-se à *defesa material* (aquela que é reali-

<sup>9</sup> Código Penal - CP, art. 21, *caput*: “O desconhecimento da lei é inescusável. (...)”

<sup>10</sup> Recordamos o caso da *Brigada Vermelha*, famoso incidente italiano em que, por motivos de protestos políticos e ideológicos, recusou-se terminantemente a presença da defesa técnica nos conseqüentes processos penais que foram desencadeados.

<sup>11</sup> GIARDA, Angelo. La difesa tecnica dell'imputato: diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione. In: GREVI, Vittorio. (Org.). *op. cit.*, p. 69: “(...) la difesa técnica è vista anche come espressione di autodifesa quando è esplicata da un difensore di fiducia, ma è intesa sempre in ogni caso come un canone oggettivo ed indefettibile di regolarità della giurisdizione penale predisposta per scopi di stampo prettamente pubblicistico, quali sono la tutela oggettiva del diritto de libertà dell'imputato e la realizzazione de una 'giustizia' il più possibile immune da errori giudiziari”.

<sup>12</sup> MELCHIONDA, Achille. Il diritto dell'imputato all'alternativa fra autodifesa e difesa técnica. In: GREVI, Vittorio. (Org.). *op. cit.*, p. 82.

zada pelo próprio acusado) e à *defesa formal* (a realizada pelo defensor). FOSCHINI, por sua vez, prefere os termos *defesa privada* e *defesa pública*, respectivamente<sup>13</sup>.

Do exposto, afirmamos que, considerando a atual realidade, aceitamos a exigência do defensor, esperando, todavia, que no futuro a regra da necessidade da assistência defensiva, imperante hoje no nosso sistema processual penal, transforme-se em uma regra alternativa e subordinada à vontade do acusado, reflexo de um ordenamento democrático, embasado no princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Tal realidade, entretanto, não nega o fato de que o direito de defesa ou de autodefesa é atribuído exclusivamente ao réu, e compreende inclusive a faculdade de não se defender (é certo que o direito ao silêncio não é uma de suas expressões mais significativas)<sup>14</sup>. Trata-se de prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana, ao invés da posição contrária de tratamento do réu como se fosse um *minus habens*. Não sendo o acusado um deficiente, a defesa deve ser tratada como um poder dispositivo. A liberdade individual merece a maior consideração e, se em função dos defeitos de um sistema judicial, entende-se que se deve impor ao réu a assistência de um defensor, que jamais se autorize a prevalência da vontade deste perante a daquele; ao contrário, que se reconheça a defesa técnica como elemento integrante da autodefesa (repetimos, por relevante, a observação de que qualquer equívoco da defesa técnica, ou mesmo uma eventual condenação, não trarão conseqüências ao defensor, mas unicamente ao acusado).

#### 4. A supremacia da autodefesa

Por essa razão, advogamos a supremacia da autodefesa sobre a defesa técnica, sendo esta apenas mais um instrumento colocado à disposição do acusado para que a sua defesa seja a mais ampla possível. Essa característica de instrumentalidade é inegável quando consideramos o que se denomina *direito de eleição*. Estando em perigo a própria liberdade, a confiança do acusado em seu defensor passa a ser fator de extrema importância. Certamente, não haveria razão, por exemplo, em se garantir ao acusado uma entrevista reservada com alguém em quem não confia.

O direito de eleição, como reafirmação da ampla defesa, permite àquele que pretende utilizar-se da defesa técnica a contratação do profissional que julgar mais preparado para o caso.

Nossa Suprema Corte não descuidou da questão, ao contrário, firmou-se no sentido de que “ao acusado é garantido o exercício irrecusável do direito de eleger o seu próprio defensor”<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Conforme VASSALI, Giuliano. Autodifesa e rifiuto dell'assistenza difensiva. In: GREVI, Vittorio. (Org.). *op. cit.*, p. 146.

<sup>14</sup> CPP – art. 186, caput (com redação dada pela Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003): “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. - Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

<sup>15</sup> STF, em decisão no destacado HC 67.755-0/SP.

“A liberdade de eleição do advogado é um dos corolários lógicos da amplitude de defesa assegurada na Constituição Federal. O acionado tem direito não apenas a que lhe seja formalmente assegurada como defesa, mas, ainda, que ele, caso possa, a confie a profissional de sua livre escolha.”<sup>16</sup>

Por essa razão a proclamação de todos os Tribunais no sentido de que, tendo o réu advogado constituído, não se lhe pode dar defensor dativo sem sua expressa anuência. Somente no caso em que não ocorra, em tempo hábil, nova constituição, seria possível a nomeação de patrono dativo, pois seria presumida a renúncia do réu ao direito de eleição<sup>17</sup>.

Do direito de eleição se pode deduzir, ainda, que é facultada ao acusado a desconstituição de seu patrono *ad nutum*, mais um fato que demonstra o poder da autodefesa sobre a defesa técnica, pois esta é financiada por aquela.

Outra prova disso é o fato de que é o direito de autodefesa que autoriza ao réu atividades processuais que entram em conflito com a atividade do defensor, como, por exemplo, o direito de o acusado interpor recurso não somente autonomamente, mas também em contradição com o recurso interposto pelo defensor. É exercitando a autodefesa que o acusado pode solicitar, por si próprio, a produção de provas e requerer participação em diligências. Respeita-se, nesses casos, a vontade do réu, ainda que o defensor opine de forma contrária.

Para aqueles que têm condições de contratar um advogado, mantendo-o no processo segundo a sua vontade, a supremacia da autodefesa é questão de pouca importância. Somente em situações excepcionais a sua vontade poderia ser afrontada. Referimo-nos à hipótese de ausência injustificada do defensor constituído para o ato, com a conseqüente nomeação de defensor *ad hoc*<sup>18</sup>.

No entanto, para a maioria da população brasileira, que não conta com recursos suficientes para contratação de um advogado, a questão é mui relevante. Em função da supressão do direito de eleição, o acusado é obrigado a aceitar um profissional com quem não mantém a mínima relação de confiança. No sistema brasileiro não é permitido

<sup>16</sup> Revista dos Tribunais - RT 580/371.

<sup>17</sup> Idem 404/283 – 485/330 – 524/403 – 540/373. CPP, parágrafo único do art. 449: “O julgamento será adiado, somente uma vez, devendo o réu ser julgado, quando chamado pela segunda vez. Neste caso a defesa será feita por quem o juiz tiver nomeado, ressalvado ao réu o direito de ser defendido por advogado de sua escolha, desde que se ache presente”; art. 450: “A falta, sem escusa legítima, do defensor do réu ou do curador, se um ou outro for advogado ou solicitador, será imediatamente comunicada ao Conselho da Ordem dos Advogados, nomeando o presidente do tribunal, em substituição, outro defensor, ou curador, observado o disposto no artigo anterior”.

<sup>18</sup> CPP – Parágrafo único do art. 265: “A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato”; *caput* do art. 403: “(...) No caso de enfermidade do defensor, será ele substituído, definitivamente, ou para o só efeito do ato, na forma do art. 265, parágrafo único; parágrafo único do art. 449: “O julgamento será adiado, somente uma vez, devendo o réu ser julgado, quando chamado pela segunda vez. Neste caso a defesa será feita por quem o juiz tiver nomeado, ressalvado ao réu o direito de ser defendido por advogado de sua escolha, desde que se ache presente”; art. 450: “A falta, sem escusa legítima, do defensor do réu ou do curador, se um ou outro for advogado ou solicitador, será imediatamente comunicada ao Conselho da Ordem dos Advogados, nomeando o presidente do tribunal, em substituição, outro defensor, ou curador, observado o disposto no artigo anterior”.

ao acusado escolher o defensor público, o defensor dativo ou o *ad hoc* dentre uma lista de nomes, como ocorre em outros sistemas jurídicos que buscam minimizar as conseqüências da ausência do direito de eleição. Essa é mais uma razão em favor da supremacia da autodefesa sobre a defesa técnica.

Por outro lado, trazemos à baila outra importante distinção, esta ainda menos aventada pela doutrina: o defensor não *representa* o acusado, apenas o *assiste*.

É conhecida no meio jurídico a distinção entre os vocábulos *representação* e *assistência*. É sabido que aquele que representa pratica atos jurídicos em nome de outrem, em virtude de autorização legal ou convencional, ao passo que aquele que assiste acompanha a prática de um ato jurídico, suprindo, se for o caso, alguma deficiência do assistido.

Em nosso ordenamento jurídico optou-se pela assistência. E não podemos acreditar que a escolha foi feita ao acaso. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, é clara ao afirmar que “o Estado prestará ‘assistência’ jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O Código de Processo Penal, por sua vez, em seu artigo 796, afirma que “os atos de instrução ou julgamento prosseguirão com a ‘assistência’ do defensor, se o réu se portar inconvenientemente”.

Por que razão a legislação teria optado pela assistência? Pelo simples fato de que compete ao acusado o exercício de sua defesa, sendo a defesa técnica apenas mais um instrumento para tal. Sendo uma prerrogativa do réu, este pode optar pelo defensor que julgar mais conveniente (direito de eleição), destituindo-o, inclusive, se entender que não realiza o trabalho a contento.

Não nos esqueçamos, reitere-se, dos réus pobres, que, por não possuírem recursos para custear um advogado criminalista – maioria absoluta da população brasileira -, o seu direito de eleição é suprimido, pois devem se conformar com o profissional nomeado pelo juiz, ainda que não haja entre eles o menor vínculo de confiança, não havendo falar em desconstituição, senão na hipótese de o magistrado julgar indefesa a parte acusada<sup>19</sup>. Tal prejuízo se agrava muito em situações em que há intervenção de advogado *ad hoc* que, em regra, pratica o ato jurídico sem conhecimento profundo da situação processual da pessoa a quem lhe compete defender<sup>20</sup>. Em casos como este, a opção pelo instituto da assistência minimiza o prejuízo, uma vez que o defensor que lhe é imposto ao acusado não pode pretender suplantá-lo a vontade, ou seja, tem como conseqüência o fato de

<sup>19</sup> CPP, *caput* e inc. V do art. 497: “São atribuições do presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente conferidas neste Código: (...) V - nomear defensor ao réu, quando o considerar indefeso, podendo, neste caso, dissolver o conselho, marcado novo dia para o julgamento e nomeado outro defensor; (...)”

<sup>20</sup> Guardadas as devidas ressalvas, não foi sem motivo a inclusão do parágrafo único ao art. 261 do CPP, realizada pela Lei 10.792, de 01 de dezembro de 2003: “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”.

Considere-se o rito especial da Lei 11.343/06 (Lei Antidrogas): os atos processuais mais importantes são concentrados em uma única audiência, ocasião em que é realizado o interrogatório do réu – precedido pela entrevista reservada -, a oitiva das testemunhas de acusação e defesa, a apresentação das alegações finais, a prolação de sentença e a manifestação de conformismo ou inconformismo com a decisão. Em situações como esta, a intervenção do defensor *ad hoc* pode ser extremamente danosa.

que a presença do defensor não restringe o seu direito de defesa<sup>21</sup>.

Outros fatos que demonstram a supremacia da autodefesa diante da defesa técnica são a permissão ao acusado de substituir, a qualquer tempo, o defensor que lhe foi nomeado, e a permissão de se apresentar a própria defesa técnica caso seja habilitado (diferentemente do defensor público e do juiz, a quem é vedado o exercício da advocacia, o advogado pode, se desejar, autodefender-se). É o que dispõe o texto do art. 263 do CPP: “se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança [o que é demonstração de que o direito de eleição, consectário da autodefesa, não é mitigado], ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”.<sup>22</sup>

Se nos orgulhamos da posição avançada do nosso sistema porque assegura igualmente a autodefesa e a defesa técnica, considere-se a posição subjetiva do acusado. Se não é caso de recusa, a imposição de um defensor ao acusado não fere, por si só, a sua dignidade; ao contrário, se o trabalho defensivo for feito em conjunto e de forma articulada só poderá trazer bons resultados à defesa. No entanto, fere a sua dignidade impor ao acusado um defensor que não respeite a sua vontade, um defensor cujos atos entrem em conflito com a linha defensiva escolhida pelo réu. Sim, toda imposição da vontade do defensor sobre a vontade do acusado representa um impedimento ou limitação no desenvolvimento da linha defensiva escolhida, atingindo diretamente o direito de defesa (autodefesa), que é inviolável<sup>23</sup>. Com efeito, ao se reconhecer a inviolabilidade do direito de defesa (autodefesa), reconhece-se ao acusado o direito de determinar a forma da sua atividade defensiva no processo penal<sup>24</sup>.

De acordo com a nossa linha de pensamento está VASSALI, quando afirma que a defesa técnica não pode obstaculizar a livre expressão da autodefesa, que conserva ao menos do ponto de vista jurídico, absoluta supremacia sobre a primeira, sobretudo pela faculdade de constituir e desconstituir o defensor (faculdade que naturalmente lhe garante o poder de indicar ao defensor a linha de conduta a ser seguida)<sup>25</sup>.

Segundo o que cremos, deve o defensor agir com especial cautela quando se lhe depara um choque entre linhas defensivas. Salientamos a necessidade do cuidado porque o defensor não está isento de equívocos, ainda que o seu conhecimento e a sua elevada experiência indiquem que a conduta defensiva adotada pelo acusado ocasionará enormes prejuízos para a defesa.

A título de exemplo, mencionamos a questão da decisão de recorrer: nossos tribu-

<sup>21</sup> DENTI, Vittorio. *ibidem*, p. 52.: “Cio significa Che la obbligatorietà della presenza del difensore non confisca all'imputato il diritto all' difesa: giustamente si è rilevato che il riferimento alla assistenza allude all'attività che il difensore compie a fianco del difeso', mentre la rappresentanza si riferisce all'attività che l'uno compie in nome e per conto dell'altro'.

<sup>22</sup> Ainda no CPP o art. 422: “Se, ao ser recebido o libelo, não houver advogado constituído nos autos para a defesa, o juiz dará defensor ao réu, que poderá em qualquer tempo constituir advogado para substituir o defensor dativo”.

<sup>23</sup> SINISCALCO, Marco. Autodifesa e libertà di scelte difensive. In: GREVI, V. (Org.). *op. cit.*, p. 141.

<sup>24</sup> SCAPARONE, Metello. Estensione e limiti dell'autodifesa. In: GREVI, V. (Org.). *op. cit.*, p. 133.

<sup>25</sup> VASSALI, Giuliano. Autodifesa e rifiuto dell'assistenza difensiva. In: GREVI, V. (Org.). *op. cit.*, p. 144.

nais são enfáticos, conforme aduzido no início do nosso de texto, no sentido de que “sendo profissional especializado, o defensor tem condições de melhor analisar a situação processual do acusado e, portanto, garantir-lhe o pleno exercício do direito de defesa”<sup>26</sup>. Por essa razão, havendo conflito entre a posição da defesa técnica e a autodefesa, deve prevalecer a primeira.

Em uma análise superficial, é possível que se afirme que esse posicionamento está correto, uma vez que impera no sistema processual a regra da proibição da *reformatio in pejus*. Todavia, a questão não é tão simples. Os acusados estrangeiros, por exemplo, quando respondem pelo delito de tráfico de entorpecentes, têm reiteradamente se negado a apelar, mesmo quando a pena é fixada acima da que costuma ser imposta pelo órgão *ad quem*. A atitude parece ser resultado da sua ignorância e o defensor mais precipitado recorrerá sem pestanejar. Mas o fato é que alguns juízes das varas de execução criminal têm negado os benefícios previstos na lei das execuções penais (progressão de regime e livramento condicional) antes da expedição do decreto de expulsão, ato emanado somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tal informação, no entanto, nem sempre está acessível ao defensor e uma decisão unilateral no sentido do apelo, iludido pela proibição da *reformatio in pejus*, pode trazer prejuízo ao acusado.

O diálogo é, pois, essencial para que se evitem desgastes ou malefícios. É prudente e demonstra respeito não somente ao direito de defesa do acusado como também à sua dignidade. Concordamos que, em regra, o conflito surge por ignorância do réu, de modo que, ao final, deveria prevalecer a posição do defensor. Mas essa regra comporta exceções, e não são poucas. Em verdade, é muito difícil para um defensor afirmar, com exatidão, o que é melhor para o acusado. O exemplo acima nos mostra que uma linha defensiva teoricamente equivocada pode ser a mais adequada na prática.

Sem pretender avançar em seara alheia, não podemos deixar de anotar que a psicologia forense tem demonstrado que, ao contrário do que se imagina, não é incomum o réu desejar o cumprimento de uma pena. O referido ramo do conhecimento explica que algumas pessoas têm como característica uma exteriorização extremamente violenta do seu superego, o que dá causa a um intenso sentimento de culpa que torna infernal a sua vida psíquica. O cumprimento da pena, como demonstram vários estudos, pode diminuir a sua angústia, contribuindo para sua saúde psíquica. Não podemos descartar, ainda, os motivos de ordem social. Não é tão rara, dentre os réus estrangeiros, oriundos de países cujos idiomas são exóticos, a recusa do requerimento de liberdade provisória. A falta de dinheiro e local de moradia, somadas com a ignorância do idioma, podem levar o réu a preferir aguardar o seu processo preso<sup>27</sup>. Não é necessário mencionar os motivos de ordem moral e religiosa que podem, igualmente, exercer influência nas decisões do acusado.

<sup>26</sup> STJ – HC 35.455/SP.

<sup>27</sup> Em nosso trabalho junto aos réus estrangeiros na Defensoria Pública da União em Guarulhos, mais de uma vez já nos deparamos com réus tailandeses e filipinos que pediram expressamente para que não fosse pedida liberdade provisória, uma vez que não teriam para onde ir, não possuíam dinheiro e não falavam o idioma.

A certeza é uma só: diversos são os casos criminais, cada um trazendo seus diferentes personagens que, a cada dia, nos surpreendem com as infinitas facetas de suas vidas, de modo que o defensor jamais deve se sentir autorizado a impor a sua vontade ao acusado, o único titular do direito de defesa<sup>28</sup>.

## 5. Conclusão

Do que foi exposto, podemos concluir que, por ser o único titular do direito de defesa, a vontade do acusado deve ser respeitada, pois é o próprio quem suportará o peso da eventual condenação. É o que se espera de um ordenamento jurídico que se afirme verdadeiramente democrático. Respeitar a autodefesa é fortalecê-la, em obediência ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e em prestígio às liberdades individuais.

É inadmissível o posicionamento que oferece maior importância à defesa técnica. É anacrônico e acaba por quebrar a característica de inviolabilidade do direito de defesa. Sim, o direito de se autodefender é inviolável e incompatível com a proibição de o acusado recusar o patrocínio de outrem. Se os vícios do nosso sistema exigem a defesa técnica, independentemente da vontade do réu, não se pode negar, ao menos, a supremacia da autodefesa em caso de eventual conflito. Ao contrário do que se supõe, o réu é a pessoa mais apta para saber o que é melhor para si, e os fatos demonstram que todo o conhecimento teórico do defensor pode ruir diante das peculiaridades de um caso prático. Com efeito, diversos exemplos extraídos da casuística demonstram a necessidade de extrema cautela do defensor quando supuser estar o acusado equivocadamente em sua linha defensiva. O diálogo é o caminho e a imposição é desrespeito.

## 6. Referência bibliográfica

GREVI, Vittorio. (Org.). Il problema dell'autodifesa nel processo penale. 6ª ed. Bologna: Zanichelli, 1982.

---

<sup>28</sup> Em verdade, nosso ordenamento tem avançado paulatinamente nesse sentido. Não são desconhecidas, por exemplo, as decisões judiciais que têm dado prevalência à vontade do acusado quando este opta pela transação penal prevista na lei 9.099/95, ainda que contra o posicionamento do defensor.

# OS PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E DA PROPORCIONALIDADE COMO NECESSÁRIAS EXIGÊNCIAS À LEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO PUNITIVA

Eduardo Tergolina Teixeira\*

**Sumário:** 1. Bem jurídico 2. Princípios da ofensividade e da proporcionalidade – 2.1 Princípio da ofensividade – 2.1.1 Conceito – 2.1.2 Funções do princípio de necessária ofensa – 2.1.3 A inter-relação entre o princípio da ofensividade e outros princípios penais – 2.1.4 A ofensividade em alguns ordenamentos jurídicos – 2.2 Princípio da proporcionalidade – 3 Análise de alguns tipos penais do ordenamento jurídico brasileiro à luz dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade

## 1. Bem Jurídico

A uma análise dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade, imprescindível que se proceda a uma incursão no que se pode denominar como ponto fundante da teoria do delito: a noção de *bem jurídico*. Seu conceito e importância, longe de serem extraíveis de um entendimento pacífico, bem assim de estarem a salvo de (duras) críticas, não podem passar ao largo de qualquer estudo – sobretudo atinente à ofensividade e à proporcionalidade – comprometido com o atual cenário descortinado no âmbito do Direito Penal.

