

**REVISTA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO
DO MARANHÃO**

JURIS ITINERA

Regina Lúcia de Almeida Rocha
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Suvamy Vivekananda Meireles
SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim
SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Selene Coelho de Lacerda
CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Joaquim Henrique de Carvalho Lobato
SUBCORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Themis Maria Pacheco de Carvalho
DIRETORA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mariléa Campos dos Santos Costa
OUVIDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO TITULARES (2011/2013)

Regina Lúcia de Almeida Rocha
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Suvamy Vivekananda Meireles
CONSELHEIRO

Selene Coelho de Lacerda
CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rita de Cassia Maia Baptista Moreira
CONSELHEIRA

Francisco das Chagas Barros de Sousa
CONSELHEIRO

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
CONSELHEIRO

Raimundo Nonato de Carvalho Filho
CONSELHEIRO

SUPLENTE

José Argôlo Ferrão Coêlho
Joaquim Henrique de Carvalho Lobato
Themis Maria Pacheco de Carvalho
Maria Luíza Ribeiro Martins Cutrim

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

José Antonio Oliveira Bents
Regina Lúcia de Almeida Rocha
Maria dos Remédios Figueiredo Serra
Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
José Argôlo Ferrão Coêlho
Iraci Martins Figueiredo Aguiar
Ana Lúcia de Mello e Silva Moraes
Lígia Maria da Silva Cavalcanti
Suvamy Vivekananda Meireles
Krishnamurti Lopes Mendes França
Raimundo Nonato de Carvalho Filho
Carlos Nina Everton Cutrim
Selene Coelho de Lacerda
José Henrique Marques Moreira
Domingos de Jesus Fróz Gomes
Francisco das Chagas Barros de Sousa

César Queiroz Ribeiro
Clodenilza Ribeiro Ferreira
Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim
Regina Maria da Costa Leite
Flávia Tereza de Viveiros Vieira
Paulo Roberto Saldanha Ribeiro
Teodoro Peres Neto
Rita de Cassia Maia Baptista Moreira
Marco Antonio Anchieta Guerreiro
Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro
Sâmara Ascar Sauaia
Themis Maria Pacheco de Carvalho
Maria Luíza Ribeiro Martins Cutrim
Mariléa Campos dos Santos Costa
Joaquim Henrique de Carvalho Lobato

ISSN 1677-1060

ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

**REVISTA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO
DO MARANHÃO**

JURIS ITINERA

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 19, jan./dez. 2012

CONSELHO EDITORIAL

| | |
|--|---|
| <i>José Antonio Oliveira Bents</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA | <i>Gladston Fernandes de Araújo</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA |
| <i>Raimundo Nonato de Carvalho Filho</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA | <i>Lena Cláudia Ripardo Pauxis</i> PROMOTORA DE JUSTIÇA |
| <i>Francisco das Chagas Barros de Sousa</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA | <i>Jerusa Capistrano Pinto Bandeira</i> PROMOTORA DE JUSTIÇA |
| <i>Paulo Roberto Saldanha Ribeiro</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA | <i>Luís Fernando Cabral Barreto Júnior</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA |
| <i>Laert Pinho de Ribamar</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA | <i>Carlos Augusto da Silva Oliveira</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA |
| <i>Francisco de Aquino da Silva</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA | <i>Márcio Thadeu Silva Marques</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA |
| <i>Antonio Augusto Nepomuceno Lopes</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA | <i>Vicente de Paulo Silva Martins</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA |

Editoração e Normalização

Maria dos Remédios R. dos Santos - Coordenadora de Documentação e Biblioteca
Rômollo de Sá Malta - Chefe de Seção de Editoração e Publicação
Conceição de Maria Lima Guedes - Analista Ministerial
Rosicléa Pereira Rodrigues - Analista Ministerial

Revisão

Ilza Galvão Cutrim

Capa

Maria Ribamar Aguiar Costa

Procuradoria Geral de Justiça
Rua Osvaldo Cruz, 1396 - Centro.
São Luís-MA. CEP: 65.020-910.
Fone: (0XX98) 3219-1600
FAX: (0XX98) 3231-2890
Home page: www.mp.ma.gov.br

As ideias e opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas
são de responsabilidade dos respectivos autores.

Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão:
Juris Itinera/ Procuradoria Geral de Justiça. v. 1, n. 1,
(jan./dez.1991-) - São Luís: PGJ, 2012.
n. 19.

Annual
1. Direito - Periódicos. I. Ministério Público do Estado do
Maranhão.

CDU 340 (05)
ISSN 1677-1060

APRESENTAÇÃO

O Ministério Público do Estado do Maranhão tem o prazer de entregar mais uma coletânea de produções científicas em sua Revista *Juris Itinera*, que, desde seu lançamento, há 21 anos, vem contribuindo para o engrandecimento intelectual dos estudiosos e operadores do direito e demonstrando, nessas mais de duas décadas de existência, o permanente cumprimento do objetivo de fomentar e promover a difusão de conteúdos e debates doutrinários.

O aperfeiçoamento jurídico, nos âmbitos ético e técnico, deve ser contínuo, já que as demandas sociais estão em incessante transformação. E, por este motivo, não devemos deixar fenecer a sede por novas fontes doutrinárias, propiciadoras de modernas perspectivas e diferentes pontos de vista a nortearem nossa labuta.

A Revista *Juris Itinera* é um instrumento hábil a proporcionar uma análise sobre o modo de pensar dos autores, em sua maioria, membros e servidores deste Órgão. Afora isso, se constitui em um espaço aberto à participação de bacharéis, estudantes e outros profissionais do direito, demonstrando, assim, a sua essência democrática, afinada com as diretrizes ministeriais.

Nesta 19ª edição encontramos artigos que abordam temas relevantes e atuais, sob um panorama jurídico-filosófico aplicado, que, sem dúvida, terão utilidade tanto no aspecto prático como no acadêmico.

Esta publicação, portanto, vem se somar às demais contribuições do Ministério Público maranhense voltadas para a sociedade.

Meus agradecimentos, em nome da Instituição, a todos os colaboradores.

REGINA LÚCIA DE ALMEIDA ROCHA
Procuradora-Geral de Justiça



SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A PROBLEMÁTICA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Victor Hugo Siqueira de Assis 13

A ATUAÇÃO CORREICIONAL E DISCIPLINAR DO CNMP

André Gonzalez Cruz 33

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ASTREINTES E EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: POSSIBILIDADE OU IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PRINCIPAL EM QUE FOI FIXADA

Reginaldo da Rocha Santos Sales 45

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

CRIME ORGANIZADO: CARACTERIZAÇÃO, EXEMPLOS DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E PROPOSTA DE TIPIFICAÇÃO LEGAL

Ana Luiza Almeida Ferro 63

A POLÊMICA SOBRE O PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA COMO CONDUTA (A)TÍPICA

Justino da Silva Guimarães 87

O ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL É INCONSTITUCIONAL?

André Gonzalez Cruz 129

A NECESSIDADE DE ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: OS JOGOS DE AZAR, O TERRORISMO E A DELAÇÃO PREMIADA

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro 155

DIREITO DO CONSUMIDOR

A EVOLUÇÃO SOCIAL E O PAPEL DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO

Hildélis Duarte Júnior 169

RELATIVIDADE SUBJETIVA AO PRÍNCIPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA* INTRÍNSECO À RELAÇÃO DAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE PLANO DE SAÚDE E SEUS USUÁRIOS

Hildélis Duarte Júnior 187

DISCURSOS INSTITUCIONAIS

DISCURSO DE RECEPÇÃO DO PRESIDENTE DA AMPEM À PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

José Augusto Cutrim Gomes 213

**DISCURSO DE RECEPÇÃO, EM NOME DO COLÉGIO DE
PROCURADORES, À PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA**

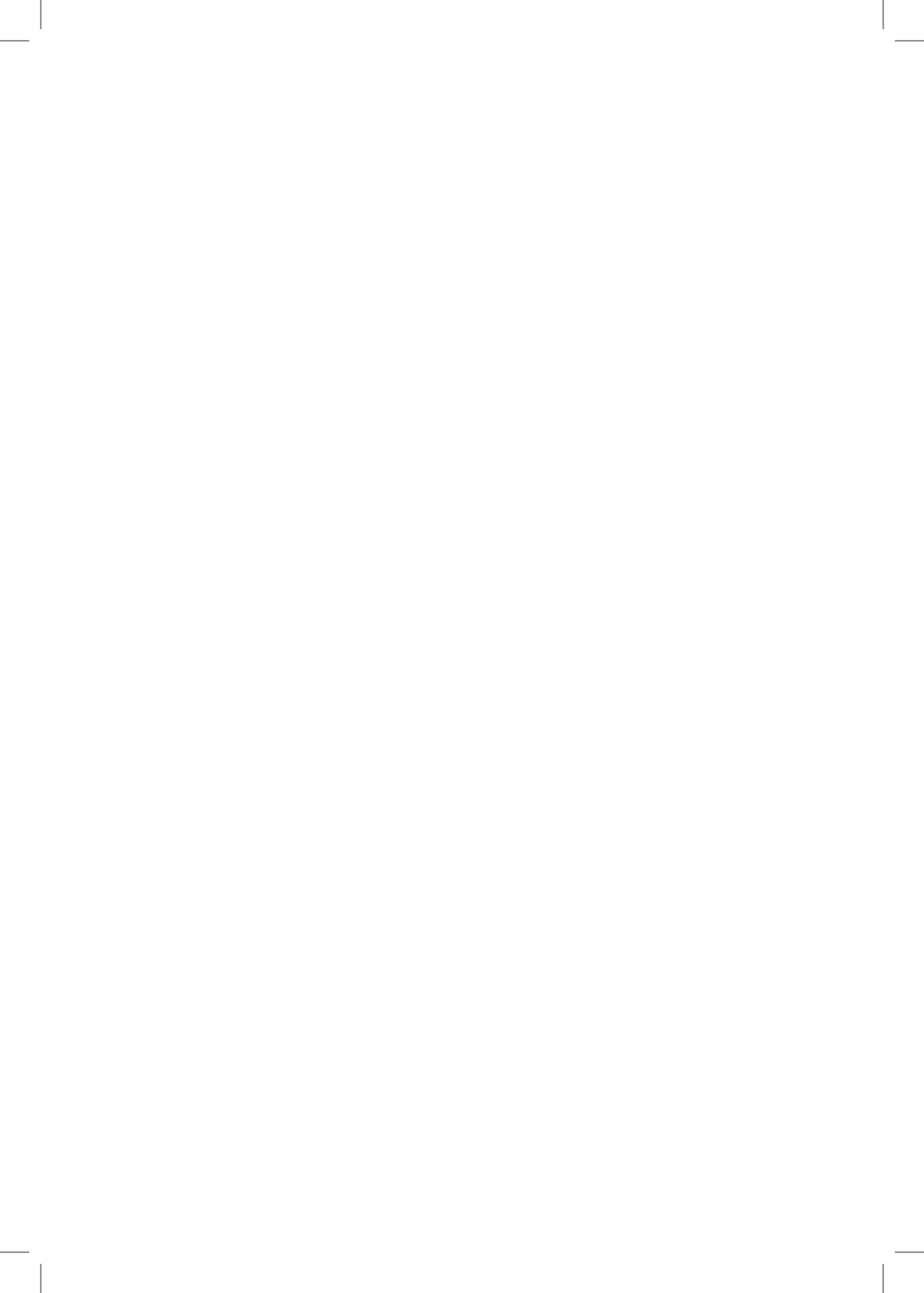
Maria Luíza Ribeiro Martins Cutrim 215

**DISCURSO DE TRANSMISSÃO DO CARGO
DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro 219

**DISCURSO DE POSSE DA PROCURADORA-GERAL
DE JUSTIÇA**

Regina Lúcia de Almeida Rocha..... 225



**DIREITO
CONSTITUCIONAL**



O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PROBLEMÁTICA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

*Victor Hugo Siqueira de Assis**

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar o crescente papel do Judiciário no controle das políticas públicas e sua repercussão sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais sociais. A Constituição Federal de 1988 assegura a aplicação imediata dos direitos fundamentais, independentemente de sua feição e mesmo que não estejam expressamente consignados em seu texto. A despeito disso, é inegável a dificuldade enfrentada quando se trata de direitos sociais, caracterizados por necessitarem de prestações positivas por parte do Estado. Diante desse panorama, analisa-se se o princípio da reserva do possível pode ser aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro como forma de justificar determinadas escolhas trágicas, além de sua ligação com o conceito de mínimo existencial. Por fim, é estudada a importante discussão travada acerca da possibilidade e dos limites da atuação do Judiciário no controle dessas políticas públicas desenvolvidas pelo Executivo e Legislativo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Políticas Públicas. Controle Judicial.

Abstract: This paper analyzes the growing role of the judiciary in the control of public policies and their impact on the issue of effectiveness of fundamental social rights. The 1988 Constitution guarantees the immediate application of fundamental rights, regardless of feature and even though not expressly contained in the text. Nevertheless, it is undeniable the difficulty faced when it comes to social rights, characterized by requiring positive benefits from the State. Given these projections, examines if the principle of possible reserve can be applied to the Brazilian legal system in

* Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Aprovado no concurso público para Defensor Público do Estado do Maranhão.

order to justify certain tragic choices, and its connection with the concept of existential minimum. Finally, studies the important discussion about the possibility and the limits of the judicial role in controlling these policies developed by the Executive and Legislative.

Keywords: Fundamental Social Rights. Effectiveness. Possible Reserve. Existential Minimum. Public Policy. Judicial Control.

1 INTRODUÇÃO

A problemática da eficácia dos direitos fundamentais sociais é um dos maiores desafios enfrentados, não somente pelo Judiciário, mas, por toda a sociedade nos dias atuais. Os direitos sociais, contrariamente aos direitos de defesa, demandam um *facere*, consubstanciado em prestações positivas por parte do Estado em benefício do indivíduo. E é aqui, no seu caráter mais digno e realizador, que reside sua maior deficiência: a dificuldade em efetivá-los.

A efetivação desses direitos depende da existência de recursos financeiros, da disponibilidade econômica do Estado ou de instrumentos jurídicos capazes de satisfazê-los. É preciso, dessa forma, fortalecer o debate acerca da elaboração do orçamento, da alocação de recursos em áreas prioritárias, tornando mais legítimas as escolhas feitas pelo Executivo e Legislativo.

Ocorre que, diante da ineficiência na efetivação dos direitos sociais por parte do governo e do parlamento, o Judiciário passou a ter um papel de destaque na consecução desse desiderato. Inúmeras críticas são lançadas a esse ativismo, uma vez que a competência para definir as políticas públicas e a sua execução orçamentária correspondente pertence, em regra, ao Poder Executivo.

Diante desse quadro, o presente artigo busca analisar a problemática da efetivação dos direitos fundamentais, a importância e a possibilidade da atuação judicial no controle das políticas públicas, a alegação da reserva do possível como forma de legitimação de escolhas trágicas, bem como a estruturação da separação dos poderes em face desse novo panorama.

2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 As diversas dimensões de direitos fundamentais

Nas palavras de Cunha Júnior (2010, p. 533), “é inegável que o grau de democracia em um país mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo”. Não é possível, assim, dissociar democracia e efetivação de direitos fundamentais. Dessa forma, os direitos fundamentais devem ser considerados o núcleo essencial da democracia constitucional.

Diante dessa constatação, é possível visualizar os direitos fundamentais como posições jurídicas que investem os indivíduos de prerrogativas e faculdades indispensáveis a assegurar uma existência digna.

Marmelstein (2011, p. 20) os retrata como:

[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais vêm sendo sedimentados ao longo do tempo. O seu progressivo reconhecimento consiste num processo cumulativo, de complementaridade, não havendo supressão temporal de direitos anteriormente reconhecidos.

Nas palavras de Bonavides (2000, p. 528):

A história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.