Toledo assevera que bens jurídicos são “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.”<sup>1</sup> Batista, de igual sorte, classifica-os como *valores sociais* tutelados<sup>2</sup> e Dias conceitua *bem jurídico* como “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”<sup>3</sup>

Zaffaroni e Pierangeli nos ensinam que o legislador, por vezes, sente-se atraído em função de existência de certos entes. Tal interesse por um ente, expresso por meio do advento de uma norma jurídica, determina a emersão do que, juridicamente, é entendido como bem (bem jurídico). O legislador penal, ao verificar a imprescindibilidade, para a sociedade, do respeito a tal bem jurídico, pode vir a tutelar esta norma, a qual, acaso vio-

\* Defensor Público da União no Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS

<sup>1</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 16.

<sup>2</sup> BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1984, p. 282.

<sup>3</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 63.

lada, dará ensanchas à aplicação de uma sanção, o que termina por conferir a tais bens o cunho de bens jurídicos penalmente tutelados ou bens jurídico-penais.<sup>4</sup>

Uma conduta típica que não venha a afetar um bem jurídico afigura-se uma situação inconcebível, uma vez que nada mais se tratam os tipos que “particulares manifestações de tutela jurídica destes bens.” Não obstante a definição de delito vá além da simples afetação a um bem jurídico, mostra-se – esta relação com a lesão – imprescindível para que a tipicidade reste efetivamente consubstanciada.<sup>5</sup>

Daí se deduz, de acordo Zaffaroni e Pierangeli, a importância fundamental do bem jurídico, o que confere o devido sentido teleológico à lei penal, a finalidade da norma. “Sem o bem jurídico, *não há um “para quê?” do tipo* e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura *jurisprudência de conceitos*.”

Tais doutrinadores conceituam o bem jurídico penalmente tutelado como a *relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam*. Entendem, exemplificativamente, que o bem jurídico não seria propriamente a honra, mas sim o *direito de dispor da própria honra*, da mesma sorte que não seria simplesmente a propriedade, mas o *direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais*. Quando um indivíduo *proclama ao público atos degradantes que ele mesmo protagonizou ou faz uma doação de algum bem de sua propriedade* não está afetando um bem jurídico. Está precisamente *dispondo* desse bem, o que é *garantido* pelo Direito Penal. Este entrará em ação caso alguém venha a embarçar essa disposição da honra ou do patrimônio, *v.g.* E complementam os citados autores:

O ‘ente’ que a ordem jurídica tutela contra certas condutas que o afetam não é a ‘coisa em si mesma’, e sim a ‘relação de disponibilidade’ do titular com a coisa. Dito de uma forma mais simples: os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos. Quando uma conduta nos impede ou perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico, e algumas destas condutas estão proibidas pela norma que gera o tipo penal.<sup>6</sup>

Entendem Zaffaroni e Pierangeli não haver como prescindir da noção de bem jurídico. Asseveram que posições próprias do autoritarismo tentaram profligar tal conceito, havendo, conforme a concepção de bem jurídico, de se demonstrar a *finalidade* à qual está orientada a proibição de uma conduta. Não havendo um “para que” na tipificação de um agir, apenas nos seria dado inferir que o *dever se impõe por si mesmo*, trata-se de *capricho, preconceito, empenho arbitrário* de um *legislador irracional*, comportamento esse

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 462.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 462.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 462.

frontalmente inconstitucional ante o vilipêndio ao *princípio republicano de governo* (artigo 1º da Constituição Federal), que determina a racionalidade dos seus atos.

A fim de que haja, efetivamente, o respeito ao princípio supracitado, mostra-se, dessarte, de inarredável observância a noção de bem jurídico, o qual cumpre duas fundamentais funções, a saber: a) função *garantidora*, provinda do princípio republicano e b) função *teleológico-sistemática*, a qual defere sentido à proibição plasmada no tipo penal, bem assim restringe o seu âmbito de incidência.<sup>7</sup>

A Prado, o bem jurídico teria quatro funções (i) de garantia ou de limitar o poder de punir do Estado (restringindo a tarefa do legislador); (ii) teleológica ou interpretativa (promovendo a redução aos devidos limites da matéria de proibição); (iii) individualizada (mensuração da pena/gravidade da lesão); (iv) sistemática (de classificação ordenada dos tipos na parte especial do Código Penal).<sup>8</sup>

Santos pondera que a contradição *capital/trabalho assalariado* afigurar-se-ia a gênese dos conflitos de classes, a base concreta dos interesses universais, cuja violação daria azo à *negatividade social*, hábil esta a conferir os necessários contornos ao *referente material* do conceito de crime<sup>9</sup>. Daí adviriam as situações significantes ao Direito Penal, as quais revelariam as condutas merecedoras de criminalização.

Segue seu pensamento asseverando que a emancipação do trabalho assalariado traria consigo a utópica *libertação da humanidade*, uma vez que aquele carregaria em seu bojo os *interesses comuns universalizáveis*. Enquanto tal situação não se concretiza, permaneceria indispensável o conceito de bem jurídico ao Estado Democrático de Direito de feição capitalista neoliberal.

Conforme Santos, a despeito de Zaffaroni conceber o bem jurídico apenas como *critério de criminalização*, aduz que deve ser considerado também *objeto de proteção* do Direito Penal. Diz Santos que “o bem jurídico é *critério* de criminalização porque constitui *objeto* de proteção”. O argumento de que, acolhendo o bem jurídico como objeto de proteção, estar-se-ia a chancelar a criminalização da *vontade do poder*, ou das *expectativas normativas* mostra-se, na concepção do citado doutrinador, insuficiente. A adoção de tal critério não afasta a necessidade de se aferir acerca da *relevância* do bem jurídico para fins de ser tutelado penalmente (proteção esta sempre fragmentária e subsidiária), tampouco, em decorrência, determinaria a indiscutível inclusão de todos os bem jurídicos no âmbito de tutela penal. De outra banda, reconhecendo-se a Constituição da República como fonte exclusiva de perquirição dos bem jurídicos, a criminalização da *vontade do poder* ou de meras *expectativas normativas* soaria ao mínimo incompatível (o contrário é que parece mais condizente: excluir-se o bem jurídico como objeto de proteção subsidiária e fragmentária, rendendo ensejo, aí, a que tal vazio seja ocupado pela vontade do poder ou expectativas normativas como objetos de criminalização)<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 466.

<sup>8</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, p. 41-42.

<sup>9</sup> SANTOS, José Cirino dos. *Direito Penal : Parte Geral*. 2ª ed. Curitiba : ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 14.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 16.

Nesse passo, conforme adverte Santos, a orientação doutrinária crítica sugere que a noção de bem jurídico reste circunscrita apenas aos *direitos e garantias individuais* do ser humano, afastando-se, como objeto de criminalização, a *vontade do poder*, os *papéis sistêmicos*, o *risco abstrato* ou os *interesses difusos* característicos de *complexos funcionais*, *tais quais* a economia, a ecologia, o sistema tributário etc. (consagrando os postulados do direito penal do fato – lesão do bem jurídico, culpabilidade, limitação do poder de punir)<sup>11</sup>.

Paschoal assevera que, *única e exclusivamente*, cuida ao Direito Penal *tutelar bens jurídicos de grande valia para a preservação de uma dada sociedade*. Afirma se mostrar inaceitável conceber um Direito Penal com o fim vazio de retribuir um mal cometido ou para prevenir violações a normas jurídicas. A verdadeira e única finalidade é *proteger bens jurídicos relevantes ao convívio social*, recorrendo ao Direito Penal tão-somente diante da verificação de *lesão ou perigo concreto de lesão* a tais bens.<sup>12</sup>

A autora rechaça a concepção funcionalista capitaneada por Jakobs, que questiona a finalidade de tutela de bens jurídicos e defende, como fim único do Direito Penal, a *proteção de vigência das normas* (às quais se mostraria despidianda a relação com algum bem jurídico). Para a doutrinadora, tratar-se-ia de cancelar o autoritarismo estatal aceitar o funcionalismo (caracterizado, como mencionado, por defender a existência de normas penais que não objetivam tutelar qualquer bem jurídico penal). Conferir ao Direito Penal unicamente o condão de tutelar bens jurídicos fundamentais ao tecido social não só justifica/legitima o Direito Penal como limita o seu campo de aplicação e incidência. Noções que, conforme alhures, Santos bem relaciona às denominações *objeto de proteção penal* e *critério de criminalização* (garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito)<sup>13</sup>.

Também Bechara segue a mesma senda, asseverando que a teoria do bem jurídico e o modelo de delito como ofensa a este bem tratar-se-iam de critérios à delimitação (i) da matéria de criminalização e (ii) da própria tutela penal, uma herança iluminista que refuta modelos autoritários e afirma a legitimidade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito<sup>14</sup>. Muñoz Conde, outrossim, comunga do entendimento de que se mostra imprescindível a existência do bem jurídico a uma adequada criminalização. A este autor, tem a norma penal uma precisa função de *proteção de bens jurídicos*, elevando à categoria penal os comportamentos que mais gravemente lesionarem ou puserem em perigo referidos bens. Assevera ser o bem jurídico *a chave que permite descobrir a natureza do tipo, dando-lhe sentido e fundamento*.<sup>15</sup>

Quanto à evolução do conceito de bem jurídico penal, narra Janaina Paschoal que o tema foi primeiramente trabalhado por Feuerbach, segundo o qual o Direito Penal tão-só poderia ser empregado na proteção de direitos subjetivos ou interesses atinentes a

<sup>11</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>12</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. Direito Penal, Parte Geral. Barueri : Manole, 2003, p. 04.

<sup>13</sup> SANTOS, op. cit., p. 17.

<sup>14</sup> BECHARA, Ana Elisa. *Delitos sem Bens Jurídicos?* Boletim IBCCRIM, São Paulo, Ano 15, n. 181, dezembro de 2007, p. 4.

<sup>15</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 50.

específicos sujeitos, bem denotando o viés iluminista. O bem jurídico, *ab initio*, confundia-se, pois, com a noção de direito subjetivo.

Contradiisse tais idéias Birnbaum, promovendo a *primeira materialização do conceito de bem jurídico*. Para ele, não haveria como se alçar à denominação de função do Direito Penal a proteção de direitos subjetivos, uma vez que esses, diante da ocorrência dos delitos, mesmo assim permaneciam incólumes. Daí porque o acertado seria considerar como tal função a lesão aos objetos (bens) sobre os quais recaem os direitos subjetivos. Seguiu-se Binding, acrescentando que se conferiria a tutela penal aos bens que o *legislador entendesse* como imprescindíveis à sociedade, introduzindo, assim, a noção de fragmentariedade. Ao que von Liszt, a seu turno, rebateu tais argumentações, afirmando que o legislador não cria os bens jurídico penais, mas tão-somente os *identifica* no cenário social, tutelando-os por meio da lei penal. O bem da vida é *reconhecido* pelo direito, que o protege.<sup>16</sup>

Muñoz Conde traz uma interpretação um pouco diversa, na medida em que, reconhecendo que todo delito deve ter como norte a colocação em perigo ou lesão de um *bem jurídico*, sendo este um *valor* (o qual a lei protege de determinadas ações que possam afetá-lo), tratar-se-ia tal *valor* de uma qualidade positiva *atribuída pelo legislador* a determinado interesse. Por conseguinte, a qualidade de *bem jurídico* seria algo que a lei *cria* e não alguma coisa que lhe seja preexistente<sup>17</sup>. Prado, contrapondo tal idéia, assevera:

O bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente). Contrariamente ao proposto por Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra. Daí o seu aspecto restritivo. Isto porque o fim do direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser de modo algum criação ou elaboração jurídica, mas se impõem a ela. Com efeito, o ordenamento jurídico não cria o interesse, cria-o a vida, mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico.<sup>18</sup>

É crescente, em nome dos postulados democráticos, o pensamento de que os bens jurídicos necessariamente *devem provir da Constituição*. O reconhecimento constitucional do bem trata-se de *conditio sine qua non* ao deferimento de sua proteção penal.

Com efeito, uma vez que, em última instância, com a incidência do Direito Penal afeta-se o bem jurídico *liberdade* (de *status* constitucional), apenas são dignos de proteção penal aqueles bens reconhecidos como valiosos pelo Texto Constitucional. Há de

<sup>16</sup> PASCHOAL, op. cit., p. 08.

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 51.

<sup>18</sup> PRADO, op. cit., p. 27. Também nesse sentido FAYET JUNIOR, Ney. *O bem jurídico e a tutela penal: uma abordagem à luz de alguns princípios constitucionais implícitos*. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Org. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar. Porto Alegre : Núria Fabris, 2008, p. 248-249.

haver, dessarte, *proporcionalidade* entre o bem objeto da lesão e a liberdade afetada pelo Direito Penal, justificando-se, outrossim, as teorias constitucionalistas do bem jurídico penal em face do *cunho social* da Constituição da República (repositório dos valores mais caros a uma sociedade, sendo a Constituição a verdadeira fonte dos bens tuteláveis penalmente).<sup>19</sup>

Relativamente às teorias constitucionalistas, uma corrente vislumbra a Constituição como *limite negativo* ao Direito Penal, aceitando-se toda criminalização que não importe vilipêndio ao constante no Texto Constitucional. Em contrapartida, uma outra orientação advoga a necessidade de se promover uma maior restrição ao agir do legislador penal, de modo que trata a Constituição como *limite positivo* ao Direito Penal, é dizer, tão-somente bens efetivamente reconhecidos pelo constituinte como imprescindíveis socialmente é que poderão ser alçados à condição de merecedores de tutela penal. Uma terceira vertente, ainda, assevera não ser suficiente a dignidade constitucional do bem que se quer penalmente tutelar, para tanto, a natureza de ente deve enquadrar-se no âmbito dos *direitos fundamentais* (é o pensamento mais condizente com o Estado Democrático de Direito, uma vez que se presta o Direito Penal, à toda evidência, apenas à proteção dos mais valiosos bens, constitucionalmente reconhecidos, e diante apenas das situações insustentáveis, de maior gravidade).<sup>20</sup> Paschoal, outrossim, sustenta a necessidade de os bens tutelados pelo Direito Penal, terem natureza de direito fundamental, aduzindo ainda que, mesmo nos casos em que há tal dignidade, o legislador estará *livre* para verificar a necessidade concreta da criminalização, mesmo que a Constituição o tenha determinado expressamente.<sup>21</sup>

Nesse ponto, diverso – nos transparece – é o entendimento de Schmidt e Feldens, os quais, analisando a Constituição como fundamento normativo do Direito Penal, atentam para a existência de uma *zona de intervenção obrigatória do legislador penal*. Em face de diretrizes explícitas, delineadas no Texto Constitucional, haveria obrigações expressas de tutela penal (derivados da teoria dos deveres estatais de proteção), determinando, de conseqüência, deveres de criminalização (como exemplo, poder-se-iam citar as disposições constitucionais atinentes à criminalização do racismo, da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático). Dessarte:

disposições constitucionais veiculadoras de mandados de penalização trazem como efeito normativo direto o fato de se mostrarem vinculantes ao Poder Legislativo. Operando como um Direito *pré-dado* ao legislador penal, formatam determinados limites – precisamente, limites constitucionais explícitos – da política criminal do Estado a ser minudentemente materializada no plano da legislação ordinária.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> PASCHOAL, op. cit., p. 12.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 12-13.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>22</sup> SCMHDIT, Andrei Zenkner e FELDENS, Luciano. O Crime de Evasão de Divisas: A Tutela Penal do Sitema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006, p. 31-32.

D'Ávila, a seu turno – em contraponto ao pensamento supramencionado –, resalta que a existência de um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos e de disposições constitucionais delineando a específica tutela penal relativamente a certos bens (como, exemplificativamente, se deduz do constante no artigo 5º, XLI, XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal) não determina, de per si e já de antemão, a vinculação do legislador, em ordem a, necessariamente, ter de promover a criminalização das condutas em tese lesivas aos referidos bens. Ensina o doutrinador:

Somente no reconhecimento de uma real necessidade de intervenção e, na ausência de outro meio não-penal apto em realizar tal tarefa é que o legislador irá valer-se do direito penal como instrumento para tanto, o que, por sua vez, deverá ser feito com a devida ponderação dos demais princípios político-criminais. (...) Assim, como se percebe, não apenas não afirmamos, como somos, no esteio de ampla doutrina, manifestamente contrários à idéia de que o simples estatuto de bem jurídico tutelado constitucionalmente implica uma obrigação implícita de tutela penal, o que, acertadamente destaca Marinucci, acarretaria, entre outras conseqüências danosas, não só uma limitação, mas uma verdadeira anulação do poder discricionário do legislador, transformando a noção de pena como *ultima ratio*, em uma efetiva *unica ratio*.<sup>23</sup>

Bechara alerta para a tendência (diante da sociedade de risco) à antecipação da tutela de bens jurídicos supra-individuais (referentes, exemplificativamente, à ecologia, à economia, ao consumo, à tecnologia), procedendo-se a criminalizações por meio dos chamados delitos de perigo abstrato, nomeadamente nas modalidades crime de *cumulação* e de *mera desobediência*. Atenta para a técnica legislativa casuística, conferindo ao Direito Penal o mero papel de instrumento de controle acessório do Direito Administrativo, afastando-se o legislador dos indispensáveis pressupostos da *abstração* e *generalidade*. Procura-se prevenir riscos, vilipendiando-se o Direito penal do fato e conferindo-se às sentenças natureza programática e política, em similitude às próprias leis. Termina-se, desse modo, questionando-se, inclusive, a indispensabilidade do bem jurídico à constituição do injusto penal e a delimitação da função do Direito Penal<sup>24</sup>.

Diante das observações até então tecidas, indaga-se: poderia haver crimes sem bens jurídico-penais?

A responder tal questionamento, valemo-nos, primeiramente, das observações tecidas por Greco, sobre o delito de maus-tratos, constante na legislação ambiental (artigo 32 da Lei 9.605/98). Diz ele que, *v.g.*, a despeito de, ao presenciarmos uma surra a um pequeno cachorro e, após, sua mutilação, não haver o vilipêndio de qualquer bem atinente ao ser humano, é inegável que tal ato gera um sentimento de repulsa. Em fun-

<sup>23</sup> D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios* (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico). Coimbra : Coimbra, 2005, p. 66-67.

<sup>24</sup> BECHARA. *op. cit.*, p. 4.

ção disso, não obstante o comportamento delineado não fira sequer mediatamente, um bem atinente ao ser humano – não afete a esfera individual e tampouco bens jurídicos da coletividade –, seria inafastável (diante desse sentimento de revolta que tal ato traz) a incriminação deste. Daí Roxin entender que a tutela penal dos animais basear-se-ia em incriminações sem bem jurídico<sup>25</sup>. A fim de se resolver tal problema, Greco apresenta três posições, três alternativas diante de tal incriminação.

A primeira corrente sustenta que, uma vez sendo fatos como este, inerente aos maus-tratos a animais, destituídos de bens-jurídicos, não podem, efetivamente, ser contemplados na tutela penal. Referido autor considera tal posicionamento impróprio, em função da “crescente preocupação com o meio ambiente, com a biodiversidade, com a subsistência não só da fauna, como mesmo da flora”<sup>26</sup>.

A segunda orientação seria *expandir* o conceito de bem jurídico, em ordem a abarcar também o bem-estar animal. Julga o doutrinador tal entendimento também inadequado, uma vez que, dilatando-se tal conceito, abrir-se-ia passagem a que qualquer coisa fosse compreendida na idéia de bem jurídico: comportamentos imorais, meras desobediências ou qualquer matéria contida em nossa vasta e analítica Constituição.

A terceira posição, capitaneada por Roxin e Hefendehl, reconheceria determinadas exceções ao conceito de bem jurídico como requisito indispensável à incriminação. Julgando correta tal proposta, Greco assevera que – a despeito de, em um primeiro momento, vislumbrarmos, ante a adoção de tal postula, um enfraquecimento da concepção de bem jurídico – haveria, entretanto, um *fortalecimento* do conceito. Isso porque, preservando-se o conceito de bem jurídico e mantendo-o como exigência às incriminações, a despeito de reconhecerem-se determinadas exceções, tais, justamente por de exceções se tratarem, deveriam ser devidamente explicitadas e esclarecidas pelos proponentes de tal criminalização, a fim de que se julgasse se, efetivamente, o caso estaria a se tratar de uma verdadeira exceção e se necessitaria de tutela penal<sup>27</sup>.

Bechara julga equivocada essa terceira opção, uma vez que tal dispensa a imprescindível aferição da *lesividade*, afastando-se do próprio referencial de pessoa humana e apresentando caráter exclusivamente funcional sistêmico. Aceitando-se tal proposição, terminar-se-ia por comprometer a própria natureza subsidiária da proteção de bens jurídicos, inerente à legitimidade de um Direito Penal de feição democrática. Muito se aproxima tal idéia à noção de Direito Penal enquanto instrumento de proteção de vigência de normas. Os bens jurídicos, em verdade, surgiriam, segundo a autora, das relações interpessoais humanas, nascedouro das normas de conduta, de modo que não se trataria a sociedade de um mero sistema de regras de comportamento, mas sim de um sistema concreto de relações entre pessoas<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. RBCCRIM, São Paulo, n. 49, 2004, p. 109.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 110-111.

<sup>28</sup> BECHARA. op. cit., p. 4.

A dignidade penal do fato é aferida com esteio em uma análise de sua realidade, bem assim na sua adequação aos postulados próprios do Estado Democrático de Direito. Tal deve levar em linha de conta, necessariamente, a satisfação direta ou indireta de uma necessidade humana. Por isso, falha a concepção de um sistema a serviço de si mesmo. O indivíduo é a *causa*, e por isso é que não se deve abrir mão da noção de bem jurídico, devendo a incriminação se desenvolver em face de condutas que afetem a esfera humana. O bem jurídico-penal, em face disso, exibe uma função de validade e eficácia da norma.

Isso tudo, entretanto, não quer dizer que o Direito Penal não possa estar orientado também à proteção da vigência de normas: “Referido fim soa legítimo, mas continua a ser inferior e complementar à finalidade maior de tutela subsidiária de bens jurídicos, que estão ínsitos nas normas por representarem interesses suscetíveis de universalização.”<sup>29</sup>

Exporemos o pensamento de Amaral – a despeito de não compactuarmos com a orientação esposada por tal doutrinador –. Afirma o autor não se sustentar a tese de que o Direito Penal tem como missão exclusivamente proteger bens jurídicos. Dentre outras críticas, assevera que não há sequer certeza acerca do conceito de bem jurídico, razão por que tal teoria, em vez de limitar a criminalização de condutas, acaba por cancelar uma desmesurada expansão das punições, ante uma incriminação irrazoável. Cita Hassemer a respeito: “La protección de bienes jurídicos se transforma así en un mandato para penalizar, en lugar de ser una prohibición condicionada de penalización, en un factor positivo para conseguir una correcta criminalización, en vez de ser un criterio negativa para la misma”.<sup>30</sup>

Em face disso, defende a tese de que o *núcleo* do Direito Penal é o *descumprimento de um dever*, e não proteger os bens jurídicos de lesão ou perigo de lesão. Delito seria *a negativa em comportar-se conforme o papel designado em um dever jurídico*<sup>31</sup>.

Após análise e inferência acerca da dita inconsistência do conceito de bem jurídico para funcionar como sustentáculo único da criminalização, propõe o autor uma conciliação entre as concepções de *proteção de bens jurídicos* e *proteção de vigência de normas*, uma vez que, segundo seu entendimento, tais idéias não seriam necessariamente excludentes entre si, mas, pelo contrário, implicar-se-iam mutuamente.

Sustenta o doutrinador que a finalidade de proteção de vigência de normas atuaria como um critério *motivador* dos cidadãos ao cumprimento das regras, uma reafirmação da *confiança*, justificando-se, assim, a necessidade da *cooperação* entre as pessoas, do respeito às regras em prol da convivência social. Em suma, incute-se no indivíduo a concepção de que vale a pena ser respeitador das normas (e isso viria, precisamente, com a possibilidade de sanção, com a intimidação, percebendo o cidadão que caso alguém transgrida a norma terá sua liberdade restringida, daí porque “vamos respeitá-la”).<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>30</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência penal Contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo : IBCCRIM, 2007, p. 167.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 170.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 196.

Salienta-se: a *proteção de vigência de normas* importaria, de modo imprescindível, o fim de *evitação de comportamentos lesivos*; por sua vez, o fim de *proteger bens jurídicos* – motivando-se as pessoas a não delinqüirem – implicaria, em contrapartida, necessariamente, a finalidade de proteção da vigência de normas. “O direito penal só pode garantir aos cidadãos que os demais não lesionarão seus interesses quando se articularem meios materiais para proteger esses interesses”, havendo, assim, uma *reciprocidade funcional* entre proteção de bens jurídicos e proteção de vigência de normas<sup>33</sup>. Todavia, frisa o autor, tratar-se-ia de uma finalidade mediata a proteção de bens jurídicos, precedida pela proteção de vigência de normas<sup>34</sup> (de maior relevância, na sua concepção).

A construção ventilada por Amaral, entretantes, viabiliza uma antecipação da intervenção punitiva, a qual poderá – diante da suposta necessidade de proteção de vigência das normas – encontrar equívoca legitimidade para coibir condutas que sequer ocasionem perigo a bem jurídico-penal alheio. Ou, ainda pior, o sistema penal, tendo em si próprio seu fundamento, prescindirá da constitucional imposição de ocorrência de lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico-penal de terceiro para desencadear a atuação do poder de punir.

## 2. Princípios da ofensividade e da proporcionalidade

O objeto do presente estudo está bem delineado nas palavras de Ferrajoli, quando de sua análise sobre “economia do direito penal e lesividade do resultado, o direito penal como instrumento de tutela”. Estabelece o autor os lineamentos do *princípio da “utilidade penal”* e do *princípio axiológico da separação entre o direito e a moral*, postulados de matiz iluminista.

Quanto ao primeiro, tal restringe o âmbito das proibições penais tão-somente aos comportamentos reprováveis em função de “seus efeitos” lesivos a terceiros. Descortina-se como inarredável dever da norma penal a prevenção dos custos individuais e sociais de maior pujança e gravidade (diante da aferição dos respectivos efeitos lesivos), configurando-se estes como *únicos* hábeis a justificar o prejuízo determinado em face das sanções e proibições. “Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal”.<sup>35</sup>

Relativamente ao princípio axiológico da “separação entre direito e moral”, obstaculiza tal postulado a proscrição de atitudes “meramente imorais”, “estados de ânimos pervertidos”, “hostis” ou até mesmo “perigosos”, restando indispensável – a bem de resguardar-se a liberdade pessoal de consciência e a autonomia e relatividade moral – tolerar-se, em termos jurídicos, comportamentos não lesivos a terceiros<sup>36</sup>. “Uma *dupla limitação* ao poder proibitivo do Estado” exsurge da análise de tais concepções:

<sup>33</sup> Ibidem, p. 196.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 198.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 426.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 426.

A primeira restrição é delimitada pelo *princípio da necessidade ou de economia das proibições penais*, delineada tal limitação por meio da expressão *nulla lex poenalis sine necessitate*, provindo daí (diante do inarredável respeito à *legalidade*, em se tratando de delitos e penas) as exigências da *pena mínima necessária (nulla poena sine necessitate)* e da *economia na configuração dos delitos (nullum crimen sine necessitate)*.<sup>37</sup> O princípio da necessidade impõe que tão-somente em casos extremos, limites, radicais, de intolerável afetação ao bem jurídico (sob pena de se comprometer a convivência social), se lance mão da intervenção punitiva. Isso porque se trata essa modalidade de ingerência estatal da mais grave técnica de controle da sociedade, que lesiona a liberdade e a dignidade dos cidadãos.

Dessa forma, leis penais que não observarem tais exigências, incriminando condutas indiferentes do ponto de vista social, ou mesmo de baixa densidade lesiva ou buscando, ainda, tutelar coisa outra que não bens jurídicos, reconhecidos constitucionalmente como de capital importância à observância dos direitos fundamentais e dos postulados do Estado Democrático de Direito, devem ser extirpadas do ordenamento, a fim de que se possa render a devida atenção e respeito às normas efetivamente penais. Criminalizar um sem-número de condutas bagatelares ou desprovidas de expressão à manutenção do tecido social trata-se de ato estatal autoritário, não se mostrando como papel do direito penal controlar todos os passos do cidadão, interferindo em sua personalidade ou cerceando uma liberdade constitucionalmente assegurada. Tal proceder tão-somente enfraquece o Direito Penal e determina um sentimento de pouca valia em relação às normas.

O princípio da necessidade diz com a idéia de direito penal mínimo, devendo-se, dessarte, tão-somente criminalizar as condutas efetivamente lesivas a bens jurídicos, assim como impor a mínima pena necessária, em ordem a resguardar os direitos fundamentais do cidadão e a manutenção do equilíbrio social:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua 'absoluta necessidade' são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.<sup>38</sup>

A segunda limitação, expressa por meio do *princípio de lesividade*, é oriunda da concepção da necessidade penal como tutela de bens jurídicos fundamentais, que por outro modo não possam ser resguardados. De natureza axiológica, traz a exigência de que sejam, efetivamente, *lesivos* a terceiros os efeitos produzidos por meio de um comportamento que se deseja criminalizar. A necessidade da lei penal subordina-se à lesividade da conduta a terceiros, de modo que se pode inferir que *nulla necessitas sine iniuria* e *nulla poena, nullum crimen, nulla necessitas sine iniuria*. Consoante demonstra Ferrajoli,

<sup>37</sup> Ibidem, p. 427.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 426.

trata-se a lesividade de preceito que remonta a Aristóteles e Epicuro, sendo consagrado na cultural penal iluminista. A Hobbes, Pufendorf e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi, os critérios e a medida das vedações e sanções são vislumbrados a partir da *lesão* que o comportamento impingiu a terceiros.<sup>39</sup>

Interessante, de outra banda, verificar como, a seu turno, Ripollés organizou, topologicamente, os princípios penais<sup>40</sup>. A fim de conferir – dentro da denominada racionalidade ética da legislação penal – certa lógica à análise dos princípios, referido autor classifica-os em princípios de *proteção* (em cujo grupo estaria o princípio de *lesividade*, além dos princípios da essencialidade ou fragmentariedade, do interesse público e da correspondência com a realidade); princípios da *responsabilidade* (em que estão alcançados os princípios da certeza ou segurança jurídica, da responsabilidade pelo fato, da imputação, da responsabilidade ou culpabilidade e de jurisdição) e princípios de *sanção* (seção em que abarcada a *proporcionalidade*, além da humanidade, dos fins da pena e do monopólio punitivo estatal).

Estão retratadas, em tais observações, as linhas gerais a partir das quais analisar-se-ão os princípios da lesividade (ofensividade) e da proporcionalidade como necessários critérios a serem observados quando da intervenção punitiva estatal.

## 2.1. Princípio da ofensividade

### 2.1.1. Conceito

Gomes prefere a expressão *ofensividade* a *lesividade*, uma vez que *ofensa* seria o gênero de que seriam espécies a *lesão* e o *perigo concreto de lesão*. Assim, prefere o termo ofensividade, em ordem a evitar eventuais confusões entre gênero e espécie.<sup>41</sup>

Batista, com apoio em lição de Roxin, explicita o conteúdo do princípio da ofensividade. Apenas pode ser sancionado o agir de um indivíduo que *lesione direitos de terceiros* e que não seja, meramente, um comportamento pecaminoso ou imoral. Cabe ao direito penal tão-somente tutelar a ordem pacífica *externa* da sociedade, não sendo de sua alçada educar moralmente as pessoas.<sup>42</sup> Palazzo conceitua o princípio de lesividade do delito como sendo aquele por meio do qual um fato não pode constituir ilícito se não for ofensivo (lesivo ou perigoso) ao bem jurídico protegido.<sup>43</sup>

Paschoal, levando em conta o princípio da ofensividade, acentua a necessidade

<sup>39</sup> Ibidem, p. 428.

<sup>40</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A Racionalidade das Leis Penais*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 145.

<sup>41</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

<sup>42</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro : Revan, 2007, p. 91.

<sup>43</sup> PALAZZO, Francesco C.. *Valores Constitucionais e Direito Penal. Um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 78.

de ter-se como missão exclusiva do Direito Penal (limitando-se seu campo de aplicação e incidência) a proteção de bens jurídicos relevantes ao convívio da sociedade, podendo-se recorrer à intervenção punitiva tão-só quando tais bens forem lesados ou postos em perigo concreto de lesão.<sup>44</sup> Outrossim, o princípio da ofensividade (complementando a subsidiariedade e a fragmentariedade) traz a exigência de que, a despeito de todo comportamento, em tese, atentatório a bem jurídico dever ser criminalizado, a efetiva incidência do direito penal resta subordinada à ocorrência, de fato, de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido.<sup>45</sup> E, conforme, será analisado adiante, o proceder de verificar a ofensividade se mostra de incumbência tanto do *legislador* (no momento da confecção da norma penal), quanto do *juiz* (no instante da aplicação da lei).

Trata-se o princípio de necessária ofensa, conforme Ferrajoli, de “uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas.”<sup>46</sup> Na esteira das lições do referido doutrinador, é de se afirmar que o princípio da ofensividade opera como um “critério polivalente de minimização das proibições penais.”<sup>47</sup> Por meio deste princípio, é de se concluir que – se mostrando idôneo o direito penal tão-somente a tutelar bens jurídicos, e diante a afetações realmente intoleráveis, em situações extremas – é forçoso determinar-se uma redução na intervenção penal ao mínimo necessário. Equivalendo tal postulado a um “princípio de tolerância tendencial da desviação”, deve-se conferir ao direito penal tão-somente o exame de situações capitais ao convívio social, relegando-se o restante às esferas cível e administrativa, fortalecendo-se, assim, a intervenção punitiva e conferindo ao direito penal maior credibilidade e legitimidade.<sup>48</sup>

### 2.1.2. Funções do princípio de necessária ofensa

Batista estabelece quatro funções primordiais ao princípio da ofensividade: a) vedação à criminalização de atitudes internas, uma vez que as convicções, os desejos, as aspirações, os sentimentos não podem se mostrar hábeis a funcionar como fundamento a um tipo penal, ainda que tais estejam norteados ao cometimento de um delito, uma vez que *cogitationis poenam nemo patitur*; b) vedação à incriminação de conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, afigurando-se impuníveis os atos preparatórios ao agir delitivo, o simples concerto entre algumas pessoas para o cometimento de um crime, o crime impossível, a autolesão, a tentativa de suicídio; c) proibição de incriminarem-se meros estados ou condições existenciais: restando reconhecida pelo próprio direito a autonomia moral do indivíduo, não pode ser punido o *ser*, mas tão-somente o *fazer*, sob

<sup>44</sup> PASCHOAL. op. cit., p. 4.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>46</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 438.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 440.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 440.

pena de uma indesejável involução ao direito penal de autor (por meio do qual o ato tem valor de sintoma de uma personalidade, não sendo o indivíduo condenado tanto pelo furto, mas sim pelo “ser ladrão”, *v.g.*)<sup>49</sup>, as próprias medidas de segurança perdem legitimidade de acordo com este aspecto, uma vez que baseadas na periculosidade da pessoa (direito penal de autor), e não na culpabilidade<sup>50</sup>; d) vedação à incriminação de condutas desviadas, fortemente desaprovadas pela coletividade, mas que não afetem qualquer bem jurídico. Trata-se do “direito à diferença”. Consoante explicitam Zaffaroni e Pierangeli, não se pode penalizar alguém porque usa barba ou a deixa de usar, porque corta o cabelo ou não corta, uma vez que isso não afeta qualquer bem jurídico, não podendo o direito almejar formar cidadãos de uma certa aparência ‘x’ ou ‘y’, que tenha aquele ou este hábito, mas apenas cidadãos que não violem bens jurídicos de terceiros.<sup>51</sup> Frisa Batista que “estamos falando também de condutas que só podem ser objeto de apreciação moral (como práticas sexuais, quaisquer que sejam, entre adultos consencientes, ou como a simples mentira).”<sup>52</sup>

A Gomes, o princípio da ofensividade possui dupla função: (i) função *político-criminal*, caracterizada por sua incidência quando se decide pela incriminação de um agir e (ii) função *interpretativa* ou *dogmática* (momento no qual se interpreta e se aplica, concretamente, o Direito Penal).<sup>53</sup>

Trata-se a primeira função de uma limitação ao poder de punir do Estado (*ius puniendi*), dirigindo-se ao legislador. A segunda constitui uma restrição ao direito penal (ao *ius penale*), dirigindo-se ao intérprete e ao juiz (aplicador da lei penal)<sup>54</sup>. Mister enfatizar-se que tais funções se complementam, não sendo, assim, incomunicáveis. Caso o legislador, quando do exercício de sua atividade, não formule o tipo penal em termos ofensivos, incumbirá ao intérprete, ao aplicador da lei penal proceder à devida adequação (ou interpretando o tipo em termos ofensivos, enquadrando sua incidência tão-somente aos casos em que se vislumbrar a afetação intolerável a um bem jurídico ou – caso isso não se mostre viável – declarando-se a competente inconstitucionalidade).

A primeira função, desenvolvendo-se no plano *político-criminal*, tem por desiderato limitar o legislador (*ius puniendi*) em sua tarefa (e no momento) de criminalizar. Tal orientação determina que os tipos penais sejam confeccionados de acordo com o axioma *nulla lex sine iniuria*. Relativamente à segunda função, de caráter *dogmático* (interpretativo) e *aplicativo* da lei penal, tem feição material (garantista), incumbindo-lhe a constatação, depois de praticado o fato, da concreta presença de uma lesão ou de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido. O intérprete e o aplicador da lei penal se orientarão com base no brocardo *nullum crimen sine iniuria*<sup>55</sup>. Aduz o doutrinador:

<sup>49</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI, op. cit., p. 118.

<sup>50</sup> BATISTA, op. cit., p. 93.

<sup>51</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI, op. cit., p. 98.

<sup>52</sup> BATISTA, op. cit., p. 94.

<sup>53</sup> GOMES, op. cit., p. 28.

<sup>54</sup> PASCHOAL, op. cit., p. 16; PALAZZO, op. cit., p. 80.

<sup>55</sup> GOMES, op. cit., p. 99.

Com isso fica claro que o legislador tem domínio sobre o âmbito da delimitação do *ius puniendi* (domínio esse que deriva do princípio democrático). Mas sua obra pode ser (e normalmente é) incompleta, imperfeita, ou vaga e exageradamente extensiva. Os que completam esse produto legislativo 'bruto' (naturalmente repleto de imperfeições ou excessos) são os intérpretes e os juízes (que fazem atuar o *ius penale*).<sup>56</sup>

A feição *contentutistica* do princípio da ofensividade<sup>57</sup> – atinente ao objeto de proteção e, por conseguinte, ao conteúdo da lei penal – franqueia ao preceito uma flexibilidade própria, que não é vislumbrada em princípios eminentemente formais, como é o caso da legalidade. Tal determina a possibilidade de, conforme a situação fática vislumbrada, de acordo com as circunstâncias que configuram a particularidade do caso, se verificar a solução mais acertada, sempre em uma ótica democrática e garantista. É a ofensividade um *valor incorporado à norma, elemento constitutivo do delito*<sup>58</sup>, e, portanto, de necessária observância quando da subsunção do fato à lei, aferindo-se, a partir da imposição da necessária ofensa, a (a)tipicidade da conduta.

### 2.1.3. A inter-relação entre o princípio da ofensividade e outros princípios penais

Interessante análise procedida por Gomes relativamente ao cotejo e conexão estabelecida entre o princípio da ofensividade e alguns dos principais princípios afetos à política-criminal<sup>59</sup>. Levaremos a cabo o exame da ofensividade relacionada com os postulados da *legalidade*, do *fato*, da *exclusiva proteção de bens jurídicos*, da *fragmentariedade* e da *subsidiariedade*. Quanto à proporcionalidade, deixaremos para salientar seus principais aspectos em capítulo próprio, apartado, todavia sem olvidar a indiscutível vinculação existente com o princípio de necessária ofensa.

Relativamente à *legalidade*, é interessante notar que a ofensividade não se trata de um critério extralegal, um *plus* verificado além daquela, provindo simplesmente da mente do intérprete. Afigura-se, sim, um pressuposto a mais para a configuração do injusto penal, restringido e condicionado pela legalidade, respeitando-se assim o axioma *nulla iniuria sine lex*.<sup>60</sup>

Da mesma forma como é correto afirmar que não há ofensa sem lei, deve-se atentar, delimitando-se, assim, a atividade legislativa, que também é verdadeiro inferir-se, por óbvio, que *nulla lex sine iniuria*. Definindo-se o princípio de necessária ofensa como de inarredável observância à intervenção punitiva – a qual só pode ser deflagrada diante da lesão ou perigo concreto de lesão (intoleráveis) a um bem jurídico (de dignidade

<sup>56</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>57</sup> D'AVILA, op. cit., p. 84; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*. Padova : Cedam, 1979, p. 185.