Diante dessa ideia, foram reconhecidas gerações ou dimensões de direitos fundamentais, as quais revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos mesmos, frutos da mudança das condições sociais.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros direitos solenemente reconhecidos, resultando do pensamento liberal-burguês da época. Caracterizam-se por serem marcadamente individualistas, afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado. Esses direitos correspondem às liberdades públicas, compreendendo os direitos civis, à vida, à liberdade, à propriedade e os direitos políticos.

Ocorre que importantes transformações econômicas e sociais alteraram profundamente o quadro em que se inseria o pensamento liberal. Nesse contexto, surgiu o Estado do Bem-Estar Social, caracterizado por ações positivas e intervencionistas. Consagram-se, assim, os direitos de segunda dimensão, que consistem em direitos econômicos, sociais e culturais.

Esses direitos exigem prestações positivas por parte do Estado, reclamando uma intervenção estatal para o fornecimento de prestações fáticas e jurídicas. As normas constitucionais sobre os direitos de segunda geração são classificadas como normas programáticas, definindo metas e objetivos que precisam ser concretizados pelo legislador. Dessa forma, tais direitos dependem não só de regulamentação, mas da elaboração de políticas públicas, as quais, por outro lado, ficam submetidas à existência de recursos materiais e financeiros.

Por sua vez, os direitos de terceira dimensão caracterizam-se por almejarem a proteção não apenas do indivíduo, mas da coletividade social, possuindo titularidade coletiva ou difusa. Englobam o direito à paz, à solidariedade, ao meio ambiente equilibrado, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento.

Ademais, atualmente, pode-se afirmar a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais. No escólio de Bonavides (2000, p. 524-526):

Essa dimensão é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização desses direitos no plano institucional, que corresponde à última fase da institucionalização do Estado Social. [...] Compreendem os direi-

tos à democracia direta, ao pluralismo e à informação, que constituem a base de legitimação de uma possível globalização política e deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Além dos direitos mencionados, também se deve reconhecer, como direitos de quarta dimensão, o direito contra manipulações genéticas, o direito à mudança de sexo e, em geral, os relacionados à biotecnologia.

Todavia, é importante frisar que essa distinção entre direitos de primeira e segunda dimensão é meramente gradual, nunca substancial, uma vez que muitos dos direitos fundamentais clássicos foram reinterpretados como sociais, ganhando uma nova roupagem.

Nesse sentido, Krell (2002, p. 47) explica que: “No Estado moderno, os direitos fundamentais clássicos – os da primeira geração – estão cada vez mais dependentes do poder público, deste reclamando prestações materiais sem as quais o indivíduo sofre sérias ameaças em sua liberdade”.

E ressalta, ainda, que:

A doutrina moderna dá ênfase em afirmar que qualquer Direito Fundamental constitucional – seja ele direito civil e político ou econômico, social e cultural – contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado. Nessa visão, a tradicional diferenciação entre os direitos “da primeira” e os “da segunda” geração é meramente gradual, mas não substancial, visto que muitos dos Direitos Fundamentais tradicionais foram reinterpretados como sociais, perdendo sentido as distinções rígidas. (KRELL, 2000, p. 39).

Destarte, as diversas dimensões de direitos fundamentais não podem ser examinadas isoladamente, pois estão interligados na busca pela realização de seu desiderato.

2.2 A eficácia dos direitos fundamentais

Consoante prevê o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (BRASIL, 1988). Isso significa que, inicialmente, essas normas têm eficácia plena, não sendo dependentes de interposição do legislador para possuírem efetividade ou eficácia social.

Contudo, o tema não é pacífico, mormente pelo fato de que as normas definidoras de direitos fundamentais assumem contornos distintos. Dessa forma, não obstante todas as normas pertencerem à mesma categoria jurídico-normativa, não são dotadas da mesma carga eficaz, em virtude das diferentes funções que exercem e das distintas técnicas utilizadas para sua positivação.

Diante disso, surgiram inúmeras divergências quanto ao alcance da norma constitucional supracitada. Uma primeira posição, capitaneada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nega a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais, salvo quando as normas que os definem sejam completas na sua hipótese e no seu dispositivo.

Ingo Sarlet, por sua vez, busca uma solução intermediária, que, a um só tempo, não inviabilize o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais nem o superestime, uma vez que, embora se aplique a todas as normas de direitos fundamentais, existem casos em que não se tem como dispensar uma concretização pelo legislador.

Por outro lado, Flávia Piovesan, Luís Roberto Barroso e Dirley da Cunha Júnior defendem a imediata aplicação dos direitos fundamentais, independentemente de intermediação legislativa. Nas palavras do professor fluminense, “a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos pode e deve prescindir do mandado de injunção como instrumento de sua realização”. (BARROSO, 2000, p. 263).

Afirma ainda, em relação ao princípio em tela, que:

Parece bem a sua inclusão no Texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, se

descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil [...]. (BARROSO, 2000, p. 142-143).

Nessa esteira, Cunha Júnior (2010, p. 629) defende que:

Em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autêntico *dever-poder* de controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa.

Não obstante a coerência e o acerto quanto à teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais, existe uma celeuma quando se fala de direitos sociais. Por demandarem prestações positivas do Estado, há quem não reconheça sua imediata eficácia, sendo este o grande foco das discussões atuais.

2.3 A problemática dos direitos sociais

Os direitos sociais surgiram diante da profunda crise de desigualdade social gerada pelo fracasso do Estado Liberal. Manifestam-se, assim, como concretizadores dos postulados da justiça social, outorgando aos indivíduos as prestações sociais de que necessitam para viver com dignidade.

A principal distinção entre os direitos sociais e os direitos de defesa é o seu objeto. Enquanto os direitos de defesa buscam uma abstenção do Estado, um *non facere*, exigindo deste prestações negativas,

os direitos sociais têm por escopo um atuar do Estado, um *facere*, substanciado em prestações positivas em favor do indivíduo, assegurando-lhe o mínimo existencial.

Neste sentido, Sarlet (2001, p. 261) versa que:

Enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais têm por objeto conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade.

Sendo assim, ao necessitar da existência de recursos financeiros para sua concretização, parte da doutrina sustenta que os direitos sociais sujeitam-se a uma reserva do possível, entendida como a possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do destinatário da norma.

Ademais, alegam que os direitos sociais também dependem de concretização legislativa, uma vez que, não dispondo de conteúdo normativo determinado e consistente, apenas o legislador poderia conformá-los.

Por outro lado, existem doutrinadores que acreditam que os direitos sociais possuem o mesmo nível de eficácia dos direitos individuais, sendo exigíveis todos os direitos classificados como fundamentais. Dessa forma, defendem que, embora exista uma distinção evidente no que se refere à estrutura normativa dos direitos de defesa e dos direitos sociais prestacionais, não há diferença entre seus regimes jurídicos.

Nesse sentido, Cunha Júnior (2010, p. 722) conclui que:

A Constituição de 1988 avançou muito em relação aos direitos sociais. Pondo fim a uma discussão doutrinária estéril, inseriu os direitos sociais no título II que trata dos direitos fundamentais, não deixando mais qualquer dúvida quanto à natureza destes direitos: os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, com força normativa e vinculante, que investem os seus titulares de prerrogativas de exigir do Estado as prestações positivas indispensáveis à garantia do mínimo existencial.

Apesar de um consenso não parecer tão próximo, podemos afirmar que os direitos sociais estão previstos, possuem eficácia e todos devem buscar sua efetivação de forma séria, diligente, sem invocação de argumentos falaciosos ou desculpas injustificáveis. É inegável que o papel do legislador ordinário e dos gestores públicos é essencial na escolha das políticas públicas adequadas e na concretização desses direitos, merecendo essas decisões um cuidado especial.

3 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 Conceituação

Os direitos sociais estão previstos na Constituição Federal de forma genérica, ampla e abstrata, demandando a atuação do Poder Público, mormente através dos Poderes Legislativo e Executivo, de forma a estabelecer os instrumentos e o momento adequado para implementá-los.

Diante disso, Freire Júnior (2005, p. 47) conceitua políticas públicas como “um conjunto ou medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”.

As políticas públicas podem ser entendidas como os meios necessários à efetivação dos direitos sociais que, por sua natureza, pressupõem uma atuação incisiva dos poderes públicos.

Versando sobre o tema, Dworkin (2002, p. 37) define políticas públicas como:

Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas).

Nota-se, diante disso, que as políticas públicas constituem uma maneira de efetivar o acesso das camadas mais desfavorecidas aos direitos fundamentais de cunho social. Dessa forma, o Estado, gerindo os interesses da sociedade, define, por meio dos Poderes Legislativo e Executivo, as metas e os instrumentos de interesse da comunidade. As políticas públicas, assim, revelam-se como uma intervenção do poder público na vida social.

Nesse diapasão, Appio (2007, p. 115) argumenta que:

As políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro podem ser consideradas setoriais, na medida em que atingem determinados segmentos da sociedade, a partir de necessidades específicas. [...] As chamadas políticas de inclusão têm por finalidade assegurar o acesso efetivo de segmentos pouco representados da população aos bens sociais fundamentais, com o que se reduz o impacto de um modelo puro de democracia representativa.

Destarte, políticas públicas são atividades predominantemente administrativas que tomam forma através de programas de atuação do governo, os quais buscam definir as áreas sociais que devem ser priorizadas, planejar os objetivos a serem alcançados, analisar os instrumentos disponíveis e o momento azado para sua realização, bem como direcionar os recursos públicos necessários para a consecução desses objetivos.

3.2 Reserva do possível

A dimensão econômica dos direitos é realidade inafastável que não pode ser colocada à margem da discussão. Não há como negar o entrelaçamento entre efetivação dos direitos fundamentais sociais e existência de recursos públicos para realizá-los.

Analisando-se a realidade nacional, verifica-se que, em grande parte, os direitos sociais necessitam de regulamentação por meio de políticas públicas, que dependem, substancialmente, das possibilidades financeiras dos entes federativos para serem implementadas. Sendo assim, o planejamento da atividade financeira ocorre através do orçamento, que consiste no instrumento de ação do Estado que fixa os objetivos a serem atingidos.

Diante desse panorama, parte da doutrina alega que há diversos conflitos por recursos escassos, uma vez que a realização plena e incondicional de todos os direitos sociais não passa de uma utopia. Assim, afirmam que a questão dos custos dos direitos age como limite fático à concretização dos direitos sociais. Esse argumento da escassez dos recursos como restrição ao reconhecimento do direito social é denominado cláusula da reserva do possível.

A reserva do possível é, dessa forma, sinônimo de razoabilidade econômica ou proporcionalidade financeira. É aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade. Nas palavras de Marmelstein (2011, p. 356): “A reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há como realizar diversos direitos”.

No Brasil, a cláusula da reserva do possível é constantemente invocada como barreira intransponível à efetivação dos direitos sociais. De forma cômoda, a doutrina nacional, lamentavelmente, aceita-a indiscriminadamente, maculando os valores constitucionais.

Vale ressaltar que a escassez de recursos para realização dos direitos fundamentais sociais é, em grande parte, fruto de escolhas alocativas dos poderes públicos que podem ser objeto de ponderação se, constatada, eventual desproporcionalidade.

Com isso, não se pretende desconsiderar a dimensão econômica do direito. Por óbvio, quando restar demonstrado equilíbrio, ra-

zoabilidade e observância dos preceitos constitucionais no processo de alocações orçamentárias, tem-se por legítima a alegação da cláusula da reserva do possível para relativizar a exigibilidade do direito social. Em outras palavras, a escassez deve ser necessária e proporcional.

Nesse sentido, vale citar trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF 45/2004:

A cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em particular quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (STF, ADPF 45/2004, rel. Celso de Mello, 01/07/2004).

Entretanto, o que se observa é que, apesar da reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação dos direitos sociais, o que vem ocorrendo é uma banalização na sua utilização por parte do Poder Público quando em juízo, que normalmente se furta em apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir decisões judiciais nesse sentido.

Assim, não há como entender diferentemente que o argumento da reserva do possível somente deve ser observado se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que benefícios à concretização dos direitos fundamentais. Em suma, é do Poder Público o ônus probatório de que não há recursos para efetivar esses direitos.

3.3 Mínimo existencial

É patente na doutrina e na jurisprudência que a temática da eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais está longe de estar pacificada. Apesar disso, mesmo os que não defendem a possibilidade de aplicação imediata desses direitos, reconhecem que o Estado é obri-

gado a assegurar aos cidadãos pelo menos as condições mínimas para uma existência digna. É a chamada “teoria do mínimo existencial”.

Por essa teoria, somente o núcleo essencial dos direitos sociais teria um grau de fundamentalidade capaz de gerar, por si só, direitos subjetivos aos respectivos titulares. Estando a pretensão fora do mínimo existencial, o reconhecimento de direitos subjetivos dependeria da legislação infraconstitucional a regulamentar a matéria, não podendo, por exemplo, o Judiciário agir além da previsão legal.

Nas palavras de Barcellos (2002, p. 126), o mínimo existencial corresponderia a:

Um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo, um núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual incluiria um mínimo de quatro elementos de natureza prestacional: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

Porém, deve-se ter o cuidado de não se permitir, ao interpretar esse princípio, que se esvazie a força jurídica desses direitos, diminuindo-se ao máximo o seu conteúdo “essencial”, uma vez que doutrina e jurisprudência se encarregarão de definir os contornos desse “conteúdo mínimo”.

Na verdade, o mínimo existencial assume o caráter de regra e, por via de consequência, não está sujeito à ponderação. Dessa forma, em relação ao mínimo existencial, não se vislumbra a possibilidade de ponderação baseada na escassez de recursos (reserva do possível), já que se trata de garantia de proteção mínima dos direitos sociais, indispensável à sobrevivência do titular com dignidade.

4 O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Diante do até agora exposto, claramente está comprovado que os direitos fundamentais se encontram reconhecidos constitucional-

mente como direitos subjetivos de aplicação imediata. Desta feita, atestada sua magnitude para a ordem constitucional, sua efetividade não pode depender de decisões políticas do Legislativo ou Executivo, o que legitima uma maior interferência judicial na busca pela concretização máxima dessas normas, mesmo na falta de regulamentação infraconstitucional.

Uma das mais acaloradas discussões na seara do direito constitucional é saber se os direitos fundamentais que demandam prestações positivas podem ser efetivados pelo Poder Judiciário sem a prévia intervenção legislativa. Sobre o tema, elucidativas são as palavras de Marmelstein (2011, p. 345):

Há, no caso, um conflito entre o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (que exige do Judiciário uma postura ativa em favor desses direitos) e os princípios da separação dos poderes e da democracia representativa (que pressupõem que as decisões políticas sejam tomadas por representantes eleitos pelo povo e não pelos juízes).

Com a evolução da sociedade, as relações sociais vêm se tornando cada vez mais complexas, inclusive em relação ao questionamento das políticas públicas adotadas pelos representantes populares no exercício de suas funções, de forma que o Poder Judiciário, de maneira progressiva, foi sendo acionado para se manifestar acerca dos direitos existentes nas controvérsias políticas, numa visão democrática do Estado de Direito.

Nesse contexto, a concepção clássica de tripartição dos poderes vem sendo reavaliada, numa clara postura de se efetivar os direitos garantidos nas Constituições dos Estados contemporâneos, demandando um Poder Judiciário mais atuante e responsável na concretização do Estado Democrático de Direito, uma vez que não se pode mais aceitar a ideia de entregar a alguém um poder absoluto sobre determinada função pública, mormente o de formular e implementar políticas públicas.

Esse pensamento deriva da ideia de que a Constituição de uma sociedade possui força normativa suficiente para assegurar a plena aplicabilidade de suas normas, obstando a violação de seus dispositivos, em respeito à primazia da supremacia da Constituição.

Diante da crescente judicialização da política, mostrou-se inevitável o surgimento de conflitos de interesses e tensões entre os poderes. De um lado, há quem defenda um Poder Judiciário mais atuante nas questões políticas do Estado. De outro, existem ferrenhos defensores da autonomia total dos poderes instituídos, legando ao Judiciário uma função mais contida.