<sup>58</sup> D'AVILA, op. cit., p. 85.

<sup>59</sup> GOMES, op. cit., p. 32.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 34.

constitucional) –, mostra-se de capital importância exigir-se do legislador que proceda, efetivamente, em suas confecções típicas, à descrição da hipótese de incidência da norma levando-se em linha de conta que, necessariamente, deve estar contemplado, nessa descrição, um fato em que existente uma *ofensa* de singular relevância a um bem jurídico. De tal pensamento extrai-se a inferência de que não se pode aceitar, como produto legislativo, o aparecimento de figuras típicas denotando condutas de simples desobediência e mera infração a norma ou proibições calcadas no desvalor do comportamento, desprezando-se a necessária *ofensa* (insuportável) a um (autêntico) bem jurídico.

Para a configuração do delito, portanto, não basta a mera *literalidade* e existência da proibição. Trata-se de algo muito mais além do simples aspecto *formal*, há uma face *material* de inarredável respeito, há um quê *valorativo* que deve ser observado (por meio da real afetação a um bem jurídico) a fim de que efetivamente se esteja frente a um delito, de acordo com as noções de um Estado Democrático de Direito (conforme discorre Ferrajoli, sobre a legalidade estrita)<sup>61</sup>. É de se frisar, já na fase da elaboração do tipo penal deve ser respeitada a exigência da necessária *ofensa*.

E essa ofensividade deve ser haurida do tipo penal com clareza, precisão<sup>62</sup>, deve estar devidamente delimitada na norma, tudo em homenagem aos axiomas *lex certa*, *lex clara* e *lex determinata*<sup>63</sup>. Mormente no que tange à *lex certa*, a ofensividade deve *complementar* essa exigência de que a lei penal expresse a matéria da proibição da forma mais clara possível, revelando o respeito que a atividade estatal deve nutrir pela liberdade do cidadão, lembrando-se que *nulla lex sine iniuria*.

Em face disso, o axioma *nullum crimen sine lege* requer, para o seu respeito, a observância de um critério material, repleto de carga valorativa e garantista, delineado pelo princípio de necessária *ofensa* ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*<sup>64</sup>). Isso inclusive em atendimento ao princípio da *isonomia*, uma vez que, vedada a possibilidade de tratamentos díspares e diante da infinidade de comportamentos que podem ser abarcados por um tipo penal, delimitam-se os necessários requisitos que de antemão devem ser cumpridos para o fim de ver-se um comportamento subsumido na norma penal. Reduz-se, assim, em muito as diferenciações e as injustiças em face de uma equivocada incidência da lei penal. Concluímos o ponto citando Palazzo, para quem a ofensividade trata-se “de um dispositivo genérico (posto ao lado da enunciação da legalidade) capaz de excluir a subsistência do delito, malgrado a presença de um fato que, se ajustando embora à moldura do tipo, se revela concretamente inofensivo.”<sup>65</sup>

Quanto ao princípio da *materialidade do fato* (ou princípio do fato), calha salientar que, uma vez exigindo este que, para haver a intervenção penal, deva ocorrer a exteriorização de uma conduta<sup>66</sup>, não sendo papel do Direito Penal ingerir-se no pensamento,

<sup>61</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 348-349.

<sup>62</sup> LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 24.

<sup>63</sup> GOMES, op. cit., p. 36.

<sup>64</sup> MANTOVANI, op. cit., p. 184.

<sup>65</sup> PALAZZO, op. cit., p. 82-83.

<sup>66</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 440.

nas condutas internas e no modo de ser dos indivíduos, tal exteriorização por óbvio deve revestir-se da necessária lesividade para que venha a ter dignidade penal<sup>67</sup>. É dizer, por imposição do Direito Penal do ato<sup>68</sup>, se é necessário que se verifique uma conduta que desborde da mera esfera individual do cidadão, tal conduta obrigatoriamente deve trazer consigo uma intolerável ofensa a um bem jurídico de terceiro para que efetivamente seja merecedora de atenção pelo Direito Penal.

Em uma ótica *ex post factum*, trata-se de um *pressuposto* a exigência do fato, devendo vir antes mesmo da aferição da intolerável ofensa ao bem jurídico no caso concreto<sup>69</sup>. Se é verdadeiro afirmar não haver delito sem materialização de conduta (não podendo o Direito Penal ocupar-se de pensamentos ou intenções), por outro lado mostra-se indispensável, para que efetivamente haja o delito, a verificação de um *plus*, consistente na indispensável lesividade da ação a bem jurídico de terceiro.

No que tange ao princípio da *exclusiva proteção de bens jurídicos*, é de se salientar que, não obstante sua reconhecida vinculação com o princípio da ofensividade, não ostentam tais princípios o mesmo conteúdo. A partir da exclusiva proteção de bens jurídicos dessume-se uma missão, uma forma de *Direito Penal*. O Direito Penal do bem jurídico não se ocupa de punir meras intenções, comportamentos individuais, internos do ser humano que não tragam conseqüências lesivas a outro indivíduo. O princípio da ofensividade, a seu turno, não se trata de missão ou forma de Direito Penal, mas sim de forma de conceber ou compreender o *delito*: crime como ofensa a um bem jurídico. A interconexão e interdependência entre esses postulados é evidente: se, de um lado, o direito penal deve ser compreendido como incumbido de tutelar bens jurídicos, proscrevendo determinadas condutas lesivas, devem referidos bens jurídicos, por outro lado, serem passíveis da necessária ofensa: “a forma de delito depende da forma de Direito Penal”<sup>70</sup>.

Pertinente a observação de Gomes a respeito da vinculação entre ambos os princípios, todavia cada um detentor da sua necessária autonomia e identidade própria<sup>71</sup>:

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, justamente porque nos revela uma *forma de direito penal*, tem a preocupação de responder, entre outras, questões como *Que é que deve ser protegido? Qual é o objeto de proteção? Que se entende por bem jurídico? Quais são suas características?* Etc. São questões que corporificam o conteúdo da teoria do bem jurídico.

Já o princípio da ofensividade tem outros tipos de preocupação: *Que contribuição pode dar para definir materialmente o bem jurídico? Como deve o legislador contemplar a redação de um tipo penal? Que se entende por lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico? Quais são os limites da antecipação da tutela penal?* etc.

<sup>67</sup> GOMES, op. cit., p. 39.

<sup>68</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI, op. cit., p. 118.

<sup>69</sup> GOMES, op. cit., p. 40.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 43-44.

Relativamente aos princípios da *fragmentariedade* e da *subsidiariedade*, faces do direito penal mínimo<sup>72</sup>, é de se enfatizar, diante de todo o exposto até então, que – não obstante se faça necessário o advento de uma lei, determinando de forma clara o conteúdo da proibição, delineando com precisão a necessária ofensividade de que deve estar imbuída a conduta para adentrar no âmbito penal, devendo, por outro lado, o direito Penal agir quando da materialização de um comportamento ofensivo a bens jurídicos de terceiros – imperioso que se diga que nem toda ofensa, mesmo que intolerável, irá desencadear a intervenção penal<sup>73</sup>. É de se verificar se há, *in casu*, a possibilidade de outro ramo do Direito agir com eficiência para sanar a questão. Quando a ofensa intolerável não puder ser dirimida por outra seara do Direito, aí sim o Direito Penal intervirá, como *ultima ratio* que é, para garantir o respeito aos direitos fundamentais do cidadão e o convívio social<sup>74</sup>.

Nas palavras de Fayet Jr., os princípios da ofensividade e da fragmentariedade se complementam em conteúdo: “o Direito Penal só é pertinente quando houver uma lesão a determinados bens jurídicos (lesividade/ofensividade) e, somente em algumas formas de ataque a esses bens (leia-se, as mais intensas), é que permitem a normatização criminal (fragmentariedade).”<sup>75</sup>

Consoante Polaino Navarrete, confere-se, na atualidade, com unanimidade ao Direito Penal a natureza de ordenamento jurídico fragmentário, “en el sentido de entender que se someten a la garantía del mismo determinados bienes y valores, cuya protección en otros sectores del Derecho positivo resulta insuficiente o inadecuada.”<sup>76</sup> Relativamente à subsidiariedade, o mencionado autor aduz:

por su parte, el carácter subsidiario del Derecho penal hace directa referencia a la propia *gravedad de la reacción* jurídico-penal, frente a la incidencia típica de los respectivos objetos de tutela del ordenamiento punitivo. El carácter subsidiario presupone el previo reconocimiento de la fragmentariedad de la normativa penal, y se muestra plenamente congruente con el alcance dogmático de la constatación de la naturaleza fragmentaria del ordenamiento penal. Pero va más allá del peculiar significado propio del mismo, y en este contexto se manifiesta asimismo como un carácter complementario del anterior, aunque transcendente más allá del él.<sup>77</sup>

Nesse passo, funcionando de modo anteposto, a ofensividade garantirá a necessária observância da existência de uma conduta efetivamente lesiva a um bem jurídico de terceiro. Mostrando-se tal lesão (ou perigo concreto de lesão) intolerável, deve-se verificar se há a possibilidade de outro ramo do Direito dar conta da situação de maneira eficaz. Tal não se mostrando viável, intervirá o Direito Penal como último e extremo recurso à manutenção dos postulados do Estado Democrático de Direito<sup>78</sup>.

<sup>72</sup> PASCHOAL, op. cit., p. 16.

<sup>73</sup> GOMES, op. cit., p. 45.

<sup>74</sup> PASCHOAL, op. cit., p. 16.

<sup>75</sup> FAYET JUNIOR, op. cit., p. 272.

<sup>76</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte general*. t. 1, Fundamentos científicos del Derecho Penal. 2ª ed. Barcelona : Bosch, 1990, p. 95-96.

<sup>77</sup> POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 102.

<sup>78</sup> GOMES, op. cit., p. 45.

Por conseguinte, nos termos do que dispõe Gomes:

admitindo-se que o Direito penal (por razões de proporcionalidade), por ser o mais contundente meio de controle social de que dispomos, só deve intervir quando resulta absolutamente necessário (princípio da necessidade, que faz parte do princípio da proporcionalidade) e que uma das suas missões no atual Estado de Direito é a de proteger bens jurídicos de especial relevância (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos) diante de condutas externas (princípio do fato ou da materialidade do fato), descritas prévia e inequivocamente numa lei penal (princípio da legalidade, taxatividade e anterioridade), com capacidade de causar, de modo intolerável (princípio da fragmentariedade), lesão ou perigo concreto de lesão (princípio da ofensividade) ao bem jurídico protegido e sempre e quando não exista outro meio (de proteção desse bem) mais idôneo (princípio da subsidiariedade ou de *ultima ratio*), naturalmente resultam delineados os mais importantes princípios informadores da inseparável relação entre bem jurídico e ofensividade.<sup>79</sup>

### 2.1.4. A ofensividade em alguns ordenamentos jurídicos

Maior atenção foi rendida ao princípio da ofensividade no direito italiano<sup>80</sup>.

Por meio da concepção realística do delito<sup>81</sup>, identificando o crime como um fato ofensivo a um interesse penalmente protegido, sustenta parte da doutrina no âmbito *legislativo ordinário* o fundamento de tal princípio (forte nos artigos 1º, 43 e 49.2 do Código Penal Italiano, equivalendo o primeiro e último aos artigos 1º e 17 do Código Penal Brasileiro). É de se salientar que Bricola, citado por Ferrajoli, defende a inclusão no Código Penal Italiano do princípio de “tipicidade substancial”, o qual conectaria a estrita legalidade à ofensividade, determinando-se não ser punível o fato típico que não lesasse o interesse especificamente tutelado pela lei penal em sua concreta dimensão social e constitucional.<sup>82</sup>

Com vistas à promoção do reconhecimento da ofensividade em nível infraconstitucional, de rigor enfatizar interessantes pensamentos desenvolvidos pela doutrina italiana no que concerne às figuras da tentativa e do crime impossível, dispostos, respectivamente, nos artigos 56 e 49.2 do Código Penal Italiano<sup>83</sup>.

Parte da doutrina tem entendido pela absoluta *autonomia normativa* do disposto no artigo 49.2 do Código Penal Italiano, atinente ao crime impossível. Reza o parágrafo segundo do artigo 49 do Código Penal Italiano: “La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell’azione o per l’inesistenza dell’oggetto di essa, è impossibile l’evento dannoso o pericoloso” (em certa correspondência ao artigo 17 Código penal Brasileiro: “Não

<sup>79</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>80</sup> PALAZZO, op. cit., p. 80.

<sup>81</sup> MANTOVANI, op. cit., p. 184; D’AVILA, op. cit., p. 78; GOMES, op. cit., p. 47.

<sup>82</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 474.

<sup>83</sup> D’AVILA, op. cit., p. 76-80; MANTOVANI, op. cit., p. 187-191.

se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”). Tratar-se-ia de uma *regra geral* sobre ofensividade, uma “cláusula geral de ofensividade na seara da legislação ordinária”<sup>84</sup>, de observância obrigatória, independentemente de qual crime se estivesse tratando. A inidoneidade da ação e a inexistência do objeto trariam indiscutíveis parâmetros à aferição da necessária ofensa nos comportamentos candidatos à incidência da norma penal.

D’Avila aponta algumas críticas relativamente a essa releitura do dispositivo respeitante ao crime impossível: a primeira delas de natureza político-criminal, esteada no fato de que se estaria com isso desrespeitando o princípio da tipicidade estrita. Tal pensamento, todavia, encontra-se atualmente superado em função da distinção entre as concepções *substancial* e *realística* do delito. A segunda crítica diz respeito às premissas hermenêuticas que basearam a teoria. E a terceira crítica de feição dogmática. Tal tese aponta para a insubsistência da autonomia normativa do dispositivo do crime impossível em função de este não se mostrar de forma alguma útil ao reconhecimento do interesse protegido pela norma, afigurando-se necessário deduzi-lo do próprio tipo. Isso geraria uma contradição lógica: uma vez sendo o interesse tutelado pela norma identificado a partir desta própria norma, mostrar-se-ia difícil conceber um fato conforme esta, mas não lesivo ao referido interesse<sup>85</sup>.

Outra corrente, rendendo uma concepção realística à tentativa punível (artigo 56), a despeito de não concordar com a autonomia normativa do disposto no artigo 49.2 do Código Penal Italiano, por outro lado não trata tal dispositivo como inócuo a servir como critério balizador da necessária ofensa. Tal pensamento busca relacionar os artigos 49.2 e 56, o primeiro dispositivo complementando o segundo, impondo, para que haja a reprimenda penal em função da tentativa, a concreta colocação em perigo do bem jurídico tutelado, levando-se em linha de conta *todas* as circunstâncias do caso concreto<sup>86</sup>.

Outra orientação doutrinária busca conferir assento constitucional ao princípio de necessária ofensa<sup>87</sup> com esteio nos artigos 2º, 13, 25.2 e 27.3 da Constituição Italiana. Além disso argumenta-se que a observância da liberdade moral (a qual se expressa no axioma *cogitationes poenam nemo patitur*), a tolerância e o respeito para com as minorias, o fator histórico, obstaculizando a autoritária criminalização de condutas de mera desobediência e os princípios atinentes ao Estado Democrático de Direito determinam suficientemente a que se compreenda, como o único modelo de delito viável, aquele fulcrado na idéia de crime como proibição de condutas efetivamente lesivas a bens jurídicos de terceiros<sup>88</sup>. Ferrajoli, sobre a questão em tela, assevera haver

“controvérsias sobre se o citado princípio tenha, no ordenamento italiano, respaldo constitucional. É certo que nossa Constituição, ainda que sujeitando o conte-

<sup>84</sup> D’AVILA, op. cit., p. 78.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>87</sup> MANTOVANI, op. cit., p. 185-186.

<sup>88</sup> GOMES, op. cit., p. 49.

údo das proibições penais ao respeito a outros princípios (da liberdade, da igualdade etc.), não contém norma alguma que enuncie expressamente a garantia de lesividade. Seria ilógico, no entanto, entender que admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoa, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional”.<sup>89</sup>

No Direito espanhol, há uma forte tendência doutrinária ao amplo reconhecimento do princípio da ofensividade em âmbito constitucional e legislativo ordinário. O Tribunal Constitucional também sempre manteve uma postura judicante consentânea à observância do princípio de necessária ofensa (STS de 04.04.1990, relator Puerta Luís; STS 10.12.1991, relator Bacigalupo Zapater; STS 18.06.1992, relator Moyna Ménguez; STS 13.03.1993, relator García Ancos; STS 05.06.1993, relator García Miguel; STS 09.02.1994, relator Martín Pallín, STS 27.05.1994, relator Bacigalupo Zapater)<sup>90</sup>.

No direito brasileiro, interessantes inferências podem ser extraídas a partir de uma leitura da primeira parte do artigo 13 do Código Penal, o qual estabelece que “o resultado, de que depende a *existência* do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.” É dizer, todo delito, para que exista, deve carregar consigo um resultado. Obviamente que não se trata do resultado naturalístico, próprio dos crimes materiais, mas de um resultado jurídico, de cunho normativo, retirado a partir de um juízo valorativo procedido pelo intérprete/juiz. Este resultado, precisamente, é a lesão ou perigo concreto de lesão, que deve abarcar todos os tipos penais, independentemente de sua natureza.

Desse modo, é verdadeiro inferir-se que a ofensa a um bem jurídico alheio (resultado jurídico), de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa (conforme princípio da culpabilidade)<sup>91</sup>.

Da mesma forma, as considerações feitas relativamente ao delito impossível são perfeitamente adequadas ao sistema normativo brasileiro, razão por que também nesse ponto ganha respaldo o princípio de lesividade.

Quanto ao âmbito constitucional, pode-se estear o princípio da ofensividade nos postulados inerentes ao Estado Democrático de Direito<sup>92</sup>, que pugna pela justiça, pela dignidade humana, pela tolerância e respeito às minorias, pela igualdade<sup>93</sup>, devendo para tanto o Direito Penal cuidar exclusivamente de proteger os mais caros bens da sociedade, alçados à condição de bens jurídico-penais, os quais somente serão passíveis de receber a intervenção penal em situações limites, extremas, em lesões ou perigo concreto de lesão insuportáveis e diante da ineficiência de qualquer outro ramo do Direito para dirimir o conflito.

Há doutrina que ainda fundamenta o princípio da ofensividade no artigo 98, I, da Constituição Federal, que trata das infrações penais de menor potencial ofensivo<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 435-436.

<sup>90</sup> GOMES, op. cit., p. 57-58.

<sup>91</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 449.

<sup>92</sup> D'AVILA, op. cit., p. 73.

<sup>93</sup> PRADO, op. cit., p. 57-59.

<sup>94</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. 10 ed. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 2.

Vemos com reservas tal entendimento, inclusive diante da indispensável exigência de que o Direito Penal atue tão-somente quando da ocorrência de ataques insuportáveis a bens jurídicos de capital importância (direitos fundamentais), se mostrando inábil a solver a questão qualquer outro ramo do Direito. O mote do dispositivo constitucional citado é tornar mais célere e reduzir o procedimento e cognição das infrações de menor potencial ofensivo. Ocorre que tais infrações em sua grande maioria sequer mostrar-se-iam passíveis de serem adjetivadas de delitos, diante do seu *diminuto caráter ofensivo*. Tal proceder apenas enfraquece o Direito Penal, criando novos crimes, ao invés de dar a devida importância aos tipos penais autênticos, reconhecidamente importantes a resguardar a convivência social. Não se pode, entretanto, deixar de considerar que trata-se de uma tentativa de conferir guarida constitucional à ofensividade, o que, indubitavelmente, se mostra de grande valia.

A despeito da ausência de disposição constitucional expressa acerca do princípio da ofensividade no Direito brasileiro, não há como se olvidar de sua imprescindível incidência e respeito, uma vez que expressão das noções do Estado Democrático de Direito. Nesse passo, constitui-se não só critério limitador do poder de punir (devendo o legislador observá-lo no momento da elaboração do tipo), mas também um dos elementos fundamentais de interpretação ao operador e ao aplicador do Direito, mostrando-se *vinculante* ao intérprete e julgador.

Diante do reconhecimento do assento constitucional da ofensividade, uma vez não havendo sido respeitado, pelo legislador, tal princípio (quando da elaboração da lei), há um mandado que vinculará o julgador, o qual, em face da necessária observância do preceito, deverá, por meio do controle de constitucionalidade, declarar a norma em dissonância com o Texto Constitucional, (i) extirpando-a do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade material, no caso do controle concentrado ou (ii) ignorando-a, não lhe rendendo aplicação, quando em controle difuso; ou ainda (iii) promovendo uma interpretação conforme a Constituição, reduzindo o âmbito de aplicação da lei aos estritos casos em que se puder verificar, efetivamente, a lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico alheio.

Por outro lado, havendo sido respeitado o princípio de necessária ofensa no âmbito legislativo, mas, diante da constelação de características das situações fáticas, se se requerer aplicação do tipo penal em um dado caso concreto em que inviável o reconhecimento da existência de lesividade, deverá o intérprete/julgador declarar a atipicidade do fato, diante da concepção realística do delito<sup>95</sup>.

## 2.2. Princípio da proporcionalidade

Conforme se infere do disposto no capítulo anterior, o legislador não está livre para criminalizar o que bem entender, não pode, a seu livre talante, determinar o que deve

<sup>95</sup> MANTOVANI, op. cit., p. 185-186.

ser tutelado pelo Direito Penal e o que não deve. Tal procedimento está subordinado à análise de alguns critérios que assim determinarão a real necessidade de tutela. Deve-se (i) reconhecer o bem jurídico a ser tutelado, (ii) dispor a norma de proibição em termos claros, bem delimitados e inteligíveis, donde (iii) se deve dessumir de modo escorreito a necessária ofensa (intolerável) ao bem jurídico ou sua efetiva colocação em perigo, concluindo-se, de outra banda, (iv) que tão-somente agirá o Direito Penal diante de uma situação extrema, em que ineficaz a intervenção de qualquer outro ramo do Direito.

Os bens jurídico-penais, como visto, se mostram como interesses da maior relevância à sociedade, consistentes no núcleo do que a Constituição Federal almeja, por meio de suas linhas, salvaguardar, proteger, resguardar. Preexistentes à construção normativa<sup>96</sup>, são pinçados pelo legislador, o qual lhes confere dignidade penal, em função de sua notória relevância<sup>97</sup>. Diante disso, exsurge o princípio da proporcionalidade, que, juntamente com o postulado de necessária ofensa, constituem-se em mandados de proibição de excessos, pautas de conduta que devem nortear a atuação das autoridades estatais, quando da confecção do tipo penal, bem assim quando de sua observância e aplicação<sup>98</sup>.

Canotilho delinea a proporcionalidade desdobrando-a nos princípios da *conformidade* ou *adequação*, da *exigibilidade* ou da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*.

O princípio da conformidade determina que a medida escolhida para a realização do interesse público deve ser *apropriada* aos fins a ele subjacentes. É a relação de *adequação medida-fim*.

A exigibilidade, necessidade ou, ainda, princípio da *menor ingerência possível* traz a noção de que é *direito* do cidadão sujeitar-se à *menor desvantagem possível*. Dessa forma, é lícito ao indivíduo exigir do Poder Público a prova de que efetivamente é o menor dano possível este que está a sofrer. Em virtude da relatividade de tal princípio, alguns outros elementos são a este acrescentados, com o fim de conferir-lhe maior tangibilidade: (i) *exigibilidade material*, sendo o meio o mais “poupado” possível quanto à restrição dos direitos fundamentais; (ii) *exigibilidade espacial*, limitando-se o âmbito da intervenção; (iii) *exigibilidade temporal*, relativamente à devida delimitação no tempo da medida coativa, e (iv) *exigibilidade pessoal*, significando que a medida deve se restringir a determinada(s) pessoa(s) cujos interesses impende sejam prejudicados. Traz-se, por meio da exigibilidade, a indagação de se o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz todavia menos prejudicial ao indivíduo.

A proporcionalidade em sentido restrito termina a análise sobre os critérios, nesse aspecto, que, necessariamente, devem percorrer os atos estatais para gozarem de legitimidade. Verificada a necessidade e adequação do ato, deve-se aferir se o resultado conseguido com a aplicação da medida é *proporcional* à carga coativa desta. Por meio da proporcionalidade em sentido estrito, verificar-se-á a justa medida da atuação estatal.

<sup>96</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios*. RT/Fasc. Pen., a. 88, v. 763, maio 1999, p. 418.

<sup>97</sup> FAYET JUNIOR, op. cit., p. 248-250.

<sup>98</sup> REALE JÚNIOR, op. cit., p. 415.

Em uma equação, pondera-se se o meio utilizado é proporcional em relação ao fim alcançado, pesa-se as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim<sup>99</sup>.

O artigo 3º da Constituição Federal estabelece como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma “sociedade justa”, defluindo daí a perquirição por justiça social, leis adequadas, restrições apenas na justa medida, ou seja, prejuízos ao cidadão apenas quanto ao indispensável, em atendimento aos fins de um Estado Democrático de Direito. Nessa senda, não haveria razão para que a um indivíduo fosse impingida pena maior do que a adequada. Segundo Franco, em um Estado Democrático de Direito, “não teria sentido, nem cabimento, a cominação ou a aplicação de pena flagrantemente desproporcionada à gravidade do fato. Pena desse teor representa ofensa à condição humana, atingindo-a, de modo contundente, na sua dignidade de pessoa”<sup>100</sup>. E prossegue o autor asseverando que, com base na proporcionalidade, impende proceder-se a uma “ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que alguém pode ser privado (gravidade da pena)”<sup>101</sup>.

*Pari passu* à justiça social, encontramos a aspiração constitucional da *liberdade* (no preâmbulo constitucional). É valor de relevância ímpar, de importância suprema à sociedade brasileira. E tal valor é, precisamente, o atingido quando da impingidela de uma sanção penal. Em face disso, configurando a liberdade bem de respeito inarredável, e sendo este o valor atacado quando da intervenção punitiva, somente pode esta se justificar quando efetivamente estiverem em jogo interesses de quilate, ao mínimo, equivalente ao valor que será comprometido em hipótese de condenação. Isso tudo em observância ao preceito da proporcionalidade; do contrário estar-se-á diante de um agir estatal manifestamente em dissonância à Constituição. Dessa forma, conforme Reale Jr., “os valores fundamentais da justiça e liberdade exigem que o legislador, ao construir as normas incriminadoras, arcabouço do direito penal, tenha em vista os bens jurídicos considerados dignos de tutela.”<sup>102</sup>

Consoante se infere, o princípio da proporcionalidade emana dos princípios e direitos fundamentais encartados no Texto Constitucional, “a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>103</sup>. De fato, não há como se render satisfatória observância à dignidade da pessoa humana se os cidadãos estiverem sujeitos a arbitrariedades e comportamentos despóticos, podendo vir a sofrer punições desmesuradas, descabidas. Conforme atenta Reale Jr.:

a pessoa humana não pode alcançar sua realização concreta se sujeita estiver ao arbítrio do legislador, o qual, a seu livre talante, escolhe como objeto de punição comportamentos inócuos ou meras desobediências a normas de caráter administrativo<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2004, p. 269-270; RIPOLLÉS, op. cit., p. 135.

<sup>100</sup> FRANCO, Alberto Silva et. al. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. vol. 1. t. 1. 6ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>102</sup> REALE JÚNIOR, op. cit., p. 418.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 417.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 417.

Nessa senda, adequado o raciocínio de que daí se extrai no sentido de que, efetivamente, ao Direito Penal compete tutelar tão-só as ações que maior afetação imprimirem ao bem jurídico, comprometendo o convívio social. Por outro lado, vislumbrada hipótese de incidência do Direito Penal, tal deve se verificar na justa medida, proporcionalmente, não se podendo, por meio da intervenção punitiva, ocasionar maior dano que aquele desencadeado pelo comportamento em dissonância à norma de proibição. Interessante observação de Ferrajoli a respeito:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua 'absoluta necessidade' são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.<sup>105</sup>

É nesse diapasão que, inclusive, descabe estear o sacrifício da liberdade do cidadão com base no mero "interesse da intimidação geral"<sup>106</sup>. A "pena exemplar", estando bastante vinculada a concepções que vêem no Direito Penal um instrumento de proteção da vigência de normas (e não de tutela de bens jurídicos), desconsidera os critérios de proporcionalidade e culpabilidade, dando ensanchas a uma desmedida intervenção punitiva. E, consoante Ferrajoli, valendo-se da lição de Montesquieu, "todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico."<sup>107</sup>

A proporcionalidade é vislumbrada em uma dupla dimensão: abstrata e concreta<sup>108</sup>.

Por meio da dimensão *abstrata*, observa-se o processo de criminalização primária, procedida no momento da escolha pelo legislador das hipóteses que ensejarão a aplicação do Direito Penal. Como já observado, deve a intervenção punitiva tão-somente se restringir às situações em que ocorrentes graves lesões aos bens jurídico-penais (aos direitos fundamentais, hauridos do Texto Constitucional). Apenas comportamentos intoleravelmente atentatórios aos direitos humanos é que poderão ser objeto de legítima atuação do legislador no processo de criminalização de condutas.

A cominação das penas, da mesma forma, deve respeitar necessária proporcionalidade, em uma visão holística do sistema penal. As punições devem ser coerentes e guardarem adequados quantitativos conforme o critério de essencialidade conferido pela sociedade ao bem jurídico, não podendo haver discrepâncias flagrantes – ausência de proporcionalidade – entre os tipos penais, sob pena de inconstitucionalidade.

Ferrajoli, discorrendo sobre o direito penal mínimo, ventila dois parâmetros utilitaristas que bem retratariam tais observações: o *máximo bem-estar possível dos não-desviantes* e o

<sup>105</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 427.

<sup>106</sup> GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a Tríplice Função da Culpabilidade no Direito Penal. Boletim IBCCRIM, São Paulo, Ano 9, n. 107, p. 10-12, outubro de 2001, p. 11.

<sup>107</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 427.

<sup>108</sup> SANTOS, op. cit., p. 28; RIPOLLÉS. op. cit., p. 171-172.

*mínimo mal-estar necessário dos desviantes*, devendo o Direito Penal minimizar as lesões (ou exponenciar a tutela) tanto daqueles que infringiram a lei penal como dos que a não violaram. Tal orientação “preclui autojustificações apriorísticas de modelos de direito penal máximo, consentindo somente justificações, *a posteriori*, de modelos de direito penal mínimo”<sup>109</sup>.

Efetivamente identifica-se, em face do cunho de aflição e coerção, a pena como um mal, não se podendo, a partir daí, tratá-la com esteio em uma “finalidade filantrópica de tipo reeducativo ou ressocializante, e, de fato, ainda mais aflitivo”<sup>110</sup>. Todavia, ainda que se afigure de fato um mal (o que resta bem delineado com a análise do princípio ora em exame), a sanção tem sua justificação “se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontrolladas e desproporcionais”<sup>111</sup>. Com base no pensamento de Kant, citado por Ferrajoli, de que nenhuma pessoa pode ser tratada como coisa, como meio ao alcance de fins verdadeiramente não legitimados, infere-se que deve a pena ser justificada não tão-só *ne peccetur* (no interesse de outros), mas, da mesma forma, *ne punietur* (no interesse do acusado, a não ser submetido a suplícios desmesurados)<sup>112</sup>. Conforme D’Avila, há uma proibição constitucional à *instrumentalização do homem*.<sup>113</sup>

Relativamente à dimensão *concreta* de tal princípio, afere-se *na situação fática* a proporcionalidade entre a medida levada a efeito pelo Estado diante da conduta delitativa, verificando-se os *custos individuais e sociais* ocasionados em função da intervenção punitiva, e os prejuízos face o cometimento da infração. É a *relação custo/benefício*<sup>114</sup>. Tal relação, conforme notoriamente se percebe, encontra-se na atualidade amplamente deficitária, uma vez que o estrago verificado em face da aplicação e execução da lei penal são, em grande medida, muito maiores que o prejuízo ocasionado em função da prática delitativa. A criminalização demasiada, inclusive trazendo para o âmbito penal, situações evidentemente insignificantes, acaba por – em vez de promover melhorias ao convívio social – profligar a segurança dos indivíduos quanto aos objetos de proibição, acabando por criar “novos crimes” (não existentes de modo legítimo), desprovidos de bem jurídico-penal e em manifesta dissonância ao que disposto na Constituição da República.

A proporcionalidade em sua dimensão concreta deve nortear o julgador no momento de *aplicar a sanção*. Deve-se examinar a realidade do acusado, ponderar as circunstâncias que o envolvem e, com esteio também no princípio da individualização da pena, promover uma justa dosimetria, inclusive por exigência constitucional de isonomia. Consentânea a esse pensamento é a construção levada a cabo por Zaffaroni e Pierangeli, relativamente à noção de co-culpabilidade<sup>115</sup>:

<sup>109</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 313.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 313.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 313.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 313.

<sup>113</sup> D’AVILA, op. cit., p. 73. Sobre a dignidade da pessoa humana e a filosofia kantiana: SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 37.

<sup>114</sup> SANTOS, José Cirino dos. *Direito Penal : Parte Geral*. op. cit., p. 28.

<sup>115</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI, op. cit., p. 610-611.

Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em conseqüência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.

Daí sugerindo os autores sua consideração como causa de atenuação de pena (artigo 66 do Código Penal Brasileiro). Manifesta a vinculação de tal pensamento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Reale Jr. afirma que o princípio da proporcionalidade tem sua origem também na vedação de penas cruéis (humanidade) e na imposição de individualização da pena. Em um instante inicial, a individualização ocorre em âmbito legislativo, levando-se em linha de conta as providências de seleção de bens jurídico-penais já dispostas. Em um segundo momento, quando da prolação da sentença, objetivando-se uma sanção adequada, justa, proporcional à gravidade do comportamento lesivo e à culpabilidade do autor do agir delitivo<sup>116</sup>.

Ao passo que a individualização da pena, *a priori* ou na situação fática, inevitavelmente haverá de pressupor a proporcionalidade entre a sanção e o dano ou perigo concreto ocasionado ao bem jurídico-penal, a proporcionalidade não só estará atenta à adequação entre pena e conduta delituosa, mas entre as diversas ações previstas como típicas e as várias punições descritas no ordenamento. Daí concluir-se que – inclusive no intuito de o Direito Penal não perder seu crédito, apenando-se com demasiado rigor uma situação que não ostente tamanha relevância – imprescindível o respeito à proporcionalidade, por parte do legislador e do aplicador, a fim de que haja adequada correspondência entre a punição e o valor que a sociedade defere a determinado bem jurídico<sup>117</sup>.

Nesse sentido, Paschoal exemplifica não se mostrar razoável, “sendo portanto arbitrário, punir mais severamente as ofensas ao patrimônio que as ofensas à vida ou à liberdade individual, apesar de, muitas vezes, o ordenamento pátrio fazer isso.”<sup>118</sup> A autora, ainda, adverte que o desrespeito à exigência da proporcionalidade determina comportamentos arbitrários, estimulando, outrossim, o cometimento de crimes, uma vez que poderia o indivíduo sopesar as conseqüências entre as práticas delitivas e preferir a perpetração de infração mais grave, todavia apenada de modo menos rigoroso<sup>119</sup>.

Conforme Gomes, “para justificar a perda ou privação de um direito fundamental, sobretudo o da liberdade individual, não há dúvida de que a proporcionalidade (necessidade)

<sup>116</sup> REALE JÚNIOR, op. cit., p. 418.

<sup>117</sup> PASCHOAL, op. cit., p. 108.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 108.

e a justiça exigem uma ofensa a outra liberdade de igual ou maior relevância<sup>120</sup>, de acordo com o critério de seleção dos bens jurídico-penais, conforme já exposto. “O bem jurídico vida, por exemplo, é protegido em maior amplitude que o bem jurídico propriedade”<sup>121</sup>. Aduz o doutrinador que a proporcionalidade está em franca conexão tanto com a ofensividade quanto com o preceito da intervenção mínima<sup>122</sup>, vislumbrando-se, a partir daí, a possibilidade de extraírem-se tanto referências valorativas quanto utilitárias<sup>123</sup>.

### 3. Análise de alguns tipos penais do ordenamento jurídico brasileiro à luz dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade

Com base nas noções até então expostas, analisemos alguns tipos da legislação penal brasileira que, apenas exemplificativamente, demonstrarão a atual conjuntura normativa. Da mesma forma, tal análise refletirá a necessidade da adoção de procederes, quanto à elaboração e à aplicação dos tipos penais, efetivamente em adequação às exigências de tutela de bens jurídicos, de necessária ofensa e de proporcionalidade.

Partimos da tutela do meio ambiente, valendo-nos das lições de Luisi. É de se verificar, inicialmente, o constante na Lei 7.643/87, a qual proscreeve, em seu artigo 1º, a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional de toda a espécie de cetáceos nas águas jurisdicionais brasileiras, trazendo, em seu bojo, punição de reclusão de 02 (dois) a 05 (cinco) anos e multa. Em absoluto desrespeito à exigência de proporcionalidade, molestar baleias, golfinhos ou botos é conduta mais severamente sancionada que a perpetração de lesão corporal grave em um ser humano (artigo 129, § 1º, do Código Penal Brasileiro).<sup>124</sup>

Em relação à Lei 9.605/98, a despeito do inegável mérito de reunir a tutela ambiental em uma norma, calha salientar que o vilipêndio à legalidade, à ofensividade e à proporcionalidade é tamanho que tão-somente contribuiu para a “criação de novos crimes”, até então inexistentes e assim não-considerados pela sociedade. Violando-se o princípio da intervenção mínima, procedeu-se à incriminação de diversos comportamentos insignificantes, dispondo a legislação, outrossim, de modo absolutamente equívoco, acerca da responsabilidade penal de pessoa jurídica. Atenta o autor que dos 61 tipos penais existentes na legislação em comento, 32 são legítimos comportamentos bagatelares. Interessante observar a análise da Lei a que procedeu Luisi:

Estão previstos aproximadamente 61 (sessenta e um) tipos penais. Dentre estes, 17 contra a fauna, sendo que 7 com pena máxima de 1 ano. Dezoito são contra a flora, sendo 3 culposos com pena de até 6 meses, e 1 com pena de até 18 meses. Dos dolosos, 6 com pena até 6 meses, 3 com penas até um ano, e um com pena

<sup>120</sup> GOMES, op. cit., p. 46.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 45-46.

<sup>123</sup> RIPOLLÉS, op. cit., p. 137.

<sup>124</sup> LUISI, op. cit., p. 95.

de até 2 anos. No elenco do capítulo 'Poluição e outros crimes ambientais' estão presentes 14 tipos. Dentre estes, 2 são culposos, com penas de até 1 ano. Dos dolosos, dois com pena de até 1 ano. E 1 com pena de até 6 meses. São previstos como 'crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural' cerca de 6 tipos. Destes, um é culposo, e dos dolosos, 3 têm o máximo de pena de um ano. Por fim, no que concerne aos crimes contra a administração ambiental, também, estão enumerados seis tipos, sendo dois culposos, com pena de até um ano.

Em síntese, 9 tipos culposos, com pena máxima variável de seis meses a um ano; 22 tipos dolosos, com pena em seu maior quantitativo de 6 meses a um ano; e um tipo com pena de 18 meses.<sup>125</sup>

Relativamente ao crime de maus-tratos a animal, disposto no artigo 32 da Lei 9.605/98, verifica-se uma cominação de pena de detenção de três meses a um ano e multa, incorrendo nas mesmas punições quem maltratar plantas de ornamentação em local privado ou público, conforme disposto no artigo 49 da referida lei. Como acertadamente conclui Luisi diante de tal situação, é mais grave, ao ordenamento jurídico brasileiro, maltratar uma planta ou um cachorro do que um ser humano, conforme se deduz do constante no artigo 136 do Código Penal. Atenta o mencionado autor para o ápice do desrespeito à ofensividade, à proporcionalidade, à intervenção mínima: a previsão culposa de tal delito de maus-tratos, disposto com apenamento de um a seis meses de detenção ou multa, conforme artigo 49, parágrafo único, da Lei Ambiental. No particular, citando Reale Jr., Luisi observa que “se pisarmos, inadvertidamente, por desatenção, na begônia do jardim do vizinho passaremos a ser delinqüentes ecológicos”.<sup>126</sup>

De igual sorte, em completo vilipêndio às noções penais estudadas no presente trabalho está o disposto no artigo 29 da lei em análise: “matar, perseguir, apanhar e utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”, conferindo-se pena de detenção de seis meses a um ano e multa. O parágrafo terceiro de tal dispositivo traz a conceituação de *espécimes da fauna silvestre*: “todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras”. Conclui Luisi, diante do disposto na Lei, que quaisquer animais que existam no Brasil são silvestres, pois. Nessa senda, se não houver autorização do órgão competente, “apanhar, utilizar ou simplesmente perseguir uma capivara ou um veado passa a constituir um crime.”<sup>127</sup>

Relativamente à desastrosa tipificação de condutas de pessoas jurídicas lesivas ao meio ambiente, é de se citar o § 1º do artigo 22, prevendo a suspensão das ativida-

<sup>125</sup> Ibidem, p. 96.