Para o primeiro grupo, o Poder Judiciário deve atuar de maneira ativa como um protetor dos princípios fundamentais, do Estado Democrático de Direito e como um veículo de transformação social do país, com o intuito de sedimentar a igualdade material entre a sociedade, sem prejuízo da liberdade.

Por outro lado, o segundo grupo alega que a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas desrespeita o processo democrático, uma vez que é através dele que são eleitos os seus representantes para a elaboração das atividades necessárias à coletividade, não sendo o Judiciário o palco mais adequado para a discussão dos conflitos político-sociais, uma vez que somente os poderes eleitos pelo povo têm legitimidade para realizar essas escolhas.

Contudo, esse pensamento não deve mais encontrar guarida no contexto moderno, especialmente em face da força normativa da Constituição. Nas palavras de Dias (2007, p. 98), “a atuação do Judiciário não somente não compromete uma concepção forte e substancial de democracia, como também permite que esta seja, sem dúvida alguma, levada ao seu estado mais elevado”.

Ainda nessa esteira, afirma o autor:

Naturalmente, isso não significa que caiba aos tribunais eleger os meios de ação política e os objetivos que se pretendem alcançar, mas, sobretudo, permitir que, nas disputas a respeito, a base para a análise de um conflito desloque-se do campo puramente político fundado na preocupação eleitoral e passe para o campo jurídico, tendo em vista a observância dos direitos e deveres consagrados no âmbito legal e constitucional. Essa possibilidade é claramente desejável quando uma política acaba por conflitar-se com um direito fundamental. (DIAS, 2007, p. 158-159).

No mesmo sentido, Streck (2006, p. 114) defende que:

Ao argumento de que a concretização de direitos via judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia, cabe lembrar que não há qualquer registro de que a democracia brasileira tenha sido colocada em xeque em face de decisões judiciárias concessivas de direitos, consideradas como “jurisprudência de valores”, “ativismo judicial” etc.

Ao contrário, há um conjunto de avanços sociais, fruto de pressões de movimentos sociais, que tem recebido o selo jurídico, a partir da jurisprudência dos tribunais e, em determinadas situações, “convalidadas” por legislações emanadas do Poder Legislativo.

O princípio da separação dos poderes merece uma releitura em sintonia com a teoria dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, permitindo um eficiente sistema de “freios e contrapesos”, não podendo se transformar em um obstáculo às reivindicações de cunho social, uma vez que a separação dos poderes não constitui um fim em si mesmo, nem possui um modelo apriorístico ideal, sendo uma forma de conexão entre as funções estatais em busca da preservação dos direitos fundamentais.

Destarte, é papel do Judiciário intervir nos poderes Executivo e Legislativo quando esses violarem direitos fundamentais. Esses direitos precisam ser protegidos do abuso e arbítrio estatal, mas, também e especialmente, de sua omissão. É dever do Estado proporcionar um diálogo entre todas as suas funções a fim de garantir tal proteção. Vale ressaltar que não se defende, assim, a supremacia de uma função estatal sobre as outras, mas a supremacia da própria Constituição.

O Poder Judiciário tem a função de zelar pelo cumprimento da Constituição e pela concretização da “justiça social”. Com isso, não se quer afirmar que o controle judicial deve ocorrer em todas as hipóteses e circunstâncias, mas, sim, que, em casos excepcionais de flagrante violação dos direitos fundamentais, sua atuação é rigor.

No escólio de Lopes Júnior (2004, p. 73):

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

Desta feita, omitindo-se o Legislativo e o Executivo ou não cumprindo de forma efetiva suas obrigações, caberá uma postura ativa do Judiciário, exigindo deles a disponibilização de serviços públicos, bem como a melhoria na sua qualidade. Porém, em caso de inércia injustificada desses poderes, deverá o Judiciário impor-lhes penalidades, fazendo valer a força normativa da Constituição na consecução dos seus objetivos.

5 CONCLUSÃO

O advento de novas categorias de direitos, especialmente os sociais, vem obrigando o Executivo, Legislativo e mesmo o Judiciário a dar respostas mais efetivas e imediatas, sendo o controle judicial das políticas públicas uma via pela qual não se pode mais retroceder, sob pena de afrontar a força normativa da Constituição.

Desta feita, torna-se impossível negar a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, não sendo correto cogitar acerca da ausência de legitimidade do Poder Judiciário para a implementação dessas medidas ou de violação ao princípio da separação dos poderes, até mesmo porque a legitimidade do controle por parte do Poder Judiciário advém do próprio texto constitucional.

Diante disso, é imperioso reconhecer que existe uma vinculação entre os poderes estatais, a qual impõe o controle, ainda que excepcional, pelo Poder Judiciário dos demais poderes, quando esses se quedarem inertes, em clara violação aos direitos fundamentais, buscando sempre a afirmação da supremacia da Constituição.

Ademais, o controle judicial das políticas públicas não interfere no juízo de conveniência e oportunidade do Administrador Público, uma vez que não há discricionariedade no descumprimento da Constituição. Não se pode barganhar acerca dos direitos fundamentais, caracterizando-se as políticas públicas como um dever da Administração que deve ser cumprido.

Diante disso, resta claro que não se pode mais conceber as normas definidoras de direitos fundamentais sociais como simplesmente programáticas, apenas definindo objetivos e finalidades a serem concretizadas pelo legislador ordinário. Por conseguinte, devem ser imediatamente aplicáveis e exigíveis pelos cidadãos, independentemente de regulamentação, assim como os demais direitos fundamentais, nos termos da Constituição Federal.

Portanto, o Poder Judiciário exerce um papel de destaque na atual conjuntura político-jurídica de nosso país. É imperiosa a sua participação na transformação da realidade social, mormente pelo fato de que temos um país em que a desigualdade é vista em cada esquina, sentida em cada afronta aos mais necessitados. O Judiciário tem o dever de ser um valioso instrumento para que finalmente possamos realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, baluarte de nosso ordenamento jurídico. Negar isso é fechar os olhos para um sentimento básico que permeia e inspira toda a teoria dos direitos humanos: a solidariedade.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4. ed., amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 4).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção temas fundamentais de direito, v. 1).

KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



A ATUAÇÃO CORREICIONAL E DISCIPLINAR DO CNMP

*André Gonzalez Cruz **

Resumo: O presente artigo objetiva o estudo da atuação correicional e disciplinar do Conselho Nacional do Ministério Público, passando pela doutrina correlata.

Palavras-chave: Conselho Nacional do Ministério Público. Atuação.

Abstract: This paper aims to study the role correicional and discipline of the National Public Prosecution, through the related doctrine.

Keywords: National Council of the Prosecution. Practice.

Ninguém duvida do destaque que ganhou o Ministério Público com a Constituição Federal de 1988, sendo erigido, como dispõe o seu art. 127, *caput*, à “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Dessa forma, o *Parquet* se tornou um ator político de alta relevância, passando a ocupar espaços antes não abrangidos pela atuação ministerial, seja na questão criminal ou na defesa de direitos difusos e coletivos, sempre com o apoio da sociedade.

Todavia, a existência de notícias sobre desvios de conduta e da utilização política da máquina institucional por parte de membros do Ministério Público instigaram o debate, no início do novo milênio, a respeito da necessidade de mecanismos de controle externo da dita Instituição, o que também ocorreu em relação ao Poder Judiciário.

* Analista Ministerial e Assessor de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão.

Nesse contexto, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 45/2004, também chamada de Reforma do Judiciário, que não se restringiu somente a este último poder, prevendo, dentre outras coisas, a criação do Conselho Nacional do Ministério Público, o qual, como se vê no art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal, tem competência para o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Cumprido ressaltar que a criação do supracitado Conselho Nacional sofreu severas críticas por parte de notáveis juristas brasileiros, porquanto elaborado a reboque do Conselho Nacional de Justiça, consoante assevera Tavares (2005, p. 187):

Já no que tange ao Ministério Público, o quarto poder, nas palavras de Martins (2004: A3), muito embora a tônica da criação da CNMP também tenha sido a desconfiança que se tem em seus membros, não há, em contraparte, qualquer intenção utilitária, como há no CNJ. É dizer, não há o intuito de torná-lo, em sua atuação, mais célere. Em outras palavras, o que se pretende, única e exclusivamente, é criar um bolsão de tranquilidade para aqueles que estão sujeitos ao seu ânimo persecutório.

Analisando minuciosamente o controle externo sobre o Ministério Público, Mazzilli (2006, p. 23) assinala:

Apesar de não ter sido criado esse Conselho já pelo Poder Constituinte originário, a verdade é que havia controles externos sobre Ministério Público e Magistratura mesmo antes da promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 (que instituiu a chamada Reforma do Judiciário). Essa emenda criou o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mas o certo é que, bem antes dela, podemos demonstrar que havia um sistema de controles externos sobre essas instituições. Por ora, cuidemos apenas de demonstrar nossa assertiva,

no tocante ao Ministério Público: a) a atividade funcional do Procurador-Geral submete-se a controle externo no processo de investidura, de *impeachment* ou de destituição; b) no concurso de ingresso, há a salutar participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); c) a Constituição Federal (CF) tempera a privatividade da ação penal pública com a ação penal subsidiária por parte da vítima ou sucessores, para contraste da inércia ministerial; d) sua legitimidade nunca exclusiva para as ações civis públicas permite controle de sua omissão por outros órgãos governamentais, pelas associações civis e até pelo cidadão, por meio da ação popular; e) nos atos da sua atividade fim, junto ao Poder Judiciário, a atuação ministerial é contrastada pelas partes e seus procuradores e pelas autoridades jurisdicionais; f) nos atos de sua atividade meio, recebe controle orçamentário dos Tribunais de Contas e do Poder Legislativo; g) os cidadãos podem promover responsabilidades dos membros do Ministério Público por meio da ação popular; h) há controle recíproco entre os diversos Ministérios Públicos, pois ele detêm legitimidade concorrente em diversas ações, podendo o Ministério Público Federal, par a par com o dos Estados, em alguns casos, interpor recurso extraordinário das decisões da Justiça dos Estados.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 passou a prever, ainda no seu art. 127, § 2º, que cabe ao Conselho Nacional do Ministério Público: zelar pela autonomia funcional e administrativa do *Parquet*; zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, po-

dendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada a ampla defesa; rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; etc.

Mazzilli (2007, p. 221) vê com bons olhos o controle externo exercido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, *litteris*:

Sobre o Ministério Público deve mesmo existir alguma forma de controle externo, não para cercar a independência e a liberdade funcional da instituição e de seus agentes, mas para assegurar que estes prestem contas ao Poder Legislativo, à imprensa e à coletividade não só sobre o exercício de suas atividades-fim como sobre o exercício de suas atividades-meio.

Nesse diapasão, surge o Conselho Nacional do Ministério Público como fator de grande transparência das atividades institucionais do *Parquet* e de instrumento hábil no combate a qualquer tipo de corporativismo quando o assunto é a questão correicional ou disciplinar; dele não temendo o representante ministerial, da União ou dos Estados, que trabalha de forma escorregada, assim como já acontecia em relação à Corregedoria da sua Instituição.

Estudando profundamente a matéria, o professor Silva (2006, p. 608) conclui que o Conselho Nacional do Ministério Público pode ter grande utilidade, mas ele não acredita nisto em face da sua composição predominante de membros da Instituição:

O órgão pode ter alguma utilidade. O Ministério Público adquiriu, pela Constituição, um poder extraordinário, especialmente como órgão de controle inter-órgãos, com mecanismos de interferência na atividade de outros órgãos governamentais, nem sempre exercida dentro dos parâmetros legítimos, pelo quê abusos têm sido cometidos, especialmente na utilização dos inquéritos civis e

ações civis públicas como, também, nos processos administrativos, de que se vem servindo como meio de investigação criminal direta, sem amparo constitucional. Faltava um órgão de controle intra-órgãos para o ajuste da prática à legitimidade constitucional. Pode ser que esse Conselho faça esse reajustamento – o que é bom, para que a Instituição continue a ter as elevadas funções que lhe reconhece a Constituição. Confessamos, contudo, não acreditar que terá qualquer influência na conduta dos membros do Ministério Público, dada sua composição predominantemente com membros da Instituição.

Tal questão sempre foi muito debatida na doutrina, ao ponto de Garcia (2007) dizer que não é exagerada a afirmação de que um dos pontos mais infelizes da Reforma do Judiciário está na composição do Conselho Nacional do Ministério Público, e Silva (2006) descrever que este não é um órgão de controle externo, mas um órgão de controle interno, como o Conselho Nacional de Justiça, ambos preordenados menos para controlar e mais para exaltar tais Instituições.

Pereira (2006, p. 158-159) avalia a controvérsia, conforme segue abaixo.

Instituir mecanismo de controle sobre seus membros, por meio de um Conselho, com a composição prevista no art. 130-A, soa como tentativa de intimidação – que, aliás, no próprio corpo do Projeto da Emenda Constitucional da Reforma da Justiça, o legislador constituinte derivado até tentou fazer – com as roupagens de nítido autoritarismo, quando por meio de proposta, que foi com lucidez pela maioria dos congressistas rejeitada, quis inserir no referido Projeto, previsão que preconizava aplicação de sanção administrativa, que podia chegar até a própria perda do cargo, por juiz ou membro do Ministério Público, que, a respeito de processo, houvesse transmitido, aos meios de comunicação, informações que fossem

consideradas violadoras da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra das pessoas, como se aquelas autoridades não conhecessem os verdadeiros limites que, na ordem constitucional vigente, devem existir entre o direito à informação, e a proteção, na Carta Magna assegurada, à imagem, à honra e à intimidade das pessoas (art. 5º, incisos X e XIV), presente o princípio constitucional de que, só poderá haver restrição à publicidade de atos do processo, quando “a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal). Ocorre que, tal mecanismo, foi criado, integrado ao próprio texto constitucional, representado pela figura do Conselho Nacional do Ministério Público – instituído pela E.C. 45/2004 – que tem a integrá-lo, ao lado de membros do Ministério Público, pessoas absolutamente estranhas àquela instituição. Conselho esse, ao qual se conferiu atividade censória, mercê da qual, aos membros do mesmo Conselho, foi, como já se disse anteriormente, atribuída competência até para reapreciação de processos disciplinares, instaurados contra membros do *Parquet*, há menos de um ano, o que, mais uma vez registramos, poderá, inclusive, criar o risco de desconsideração à coisa julgada, que, dentro desse lapso de tempo, já tenha se consolidado. [...] Na nossa visão, contudo, atribuir competência a um Conselho – que dentre seus membros possui pessoas absolutamente estranhas à instituição do Ministério Público – para avocar processos disciplinares, aplicar sanções como a remoção, a disponibilidade ou aposentadoria, de membro do *Parquet*, soa como verdadeira ingerência e afronta à independência da instituição, constituindo situação absolutamente estranha ao Estado Democrático de Direito.

Não obstante, discorda-se de tal raciocínio, pois, segundo Cunha Júnior e Rátis (2005), apesar de o Conselho Nacional do Minis-

tério Público ter uma composição heterogênea, cujo número de membros que não pertencem à carreira chega quase à metade, na medida em que dos 14 (catorze) membros que serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, 02 (dois) serão juízes, sendo um indicado pelo Supremo Tribunal Federal e o outro pelo Superior Tribunal de Justiça, 02 (dois) advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e 02 (dois) cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal, o controle externo que será exercido pelos membros que não integram o *Parquet* não confrontará a independência funcional e as garantias de seus membros.

Muito pelo contrário. A participação de membros do Poder Judiciário, da OAB e da sociedade civil legitimará ainda mais as decisões tomadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, como defendem Cunha Júnior e Rátis (2005).

Nessa linha, Akashi (2006, p. 182) enfatiza, sobre o Conselho Nacional do Ministério Público, o seguinte:

Sua atuação não poderá implicar em mitigação do princípio institucional da independência funcional, que garante a atuação livre e imune dos membros do Ministério Público, os quais não devem subordinação intelectual, técnica ou ideológica a quem quer que seja, podendo atuar segundo os ditames da lei, do seu entendimento pessoal e da sua consciência.