<sup>126</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 97.

des quando estas *não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares relativas à proteção do meio ambiente*. Tratando-se de uma sanção (aplicada *isolada, cumulativa ou alternativamente*), tão-somente pode ser impingida em função da prática de um delito. Daí poder-se-ia concluir, consoante infere Luisi, que “passa a constituir crime toda e qualquer desobediência a qualquer disposição legal ou regulamentar ao meio ambiente. Uma ‘enorme’ norma penal em branco.”<sup>128</sup> Um vilipêndio às exigências da taxatividade, da ofensividade e da proporcionalidade, não havendo, outrossim, qualquer determinação acerca do bem jurídico tutelado diante de tal proibição. Da mesma forma, ignora-se, em malferimento à proibição de excessos, os quantitativos mínimo e máximo de pena em função do “delito” perpetrado *in casu*. Enfim, uma série de impropriedades que comprometem sobremaneira a efetividade e legitimidade da intervenção punitiva, desacreditando-a diante de tipificações dotadas de tamanha atecnia e ausência de respeito aos preceitos encartados na Constituição da República.

Reale Jr., por sua vez, ao analisar a Lei 9.677/98, constata uma série de equívocos legislativos no procedimento de tipificação de condutas. É absoluto o desrespeito aos princípios de necessária ofensa e de proporcionalidade, incorrendo os dispositivos de tal norma penal em manifesta inconstitucionalidade.

Vejamos os dispositivos incluídos no Código Penal em função do advento da supracitada lei:

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

- I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;
- II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
- III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
- IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
- V - de procedência ignorada;
- VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 99.

A partir do exame de tais tipos penais, Reale Jr. conclui que (i) por vezes (a exemplo do constante no § 1º-B, V), as disposições desgarram-se da declarada tutela do bem jurídico “saúde pública”; (ii) as regras acrescentadas pela dita lei violam, em seu conjunto, os princípios da ofensividade e da proporcionalidade; (iii) as disposições do artigo 273, *caput*, § 1º-B, I, II, III, V e VI, são manifestamente inconstitucionais, em função de (a) não lesarem ou colocarem em perigo concreto bens jurídicos de efetiva importância à sociedade ou (b) violarem incontornavelmente as exigências de ofensividade e de proporcionalidade, ferindo os relevantíssimos valores da liberdade e da justiça; e (iv) o disposto no artigo 273, *caput*, § 1º e § 1º-A, e o inciso IV do § 1º-B, não obstante desrespeitem os citados princípios, podem, ante uma interpretação conforme a Constituição serem salvos de inconstitucionalidade. A isso, necessário serem tais delitos considerados como de perigo concreto, sendo necessário para a sua respectiva incidência, a devida demonstração de colocação concreta do bem jurídico tutelado (saúde pública) em risco, apresentando o produto, de que fala a lei, a devida nocividade negativa.<sup>129</sup>

É de se dizer que, em atenção ao princípio da proporcionalidade, tais penas se mostram por demais exacerbadas. A pena mínima de dez anos de reclusão é superior à capitulada para o homicídio (seis anos, conforme artigo 121 do Código Penal), beirando quase a sanção imposta ao homicídio qualificado, um dos delitos mais graves de nosso ordenamento. Assim, percebe-se a possibilidade de alguém ser punido, de modo absolutamente desmedido, com uma sanção de dez anos de reclusão, caso tenha em depósito produto medicamentoso de procedência ignorada ou sem o registro no órgão de vigilância sanitária competente, conforme disposto nos parágrafos do artigo 273.

Nota-se a utilização da intervenção punitiva de forma totalmente casuística e sem o mínimo de rigor técnico, alijando-se os princípios mais elementares do Estado Democrático de Direito, sobretudo desrespeitando-se os valores de liberdade e de justiça. É manifesta a ausência de lesividade a reclamar tamanho quantitativo na cominação punitiva, não se mostrando minimamente proporcional sancionar-se tão gravemente uma conduta que possivelmente sequer trará danos a quem quer que seja.

Nessa mesma senda é a interpretação que fazemos do disposto no artigo 289 do Código Penal:

Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:

Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.

Verifica-se, pois, que à colocação dolosa em circulação de uma nota falsa é cominada sanção de reclusão de três a doze anos e multa. Em uma análise do ordenamen-

<sup>129</sup> REALE JÚNIOR, op. cit., p. 431.

to em seu conjunto, vislumbra-se que, em atenção ao princípio da proporcionalidade, se mostra referido apenamento absolutamente excessivo. Na medida em que disposta, exemplificativamente, pena de detenção de um a três anos para o homicídio culposo, percebe-se a demasia na cominação do crime de moeda falsa.

Afora o inarredável questionamento acerca da ofensividade de tal delito, não se vislumbrando, *a priori*, lesão ou perigo concreto de lesão a efetivo bem jurídico de terceiro (mostrando-se claudicante sua própria constitucionalidade), sustenta-se a adequação de tal dispositivo, a bem de interpretar-se o dispositivo em respeito à exigência de proporcionalidade, conferindo a este o apenamento disposto ao uso de documento falso (artigos 297 e 304 do Código Penal). Sanciona-se, dessarte, o comportamento com pena de dois anos a seis anos de reclusão (e não, irrazoavelmente, de três a doze anos). Dessa forma, torna-se o dispositivo mais coerente ao sistema, o que, todavia, não exime o intérprete e aplicador de verificar no caso concreto a ocorrência da efetiva lesão a bem jurídico alheio, de capital importância.

De outra banda, Franco, analisando o advento da Lei dos Crimes Hediondos, aduz ter esta promovido significativo desajuste no sistema, criando grande desproporção entre, de uma parte, os delitos contra a vida e a integridade física e, de outra, os contra o patrimônio, apenando de modo por demais rigoroso estes últimos, se comparado à amenidade sancionatória daqueles. Por óbvio que os bens jurídicos atinentes à vida e à integridade física devem ter preponderância em relação ao patrimônio, o que, entretanto, não foi observado pelo legislador.<sup>130</sup>

O citado autor revela, outrossim, afronta ao princípio da proporcionalidade na disposição de sanções idênticas aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Observa que são duas situações bastante diversas, não sendo lícito o Poder Legiferante tratar de modo equivalente. O atentado violento ao pudor, o qual pode se verificar desde a perpetração de um beijo lascivo até um coito anal, não pode ser apenado, em ambos os casos, com a mesma pena conferida ao estupro: reclusão de seis a dez anos. Trata-se de uma afronta inarredável à proporcionalidade e à ofensividade (assim como à própria dignidade da pessoa humana, vedando-se, por intermédio da humanidade, a adoção de penas cruéis).<sup>131</sup>

Da mesma forma a ausência de proporcionalidade é verificada nos casos de receptação (disposta no *caput* do artigo 180 do Código Penal, apenada com reclusão de um a quatro anos e multa) e *receptação qualificada*, por dolo eventual (artigo 180, §1º, do Código Penal, com sanção de reclusão de três a oito anos e multa), já tendo havido pronunciamento do Supremo Tribunal Federal deferindo liminar para suspender a eficácia de condenação impingida (Habeas Corpus 92525, Relator o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, proferida em 31.03.2008 e publicada em 03.04.2008).

Atenta também Franco para a Lei 9.455/97, asseverando que, uma vez mais, o legislador teria afrontado o preceito da proporcionalidade, apenando de modo bastante branda a tortura, conduta dotada de extrema gravidade<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> FRANCO, op. cit., p. 40.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 40.

E tantos outros exemplos poderiam ser dados, como os casos de falsidade documental inidônea, inábeis a causar lesividade a bens jurídicos alheios<sup>133</sup> <sup>134</sup> <sup>135</sup> ou nos delitos atinentes ao direito consumerista, de manifesta insignificância penal. Deve-se, com base em tais críticas, buscar um ordenamento efetivamente coerente e consentâneo às aspirações democráticas, tutelando de fato bens jurídicos essenciais ao convívio social, buscando a intervenção punitiva quando da existência de uma situação realmente intolerável, considerando, de fato, o Direito Penal como *ultima ratio* e conferindo a este, enfim, o devido respeito e credibilidade como remédio extremo diante das maiores agruras humanas.

#### 4. Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência penal Contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo : IBC-CRIM, 2007.

BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1984.

\_\_\_\_\_. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro : Revan, 2007.

BECHARA, Ana Elisa. *Delitos sem Bens Jurídicos?* Boletim IBCCRIM, São Paulo, Ano 15, n. 181, p. 4-5, dezembro de 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2004.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico)*. Coimbra : Coimbra, 2005.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. São Paulo : Renovar, 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

FAYET JUNIOR, Ney. *O bem jurídico e a tutela penal: uma abordagem à luz de alguns princípios constitucionais implícitos*. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Org. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar. Porto Alegre : Núria Fabris, p. 244-279, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>133</sup> GOMES, op. cit., p. 53.

<sup>134</sup> D'AVILA, op. cit., p. 83.

<sup>135</sup> DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. São Paulo : Renovar, 2000, p. 527.

- FRANCO, Alberto Silva *et. al.* *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. vol. 1. t. 1. 6ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. Proporcionalidade e a Tríplice Função da Culpabilidade no Direito Penal. Boletim IBCCRIM, São Paulo, Ano 9, n. 107, p. 10-12, outubro de 2001.
- GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 12ª ed. São Paulo : Malheiros, 2007.
- GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. RBCCRIM, São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. 10 ed. São Paulo : Saraiva, 2000.
- LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*. Padova : Cedam, 1979.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1988.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito Penal, Parte Geral*. Barueri : Manole, 2003.
- PALAZZO, Francesco C.. *Valores Constitucionais e Direito Penal. Um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1989.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte general*. t. 1, Fundamentos científicos del Derecho Penal. 2ª ed. Barcelona : Bosch, 1990.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios*. RT/Fasc. Pen., a. 88, v. 763, p. 415-431, maio 1999.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A Racionalidade das Leis Penais*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.
- SANTOS, José Cirino dos. *Direito Penal : Parte Geral*. 2ª ed. Curitiba : ICPC; Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo : Malheiros, 2005.

SCMHIDT, Andrei Zenkner e FELDENS, Luciano. *O Crime de Evasão de Divisas: A Tutela Penal do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

# APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE PECULATO

José Arruda de Miranda Pinheiro \*

## 1. Introdução

O presente artigo constitui um estudo a respeito da possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato.

A escolha do tema ocorreu em decorrência da relevância que ele apresenta no Direito Penal moderno, direcionado ao seu caráter fragmentário e orientado para a tutela de bens jurídicos penalmente relevantes.

Será feita uma conceituação dos institutos jurídicos necessários à compreensão do problema, iniciando-se o exame do tema, com a explicitação dos aspectos e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que o informam.

Em contexto dialético, proceder-se-á à contraposição das linhas de pensamento e fundamentos científicos que orientam a discussão da matéria e provocam divergências quanto à possibilidade da aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato.

Ao final, diante dos argumentos expostos, haverá posicionamento crítico do autor.

## 2. O Crime de Peculato

Previsto no Art. 312, do Código Penal, inserto no Título XI, Capítulo I – Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral, a conduta que descreve o Crime de Peculato está assim tipificada:

Peculato.

Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Trata-se de ilícito penal praticado por Servidor Público contra o Estado ou particular que detém a posse de bem móvel, em razão do cargo.

O bem jurídico penalmente tutelado (objeto material) é qualquer bem móvel que esteja sob os cuidados do Estado.

\* Defensor Público da União no Distrito Federal. BRASÍLIA/2008.

### 3. O bem jurídico penalmente tutelado

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, conceituam bem jurídico, fazendo-o nos seguintes termos:

Se tivéssemos que dar uma definição a ele, diríamos que bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam. (ZAFFARONI, 2007, P. 462)

Claus Roxin entende bens jurídicos da seguinte forma:

pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e, na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente..." (ROXIN, s/d, p. 27-28)

O bem jurídico penalmente tutelado também pode ser conceituado como sendo o objeto ao qual o Estado destina proteção na seara criminal por entender a sua necessidade de proteção/preservação.

Percebe-se que não são todos os bens que merecem proteção por meio do Direito Penal, mas somente aqueles que se mostrem importantes para os indivíduos e para a sociedade, a exemplo da vida, da liberdade, da honra e do patrimônio.

É nesse contexto que se mostra a característica fragmentária do Direito Penal:

O ordenamento jurídico se preocupa com uma infinidade de bens e interesses particulares e coletivos. Como ramos desse ordenamento jurídico temos o Direito Penal, o Direito Civil, o Direito Administrativo, o Direito Tributário etc. Contudo, nesse ordenamento jurídico, ao Direito Penal cabe a menor parcela no que diz respeito à proteção desses bens. Ressalte-se, portanto, a sua natureza fragmentária, isto é, nem tudo lhe interessa, mas tão somente uma pequena parte, uma limitada parcela de bens que estão sob a sua proteção, mas que, sem dúvida, pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários ao convívio em sociedade (GRECO, 2006, p. 65/66)

No mesmo sentido, Muñoz Conde:

este caráter fragmentário do direito penal aparece sob uma tríplice forma nas atuais legislações penais: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da comissão imprudente em alguns casos, etc.; em segundo lugar, tipificando somente uma parte do que nos demais ramos do ordenamento jurídico se estima como antijurídico; (CONDE, 1975, p. 72)

A idéia de bem jurídico penalmente tutelado está ínsita na Constituição, que materializa as linhas gerais da política criminal, adotada pelo Estado, a selecionar os bens jurídicos penalmente relevantes.

Nessa linha de raciocínio, Luiz Regis Prado, em Bem Jurídico-Penal e Constituição, assinala:

Para selecionar o que deve ou não merecer a proteção da lei penal – bem jurídico –, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são as vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal. Esses princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer um *núcleo* gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal. Princípio e fim. A idéia de princípio não pode ser entendida enquanto fim, objetivo a alcançar, no sentido legitimador, como muitas vezes ocorre, visto que ele não representa intenção, propósito ou tendência voltada para o porvir, mas fundamente e conforma o Direito Penal, delinea sua constituição e seus limites. (PRADO, 2003, p. 66)

Nesse mesmo contexto, Sidnei Agostinho Boneti pondera:

A Constituição é um instituto jurídico idealizado e criado pelos homens para a organização básica das regras de convivência social, política e jurídica de um povo. Consiste na carta de intenções fundamental das regras de convivência de um país. Em sendo assim, esses preceitos de convivência têm de se preocupar com algumas regras de convivência de especial importância no seu elenco de suas normas jurídicas, que são as regras que interessam à Lei Penal. (BONETI, 1992, p. 155)

### 3.1. Princípios que determinam o bem jurídico penalmente tutelado

Além do Princípio da Insignificância, que será estudado com maior profundidade, mais adiante, outros Princípios norteiam o legislador na seleção dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados, a exemplo da Intervenção Mínima, da Lesividade, da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

Segundo o Princípio da Intervenção Mínima, o Direito Penal somente deve ser utilizado como *ultima ratio*, quando se mostrarem ineficazes, na solução do caso concreto, os demais ramos do Direito.

Cezar Roberto Bitencourt pontifica:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios

de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 1995, p. 32)

De acordo com o Princípio da Lesividade, de origem iluminista, o Direito Penal somente tem permissão para atuar quando a conduta praticada ferir com alguma gravidade o bem jurídico.

Esse Princípio revela estreita relação com o Princípio da Intervenção Mínima.

Sobre o tema, Oscar Emilio Sarrule escreve:

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito. (SARRULE, 1998, p. 98)

Quanto ao Princípio da Proporcionalidade é de sua gênese que deve haver um equilíbrio entre conduta, tipo e sanção penal, na medida em que somente aquelas ações ou omissões que se mostrarem potencialmente lesivas devem ser penalmente tuteladas, havendo uma pena adequada ao descumprimento da norma jurídica proibitiva.

Acerca do assunto, Ribeiro Lopes registra:

o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, “o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor de delito têm de ser proporcionais à sua concreta gravidade)”. (LOPES, 2000, p. 421)

Enquanto isso, o Princípio da Razoabilidade mostra-se um norte condutor da tipicidade, que, diante do caso concreto, possibilita ao intérprete e aplicador da norma, a valoração e adaptação do tipo penal à realidade, evitando-se que uma pena desproporcional seja aplicada a uma conduta insignificante.

## 4. O princípio da insignificância

### 4.1. A importância dos Princípios para o Direito

A importância principiológica ganhou força a partir do Pós-Positivismo.

Os valores decorrentes dos Princípios, na realidade do ordenamento jurídico atual, constituem-se verdadeiros indicadores de nortes, vetores da aplicação e da interpretação do Direito.

Miguel Reale conceitua-os:

Verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*. (Reale, 1994, p. 299)

Ivan Luiz da Silva, analisando a definição e a função dos princípios, assevera:

(...) mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema normativo que irradiam comandos que vão influenciar a composição e aplicação de outras normas jurídicas, objetivando, assim, estabelecer a lógica e racionalidade do ordenamento jurídico.

No que tange à natureza jurídica dos princípios jurídicos, não obstante a grande polêmica sobre esse ponto, firmou-se o entendimento de que são espécies de normas jurídicas, uma vez que, segundo a corrente pós-positivista, são o fundamento do sistema constitucional e possuem caráter normativo e vinculante na resolução de problemas concretos. (SILVA, 2006, p. 167)

### 4.2. Breve panorama histórico do Princípio da Insignificância

Diverge a doutrina a respeito da origem do Princípio da Insignificância, havendo duas correntes de posicionamento a respeito da matéria.

A primeira corrente entende que esse Princípio já existia no Direito Romano, época em que o pretor não se atinha a infrações penais que se mostrassem insignificantes, com base no brocardo *minima non curat pretor*.

A segunda corrente assinala que a origem do Princípio da Insignificância está es-

tritamente ligada à questão patrimonial, tendo origem no contexto pós primeira guerra mundial, quando, diante da situação econômica precária vivida na Europa, vários crimes de insignificante potencialidade lesiva eram praticados.

Nessa linha de raciocínio é o pensamento de Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

O princípio da insignificância, ou, como preferem os alemães, a “criminalidade de bagatela” – *Bagatelledelikte*, surge na Europa como problema de índole geral e progressivamente crescente a partir da primeira guerra mundial. Ao terminar esta, e em maior medida ao final do segundo confronto bélico mundial, produziu-se, em virtude de circunstâncias socioeconômicas sobejamente conhecidas, um notável aumento de delitos de caráter patrimonial e econômico e, facilmente demonstrável pela própria devastação sofrida pelo continente, quase todos eles marcados pela característica singular de consistirem em subtrações de pequena relevância, daí a primeira nomenclatura doutrinária de “criminalidade de bagatela”.

Nasceu, assim, ungido pelo caráter da patrimonialidade de seu destino.

(LOPES, 2000, p. 42/43)

Revela essa corrente forte carga do pensamento liberal-iluminista, considerando o Princípio da Insignificância um desdobramento do Princípio da Legalidade.

### 4.3. Conceitos do Princípio da Insignificância no Direito Penal

Inicialmente desenvolvido e estudado por Claus Roxin<sup>1</sup>, o Princípio da Insignificância, tem por objetivo auxiliar o intérprete e aplicador da norma jurídica na identificação e resolução de situações que revelam condutas de bagatela, cuja lesividade é nula ou ínfima, a ponto de não merecer a proteção do ramo mais repressivo do Direito.

Claus Roxin, de forma pioneira, arremata:

Sob o ângulo do princípio *nullum crimen* o oposto é o correto: a saber, uma interpretação restritiva, que realize a função da Magna Carta e a “natureza fragmentária” do direito penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para proteção do bem jurídico. Para tanto, são necessários princípios regulativos como a adequação social, introduzida por Welzel, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abrangem comportamentos socialmente suportáveis. Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da

<sup>1</sup> Política criminal e sistema jurídico penal. Rio de Janeiro: 2000, p. 52/53.

mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível” para adentrar no marco da criminalidade. (ROXIN, 2000, p. 47)

Francisco de Assis Toledo conceitua-o nos seguintes termos:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. (TOLEDO, 1994, p. 133)

Deve-se frisar que o Princípio da Insignificância deve ser aplicado levando-se em consideração a função teleológica do bem jurídico, norteando o aplicador do Direito na busca do alcance de proteção dos bens jurídicos penalmente tutelados.

É nesse contexto que se insere Dionar Ackel Filho:

O princípio da insignificância se ajusta à equidade e à concreta interpretação do direito. Por aquela, acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em sociedade, liberando-se o agente cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, exige-se uma hermenêutica mais condizente do direito, que não pode ater-se a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de desvirtuar o sentido da própria norma e conduzir a graves injustiças. (ACKEL Filho, 1998, p. 73/74)

Em que pese não estar expresso em norma jurídica positivada, tendo em vista ser fruto de construção dogmática, é inegável que o Princípio da Insignificância, assim como outros Princípios, faz parte, de maneira implícita, do ordenamento jurídico, conforme restou assinalado em julgado do Supremo Tribunal Federal:

(...) Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam do texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regeadoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. (...) Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio.

(STF, RE 160.381/SP, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 153/1.030)

#### 4.4. Natureza jurídica do Princípio da Insignificância

Há divergência doutrinária, com reflexo jurisprudencial, no que diz respeito à natureza jurídica do Princípio da Insignificância quando aplicado aos ilícitos, existindo três correntes a respeito.

A primeira delas, majoritária, entende-o como causa de exclusão da tipicidade, na medida em que a conduta, mesmo sob o ponto de vista formal, não é materialmente típica, pois o bem jurídico, objeto de proteção, não chega a ser violado, ou o é atingido de forma insignificante, diante da ausência de gravidade, na ação ou omissão.

Julio Fabbrini Mirabete posiciona-se da seguinte forma:

Sendo o crime uma ofensa a um interesse dirigido a um bem jurídico relevante, preocupa-se a doutrina em estabelecer um princípio para excluir do direito penal certas lesões insignificantes. Claus Roxin propôs o chamado princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos excluir, em princípio, os danos de pouca importância. Não há crime de dano ou furto quando a coisa alheia não tem qualquer significação para o proprietário da coisa; não existe contrabando na posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, que não cause uma lesão de certa expressão para o fisco; não há peculato quando o servidor público se apropria de ninharias do Estado (folhas de papel, caneta esferográfica etc); (...). É preciso, porém, que estejam comprovados o desvalor do dano, o da ação e o da culpabilidade. Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *pathos* ético da pena. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.

A excludente da tipicidade (do injusto) pelo princípio da insignificância (ou da bagatela), que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, não está inserta na lei brasileira, mas é aceita por analogia, ou interpretação interativa, desde que não *contra legem*.

Para os adeptos da teoria social da ação também não haveria nessas hipóteses uma conduta típica. A ação socialmente adequada não é necessariamente modelar, de um ponto de vista ético, dela se exigindo apenas que se situe dentro da moldura do comportamento social permitido e não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto.

Para alguns, entretanto, o princípio da insignificância é uma espécie do gênero “ausência de periculosidade social” e, embora o fato seja típico e antijurídico, a conduta pode deixar de ser considerada criminosa.

(Mirabete, 1993, p. 113/114)

Edílson Mougenot Bonfim e Fernando Capez argumentam:

Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância (...) não tem previsão

legal no direito brasileiro (...), sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no brocardo civil *minimis non curat praetor* e na conveniência da política criminal. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico. (BONFIM e CAPEZ, 2004, p. 121/122)

Uma segunda corrente de pensamento defende que a aplicação do Princípio da Insignificância implica em excludente de ilicitude ou antijuridicidade, conforme assinalado no seguinte aresto:

Apesar da manifestação em contrário da maioria da doutrina brasileira, não se pode atribuir ao conceito de antijuridicidade uma conotação exclusivamente formal, quaisquer que sejam os riscos que se insiram nesse posicionamento. (TACRIM, Apel. 283.949, Rel. Silva Franco, 23.11.1981)

A terceira e última corrente identifica-o como causa excludente de culpabilidade, eximente de pena.

A divergência doutrinária fica evidente no seguinte julgado:

Resp. Penal. Princípio da Insignificância. O princípio da insignificância, não obstante a divergência doutrinária, quanto à sua natureza jurídica (excludente de tipicidade, ou excludente de culpabilidade) significa a irrelevância jurídica do resultado, afetando, materialmente, a estrutura do delito. (STJ, REsp. 167.925/MG, 6ª T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 01.02.1999)

#### 4.5. Importância e fundamento do Princípio da Insignificância para o Direito Penal

Constitui-se causa de identificação das condutas que, em que pese serem formalmente, não se revelam materialmente típicas.

Trata-se de uma forma de seleção do tipo penal ao caso concreto, na medida em que não são consideradas criminosas condutas que, pela sua ínfima afetação ao bem jurídico, não merecem reprimenda penal.

José Henrique Guaracy Rebêlo preceitua:

Apesar de a preocupação do legislador dirigir-se a um número limitado de situações, o processo de tipificação carece de perfeição e pode vir a considerar formalmente típicas condutas que deveriam estar excluídas do âmbito de proibição da norma penal.

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento criminalizado pode causar à ordem jurídica e social, não dispondo de meios para evitar que a norma edificada abranja os casos leves.

O Princípio da Insignificância surge justamente para evitar situações de tal jaez, adequando a norma aos princípios básicos do Direito Penal anteriormente examinados, atuando como elemento de interpretação restritiva do tipo, para que, com base em critérios de razoabilidade, desconsidere-se um fato como crime, tendo-o como insignificante, e destarte, destituído de reprovabilidade.

O fundamento do Princípio da Insignificância está, também, na idéia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *paethos* ético da pena, de sorte que a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato. (GUARACY, 2000, p. 37/38)

## 5. Requisitos para a aplicação do Princípio da Insignificância

A aplicação desse Princípio não pode ocorrer pela simples verificação da lesividade mínima da conduta, necessitando-se demonstrar, para sua verificação a ocorrência, de outros requisitos fundamentais, que evitem excluir a própria finalidade da tutela penal.

Dessa forma, impõe-se realizar uma análise interpretativa conglobada da conduta e da própria norma, tomando-se por norte a razoabilidade e a proporcionalidade.

Existem, basicamente, dois modelos de identificação da conduta insignificante.

O primeiro deles, o Clássico, avalia o desvalor da ação e do resultado, bem como leva em consideração a culpabilidade.

O segundo modelo baseia-se na gravidade da pena.

Carlo Enrico Paliero escreve sobre esses modelos de identificação da conduta insignificante:

O enquadramento sistemático do crime bagatelar – ou, se assim se deseja, da **Geringfiigigkeit** vista como essência jurídica da categoria – deve ser portanto realizado segundo modelos dogmáticos consolidados. Nesse tema pode-se acenar apenas aos dois esquemas interpretativos atualmente preferidos pela doutrina, que exauem, verdadeiramente, as possibilidades de uma adequada tipificação dos **Bagatelldelikte**.

Por um lado o modelo- que se pode definir “clássico” neste campo – constituído por apenas três índices “desvalor da ação”, “desvalor do evento”, e “culpabilidade”, é direcionado à averiguação da global exequibilidade do fato usando as possibilidades de graduação do ilícito penal. Por outro lado o esquema dogmático – atualmente prevalente na doutrina de língua alemã – que utiliza, ao contrário, todos os critérios de uma “antecipada comensuração da pena” para estabelecer o merecimento da pena” (Strafwürdigkeit) do próprio fato. Segundo tal imposição apenas no caso em que todos os indícios de comensuração da pena se mantenham abaixo de um limite mínimo se deveria reconhecer que a conduta não merece ser punida com sanção criminal. (PALIERO, 1979, p. 943)

O Ministro Celso de Melo, em decisão liminar proferida no *Habeas Corpus* nº 92.463-MC/RS, elenca os vetores que devem nortear o intérprete na aplicação do Princípio da Insignificância, quais sejam: a) a mínima lesividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

## 6. Aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato

No que diz respeito à possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato, existem duas correntes de pensamento divergentes.

A primeira delas defende a impossibilidade de sua aplicação, fundamentando tal entendimento no fato de que o objeto de proteção do tipo vai além do aspecto patrimonial, abrangendo também a probidade e a moral administrativa.

A essa corrente filia-se o Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento extrai-se do aresto:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.
2. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.
3. Recurso provido para determinar o prosseguimento da ação penal.

(REsp 655.946/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27.02.2007, DJ 26.03.2007 p. 273)

A segunda corrente posiciona-se favoravelmente à aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato em situações que revelam inexpressividade lesiva.

Esse é o posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal. Demonstra-o julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQÜÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar. 2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário. 3. A manutenção da ação penal gerará graves conseqüências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida.

HC 87478 / PA - Relator: Min. EROS GRAU - Julgamento: 29/08/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação - DJ 23-02-2007 PP-00025 - EMENT VOL-02265-02 PP-00283)

Frise-se que o Crime de Peculato, Art. 303 do Código Penal Militar, inserto no Título VII, Capítulo II – Dos Crimes Contra a Administração Militar, diferencia-se do tipificado no Art. 312, do Código Penal pela inexistência naquele da expressão funcionário público, não havendo razão para não se admitir a interpretação extensiva do acórdão suso referido ao peculato previsto na legislação penal comum. Veja-se:

Art. 303. Apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou detenção, em razão do cargo ou comissão, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de três a quinze anos.

Doutrina, a propósito, também se posiciona favoravelmente à aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato:

(...) no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, §1º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria

cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; (TOLEDO, 1994, p. 133)

## 7. Conclusão

Diante dos argumentos acima expostos, percebe-se divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade da aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato.

Certo é que o tema envolve certa subjetividade, mas essa característica é da essência do próprio Direito, caracterizado por sua natureza dialética.

Deve-se deixar claro que o Princípio da Insignificância não pode ser aplicado a todo e qualquer crime, mas somente àqueles cuja conduta demonstra mínima lesividade, nenhuma periculosidade social, reduzidíssimo grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica provocada, de acordo com as particularidades do caso concreto.

Orientando-se também pelos Princípios da Razoabilidade, Fragmentariedade e Proporcionalidade, não se vê, em que pese posicionamento respeitável em contrário, óbice para a aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato quando presentes os requisitos da mínima lesividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Não se trata, em nenhum momento, de se afirmar que determinadas condutas, pela sua insignificância, deixarão de ser tutelada, estimulando-se a impunidade.

O que se busca é que essa proteção não seja necessariamente prestada pelo Direito Penal, sendo que os demais ramos do Direito são capazes de prestar essa tutela, considerando o fato como ilícito civil ou administrativo.

## 8. Referências bibliográficas

ACKEL Filho, Dionar. O princípio da insignificância no direito penal. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: 1998, 2º Trimestre, abr./jun., v. 94, p. 72-77.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Lições de direito penal – Parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BONETI, Sidnei Agostinho. A Constituição e o sistema penal. Revista Ajuris. Porto Alegre, n. 156, 154/176, 1992, p. 155.

BONFIM, Edílson Mougenot e CAPEZ, Fernando. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95: juizados especiais criminais, lei 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual / 2. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal. São Paulo: Atlas, 1993. v. I e III.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal. Barcelona: Bosch, 1975.

PALIERO, Carlo Enrico. Note sulla disciplina dei reati bagatellari. Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, ano XXII, fasc. 3, p. 920-991, jul./set./1979.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 3. ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 21. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROXIN, C. Problemas fundamentais de Direito Penal. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, s/d.

\_\_\_\_\_. Política criminal e sistema jurídico penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARRULE, Oscar Emilio. La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o Justificación). Buenos Aires: Editora Universidad, 1998.

SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. Curitiba: Juruá, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

# DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

## RESENHA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### APRESENTAÇÃO

A Resenha de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal surgiu no segundo semestre de 2006 para levar aos Defensores Públicos da União decisões relevantes daquela corte.

Até o número anterior, as decisões colacionadas eram precedidas apenas de uma nota explicativa. Neste número, porém, em razão da colaboração de diversos colegas, tornou-se possível introduzir os julgados com uma pequena análise, o que enriqueceu sobremaneira a resenha.

Como meta para o futuro, pretende-se manter esse modelo. Sendo assim, serão bem-vindas as contribuições dos colegas que queiram desenvolver estudos e opiniões sobre decisões do Supremo Tribunal. Aos que tiverem interesse, basta entrar em contato por meio do endereço eletrônico [antonio.padua@mj.gov.br](mailto:antonio.padua@mj.gov.br).

**Antonio de Maia e Pádua**

Defensor Público Organizador da Resenha

## ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO: CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES (HABEAS CORPUS 86.467 E HABEAS CORPUS 91.073)

Henrique Guimarães de Azevedo\*

O Egrégio Supremo Tribunal Federal entendeu, no HC nº 86.467-8, em decisão do Pleno, que o crime de Estelionato Previdenciário é instantâneo, em conformidade com 04 anteriores precedentes do excelso Tribunal e em posição divergente com a jurisprudência do próprio STF e do STJ.

PRESCRIÇÃO - APOSENTADORIA - FRAUDE PERPETRADA – CRIME INSTANTÂNEO DE RESULTADOS PERMANENTES VERSUS CRIME PERMANENTE - DADOS FALSOS. O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmudando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos - artigo 111, inciso III, do Código Penal.

Precedentes: Habeas Corpus nºs 75.053-2/SP, 79.744-0/SP e 84.998-9/RS e Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83.446-9/RS, por mim relatados perante a Segunda Turma - os dois primeiros - e a Primeira Turma - os dois últimos -, cujos acórdãos foram publicados no Diário da Justiça de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002, 16 de setembro de 2005 e 28 de novembro de 2003, respectivamente.<sup>1</sup>

A importância dessa decisão espalha-se para o campo da prescrição, pois o início da contagem da mesma passa a ser o momento da consumação do crime, ou seja, quando foi concedida a aposentadoria, e não do último pagamento do benefício previdenciário. Esse fato é de vital importância para o campo de atuação dos Defensores Públicos da União, visto que a descoberta das fraudes perpetradas ocorre, em sua maioria, após um longo período de percepção do benefício previdenciário, quando já presente a prescrição e fulminada a pretensão punitiva.

Ainda que a decisão tenha sido favorável à defesa, deve ser ressaltado que o entendimento acima mencionado teve como fundamento o fato de que o impetrante do Habeas Corpus não era o beneficiário da seguridade social, o que restringe, sobremaneira, o seu alcance.

\* Defensor Público da União

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Crime Instantâneo de Resultados Permanentes versus Crime permanente. HC nº 86.467-8/RS. Rel.: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 de abril de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2008

[...]E torno a frisar: o envolvido na espécie não é o beneficiário, mas aquele quem, no âmbito do instituto, falsificou dados para o beneficiário ter prestações periódicas (...) Quanto ao crime de fraude perpetrado pelo paciente, ele é instantâneo e se consumou naquela época. (...) A diferença é que, neste, há distinção quanto aos agentes.<sup>2</sup>

Portanto, deixou o Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal de adentrar o mérito da questão: a definição de crime instantâneo com efeitos permanentes e a sua conformação (não) com o crime de estelionato previdenciário, independentemente da qualidade do autor.

Para o professor Luiz Flávio Gomes, o crime em questão, em hipótese alguma, pode ser tachado como permanente, eis que a lesão ao bem jurídico tutelado não se prolonga continuamente, abaixo:

[...] quando há fraude na obtenção de benefício previdenciário não há como vislumbrar a existência de crime permanente, que apresenta uma característica particular: a consumação no crime permanente prolonga-se no tempo desde o instante em que se reúnem os seus elementos (sic) até que cesse o comportamento do agente. Traduzida essa clássica lição em termos constitucionais, que permite assumir a teoria do bem jurídico como esteira de toda a teoria do delito, dir-se-ia: no crime permanente a lesão ou o perigo concreto de lesão (leia-se: a concreta ofensa) ao bem jurídico tutelado se protraí no tempo e, desse modo, durante um certo período o bem jurídico fica subordinado a uma atual e constante afetação, sem solução de continuidade.

O bem jurídico permanece o tempo todo submetido à ofensa, ou seja, ao raio de incidência da conduta perigosa (é o caso do seqüestro, que pode durar dias, meses ou anos – o bem jurídico liberdade individual fica o tempo todo afetado).

No seqüestro, destarte, a lesão ao bem jurídico liberdade individual, durante toda sua duração, sem nenhuma solução de continuidade, está em permanente turbação. É por isso que o CPP (art. 303) permite a prisão em flagrante, nos crimes permanentes, enquanto não cessa a permanência da ofensa. Em todo momento, sem nenhuma interrupção, o bem jurídico está padecendo uma grave afetação (lesão ou perigo), ou seja, o sujeito “está cometendo a infração penal”. Já não basta, assim, dizer que permanente é o crime cuja consumação se prolonga no tempo. Com maior precisão impõe-se conceituar: permanente é o crime cuja consumação sem solução de continuidade se prolonga no tempo.

No estelionato previdenciário (fraude na obtenção de benefício dessa natureza) a lesão ao bem jurídico (patrimônio do INSS) não se prolonga continuamente

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Crime Instantâneo de Resultados Permanentes versus Crime permanente. HC nº 86.467-8/RS. Rel.: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 de abril de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2008. p. 348 e 350.

(sem interrupção) no tempo. Trata-se de lesão instantânea (logo, delito instantâneo: cf. TRF 3ª Região, AC 1999.03.99.005044-5, rel. André Nabarrete, DJU de 10.10.00, Seção 2, p. 750).<sup>3</sup>

O entendimento supramencionado se coaduna com o entendimento de crime instantâneo esposado por Luiz Régis Prado, pois o “delito instantâneo de efeito permanente: resultado é duradouro independente da vontade do agente.”<sup>4</sup> Essa mesma conclusão é também do conceituado penalista Aníbal Bruno<sup>5</sup>, quando afirma que “pode a situação por ele [crime instantâneo] criada prolongar-se depois da consumação, como acontece no furto. Mas aí o que é permanente é o efeito, não a fase da consumação. Fala-se, em crime instantâneo de efeito permanente”.

Ora, ao se analisar os conceitos acima, verifica-se que uma vez praticada a fraude, o agente nada mais faz para que os pagamentos dos benefícios ocorram sucessivamente, ainda mais que os mesmos são depositados em conta-corrente automaticamente. Logo, os resultados posteriores independem da vontade do agente.

Assim se posicionou o doutrinador César Bitencourt, acerca do estelionato previdenciário:

[...]Discute-se sobre a possibilidade de o estelionato apresentar-se excepcionalmente como crime permanente, em especial no caso da utilização de certidões falsas para o recebimento de benefícios do INSS. Com acerto, no entanto, o Ministro Marco Aurélio concebeu-o como crime instantâneo com efeito permanente. Em nossa concepção, com efeito, essa é a orientação correta, ou seja, via de regra, o estelionato pode apresentar-se como crime instantâneo de efeito permanente, e, na hipótese de repetição, quer com a utilização de certidão falsa perante o INSS, quer com o recebimento dos proventos, caracteriza-se somente crime continuado, repetição de ação, não se confunde com permanência, a despeito do entendimento adotado pelo STJ no acórdão citado.<sup>6</sup>

Frise-se, porém, que a 2ª Turma do E.STF, já se manifestou pela caracterização do crime de estelionato previdenciário, quer seja para o funcionário do INSS, quer seja para o beneficiário do INSS, nos HCs de número 79.744-0/SP e 84.998-9/RS.

Outro fato que deve ser ressaltado na decisão em comento é a predisposição demonstrada pelos Ministros do E.STF de que o estelionato absorveria o outro crime. É

<sup>3</sup> GOMES, Luiz Flávio. Estelionato previdenciário: crime instantâneo ou permanente? Crime único, continuado ou concurso formal? Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8991>. Acesso em 11 fev. 2008.

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 1, p. 154.

<sup>5</sup> BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. tomo II, p. 220.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Crime Instantâneo de Resultados Permanentes versus Crime permanente. HC nº 86.467-8/RS. Rel.: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 de abril de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2008, p. 352.

o que se depreende do questionamento feito pelo Ministro Gilmar Mendes: “Mas estaria recebendo pelos dois crimes: corrupção e estelionato?”<sup>7</sup>. No mesmo sentido se posiciona o Ministro Sepúlveda Pertence: “Tenho até alguma dúvida sobre esse concurso. Trata-se de corrupção passiva especialmente agravada porque o agente praticou o ato de ofício. Mas isto não está em discussão; ele foi condenado e não se está discutindo a condenação.”<sup>7</sup>

Em conclusão, a decisão em comento do pleno do E.STF possibilitará uma maior discussão acerca da caracterização do crime de estelionato previdenciário como instantâneo de efeito permanente, com conseqüências práticas no campo prescricional, pelo retardamento da data inicial da contagem do prazo, passando para o momento da concessão do benefício previdenciário.

Abriu, ainda, a possibilidade de se ver absorvidos crimes conexos ao de estelionato, potencializando a súmula 17 do STJ: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

## Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar. Tratado de Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3, p. 290.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Crime Instantâneo de Resultados Permanentes versus Crime permanente. HC nº 86.467-8/RS. Rel.: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 de abril de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2008.

BRUNO, Aníbal. Direito penal. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. tomo II, p. 220.