Calha frisar que, como entende Garcia (2007), diversamente do controle externo exercido pelo Ministério Público com relação à atividade policial, que não alcança a esfera disciplinar, e cujo alcance correicional é nitidamente extraordinário, assumindo uma faceta subsidiária e de cunho provocatório das autoridades hierarquicamente superiores às controladas, a atribuição do Conselho Nacional do Ministério Público é muito mais ampla, pois, apesar de serem prestigiados os poderes correicional e disciplinar do Ministério Público, seja da União ou dos Estados, o referido Conselho Superior está autorizado a instaurar e a

requisitar o procedimento disciplinar já instaurado contra membro ou órgão dessas Instituições, inclusive contra seus serviços auxiliares.

Ainda conforme Garcia (2007), embora não seja divisada propriamente uma relação de hierarquia entre o multicitado Conselho Nacional e as Instituições por ele controladas, na medida em que consubstanciam estruturas organizacionais distintas e com individualidade própria, isto sem falar que o controle a ser desenvolvido é de cunho externo, a dita Reforma do Judiciário atribuiu ao Conselho Nacional do Ministério Público poder correicional e disciplinar de forma nítida.

É bem verdade que, de 2005 a 2010, segundo os Relatórios Anuais de Atividades do Conselho Nacional do Ministério Público, o número de processos disciplinares aumentou de forma intensa, de 88 para 529. Todavia, isto não quer dizer que os membros do *Parquet* estão apresentando mais desvios de conduta.

O que se tem verificado, muitas das vezes, é que o citado Conselho Nacional tem servido de arcabouço de denúncias manifestamente improcedentes. Daí a importância do art. 31, I, do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público, o qual reza que as reclamações, representações e notícias sobre a atuação de membros do *Parquet* e de seus serviços auxiliares, quando anônimas e/ou se revelarem manifestamente improcedentes ou despidas de elementos mínimos para compreensão, devem ser arquivadas pelo Corregedor Nacional, dando-se ciência em seguida ao Plenário e ao interessado.

REFERÊNCIAS

AKASHI, Diogo Telles. **Comentários à reforma do poder judiciário: emenda constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; RÁTIS, Carlos. **Emenda constitucional 45/2004: Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Salvador: Juspodivm, 2005.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

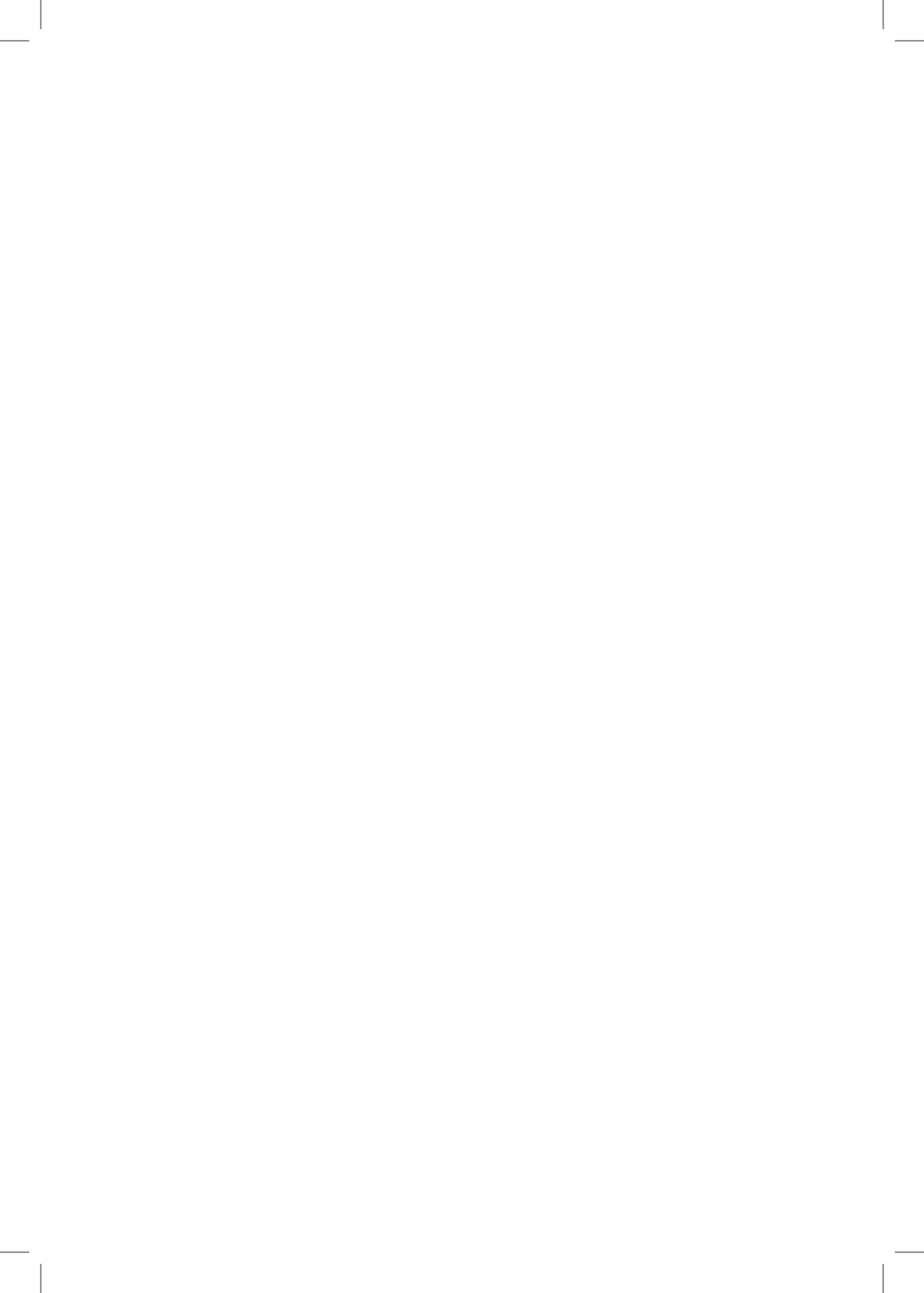
MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O controle externo do Ministério Público. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 18, n. 5, p. 23-25, maio. 2006. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A reforma da justiça na Emenda Constitucional 45/2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2005.



**DIREITO
PROCESSUAL CIVIL**



**ASTREINTES E EFETIVIDADE
DAS DECISÕES JUDICIAIS
POSSIBILIDADE OU IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA
MULTA DIÁRIA (*ASTREINTES*) ANTES DO TRÂNSITO EM
JULGADO DA AÇÃO PRINCIPAL EM QUE FOI FIXADA**

*Reginaldo da Rocha Santos Sales**

Resumo: Este trabalho versa sobre um dos instrumentos que o ordenamento brasileiro prevê para imprimir efetividade às decisões judiciais, qual seja a possibilidade de execução da multa diária (*astreintes*) antes do trânsito em julgado da ação principal onde foi fixada, descrevendo e analisando se tal execução pode se dar antes do trânsito em julgado do feito ou somente após tal resolução, a fim de dar maior efetividade à decisão judicial em que foi fixada. Assim, faz-se um breve paralelo entre a possibilidade e impossibilidade de execução da multa diária (*astreintes*) antes do trânsito em julgado do feito principal onde foi fixada, levando-se em conta qual a melhor maneira de se obter a real efetividade da decisão judicial, sem se afastar da segurança jurídica e da finalidade processual.

Palavras-chave: Efetividade. Decisões Judiciais. Execução. Multa. *Astreintes*. Momento. Trânsito em Julgado.

Abstract: This paper describes an instrument that the Brazilian legal system provides for printing effect to judicial decisions, namely the possibility of running the daily fine (*astreintes*) before the final judgment where the main action was set, describing and analyzing whether implementation can take place before the final judgment made or only after such a resolution in order to give greater effectiveness to the court in which it was fixed. Thus, it is a brief parallel between possibility and impossibility of implementing the daily fine (*astreintes*) before the final judgment which was made mainly of fixed, taking into account how best to obtain the actual effectiveness of the decision court, without departing from the legal and procedural purpose.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Pós-Graduado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Assessor de Procurador de Justiça do Estado do Maranhão.

Keywords: Effectiveness. Judgements. Enforcement. Fines. *Astreintes*. Moment. Res judicata.

1 INTRODUÇÃO

Nossa Legislação prevê diversos instrumentos de efetividade das decisões judiciais, dentre os quais a multa diária (*astreintes*) vinculada às decisões judiciais em obrigações de fazer, não fazer e de entregar, haja vista que seu objetivo não é outro, senão, fazer cumprir uma ordem judicial.

Nesse sentido, urge perquirir como efetivamente essa multa atinge sua finalidade, caso a decisão judicial que a estabeleça seja descumprida. Qual o melhor momento para fazê-la cumprir seu papel: compelir o obrigado a atender uma decisão judicial?

Antes mesmo de responder as indagações acima, surge a inquietação em relação ao momento em que se executa a multa e qual a forma de execução - será uma execução anterior ou posterior ao trânsito em julgado - uma vez que em muitos casos estar-se-á falando de ações em curso, sem trânsito em julgado, mas com a multa sendo executada.

Dessa maneira, o presente trabalho busca descrever e analisar o instante em que deve ser executada a multa diária (*astreintes*) fixada em uma decisão judicial ante uma obrigação de fazer ou não fazer e entregar, sem, é claro, conter qualquer audácia de esgotamento ou simplificação do tema.

Para isso, realiza-se uma breve contextualização da efetividade das decisões judiciais, passando-se a caracterizar as *astreintes* mediante sua natureza, conceituação e finalidade.

Por fim, chega-se ao cerne do trabalho, buscando-se a compreensão acerca do momento mais adequado para esta execução da multa diária (*astreintes*), partindo-se da premissa de que houve uma ordem preliminar e que, nessa ordem, tal multa foi fixada, vindo a ser descumprida, ensejando, portanto, na efetivação da ordem com a execução da multa diária fixada, tendo-se em conta se há maior efetividade da decisão judicial executando-a antes ou após o trânsito em julgado da ação principal.

Na conclusão do trabalho, far-se-á a exposição do que foi observado e se há uma posição dominante acerca do momento mais adequado para execução da multa diária (*astreintes*).

2 EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Por efetividade tem-se, consoante define Silva (2003, p. 295):

Derivado de efeitos, do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfaz, acabar), indica a qualidade ou caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade. Quer assim dizer o que está em vigência, está sendo cumprido ou está em atual exercício, ou seja, que está realizando os seus próprios efeitos. Opõe-se, assim, ao que está parado, ao que não tem efeito, ou não pode ser exercido ou executado.

[...] Sem fugir a seu fundamental sentido, na técnica processual, *efetividade*, exprime também esse caráter de efetivo, designando, assim, todo ato processual que foi integralmente cumprido ou executado, de modo a surtir, como é da regra, os desejados efeitos. E, desse modo, se diz efetividade da citação, para indicar a citação efetiva e realmente promovida, efetividade da penhora, para que já foi executada com a apreensão dos bens nomeados ou não.

Ao falar de ação judicial, não há qualquer dúvida de que logo vem à cabeça a velha e consagrada questão: será que adianta alguma coisa?

Isto se dá em virtude de um complexo sistema que há muito está defasado e não acompanha a demanda que lhe é exigida, vindo, somente nestes últimos tempos, com o implemento de ferramentas tecnológicas (processo virtual, vídeo audiência, cientificação de atos pela internet etc.), esboçar alguma forma de reação.

Sem dúvidas, vê-se que o Poder Judiciário tem buscado, através dos mais variados meios, tais como mutirões, eventos de conciliação, propaganda institucional, dentre outros, minorar esse processo histórico de sobrecarga, morosidade e descrença com que a Justiça Brasileira vem sendo caracterizada.

Tudo isso com a finalidade de que suas decisões alcancem seu real objetivo, qual seja a satisfação do pedido levado a seu cabo, em virtude de um direito violado.

Contudo, a tarefa é complexa, custosa e trabalhosa, sem falar da necessidade de mudanças nas posturas e vontades, principalmente na vontade política, haja vista que toda modificação precisa percorrer o processo Legislativo no intuito de produzir validade jurídica.

Aliado a isso, o ordenamento pátrio prevê diversos instrumentos de efetividade das decisões judiciais, como a busca e apreensão, o bloqueio de bens, o desfazimento de obras, a suspensão de atos, remoção de coisas e pessoas, as *astreintes*, dentre vários outros (art. 461, § 5º, do CPC).

2.1 Breve caracterização do instituto das *astreintes*

O termo *astreinte* vem do latim *astringere* ou *adstringere*, tendo seu surgimento do Direito Francês, sendo caracterizado e tendo como finalidade impor uma medida coercitiva para forçar o devedor a cumprir uma obrigação esposada em uma ordem judicial, consoante esclarece Carvalho (2002, p.73-75).

Por seu turno, nosso ordenamento jurídico, por meio do Código de Processo Civil Brasileiro, acatou a construção Jurisprudencial Francesa, trazendo em diversos dispositivos - artigos 287, 461, §3º e § 4º e 461-A - a previsão da cominação de multa pecuniária (*astreintes*) para o caso de descumprimento de sentença ou decisão antecipatória de tutela, oriunda de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa e incerta, ficando de fora apenas as decisões que impõem obrigação de pagar quantia certa.

No mesmo sentido, várias outras legislações também passaram a dispor acerca das *astreintes*, citando-se como exemplo a Lei nº. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

No que tange à natureza, parece não haver muita controvérsia na doutrina pátria, não obstante entendimentos e classificações pontuais num e noutro sentido, de que a natureza jurídica das *astreintes* é coercitiva e acessória, no que se assemelha com sua caracterização pelo Direito Francês, consoante assevera Amaral (2010, p. 67).

Destaca o autor que seu caráter coercitivo se dá justamente pela finalidade para a qual fora criada que é pressionar o recalcitrante a cumprir a ordem judicial exarada e nunca a reparar possível prejuízo advindo do descumprimento desta ordem. (AMARAL, 2010, p. 75).

A título de exemplificação, vê-se autores como Assis (2001, p. 493), Marinoni (2001, p. 72-73), dentre inúmeros outros, todos pacíficos quanto à natureza coercitiva da multa diária (*astreintes*).

A acessoriedade do instituto em estudo advém de sua dependência da decisão que a impôs, ou melhor, sua existência está diretamente ligada a um fim, não em si mesmo, mas, sim, em um fim outro, que acaso cumprido faz com que as *astreintes* deixem de incidir.

Para Amaral (2010, p. 82), não se aplica em nosso ordenamento a previsão contida no Direito Francês, que autoriza a exigibilidade do crédito oriundo das *astreintes* mesmo quando a decisão que a fixou foi reformada, sob a alegação de que sua persistência se dá pelo simples descumprimento da ordem judicial exarada, pouco importando se o objeto principal foi ou não concedido com o decorrer do processo.

A conceituação do instituto em estudo perfaz o mesmo caminho de diversos outros institutos jurídicos, recebendo, ainda que de maneira diferente, a mesma conceituação, pelo menos quando se fala em Brasil, já que, como dito alhures, em outros países o mesmo instituto possui conceito e finalidade divergentes da nossa.

Para Amaral (2010, p. 101), as *astreintes* são definidas como: “[...] técnica de tutela coercitiva e acessória, que visa a pressionar o réu para que este cumpra mandamento judicial, sendo a pressão exercida através de ameaça ao seu patrimônio, consubstanciada em multa periódica a incidir em caso de descumprimento”.

Assim, pode-se conceituar dizendo que as *astreintes* são a multa imposta por condenação judicial na obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa certa ou incerta, a fim de constringer o vencido a cumprir a sentença ou decisão e rechaçar o retardamento para o efetivo cumprimento da ordem exarada.