GOMES, Luiz Flávio. Estelionato previdenciário: crime instantâneo ou permanente? Crime único, continuado ou concurso formal? Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8991>. Acesso em 11 fev. 2008.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Crime Instantâneo de Resultados Permanentes versus Crime permanente. HC nº 86.467-8/RS. Rel.: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 de abril de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2008, p. 353.

## A INSIGNIFICÂNCIA COMO EVIDÊNCIA DA FALÊNCIA DO MODELO DE PERSECUÇÃO CRIMINAL BRASILEIRO (HABEAS CORPUS 92.463 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 550.761)

Antonio de Maia e Pádua \*

Pouco a pouco o Supremo Tribunal Federal tem aumentado o espaço de incidência do princípio da insignificância, reduzindo, assim, o alcance de normas penais idealizadas e aplicadas por uma máquina estatal resistente à assimilação dos preceitos democráticos na jurisdição criminal.

A concepção autoritária que reveste o modelo de persecução criminal brasileiro, baseado em um processo criminal com caracteres fortemente inquisitivos, tais como a busca da verdade real, a indisponibilidade da ação penal pela acusação e a possibilidade da intervenção judicial na produção de provas, forçou setores do Judiciário a, pela via oblíqua da insignificância, reduzir o alcance quase absoluto das normas penais, outorgando a elas, ao menos em parte, a fragmentariedade e o caráter de última ratio que deve orientar sua própria constituição.

Como reconhece o Supremo Tribunal, nem toda conduta descrita em tipo penal praticada com dolo sem causa excludente de ilicitude por sujeito culpável é, de fato, crime. Para sê-lo é preciso, também, que o fato seja relevante o suficiente ao ponto de justificar o funcionamento da pesada estrutura repressiva manejada pelo Estado.

Justamente porque as normas penais não constituem um sistema e, também, porque só se justifica aplicá-las se outro modo não houver de restituir o sentimento de ordem, o crime demanda, para configurar-se, de outras qualidades além da descrição legal como conduta típica, do dolo, da inexistência de causas capazes de excluir a ilicitude e da culpabilidade do imputado. Para ser crime a conduta deve ser, também, revestida de ofensividade média ou alta, de alguma periculosidade social, de grau considerável de reprovabilidade e de alguma expressividade jurídica. É esse o teor do acórdão no habeas corpus 92.463, relatado pelo Ministro Celso de Mello, que faz referência a outro acórdão por ele relatado, o do habeas corpus 84.412.

Qualquer conduta que não reúna todas as características antes apontadas não pode ser considerada crime dada a atipicidade decorrente de sua irrelevância, ou melhor dizendo, de sua insignificância. Eis aí a razão pela qual não podem ser levadas em consideração circunstâncias pessoais do imputado para a aferição da incidência ou não do princípio, tal como apontado no acórdão no recurso extraordinário 550.761, em que foi relator o Ministro Menezes Direito, que, por sua vez, remete ao habeas corpus 77.003, relatado pelo Ministro Marco Aurélio.

\* Defensor Público da União

Vive, portanto, a esperança de que a aplicação reiterada do princípio da insignificância pela mais alta corte do país represente um passo em direção ao reconhecimento da absoluta inviabilidade da continuidade do modelo persecutório levado a efeito em nosso país, condição sem a qual não será concretizada a reforma necessária à adequação do processo penal brasileiro aos preceitos democráticos que delineiam o modelo verdadeiramente acusatório.

## O PROCESSO PENAL MILITAR E A SUSPENSÃO DO ARTIGO 366 DO CPP (HABEAS CORPUS 91.225 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 460.971)

Gustavo de Almeida Ribeiro \*

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal julgou, em 19 de junho de 2007, o Habeas Corpus 91.225, impetrado pela Defensoria Pública da União, pugnando fosse aplicado ao Processo Penal Militar o artigo 366 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei 9271/96, que determina a suspensão do processo e do prazo prescricional em caso de revelia do acusado que não comparecer, nem constituir advogado.

Segundo a Corte Suprema, os dois sistemas, castrense e comum, são distintos, não podendo haver mescla entre eles de modo a se criar hibridismo.

Transcreve-se, abaixo, a ementa do referido *writ*.

*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. REVELIA DECRETADA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 292 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMUM. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.

1. Alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa, fundada na recusa em aplicar, subsidiariamente, o artigo 366 do CPP, no que prevê a suspensão do processo quando o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado.

2. O artigo 292 do Código de Processo Penal Militar dispõe a propósito da decretação da revelia quando o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado.

3. O artigo 366 do Código de Processo Penal Comum preceitua que “se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional”.

4. A transposição de normas mais benéficas de um para outro subordenamento não se justifica. Não se a pode consumir já no plano normativo se ela não foi anteriormente consumada no plano legislativo. No julgamento do HC n. 86.854, a 1ª Turma desta Corte decidiu “não ser possível mesclar os regimes penais comum e castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao réu, sob pena de se gerar um hibridismo normativo, incompatível com o princípio da especialidade”.

Ordem denegada.

(STF – 2ª T – HC 91.225 – Rel. Ministro Eros Grau – Julgamento 19/06/2007 – DJ 10/08/2007)

\* Defensor Público da União

No entanto, em se tratando dos interesses patrocinados pela Defensoria Pública, cumpre ir além.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões bastante recentes, tem estabelecido que o prazo de sustação da prescrição, nos termos do citado artigo 366 do CPP, não encontra limites, sendo inaplicável o prazo de prescrição da pena máxima em abstrato, podendo durar a suspensão enquanto não for encontrado o acusado, ilimitadamente.

Assim, de acordo com o novel entendimento adotado pela Corte, a possibilidade de processo em face do acusado restaria presente por tempo indeterminado, esperando, tão somente, sua aparição a qualquer momento.

Importa colacionar a ementa que segue, a título de exemplificação.

I. Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). “Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição..” (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ 05.09.97). II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado - C.Pr.Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, “do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão.” 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição. ( STF – 1ª Turma – RE 460.971 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento 13/02/2007 – DJ 30/03/2007) grifamos

Aliás, calha transcrever o voto proferido pelo Eminentíssimo Relator da Extradicação 1042, Min. Sepúlveda Pertence, citada na ementa acima, julgada pelo Pleno.

Não há falar, com efeito, que a suspensão pela contumácia não poderia ter prazo indeterminado, sob o fundamento de que a Constituição Federal somente admite a imprescritibilidade quanto aos crimes de racismo (CF, art. 5º, XLII) e de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV).

Em primeiro lugar, porque a indeterminação do prazo de suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade. A suspensão não impede a retomada

do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade.

Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária crie outras hipóteses.

Ressalte-se, por fim, que ao contrário do entendimento de parte da doutrina e jurisprudência mencionadas no parecer, não cabe nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato.

Do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão. (STF – Pleno – Ext. 1042 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento 19/12/2006 – DJ 02/03/2007)

Assim, restam dúvidas quanto à vantagem da aplicação do artigo 366 do Código Processual Penal Comum ao Processo Penal Militar, posto que a prescrição ficaria indefinidamente suspensa, enquanto na forma do processo castrense, ao menos a executória, em caso de condenação, correria normalmente.

## CRIME MILITAR, COMPETÊNCIA E COISA JULGADA (HABEAS CORPUS 87.869)

Esdras dos Santos Carvalho\*

O comentário gira em todo de decisão recente do C. STF na qual foi enfrentada a questão da coisa julgada no âmbito da Justiça Militar da União. O tema foi levado a Excelsa Corte através da ação constitucional de Habeas Corpus ajuizada pela Defensoria Pública da União que recebeu o número 87.869-5 CE, tendo como relator o Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, restando o acórdão assim ementado:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Duplicidade de processos sobre o mesmo fato. Feitos simultâneos perante a Justiça Militar e a Justiça Estadual. Extinção da punibilidade decretada nesta. Trânsito em julgado da sentença. Coisa julgada material. Incompetência absoluta do juízo comum. Irrelevância superveniente. Falta, ademais, de coexistência dos requisitos previstos no art. 9º do CPM. Extinção da ação penal em curso perante a Justiça Militar. HC deferido para esse fim. Precedentes. Se, no juízo comum, que seria absolutamente incompetente, foi, com coisa julgada material, decretada a extinção da punibilidade pelo mesmo fato objeto de ação penal perante a Justiça Militar, deve essoutra ação ser extinta, sobretudo quando não coexistam os requisitos capitulados no art. 9º do Código Penal Militar. <sup>1</sup>

Os que atuam na Justiça Militar da União sabem que esta é uma questão tormentosa na Justiça Castrense, vez que o posicionamento do Superior Tribunal Militar – STM, até então, era (ou é) que a decisão da Justiça, seja ela Estadual ou Federal, acerca que fato que seria de competência da Justiça Militar, mesmo com trânsito em julgado, não teria eficácia perante esta em virtude da incompetência absoluta. Sendo assim, não se acolhia o incidente de coisa julgada.

Constatou-se diversas situações análogas em tramitação naquela Justiça especial, tendo, por exemplo, os fatos que envolvem acidente de trânsito (mais comum), extração de minério em área militar, desacato, alguns crimes contra a honra, dentre outros. Nestes feitos, caso o E. STM não se curve ao posicionamento firmado no Colendo STF, com este vestuto precedente, por certo os processos em curso, mencionados acima, chegarão também a Excelsa Corte através do remédio heróico, como no caso em comento.

\* Defensor Público da União

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Acórdão. Habeas Corpus HC 87869 / CE – CEARÁ. PACTE. (S); SEBASTIÃO DA CONCEIÇÃO ANDRADE IMPTE. (S); DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO COATOR(A/S) (ES); SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR HC 87869 / CE – CEARÁ HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 28/11/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 02-02-2007 PP- 00159 EMENT VOL-02262-04 PP-00822 RT v. 96, n. 860, 2007, p. 537-540 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 419-424

Cuida aqui, principalmente, dos efeitos da coisa julgada e também da competência do juízo. Quanto a este último, tal seja, a competência, entende-se esta como a delimitação da jurisdição e esta, por sua vez, a possibilidade de Estado-Juiz dizer o direito aplicável ao caso concreto, resolvendo em caráter definitivo a lide, como ato de soberania Estatal.

A competência da Justiça Militar, como é cediço, é fixada em razão da matéria (competência material), alicerçada por toda doutrina como absoluta. Assim, em regra, a não observância desta acarreta a nulidade integral da decisão judicial proferida.

Ocorre que, no caso em exame, teríamos, assim, um conflito entre institutos processuais; tal seja, um confronto entre a competência material (absoluta) e a coisa julgada. Esta, como sabemos, tem por finalidade tornar definitiva a decisão judicial prolatada, evitando novas discussões em torno do tema decidido, garantindo, assim, a segurança jurídica necessária e indispensável para o convívio em sociedade. Num breve passo, cumpre distinguir doutrinariamente coisa julgada formal e coisa julgada material. A primeira, de forma singela podemos dizer que “ [...] *significa a imutabilidade dentro do processo e em relação `aquelas partes, tornando-se o ato processual sentença imutável naquele processo [...] esta seria uma forma de preclusão máxima*”<sup>2</sup>. A segunda, tal seja, a coisa julgada material é “ [...] *a irradiação dos efeitos da sentença eraga omnes, ou seja, para fora do processo em que foi proferida, impedindo-se nova decisão sobre aquela imputação.*”<sup>3</sup>

Vale lembrar, ainda, que “[...] *só a decisão que decide o mérito e que faz coisa julgada formal e coisa julgada material*”<sup>4</sup>. Para Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>5</sup> “ [...] *o que faz coisa julgada no processo penal é o fato real objeto da imputação feita na inicial, independentemente de sua classificação jurídica*”.

No caso em comento, em virtude do desacato aos policiais militares pelo paciente, suboficial da Marinha do Brasil, que está assim relatado:

Originaram-se, então, dois processos criminais, tramitado um perante a 9ª Vara Criminal de Fortaleza/CE (Proc. nº 2004.01.106885-4), e outro, junto à Auditoria da 10ª Circunscrição Judiciária Militar (Proc. nº 04/05-4).

No primeiro, declarou-se a extinção da punibilidade do paciente, após haver aceitado e cumprido a proposta de transação penal sugerida pelo Ministério Público, consistente na doação de 120 (cento e vinte) latas de leite em pó ao Instituto da Prevenção à Desnutrição de Fortaleza/CE (fls. 62 – apenso 2).<sup>6</sup>

<sup>2</sup> LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal. Volume III - Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris 2006. p.174

<sup>3</sup> Ibidem. p.174

<sup>4</sup> 11 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Volume 2 – 23ª. edição ver.atual. – São Paulo:Saraiva 2001. p.590

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. In Curso de Processo Penal. 8ª.edição – Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2007. p.258.

<sup>6</sup> Trechos do relatório de Ministro Relar Cezar Peluso no Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Acórdão. Habeas Corpus HC 87869 / CE – CEARÁ. PACTE.(S):SEBASTIÃO DA CONCEIÇÃO ANDRADE IMPTE.(S):DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR HC 87869 / CE – CEARÁ HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 28/11/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 02-02-2007 PP-00159 EMENT VOL-02262-04 PP-00822 RT v. 96, n. 860, 2007, p. 537- 540 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 419-424, disponível em <www.stf.gov.br/jurisprudencia>, e consultado em 13 de fevereiro de 2008.

O segundo processo, pelo mesmo fato, praticado pelo mesmo agente, contra as mesmas vítimas, apenas com a qualificação jurídica de crime militar, teve provocação da Justiça Castrense Federal.

O Ministério Público Militar, entretanto, denunciou o paciente, suboficial da Marinha, como incurso nas penas dos arts. 299, cc. o art. 70, ambos do Código Penal Militar, mas o Juiz Auditor Substituto a rejeitou, com fundamento no art. 78, inc. “b”, do Código de Processo Penal Militar, e determinou a remessa dos autos à Justiça Comum (fls. 171 – apenso 1)<sup>7</sup>

Inconformado com a decisão monocrática do juízo de primeiro grau que declinou a competência para a Justiça Estadual, por entender que o fato narrado não constituiria crime militar, Interpôs, então, o MPM recurso em sentido estrito, ao qual o Superior Tribunal Militar deu provimento, por unanimidade, nos seguintes termos:

“EXCEÇÃO DE COISA JULGADA. CRIMES DE NATUREZA MILITAR. Delito praticado por militar das Forças Armadas contra Policiais Militares do Estado do Ceará. A extinção da punibilidade declarada pela Justiça Ordinária não constitui coisa julgada material em relação a processo que apura delito de natureza militar. A demanda se configura idêntica quando existirem as mesmas pessoas, o mesmo pedido e o fundamento. Recurso provido” (fls.351/359 – Anexo 2).<sup>8</sup>

Entende-se, com a devida venia, que neste caso deveria ter sido declarada, de pronto, a existência de coisa julgada (art. 153 do CPPM) e não declinar a competência para a Justiça Estadual.

Prosseguindo o exame do Acórdão em comento, constata-se que ao fundamentar o voto o Eminentíssimo Ministro do STF destacou o seguinte:

É que todos os vícios processuais, inclusive o de incompetência absoluta, que fere de nulidade o processo, se tornam irrelevantes depois do trânsito em julgado da sentença, exceto apenas a falta de citação inicial, que é vício perpétuo.

Após o julgamento do feito sob análise, em data mais recente, voltou a Excelsa Corte a examinar o tema em discussão, desta vez no HC86606 MS, tendo reafirmado a posição do Tribunal, sedimentada no Habeas Corpus em comento, nos seguintes termos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSITO EM JULGADO: IMPOSSIBILIDADE: CONTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Ibidem.

1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva.
2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes.
3. Habeas corpus concedido. <sup>9</sup>( sem grifos no original)

Para a Relatora do referido Acórdão, Ministra Carmen Lúcia, o fundamento que impossibilita uma nova persecução penal, pelos mesmos fatos, é a adoção do princípio *ne bis in idem* no ordenamento jurídico nacional. Este impede que o órgão repressor do estado apresente nova denúncia sobre fatos que já foram apreciados e definitivamente julgados pelo Poder Judiciário.

Destarte, uma vez levado ao conhecimento do Poder Judiciário os fatos delituosos pelo Órgão Estatal de Acusação e havendo manifestação deste quanto ao mérito da ação (fato imputado), uma vez transitada em julgado, em nome da segurança jurídica e da proibição de repetição de demandas já julgadas (*ne bis in idem*) não poderá mais o Poder Judiciário ser chamado a conhecer novamente a causa, em qualquer juízo ou grau de jurisdição, salvo a ação de revisão criminal, por preservar valores ainda maiores (liberdade/justiça) reclamados por toda sociedade.

Dessa forma, em conclusão, pode-se afirmar que para o Supremo Tribunal Federal a decisão judicial transitada em julgado, para assegurar o princípio da segurança jurídica, tem prevalência sobre a competência absoluta, bem como sobre todos demais vícios processuais, salvo a ausência de citação válida. Além disso, vige no ordenamento jurídico pátrio o princípio de *ne bis in idem* o que obsta uma nova persecução judicial criminal sobre fatos que já foram levados ao conhecimento do Poder Judiciário e definitivamente julgados.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Habeas Corpus. HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 22/05/2007 Órgão Julgador: Primeira PACTE.(S) : FÁBIO PAIM MENEZES LOPES OU FÁBIO PAIM DE MENEZES LOPES IMPTE.(S) : EDILSON MAGRO COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR DJE-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00086 EMENT VOL- 02283-04 PP-00638

## CRIMES HEDIONDOS COMETIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07 (HABEAS CORPUS 92.410)

Vivian Netto Machado Santarém<sup>1</sup>

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO impetrou ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de J.A.M., contra ato ilegal imputado ao Superior Tribunal de Justiça, sustentando a nulidade do processo de conhecimento que culminou na condenação do paciente, bem como ilegalidade na dosimetria da pena.

O Paciente foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul pela prática do delito tipificado pelo artigo 213 c/c artigo 224, “a” e “b” c/c artigo 226, II, na forma do artigo 71, todos do Código Penal Brasileiro.

Durante a instrução processual foi confeccionado, por determinação do juízo monocrático, um laudo psiquiátrico para fins penais, prova utilizada posteriormente para fundamentar o decreto condenatório contra o paciente e considerada absolutamente nula pela defesa, eis que elaborada sem a observância dos procedimentos previstos pelos artigos 149 e seguintes, 159 e 160 do Código de Processo Penal – realizada apenas por um perito oficial – e em total afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e ao direito do réu a não auto-incriminação.

A defesa também questionou a dosimetria da pena imposta no caso concreto, tendo em vista que o magistrado considerou as circunstâncias da violência do cometimento do crime e da gravidez da vítima como conseqüências negativas do delito para majorar a pena-base.

No que tange à violência, a defesa alegou ser esta circunstância elementar dos crimes previstos pelos artigos 213 e 214 do Código Penal, ainda que presumida, não podendo incidir na dosimetria da pena sob pena de *bis in idem*.

Em relação ao agravamento da pena pela gravidez, argumentou-se que a paternidade do filho da vítima não restou comprovada através do correspondente e indispensável exame técnico-científico de DNA.

Por fim, a defesa argüiu a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, para o fim de afastar o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em regime integralmente fechado, tendo como base a decisão plenária proferida pelo STF no dia 23/02/2006, quando do julgamento do HC n. 82.959/SP, e a Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, que autorizou a progressão aos apenados por crimes hediondos, por ser, nesse ponto, mais benéfica.

O STF não conheceu do *writ* no que se refere ao alegado vício da prova pericial que lastreou a condenação, sobre a ilegalidade na dosimetria da pena e sobre a possibilidade de progressão de regime prisional nos crimes hediondos, por entender que a de-

<sup>1</sup> Defensora Pública da União

cisão impugnada não se manifestou sobre essas questões e, portanto, se assim o fizesse a Corte Constitucional, configurar-se-ia a supressão de instância.

No entanto, em relação à possibilidade de progressão do regime prisional, foi concedida ordem de ofício, a fim de que o Juízo da Execução analise o pedido de progressão do réu, observado, quanto ao requisito temporal, o art. 112 da Lei de Execuções Penais.

Segundo a referida decisão, a declaração de inconstitucionalidade da redação original do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, havida no julgamento proferido no HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 1º/9/06), impede seja ele tomado como parâmetro de comparação, ainda que no plano abstrato, com a Lei nº 11.464/07, quando se investiga se esta norma é mais benéfica ou mais gravosa ao réu.

Por esta razão, com relação aos crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/07, a progressão deve observar o requisito temporal previsto pela norma mais benéfica, representada pelos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais (HC nº 91.631/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, julgado em 16/10/07).



Defensoria Pública-Geral da União  
Escola Superior da Defensoria Pública da União