A finalidade das *astreintes* resta evidenciada, ante sua conceituação e natureza jurídica, sendo sua função, como multa cominatória, obrigar o devedor a cumprir a obrigação da ordem exarada na decisão judicial, sendo verdadeiro meio de pressão.

Para Theodoro Júnior (2009, p. 556), consiste na “condenação do devedor a pagar uma soma de dinheiro cujo montante aumenta segundo a periodicidade fixada pelo juiz até o cumprimento das obrigações a cargo da parte”.

Como dito antes, sua função não se confunde com perdas e danos, porque não tem valor fixo e, sim, é proporcional ao tempo da obrigação inadimplida.

Com a finalidade de garantir o cumprimento da ordem judicial, reveste-se de caráter público, reafirmando os princípios de lealdade processual e boa-fé das partes.

Dessa forma, apresenta-se a multa diária (*astreintes*) como uma das possíveis soluções para uma maior efetividade ou eficácia das decisões judiciais em obrigações de fazer, não fazer e entregar, levando-se em conta sua finalidade própria de fazer cumprir uma dada decisão.

Sua finalidade é, assim, funcionar como meio/instrumento de coerção à disposição do credor e do Poder Judiciário, para pressionar o devedor a cumprir com a ordem constante da decisão judicial exarada.

Por fim, deve ficar claro que a finalidade da multa nunca será excutir bens do devedor, mas, apenas, como exaustivamente asseverado, pressioná-lo a cumprir a obrigação imposta pela decisão judicial.

2.2 Possibilidade de execução da multa diária (*Astreintes*) antes do trânsito em julgado da ação principal em que foi fixada

O questionamento a seguir esboça bem o núcleo que se objetiva com este trabalho, tendo como preocupação mediata a possibilidade de execução das *astreintes* antes do trânsito em julgado da ação principal da qual decorre, e como atenção imediata o alcance da efetividade das decisões judiciais nas quais o instrumento da multa diária foi o adotado para tanto.

Qual o momento mais adequado para execução do crédito originado pela incidência da multa diária *astreintes*, antes ou depois do trânsito em julgado da ação principal, tendo em vista o objetivo de dar efetividade às decisões judiciais?

Talamini (2001, p. 254 apud AMARAL, 2010, p. 259), Neves (2010, p. 895) e Nery Júnior (2006, p. 586-588) defendem que a cobrança da multa diária deve se dar sempre que sua mera incidência não for suficiente para o atendimento do provimento jurisdicional, haja vista sua imprescindibilidade para a efetivação da tutela concedida.

Portanto, sustentam que a multa é executável desde o descumprimento, enquadrando-se, conforme o caso, em execução sob a forma provisória ou definitiva, formas estas que não serão detalhadas em vir-

tude de fugir ao tema deste trabalho, bem como pela própria amplitude que tal discussão contém.

Igual posicionamento possui Zavascki (2000, p. 508-509 apud AMARAL, 2010, p. 259) ao admitir a execução antes da análise do mérito do feito principal.

Arenhart (2000, p. 200 apud AMARAL, 2010, p. 258) frisa que a multa (*astreintes*) é devida independentemente do mérito final do processo principal, ressalvando, contudo, que tal execução somente poderá ocorrer após a preclusão da decisão que a fixou, ou seja, após ser mantida a decisão que fixou a multa em eventual recurso ou em caso de ausência de recurso contra tal decisão e, aí, prescindível se o mérito seria ou não favorável ao autor da ação que obteve a multa diária.

Os apoiadores desta tese - pronta execução da multa diária em face do descumprimento da ordem judicial - dizem que não há como se emprestar uma interpretação extensiva à regra genérica do CPC, claramente imbuída do propósito de efetivação dos provimentos jurisdicionais.

Aduzem, também, que o argumento da provisoriedade da decisão, como ponto criticado pela tese contrária, não exclui a sua viabilidade, uma vez que o fato gerador da cobrança é o descumprimento da medida judicial e que a improcedência da ação principal tornará sem efeito a execução da multa diária, consoante anota Talamini (2001, p. 254 apud AMARAL, 2010, p. 259).

Percebe-se que, para os defensores da pronta execução do crédito advindo de multa diária (*astreintes*), esta deve ser feita imediatamente, seja sob a forma provisória ou definitiva, dependendo se já houve a preclusão da decisão que a fixou ou se o recurso interposto de tal decisão foi recebido apenas no efeito devolutivo, haja vista ser crédito autônomo, mas não desvinculado do mérito da ação.

Assim, parte da doutrina e até mesmo parte da jurisprudência entende que a efetividade das decisões judiciais deve se dar pela execução da multa diária, ainda que o feito principal não tenha transitado em julgado, ou seja, não há como ser relevado o desrespeito a uma ordem judicial, ressalvando-se o caso de reforma ou cassação da decisão que fixou as *astreintes* em virtude da improcedência do pedido.

Vejamos julgados do Fórum Nacional de Juizados Especiais, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Maranhão, respectivamente, que expressam esse posicionamento:

Enunciados atualizados até o XXVII FORUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS 26, 27 e 28 de maio de 2010 – Palmas/TO:

Enunciado 120 - A multa derivada de descumprimento de antecipação de tutela é passível de execução mesmo antes do trânsito em julgado da sentença. (Aprovado no XXI Encontro – Vitória/ES) PROCESSUAL CIVIL. *ASTREINTES*. FIXAÇÃO EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE .

1. É desnecessário o trânsito em julgado da sentença para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela.

2. A fixação de multa diária em sede de antecipação de tutela por decorrência de descumprimento de obrigação de fazer é título executivo hábil para a execução provisória.

3. Havendo, na sentença, posterior alteração da decisão que promoveu a antecipação de tutela e, por conseguinte, conferiu aplicação às *astreintes*, ficará sem efeito o crédito derivado da fixação da multa diária, perdendo o objeto a execução provisória daí advinda.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1094296/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2011, DJe 11/03/2011).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE FIXA MULTA COMINATÓRIA. NATUREZA DE TÍTULO EXECUTIVO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO IMEDIATA. EMBARGOS DO DEVEDOR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO TÍTULO. ARGUIÇÃO ALTERNATIVA DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. VALOR DA CAUSA. CONTEÚDO ECONÔMICO DA DEMANDA. *QUANTUM* QUE DEVE CORRESPONDER AO VALOR TOTAL DO TÍTULO. IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE. I - A decisão interlocutória que fixa multa diária por descumprimento de obrigação de fazer é título executivo hábil para a execu-

ção definitiva, que pode ser realizada nos próprios autos, independentemente do trânsito em julgado da sentença final condenatória. II - O valor da causa, nos embargos à execução, quando a impugnação volta-se contra a totalidade do débito, mediante alegação de nulidade do título, deve ser o valor atribuído à própria execução. III - Agravo desprovido. (Nº Processo 41272010 Acórdão 0913872010 Relator MARCELO CARVALHO SILVA Data 13/05/2010 00:00:00 Órgão SÃO LUÍS Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO).

Portanto, os defensores do posicionamento acima afirmam, em outras palavras, que transitada em julgado ou não a decisão descumprida e que fixou multa diária, esta deve ser executada de pronto, sob a modalidade de execução provisória ou definitiva por quantia certa contra devedor solvente ou insolvente, conforme o caso, atingindo-se, assim, a efetividade que se espera de qualquer decisão judicial.

2.3 Impossibilidade de execução da multa diária (*astreintes*) antes do trânsito em julgado da ação principal em que foi fixada

Outra parte da doutrina e da jurisprudência entende que a execução imediata do crédito oriundo das *astreintes* contrapõe-se frontalmente à própria natureza jurídica de tal instituto que, conforme visto, é acessória, dependente da ação principal.

Assim, ainda que tal execução ocorra na forma provisória, haverá o risco de injusta inversão da verdadeira finalidade do Poder Jurisdicional e suas decisões que é a busca pela efetividade de julgamentos justos, fidedignos com a verdade formal e real.

Autores como Marinoni (2001, p.110-111), Popp (1995, p. 128) e Alvim Neto (1995, p. 402) posicionam-se pela impossibilidade de efetivação nesses termos.

Sustentam, a rigor, a vedação da cobrança das *astreintes* em razão do disposto na Lei nº. 7.347/85 (Ação Civil Pública), na Lei nº. 10. 741/03 (Estatuto do Idoso) e na Lei nº. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que expressamente condicionam a exigência das *astreintes* ao trânsito em julgado da decisão favorável ao

autor, sendo, então, devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Argumentam, ainda, a provisoriedade da tutela antecipatória como fundamento suficiente a impedir a referida execução.

Para os defensores de tal posicionamento, esta seria a única forma de aplicar justiça nos julgamentos do Poder Jurisdicional, uma vez que se resguardaria o mérito da ação principal a que está vinculada tal multa, cumprindo, assim, a natureza jurídica das *astreintes*.

Veja-se que fica ressalvada ao real ganhador da causa a incidência ou não dos efeitos de uma execução de crédito, seja na forma provisória ou definitiva, o que vem manter a efetividade das decisões judiciais, já que a execução da multa não restará afastada, mas, apenas, postergada.

Por derradeiro, entende-se que esta última tese é a mais correta, suscitando um pequeno adendo à mesma, o fazendo com a ousadia de não ter visualizado, pelo menos neste estudo, referência a tal acréscimo.

Logo, acaso seja recebida petição de execução da multa diária, esta não deve ser simplesmente rechaçada, mas sim, recebida, autuada, distribuída e suspensa sua tramitação em decisão proferida pelo Juiz do feito, em virtude da necessidade de se aguardar a definição sobre o mérito, para, então, voltar-se àquela petição de execução, indeferindo-a ou dando seguimento à mesma, conforme seja o mérito da causa principal que a originou.

Observemos abaixo ementas do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Maranhão, respectivamente, com a adoção desse entendimento:

LOCAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. MULTA DIÁRIA. *ASTREINTE*. ART. 461, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSIÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. NATUREZA COERCITIVA. COMINAÇÃO CONCOMITANTE COM A MULTA PREVISTA NO ART. 921, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NATUREZA POSSESSÓRIA. POSSIBILIDADE. EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO. QUANDO CONFIGURADO O DESCUMPRIMENTO DA

DETERMINAÇÃO JUDICIAL OU AO FINAL DO PROCESSO. VALOR DA MULTA DIÁRIA. RAZOÁVEL. NÃO DEVE PROPORCIONAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA OUTRA PARTE.

1. A multa imposta com base no art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil tem natureza coercitiva e visa compelir o devedor a cumprir determinação judicial, possuindo natureza distinta da multa prevista no art. 921, inciso II, do Código de Processo Civil, que tem cunho sancionatório, aplicável na hipótese de nova turbação à posse; possuindo, inclusive, fatos geradores distintos. Enquanto a multa do art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil, decorre do não cumprimento da decisão judicial, a do art. 921, inciso II, origina-se de novo ato do Réu, atentando contra a posse do Autor.

2. As *astreintes* são devidas desde o momento em que ocorre o descumprimento da determinação judicial do cumprimento da obrigação de fazer ou não-fazer; sendo exigível, contudo, apenas depois do trânsito em julgado da sentença, tenha sido a multa fixada antecipadamente ou na própria sentença, consoante os §§ 3.º e 4.º do art. 461 do Código de Processo Civil.

3. A coercibilidade da multa diária, prevista no art. 461, § 4.º, do Diploma Processual, reside justamente na possibilidade de cobrança futura, de modo a vencer a obstinação do devedor. Desse modo, quando maior a recalcitrância do devedor, maior será o valor da multa devido pelo devedor em razão do não cumprimento da determinação judicial; a qual será devida a partir da ciência até o cumprimento do ordem.

4. No caso concreto, a sentença deixou de prever a aplicação da multa, a qual foi restabelecida pelo acórdão. Todavia, é inequívoco que até a sentença o Réu mostrou recalcitrância no cumprimento da ordem, razão pela qual é devida a multa diária desde a intimação das decisões de fls. 41 e 91 até a prolatação da sentença.

5. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 903.226/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 06/12/2010).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. DECISÃO QUE ORDENA CITAÇÃO E CONSEQÜENTE PENHORA EM DINHEIRO EM CONTA CORRENTE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA ESPECÍFICA DA OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. DESCUMPRIMENTO. COMINAÇÃO DE *ASTREINTES*. MOMENTO DE SUA EXIGÊNCIA. OMISSÃO DO CPC. ANALOGIA.

O CPC é omissivo quanto ao momento a partir do qual se torna exigível a multa pecuniária. Essa circunstância autoriza o intérprete, nos termos do art. 4º, da LICC, a se valer do emprego da analogia para solucionar o problema, sendo de se utilizar os dispositivos das Leis ns.º 7.347/85 e 8.069/1990 que tratam especificamente da matéria. As *astreintes* somente tornam-se exigíveis a partir do trânsito em julgado da sentença que confirma a tutela antecipada anteriormente concedida, não obstante a incidência da multa diária ocorra a partir da data de descumprimento da ordem, mesmo que liminar. A decisão interlocutória que comina as *astreintes* não é instrumento hábil a consubstanciar um título executivo judicial, pelo fato de, dada a sua natureza provisória, ser passível de sofrer alterações ou até revogação pelo órgão jurisdicional, o que lhe retira um dos elementos do título executivo, qual seja a certeza. Ademais, o art. 475-N, do CPC, que dispõe taxativamente sobre as hipóteses de títulos judiciais, nem sequer contempla essa possibilidade. Agravo de instrumento conhecido e provido. (Nº Processo 26322006 Acórdão 0771032008 Relator JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO Data 25/11/2008 00:00:00 Órgão SÃO LUÍS Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO).

Com certeza, os defensores da possibilidade de execução imediata das *astreintes* suscitariam que a adoção deste posicionamento levaria à impossibilidade de se atingir a efetividade de uma decisão judicial, uma vez que bastaria para um litigante não cumprir uma ordem exarada, que nada lhe aconteceria.

Contudo, isso não é verdade, já que, como visto, as *astreintes* mantêm sua mesma força coercitiva, afinal, poderão vir a ser executadas, somente se resguardando o momento para posteriori, ou seja, a impossibilidade de execução imediata da multa diária não retira sua finalidade de exercer coerção no cumprimento de uma ordem judicial, apenas, postergará tal força para o momento mais adequado.

Assim, a segurança jurídica será melhor atingida e observada, não havendo o risco de sucessivas ordens judiciais, ora facultando a execução ora suspendendo a mesma em virtude do trâmite da ação principal.

3 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi relatado, percebe-se, primeiramente, que o tema em questão não é pacífico, seja em sede doutrinária seja em sede jurisprudencial, haja vista a existência de dois posicionamentos completamente antagônicos em relação à possibilidade de execução da multa diária (*astreintes*) antes do trânsito em julgado da ação que a originou.

Como dito, ainda que não haja posicionamento majoritário acerca do tema em questão, na medida em que, no próprio guardião da ordem legal (STJ), o assunto levanta discordância e posicionamentos divergentes.

Desta forma, vê-se que a problemática da efetivação das decisões judiciais é algo complexo e intrincado de ser resolvido, não obstante a busca progressiva de mecanismos modernos e de instrumentos mais ágeis para sua consecução.

Observa-se que apenas um instrumento, a multa diária (*astreintes*), traz consigo um emaranhado de posicionamentos e aplicações, demonstrando a grande dificuldade, no dia-a-dia, de se emprestar maior efetividade às decisões judiciais.

Diante disto, a busca para atingir esta efetividade - sem afastar-se do princípio da segurança jurídica - e transmitir ao seio social a real sensação da pacificação que o Poder Judiciário, através de suas decisões, pode atingir na solução dos conflitos, não é tarefa das mais fáceis.

Conforme visto, a possibilidade de execução das *astreintes* antes do trânsito em julgado da causa em que fora fixada é elemento que reflete diretamente na efetividade das decisões judiciais, sendo o posicionamento mais coerente e que mais se aproxima da finalidade maior de qualquer decisão judicial a impossibilidade de tal execução antes que o mérito principal seja definitivamente procedente.

Só assim acautelar-se-á ao ganhador da causa em definitivo – e não àquele vencedor momentâneo – o recebimento do valor da multa fixada e o direito almejado, que, obviamente, não se trata da *astreinte*, mas da obrigação de fazer, não fazer ou entregar.

Adotar a impossibilidade de execução das *astreintes* antes do trânsito em julgado do processo em que foi fixada não é retirar efetividade das decisões judiciais, mas, sim, resguardar direitos e garantir a segurança jurídica imprescindível a qualquer feito.

Logo, aquele que teve uma multa diária fixada contra si, caso a descumpra e venha a perder o objeto da causa principal sofrerá as consequências de tal descumprimento, com execução da multa retroativa à data em que a decisão judicial começou a ser descumprida.

REFERÊNCIAS

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. **Lei nº. 5.869/73**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 1 jun. 2011.

_____. **Lei nº. 7.347/85**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 1 jun. 2011.

_____. **Lei nº. 8.069/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 2 jun. 2011.

_____. **Lei nº. 10.741/03**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 2 maio 2011.

CARVALHO, Luís Camargo Pinto de. Saisine e astreinte. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 802, p. 73-75, ago. 2002.

FÓRUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS. Disponível em: <<http://www.fonaje.org.br/2006>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

POPP, Carlyle. **Execução de obrigação de fazer**. Curitiba: Juruá, 1995.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 26. ed. São Paulo: Leud, 2009.



**DIREITO PENAL
E PROCESSUAL PENAL**



CRIME ORGANIZADO

CARACTERIZAÇÃO, EXEMPLOS DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E PROPOSTA DE TIPIFICAÇÃO LEGAL

*Ana Luiza Almeida Ferro**

Resumo: O presente artigo oferece uma breve visão sobre as características das organizações criminosas, como a Yakuza e o Primeiro Comando da Capital, e os modelos legislativos no campo da repressão à criminalidade organizada e apresenta uma proposta legislativa para o enfrentamento da questão do crime organizado, mediante a alteração da redação do art. 288 do Código Penal brasileiro, cuja rubrica passaria a ser “associação ilícita”, e a introdução dos artigos 288-A e 288-B no corpo do mesmo estatuto legal, respectivamente destinados às figuras típicas da “organização criminosa” e da “organização terrorista”.

Palavras-chave: Crime organizado. Organização criminosa. Yakuza. Primeiro Comando da Capital. Proposta legislativa.

Abstract: This article offers a brief view on the characteristics of organized crime groups, such as Yakuza and Primeiro Comando da Capital, as well as on the legislative models in the fight field against organized crime, and presents a legislative suggestion to face the question of organized crime, through the text modification of article 288 of Brazilian Penal Code, under the new denomination of “illicit association”, and through the introduction of articles 288-A e 288-B in the same code, destined to the crimes of “organized crime group” and “terrorist group”, respectively.

Keywords: Organized crime. Organized crime group. Yakuza. Primeiro Comando da Capital. Legislative suggestion.

* Promotora de Justiça titular da 14ª Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de São Luís-MA, Doutora e Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professora de Direito da Universidade Ceuma e da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, Presidente da Academia Maranhense de Letras Jurídicas, Sócia efetiva do Instituto Histórico e Geográfico do Maranhão e Membro de Honra da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica. Autora dos livros jurídicos: *O Tribunal de Nuremberg, Escusas absolutórias no Direito Penal, Robert Merton e o Funcionalismo, O crime de falso testemunho ou falsa perícia, Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely e Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. E-mail: alaferro@uol.com.br.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pode-se conceituar a organização criminosa como a associação estável de três ou mais pessoas, de caráter permanente, com estrutura empresarial, padrão hierárquico e divisão de tarefas, que, valendo-se de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, sob o signo de valores compartilhados por uma parcela social, objetiva a perpetração de infrações penais, geralmente de elevada lesividade social, com grande capacidade de cometimento de fraude difusa, pelo escopo prioritário de lucro e poder a ele relacionado, mediante a utilização de meios intimidativos, como violência e ameaças, e, sobretudo, o estabelecimento de conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes, especialmente via corrupção – para assegurar a impunidade, pela neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal –, o fornecimento de bens e serviços ilícitos e a infiltração na economia legal, por intermédio do uso de empresas legítimas, sendo ainda caracterizada pela territorialidade, formação de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e tendência à expansão e à transnacionalidade, eventualmente ofertando prestações sociais a comunidades negligenciadas pelo Estado. E crime organizado denota o tipo de macrocriminalidade perpetrada pela organização criminosa¹.

Por consequência, o criminoso em questão não é somente aquele do tipo “Poderoso Chefão”, o traficante de drogas com negócios em várias favelas ou o assassino impiedoso a seu serviço, mas também qualquer outra figura que integre uma determinada organização criminosa, a exemplo de um criminoso de colarinho branco, de uma autoridade pública participante de esquemas de corrupção, desvio de dinheiro público e outros delitos no Poder Público e de um político envolvido com as milícias, apenas para citar alguns personagens comuns do moderno crime organizado.

¹ Para um maior aprofundamento sobre a questão da conceituação e caracterização do crime organizado e das organizações criminosas, ver Ferro (2009. p. 494-499).

2 A YAKUZA E O PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL (PCC)

Entre as principais organizações criminosas estrangeiras, figuram as Máfias siciliana (italiana) e americana, a Camorra, a 'Ndrangheta e a Sacra Corona Unita (as três últimas também italianas), a Organizacija (russa), as Tríades chinesas, a Yakuza (japonesa) e os cartéis mexicanos e colombianos, todas transnacionais, em maior ou menor grau.

A título ilustrativo, fale-se da Yakuza², com sede no Japão, denominada “máfia japonesa”, tão popular em tradicionais filmes policiais. Cuida-se de organização criminosa que atua, dentro e fora do país, por intermédio de vários grupos, a exemplo do Yamaguchigumi, do Toa Yuai Jigio Kumiai, do Inagawakai e do Sumiyoshi Rengo Kai. Formam a sua rede básica de operações os Estados Unidos, a Alemanha, a Rússia, a China, a Coreia do Sul, a Colômbia e o Brasil (MAIEROVITCH, 1995, p. 74; SILVA, 1998, p. 76)³. Ostenta patente caráter étnico, sendo composta, preferencialmente, por japoneses.

As raízes históricas da Yakuza estão assentadas no solo da Idade Média. O vocábulo tem origem na sequência dos números 8, 9 e 3, pronunciados Ya-Ku-Za, os quais dizem respeito aos números mais baixos dos perdedores, em um jogo de cartas chamado de Hanafuda, de modo que os antepassados dos membros da organização eram os jogadores de azar, ou vendedores ambulantes, frequentadores de casas de jogo situadas no seu caminho, ou ainda os que dirigiam tais estabelecimentos.

Em 1988, os grupos da Yakuza somavam 3.200, perfazendo aproximadamente 86.300 integrantes. Dotado de numeroso efetivo, cada grupo ligado à Yakuza constitui uma associação ilícita autônoma, independente, sob a liderança de um chefe, enquanto com frequência

² Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver Ferro (2009, p. 538-541).

³ Segundo Maierovitch (2002, p. 1), os grupos integrantes da Yakuza de maior relevância possuem as características a seguir assinaladas: a) Yamaguchigumi, o maior de todos, com um número em torno de 23.000 membros em 750 clãs, operando em 80% das prefeituras japonesas; b) Toa Yuai Jigio Kumiai, dispoendo de cerca de 800 membros em seis clãs, com atividade em vinte prefeituras e no tráfico de anfetaminas na Ásia e nos Estados Unidos; c) Inagawakai, contando com aproximadamente 6.700 integrantes distribuídos em 313 clãs, incluindo coreanos entre os líderes das famílias criminosas, também atuando em vinte prefeituras; e d) Sumiyochi Rengo Kai, com cerca de 7.000 membros em 177 clãs, tendo Tóquio como uma de suas áreas de atuação.

aquele que ocupa a posição de vice-chefe assume a chefia de um outro grupo, de categoria inferior, sendo ainda o que chama para si a responsabilidade na hipótese de qualquer empreendimento falhar, cabendo-lhe arcar com os efeitos legais perante a Polícia ou o Poder Judiciário.

A fidelidade e a obediência total dos afiliados com respeito ao chefe peculiarizam o vínculo que os liga, lembrando uma relação de filho para pai, de forma que o autor de um erro pode eventualmente ter a chance de repará-lo, mediante autopunição com o corte da falange do dedo mínimo, significativa demonstração de grande compungimento e sujeição, que é seguida pelo oferecimento da extremidade extirpada, envolta em um lenço, ao líder. Por conseguinte, além das tatuagens sobre o corpo, revelando samurais, serpentes e dragões, a ausência da falange é outro traço visível e inequívoco de filiação à Yakuza (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p. 66-69)⁴.

À semelhança das Máfias italiana e americana, a Yakuza ainda promove rituais de iniciação, incluindo o juramento de fidelidade ao chefe e a troca de taças de saquê, sendo que a significação é ressaltada pelo fato de a cerimônia usualmente ocorrer perante um templo xintoísta, em tributo à mais antiga religião dos japoneses (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p. 69).

Kenney e Finckenuer (1994, p. 262) conceituam a organização nestes termos:

The Yakuza is obviously a very sophisticated, highly structured, well-disciplined, and complex criminal organization that uses violence, corruption, diversity of activities, money laundering, and infiltration of legitimate businesses to carry out a broad array of licit and illicit enterprises. It is unquestionably organized crime on an international scale⁵.

⁴ Ver, também, Oyama (2002c).

⁵ “A Yakuza é obviamente uma organização criminoso muito sofisticada, altamente estruturada, bem disciplinada e complexa, que usa violência, corrupção, diversidade de atividades, lavagem de dinheiro e infiltração de negócios legítimos para realizar um amplo conjunto de empreendimentos lícitos e ilícitos. É inquestionavelmente crime organizado em uma escala internacional.” (Tradução nossa). Seguindo uma linha coerente, eles igualmente atribuem à Yakuza, de maneira esquemática, nove traços marcantes, os mesmos reconhecidos no tocante às Tríades chinesas, que são o uso da corrupção, o recurso à violência, a continuidade, a opção por múltiplos empreendimentos criminosos, a existência de uma estrutura organizacional, o envolvimento com negócios legítimos, a sofisticação, a disciplina e o estabelecimento de laços (KENNEY; FINCKENAUER, 1994, p. 270).

Por seu turno, Maierovitch (1995, p. 74) comenta as atividades ilícitas promovidas pela Yakuza:

É a grande multinacional do racket financeiro, dos empréstimos e das anfetaminas.

São mais de cem mil filiados à organização. E os sokkayá são os emissários da organização espalhados pelo mundo e empenhados na venda de anfetaminas. Cinemas, Bancos, Empresas de Construção Civil são usados na reciclagem.

A chantagem mais temida concentra-se na área financeira. Consiste na aquisição de grandes quantidades de ações de certas empresas, de modo a legitimar divulgação de falsos balanços, a afugentar investidores e favorecer concorrentes. O preço exigido para a não divulgação dos falsos balanços é vultoso.

Na verdade, tal atividade, é o velho racket ou ricatto, das máfias americana e siciliana, feitas aos pequenos comerciantes, sob a forma de venda de proteção⁶.

Em nosso país, as atividades criminosas da Yakuza parecem focar o negócio das drogas, o tráfico de mulheres e a extorsão de empresas, conforme testemunham reportagens de Oyama (2002a, p. 1, 2002b, p. 1).

A propósito da estruturação hierárquica dessa organização criminosa, Pellegrini e Costa Jr. (1999, p. 69) noticiam que, nesta, convivem o modelo de vértice-familiar, assemelhado ao formato piramidal cultivado pelas Máfias siciliana e americana, próprio do Yamaguchigumi, no qual o *oyabun* concentra o poder absoluto, e o modelo federativo entre as famílias, que é o mais recente, abraçado pelo Sumiyoshiengo, no qual o *oyabun* representa, tão-somente, o *primus inter pares*, citando o grupo Inagawakai como caso típico de evolução de um para outro modelo:

⁶ Pellegrini e Costa Jr. (1999, p. 68-69) também cuidam das atividades ilícitas características da organização japonesa: “Os Yakuza operam sobretudo no campo do tráfico de anfetaminas e de outros tipos de droga, na exploração da prostituição, no comércio de material pornográfico, nos jogos de azar, no racket dos transportes, da usura, da extorsão, no tráfico de imigrantes. Controlam setores da construção, da especulação imobiliária e financeira, do esporte, do divertimento. Aham-se em condições de interferir em muitas empresas, seja com extorsão, seja com a condução de greves e protestos. Atingem um volume de negócios que supera dez bilhões de dólares.”

Exemplo significativo de tal evolução é constituído pela Inagawakai, uma das mais poderosas organizações criminais do país. Numa investigação feita pela polícia, que descobriu um movimento de negócios de cerca de um milhão de dólares com os principais bancos e sociedades seguradoras, para investimentos imobiliários e acionários completos, veio-se a saber também da infiltração do chefe na polícia e na economia.

No Brasil, estão no rol das organizações criminosas mais conhecidas o Comando Vermelho (CV), o Terceiro Comando (TC), a Amigos dos Amigos (ADA), as três com sede no Rio de Janeiro, e o Primeiro Comando da Capital (PCC), sediada em São Paulo.

Vejam-se algumas características da derradeira⁷, que configura um exemplo de organização criminosa forjada no ambiente dos presídios e cadeias, no caso, paulistas. Todavia, já ultrapassou há muito os limites prisionais, com volumosa e crescente atuação nos ramos do tráfico de drogas e de armas e do contrabando. Emprega a tática intimidadora do terror em favor de seus interesses ilícitos, sendo tristemente lembrada pelo desencadeamento de ataques, nos últimos anos, contra alvos civis e policiais em São Paulo, em operações de sofisticada logística, nas quais foram assassinados policiais e agentes penitenciários, promovidas numerosas rebeliões simultâneas e causados imensos transtornos à rotina da população, além de destruída ou danificada propriedade pública e particular.

Na opinião de Portela (2007, p. 62-64), o PCC é, hodiernamente, a “[...] maior organização criminosa em atividade no Brasil”, tendo como atividade mais relevante o tráfico de drogas, especialmente a cocaína, com utilização de lavagem de dinheiro, por meio da aquisição de negócios legais:

Com 15.000 integrantes no estado de São Paulo (5.038 deles identificados e catalogados), o grupo se esforça para vender a idéia de que luta pela melhoria das condições de vida nos presídios.

⁷ Ver, sobre o assunto, Ferro (2008, p. 461-464).

Nada mais falso. O principal objetivo do PCC é o mesmo do mais reles ladrão pé-de-chinelo: ganhar dinheiro fácil. No caso, com o tráfico de drogas, em especial a cocaína. Hoje, a facção detém o monopólio da venda de entorpecentes nos presídios de São Paulo. Recentemente, passou a disputar o controle dos pontos-de-venda de drogas do lado de fora das cadeias. Está tendo sucesso na empreitada. [...]

Quando o PCC foi formado, em 1993, seus primeiros líderes viviam da extorsão de detentos nas cadeias paulistas. Exigiam dinheiro em troca de ‘proteção’. Quem não colaborava era jurado de morte. [...] Não demorou para o grupo organizar ações fora das cadeias. Inicialmente, eram assaltos. O interesse pelo tráfico surgiu em 2001. [...] A venda de cocaína é o negócio mais lucrativo do mundo do crime. [...] O PCC monopolizou a venda da droga nos presídios. [...] Estima-se, portanto, que o PCC movimenta mais de 200 quilos da droga mensalmente, só nas cadeias. O resultado dessa operação é fabuloso: lucro de 2 milhões de dólares a cada trinta dias.

A partir de 2003, o PCC começou a ‘investir’ também no comércio de drogas fora dos presídios. [...] São Paulo tem 25 grandes regiões de distribuição de cocaína mapeadas pela Polícia Militar. Acredita-se que o PCC já tenha tomado dezessete delas.

Estatísticas da Polícia Federal dão uma idéia do peso do PCC no mercado de drogas em São Paulo. Em 2005, 40% dos grandes carregamentos de cocaína apreendidos pela PF em rodovias e sítios do estado pertenciam à facção. [...] Para fazer girar esse esquema gigantesco, o PCC lança mão de bases em outros dois estados: Paraná e Mato Grosso do Sul. São locais estratégicos, já que fazem divisa com o Paraguai e a Bolívia, grandes centros fornecedores de cocaína. Como ocorre com todas as máfias, uma das preocupações do PCC é lavar o dinheiro ganho no crime. Para

isso, o grupo financia ‘laranjas’, que atuam em ramos legalizados. A polícia de São Paulo já sabe que o dinheiro do PCC é lavado em cooperativas de perueiros, postos de combustível, desmanches e lojas de carros usados. O montante auferido nessas atividades segue para contas bancárias abertas por parentes dos integrantes da cúpula.

Tem a estrutura do PCC como marca a linha rígida e piramidal, podendo ser assim apresentada, dos escalões superiores aos inferiores, dos membros efetivos aos colaboradores:

a) líder: é o chefe maior, aquele que estabelece todas as ações da organização;

b) cúpula: dita quem pode se encarregar da venda de drogas nos presídios e nas favelas sob influência da organização, sendo igualmente responsável pelo planejamento de ataques e rebeliões;

c) torre: desempenha o papel de “embaixador” do grupo, com a função de transmitir ordens da cúpula e monitorar os lucros advindos do tráfico;

d) piloto externo: é responsável pelo controle de uma “célula”, que corresponde à unidade administrativa da organização fora dos domínios prisionais, cabendo-lhe vender drogas nas favelas e abastecer de cocaína os presídios de sua área;

e) ajudante-de-ordens, armeiro, tesoureiro e soldado: estão todos situados em igual nível hierárquico, sendo que o primeiro é incumbido de separar a droga e os aparelhos celulares a serem introduzidos pelas visitas no interior dos presídios, o segundo toma conta dos paióis do grupo, deixando as armas (pistolas, fuzis, metralhadoras) sempre prontas para a utilização, o terceiro é encarregado de registrar a movimentação financeira do tráfico de drogas e os empréstimos concedidos a membros da organização, enquanto o quarto, ex-presidiário de volta às ruas, auferi comissões com atividades ilícitas (tráfico, roubos ou seqüestros), pagando uma mensalidade ao grupo por tal “direito”;

f) recolhe: é ligado ao tesoureiro, tendo a tarefa de percorrer os pontos-de-venda de droga nas favelas e receber a parcela dos lucros reservada à cúpula;

g) Bin Laden, advogado, visita, preso comum, agente penitenciário e laranja: estão na categoria dos colaboradores, de forma que o primeiro efetua missões de risco, a exemplo de incendiar ônibus ou ata-

car agentes da lei, para ser recompensado com drogas, o segundo se aproveita, quando venal, de suas prerrogativas profissionais para ter acesso ao interior das prisões e agir como pombo-correio dos membros da organização, o terceiro, familiar de um preso comum, pode cumprir exigência do grupo criminoso de ajudar a levar drogas e aparelhos celulares para as unidades prisionais, o quarto sofre extorsão mensalmente, resultando de eventual não-colaboração a ameaça à família, o quinto, por suborno ou por medo, pode se omitir quanto à prática do tráfico de drogas nos presídios, enquanto o sexto representa elemento importantíssimo no mecanismo dos negócios da organização, empregado para lavar o dinheiro oriundo do tráfico de drogas, podendo ser, como em muitas hipóteses, um dono de postos de combustível ou de lojas de carros usados.

Já na esfera prisional, o “piloto” ocupa o mesmo degrau hierárquico do “piloto externo”, exercendo o papel de comando em um presídio, figurando, entre suas atribuições, as de administrar o tráfico de drogas, conduzir as rebeliões e eliminar presos opositores. Abaixo deste, “sintonia” é a pessoa que, via aparelho celular, mantém contato diário com os demais presídios, retransmitindo todas as informações e notícias ao piloto, ao passo que “disciplina” é o indivíduo que faz as vezes de capataz, extorquindo presos comuns, cobrando dívidas e levando a cabo homicídios. Ambos compartilham posição superior em relação ao “preso batizado”, o qual se submete, para se tornar membro da organização, a um batismo de sangue, jurando lealdade aos chefes em troca de proteção. (PORTELA, 2007, p. 64-65).

A figura denominada “torre” igualmente pode adquirir a conotação de líder do PCC. É nesse sentido que ela aparece nos moldes simplificados da estrutura de ataque da indigitada organização criminoso, a qual é também composta pelo “piloto” e pelo “soldado”, exposta em reportagem da Revista *Istoé*:

TORRES

São os seis principais líderes da facção criminoso, responsáveis pela tomada das decisões mais importantes que são repassadas para os pilotos

PILOTOS

Estão localizados dentro e fora das cadeias. Eles repassam as mensagens para os soldados,

sempre em códigos, pelo celular e também no tradicional boca-a-boca

SOLDADOS

São responsáveis pela disseminação e execução das ordens da cúpula. Nas cadeias promovem as rebeliões. Do lado de fora, são os autores dos ataques. (DAMIANI, 2006, p. 43)

De sua parte, Souza (2006, p. 21), ao examinar o modelo organizacional do PCC, nele reconhece traços do estilo da Máfia:

Pois foi exatamente nesse espaço da quebra dos movimentos e dos contatos que nasceu o crime em forma oficial de empresa, com voz própria de comando, chamada de *torre* nos códigos, com ordens regularmente emitidas (*os salves*) chegando às *faculdades* (incorporando ironicamente o conceito, fora das muralhas, que chama os presídios de escolas do crime). A organização montou uma hierarquia com postos propositadamente chamados de “soldados” e ‘generais’. Origem paulista, era esse o Primeiro Comando da Capital, o PCC, a frente do crime formada por prisioneiros. No começo, tinha um código, o número 1533, porque 15 corresponde à décima quinta letra do alfabeto, *P*, seguida duas vezes pela terceira letra, *C*. Portanto, *PCC*. Com estatuto. Com batismo. Com rituais de entrada. Com pagamento de mensalidade. Com garantias de apoio para quem estivesse fora ou dentro dos cárceres. Com investimentos. Com compra de pessoas que atuam profissionalmente em vários níveis, inclusive o jurídico, providenciando a graduação daqueles que seriam os doutores do crime. Criou-se, aos poucos, uma irmandade, ao estilo mafioso, na qual todos passaram a ser tratados e compromissados como ‘irmãos’.

Em outro trecho, o jornalista se debruça sobre o papel do “piloto” e do “advogado” na engrenagem da organização criminosa em tela, com alicerce no trabalho desenvolvido pelo Ministério Público em São Paulo:

A associação criminosa, *societas sceleris*, como se gosta de dizer nos meios jurídicos, é descrita aqui como trabalhoso resultado de uma série de investigações, diligências, *campanas*, observações, rastreamentos, acompanhamentos, vigilâncias, conversas, interrogatórios, declarações, assentadas, inquéritos, denúncias, processos, condenações, absolvições, enorme apuração que permitiram aos promotores assegurar que:

Com a expansão da organização, a ordem hierárquica culminou com a criação dos chamados “pilotos”. Eram presidiários que detinham poder de mando dentro de determinado presídio ou pavilhão como representantes dos “fundadores” ou em situação semelhante a estes.

O pavilhão ou presídio sob influência de cada “piloto” ficou conhecido como “raio”, dentro do qual nova escala hierárquica se estabeleceu, igualmente de natureza piramidal. O crescimento da organização criminosa e o conseqüente isolamento de seus principais líderes também exigiram do Primeiro Comando da Capital a arregimentação de pessoas que pudessem se valer de suas prerrogativas de advogados para ingressar no sistema penitenciário e com isso levar e trazer notícias, ordens, determinações, orientações, advertências e outras mais, à população carcerária. Os advogados ora denunciados integraram a facção criminosa com esse exclusivo propósito. (SOUZA, 2006, p. 21).

3 MODELOS LEGISLATIVOS NA ÁREA DA REPRESSÃO À CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Há, simplificadamente, dois modelos legislativos⁸ para a repressão às organizações criminosas, um que busca efetivamente definir ou caracterizar tipicamente o que seja uma organização criminosa, lan-

⁸ Sobre o tema dos modelos legislativos, ver Ferro (2009, p. 597-602).

çando mão de conteúdos sociológicos e criminológicos, e outro que prioriza o critério dogmático para o tratamento típico do fenômeno. No primeiro grupo, está o art. 416 bis do Código Penal italiano; no segundo, podem ser mencionados, por ilustração, o § 129 do Código Penal germânico, o art. 450-1 do diploma francês, o art. 299º do estatuto português e o próprio art. 288 do Código Penal brasileiro, todos centrados na figura genérica da associação ilícita, com variações terminológicas.

Encontra-se no primeiro caso a proposta legislativa de L. F. Gomes (1997, p. 98-100). Sob o argumento de pretender prevenir qualquer ofensa aos princípios da taxatividade e ofensividade, estabelece, como elementos essenciais, a tipificação dos requisitos básicos do crime organizado, de natureza instrumental, organizacional e operacional, e a exigência de uma potencialidade agressiva ou fraudulenta de cunho duradouro e difuso. Tal é o teor do seu esboço de projeto de lei:

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 288 e seu parágrafo único do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a ter a seguinte redação:

ASSOCIAÇÃO ILÍCITA

‘Art. 288. Associarem-se duas ou mais pessoas, de modo estável e permanente, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de um (1) a três (3) anos.

ASSOCIAÇÃO ARMADA

§ 1º A pena aplica-se em dobro, se a associação ilícita é armada.

ASSOCIAÇÃO ORGANIZADA

§ 2º Se a associação ilícita é organizada:

Pena – reclusão, de três (3) a seis (6) anos.

§ 3º Considera-se organizada a associação ilícita quando presentes no mínimo três das seguintes características:

I – hierarquia estrutural;

II – planejamento empresarial;

- III – uso de meios tecnológicos avançados;
- IV – recrutamento de pessoas;
- V – divisão funcional das atividades;
- VI – conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público;
- VII – oferta de prestações sociais;
- VIII – divisão territorial das atividades ilícitas;
- IX – alto poder de intimidação;
- X – alta capacitação para a prática de fraude;
- XI – conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa’.

São vários os méritos do esboço. Substitui a velha expressão “quadrilha ou bando”, abrangendo termos alternativos com a mesma significação, por outra mais moderna, “associação ilícita”, acolhendo a tendência terminológica de muitos códigos penais estrangeiros, sobretudo os de língua espanhola, como o espanhol, o argentino e o chileno. Oferece uma definição de organização criminosa – conquanto sob o título de “associação organizada” – a ser incorporada *intra codicem*, escapando à excepcionalidade das leis extravagantes. Parte da noção inicial e genérica da “associação ilícita” para a definição dos contornos peculiares à “associação organizada”. Especifica um adequado e seletivo elenco de traços da organização criminosa, no esforço de sua conceituação típica, de derivação sociológica e criminológica. Esta é, talvez, a sua maior virtude. Entretanto, neste ponto descansa também o seu calcanhar de Aquiles. Ao se decidir por uma configuração mínima da organização criminosa, fundada em somente três dos atributos discriminados, no que evoca a técnica do art. 210 *bis do Código Penal de la Nación Argentina* – a diferença é que lá o requisito mínimo desce para duas das características enumeradas (ARGENTINA, 1997, p. 55-56) –, a proposta do juiz abre a possibilidade de enquadramento de uma mera quadrilha, mesmo que organizada, em tal dispositivo. Nesse sentido, uma associação ilícita com, por exemplo, hierarquia estrutural, recrutamento de pessoas e divisão funcional das atividades não constitui necessariamente uma organização criminosa, podendo facilmente representar uma simples quadrilha em razoável patamar organizacional. *In casu*, encontra-se ausente o atributo mais distintivo das organizações criminosas, ou seja, a conexão com o Poder Público ou com algum(ns)

de seus representantes⁹. É que, no esboço de L. F. Gomes, todos os traços listados possuem a mesma importância caracterizadora. É irrefragável que a técnica do requisito mínimo de apenas três elementos dentre vários apresentados tem suas vantagens no domínio probatório, porém à custa de perda de acuidade na definição típica do fenômeno, consoante já destacado, e ainda determinado grau de insegurança jurídica. Isto não lhe tira, decerto, os seus não poucos méritos.

Igualmente laudável é a sugestão legislativa de Sales (2005, p. 248-250) – enquadrada no segundo grupo –, embora por razões distintas. A autora pugna pela imediata revogação da Lei nº 9.034, de 03.05.95, por sacramentar, na linha do “Direito penal da emergência” e do “simbolismo”, drásticas alterações na seara processual, em prejuízo de princípios constitucionais, com a progressiva ampliação do âmbito da legalidade, tendo por efeito implacável o arbítrio. Admite, por outro lado, ser imperativa a intervenção penal para a prevenção do crime organizado, em processo de expansão neste país, mormente nas áreas do narcotráfico e da macrocriminalidade econômica. Consequentemente, defende a inclusão, no corpo do *Codex*, em homenagem ao princípio de “reserva do código”, do art. 288-A, visando à diferenciação entre as hipóteses do crime de colarinho branco ou da “cifra dourada” e desconhecida e da criminalidade das quadrilhas comuns, pela avaliação de que a primeira categoria delitiva permanece intocável em relação ao instrumental penal, em virtude do cunho seletivo do sistema penal, da sutileza de seus métodos, do seu poder de infiltração na tessitura do Estado e das instituições e do seu grande poder econômico. Destarte, avisa que sua proposição *de lege ferenda*, referente à introdução de dispositivo no seio do Código Penal vigente, esquiva um tratamento emergencial e seletivo, o Direito penal do “mero suspeito” e o recurso à legislação extra codicem, rechaçando “duplos binários” e “simbolismos”:

Art. 288-A – Forma qualificada – Se a quadrilha ou bando tem por finalidade a prática de crimes:

I – contra o sistema financeiro nacional;

II – contra o trabalho e a organização do trabalho

⁹ “Fundamental nas estratégias de organização de crimes desta natureza, emerge o componente *conexão com o poder público*, elemento este que se destina a neutralizar as ações do Estado, tendentes a combater o crime organizado”. (GOMES, A., 2000, p. 3).

(Decreto-Lei 5.425/43, Decreto-lei 368/68, Lei 7.783/89, Lei 9.029/95 e os crimes definidos no Título IV do Código penal);

III – contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo;

IV – contra a administração pública;

V – contra a saúde pública;

V – contra o meio ambiente.

Pena: Reclusão, de 3 a 6 anos.

§ 1º. Se o agente é funcionário público ou exerce mandato público eletivo:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

§ 2º. Nos crimes previstos nos arts. 288 e 288-A, o juiz pode diminuir a pena até metade se o agente:

I – desiste voluntariamente de participar da associação, antes da obtenção de qualquer vantagem ilícita;
II – impede a realização de crime pelos demais associados.

§ 3º. Fica isento de pena o agente que, espontânea e voluntariamente, em qualquer fase do procedimento, colaborar com a justiça possibilitando o desmantelamento da quadrilha ou bando.

A proposta contém, sem dúvida, os requisitos anunciados pela jurista. Entre suas incontestáveis virtudes, está a criação da modalidade qualificada relativa à hipótese do agente que ostenta a condição de funcionário público ou desempenha mandato público eletivo, por exibir uma expressão, em termos normativos, da conexão das organizações criminosas com representantes do Poder Público e políticos. A doutrinadora igualmente inova ao apresentar disposições sobre a desistência voluntária e o arrependimento eficaz no próprio contexto do projetado art. 288-A, parecendo se inspirar no § 129, nº (6), do *Codex* alemão (SALES, 2005, p. 226). Tal qual L. F. Gomes, repele a excepcionalidade das leis extravagantes, fazendo do Código Penal pátrio o *locus* do tipo sugerido.

A conservação da expressão “quadrilha ou bando”, em sua formulação de boa técnica jurídica, segue a tradição do Código Penal brasileiro, conquanto se tenha preferência pela expressão “associação ilícita”, para indicar as associações e grupos ilícitos em geral, categoria das tradicionais quadrilhas, no caso do atual art. 288, e pela ex-

pressão “organização criminosa”, para designar a associação do crime organizado, em um hipotético art. 288-A, por serem expressões mais precisas, com a marca da modernidade e padrão internacional.

No tocante à estratégia de especificação dos crimes-fim da quadrilha ou bando, em sua versão qualificada, é mister observar as desvantagens de sua aplicação, como instrumento de enunciação típica (cunho notadamente restritivo, provocando a necessidade de frequente atualização do rol selecionado¹⁰, não contribuição significativa à captação da ideia substantiva de organização criminosa e de crime organizado e, por conseguinte, à consecução de seu conceito, mesmo o legal, que não pode dispensar o recurso a dados sociológicos, como fenômeno criminológico que é). Cabe registrar, contudo, que a opção pela listagem de delitos é de recorrente uso e possível utilidade em formulações típicas alicerçadas no critério dogmático, além de propiciar segurança jurídica, detendo inegável valor garantista, por ser um modelo fechado, o que não implica afirmar que um modelo de derivação sociológica, como aquele aqui propugnado, não possa também preencher o requisito de respeito a princípios garantistas, constitucionalmente assegurados.

4 UMA NOVA PROPOSTA LEGISLATIVA PARA A CRIAÇÃO DA FIGURA TÍPICA DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Finalmente, a proposição *de lege condenda* adiante exposta¹¹ parte da premissa de que todo fenômeno delitivo pode e deve ser des-

¹⁰ Oliveira (1998, p. 332-333) consigna os principais problemas ligados à adoção do modelo fechado no caso da Lei nº 9.613, de 03.03.98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), em seu art. 1º: “Essa diferença é relevante, pois a opção político-criminal que realizamos (apesar de aparentar uma maior *garantismo* ante o estabelecimento taxativo dos crimes precedentes) irá proporcionar *problemas sistemáticos* e práticos no futuro. As principais conseqüências da adoção de um modelo fechado são: a) ao deixar de estabelecer uma fórmula genérica, o legislador se viu obrigado a manter uma extraordinária atenção sobre os novos acontecimentos delitivos, pois o surgimento de novas formas de criminalidade irá obrigar à ampliação e atualização do rol estabelecido nos incs. I a VII do art. 1º; b) por outro lado, a formulação de uma lista implica numa necessária e contínua revisão da legislação penal, no sentido de verificar se as figuras contidas no rol ainda são consideradas crime ou não. Basta observar que um dos delitos mencionados no art. 1º — o terrorismo (inc. II) — ainda não encontra tipificação específica em nosso sistema jurídico-penal.”

¹¹ A respeito de nossa proposta legislativa, ver Ferro (2009, p. 602-606).

crito “pelo que é”, não sendo “o que faz” suficiente para a sua caracterização, dentro ou fora das trincheiras da tipicidade. Não é possível a identificação do que seja uma organização criminosa pelos ilícitos penais que promove ou objetiva promover. A Criminologia é um instrumental necessário para a definição e caracterização típica do crime organizado e das organizações criminosas, reconhecidamente um fenômeno sociológico e, particularmente, criminológico. É nesse sentido a opção cá adotada pelo modelo de orientação sociológica, com reverência aos princípios constitucionais¹².

Trata-se de um primeiro delineamento, que procura inspiração em muitas fontes, no esforço de contribuição para o aperfeiçoamento da legislação penal brasileira no atinente à abordagem do crime organizado:

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 288, caput e parágrafo único, do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Associação ilícita

“Art. 288. Associarem-se três ou mais pessoas, estável e permanentemente, para o fim de cometer infrações penais:

“Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

“§ 1º A pena aumenta-se de um terço até metade, se a associação ilícita é armada ou se o agente é funcionário público ou desempenha mandato público eletivo.

“§ 2º A pena reduz-se de um terço, se as únicas infrações penais visadas são contravenções penais.”

Art. 2º O Título IX do Decreto-lei 2.848, de 1940, passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

“Organização criminosa

“Art. 288-A. Associarem-se três ou mais pessoas, estável e permanentemente, por intermédio de en-

¹² Ver, a propósito, Gomes, L. F. (1997, p. 98-99).

tidade jurídica ou não, sob motivação de ganho econômico ou financeiro, para o fim de cometer crimes, assumir, direta ou indiretamente, o controle de empresa ou atividade econômica lícita ou de negócios e serviços públicos, ou obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a neutralização da eficácia da atuação de funcionário público, valendo-se de intimidação, violência, corrupção, fraude, tráfico de influência ou outro meio assemelhado:

“Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e perda de bens e valores.

“§ 1º A pena aumenta-se de um terço até metade, se o agente funda, chefia ou dirige a organização criminosa.

“§ 2º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e perda de bens e valores, se:

“I – o agente é funcionário público ou desempenha mandato público eletivo;

“II – o agente participa de associação ou empresa com fins lícitos, para ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores, direta ou indiretamente, obtidos como produto das atividades ilícitas da organização criminosa;

“III – a organização criminosa é composta por dez ou mais pessoas ou é armada.

“§ 3º Nos casos previstos neste artigo, a imposição da pena de perda de bens e valores obedecerá ao disposto no art. 45, § 3º, deste Código.”

“Organização terrorista

“Art. 288-B. Associarem-se três ou mais pessoas, estável e permanentemente, sob motivação política, social ou religiosa, para o fim de prejudicar a integridade ou a independência nacionais, subverter a ordem democrática e constitucional, intimidar pessoas, grupo ou a população em geral, influenciar a política do governo ou constranger funcionário público a fazer, tolerar que se faça ou

deixar de fazer alguma coisa, mediante o cometimento de atos terroristas:

“Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

“§ 1º Consideram-se atos terroristas, para os efeitos penais, os crimes, motivados por qualquer dos fins indicados no *caput*, contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas, de produção dolosa de perigo comum, contra a saúde pública, de dano contra o patrimônio público, de sabotagem, contra a segurança dos transportes e das comunicações, ou que envolvam o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou artefatos explosivos e meios incendiários de qualquer natureza.

“§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade, se o agente funda, chefia ou dirige a organização terrorista.

“§ 3º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se:

“I – o agente é funcionário público ou desempenha mandato público eletivo;

“II – o agente participa de associação ou empresa com fins lícitos, para ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores, direta ou indiretamente, obtidos como produto das atividades ilícitas da organização terrorista;

“III – a organização terrorista é composta por dez ou mais pessoas ou dispõe, para fins criminosos, de armas com tecnologia nuclear, armas de fogo de uso exclusivo das Forças Armadas, biológicas ou químicas, substâncias ou artefatos explosivos e meios incendiários de qualquer natureza.

“§ 4º Nos crimes previstos nos arts. 288, 288-A e 288-B, o juiz pode reduzir a pena de um terço até metade, se o agente:

“I – revelar a existência, estrutura, modo de operação e atividades principais da associação ou organização;

“II – desistir voluntariamente de participar da associação ou organização, antes da consecução de qualquer vantagem ilícita;

“III – impedir a realização de crime pelos demais membros da associação ou organização;

“IV – fornecer informações que levem à identificação de líderes e membros da associação ou organização e à localização de bens, direitos ou valores, obtidos como produto das atividades ilícitas da associação ou organização.

“§ 5º Nos crimes previstos nos arts. 288, 288-A e 288-B, o juiz pode deixar de aplicar a pena, se o agente, espontânea e voluntariamente, em qualquer fase do procedimento ou processo, colaborar com a Justiça, possibilitando o desmantelamento da associação ou organização.”

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

Alguns breves comentários se fazem necessários.

Na redação do art. 288, a substituição de “crimes” por “infrações penais” objetiva preencher uma lacuna, com a inserção das contravenções penais entre os ilícitos visados, atos que, consoante opina Carnelutti (2001, p. 25), “[...] são, ou podem ser, nocivos à convivência social”. O conhecido envolvimento de determinadas categorias de contraventores, como os “bicheiros”, em continuados empreendimentos ilícitos de caráter associativo recomenda a medida. O projetado § 2º pretende atender à menor danosidade potencial inerente às contravenções, em contraste com os crimes.

Justifica-se a opção pela quantidade de três pessoas como requisito mínimo de composição das três associações tipificadas (associação ilícita, organização criminosa e organização terrorista) pela constatação de que três é um número que melhor reflete a natureza de associação do que dois, este mais adequado para a noção de mero acordo (DIAS; ANDRADE, 1992, p. 35). E três já pode expressar uma associação com especialização e divisão de tarefas, motivo pelo qual é aqui afastado o quatro, número mínimo acolhido pelo art. 288, *caput*, do Código Penal brasileiro. Três é, ainda, a quantidade mínima de pessoas prevista nos artigos 416 e 416 *bis* do *Codex* italiano, respectivamente sobre a “as-

sociação para delinquir” e a “associação de tipo mafioso”; no art. 282 bis.4 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, estatuto processual espanhol, sobre a “delinqüência organizada”; e no art. 210 do *Código Penal de la Nación Argentina*, sobre a “associação ilícita”.

O *caput* do sugerido art. 288-A não contém todos os atributos indicados como características principais da organização criminosa, com o propósito de evitar excessivo detalhamento na definição típica, em homenagem às regras da boa técnica jurídica.

A inclusão da figura da “organização terrorista” tem como escopo não somente oferecer uma contribuição concreta sobre outro tema polêmico, negligenciado em nossa doutrina e lacunoso em nossa legislação, mas igualmente confrontar tal associação com a organização criminosa. Aí reside a razão da não exibição de um tipo penal destinado ao terrorismo como fenômeno não associativo, cometido de forma individual ou em simples concurso de pessoas, o que não quer dizer que esta providência legislativa não seja imperiosa, porém apenas que este não é o contexto oportuno.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caminho jurídico, é certo, não tem o condão de conduzir a soluções mágicas para o bem-sucedido controle do crime organizado. Não pode ser olvidado que o Direito penal é e deve ser condizentemente tratado como a *ultima ratio* do controle social, não a primeira. Nem tampouco possuem tal poder quaisquer medidas e estratégias administrativas ou políticas que mirem, pela via repressiva, a mera e completa erradicação do problema. O crime organizado, como o crime em geral, pode ser controlado, contudo não totalmente erradicado, sob as condições sociais, econômicas, políticas e culturais hodiernamente conhecidas, até pela possibilidade, sempre presente, de que, embora venha a ser sistemática e eficazmente arrostado, assuma novos aspectos, guardando velhos traços, sem implicar, portanto, o seu cabal desaparecimento.

De qualquer modo, não nos é dada a alternativa de baixar a guarda, caso algum dia se chegue a imaginá-lo “sob controle”, à maneira de uma serpente aprisionada, cuja maior parte do veneno haja sido extraída, pois essa serpente habita em nós. Antes de procurá-la no outro,

deve-se buscá-la no espelho. Ela cresce à sombra das próprias estruturas socioeconômicas e políticas de uma cidade, de uma região, de um país, uma imagem refletida no espelho da sociedade.

Destarte, para controlar o ímpeto, o apetite e o alcance das organizações criminosas, esses conquistadores tão influentes, tão insidiosos, tão poderosos, para quebrar-lhes a *espada*, mitigando os seus efeitos perniciosos, o máximo possível, não é suficiente apenas brandir a *espada da lei*, mesmo sendo esta necessária, contra a impunidade, mediante inovações ou alterações legislativas mais apropriadas para o enfrentamento de uma macrocriminalidade com características únicas, que propiciem ao legítimo protagonista, isto é, o Ministério Público, dirigir, coordenar e empreender os esforços em prol desse fim, com a assistência imprescindível da Polícia. Também é forçoso erguer uma nova *cruz*, que propague valores éticos, de respeito ao ser humano e à sua dignidade, de cultivo dos frutos do mérito e do trabalho honesto, de rechaço em relação às obras da esperteza e da apropriação do público por interesses privados, que produza uma nova mentalidade, em nível local e mundial, pela qual o lucro e o poder cobiçados não se tornem os ídolos dominantes do mercado e da política, na qual a ética da fraternidade e da solidariedade guie o desempenho de cada profissão e o exercício do serviço público e não seja sacrificada ao altar da lógica das aparências e do ganho fácil e egoístico, enfim, que inspire a construção de um mundo mais justo e mais ético. É esta a *fome* que deve presidir as ações de controle de tal modalidade delituosa.

A proposta legislativa objeto deste artigo não ostenta a pretensão de esgotar todas as possibilidades ou de ser definitiva. Aliás, nem poderia. Pretende, na verdade, ser um esboço, que se junte a outras ideias, visando à edificação de um sólido castelo de soluções eficientes, eficazes e efetivas para o controle do crime organizado.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Código penal de la nación argentina**, ley 11.179. Buenos Aires: DEOF, 1997. 244 p. (Colección: Leyes y Códigos de bolsillo).

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. 67 p.

DAMIANI, Marco. Terror... Pânico... Caos... Vergonha. **Istoé**, São Paulo, n. 1909, p. 30-43, 24 maio 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. 573 p.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Juruá, 2009. 704 p.

_____. Os modelos estruturais do crime organizado e das organizações criminosas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 877, p. 427-466, nov. 2008.

GOMES, Abel Fernandes. Introdução. In: GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Crime organizado e suas conexões com o Poder Público**: comentários à Lei nº 9.034/95: considerações críticas. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 2-3

GOMES, Luiz Flávio. Âmbito de incidência da Lei 9.034/95. In: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 89-108.

KENNEY, Dennis J.; FINCKENAUER, James O. **Organized crime in America**. Belmont, California: Wadsworth, 1994. 398 p.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As associações criminosas transnacionais. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). **Justiça penal - 3**: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 57-76.

_____. Yakuza japonesa e o Brasil. A organização. **Instituto Brasileiro Giovanni Falcone (IBGF)**. Panorama do crime organizado. Disponível em: <<http://www.ibgf.org.br/pcorg/maf13.htm>>. Acesso em: 30 out. 2002.

OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas. In: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**: comentários à lei 9.613/98: aspectos criminológicos e político-criminais: tipologia da lavagem de capitais: direito internacional e comparado: dos crimes e das penas: aspectos processuais e administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 313-340.

OYAMA, Thaís. Máfia japonesa ameaça empresas no Brasil. Instituto Brasileiro Giovanni Falcone (IBGF). Panorama do crime organizado. Extraído da **Folha de São Paulo**, 20 fev. 1994. Disponível em: <<http://www.ibgf.org.br/pcorg/maf15.htm>>. Acesso em: 30 out. 2002a.

_____. Máfia japonesa chega ao Brasil. Instituto Brasileiro Giovanni Falcone (IBGF). Panorama do crime organizado. Extraído da **Folha de São Paulo**, 18 abr. 1993. Disponível em: <<http://www.ibgf.org.br/pcorg/maf14.htm>>. Acesso em: 30 out. 2002b.

_____. ‘Traidor tem que decepar um dedo’. Instituto Brasileiro Giovanni Falcone (IBGF). Panorama do crime organizado. Extraído da **Folha de São Paulo**, 20 fev. 1994. Disponível em: <<http://www.ibgf.org.br/pcorg/maf16.htm>>. Acesso em: 30 out. 2002c.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR., Paulo José da. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. 118 p.

PORTELA, Fábio. PCC: Primeiro Comando da Cocaína. **Veja**, São Paulo, v. 40, n. 1990, p. 62-65, 10 jan. 2007.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 266 p.

SILVA, Ivan Luiz da. **Crime organizado**: aspectos jurídicos e criminológicos (Lei nº 9.034/95). Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1998. 152 p.

SOUZA, Percival de. **Sindicato do crime**. São Paulo: Ediouro, 2006.

A POLÊMICA SOBRE O PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA COMO CONDUTA (A)TÍPICA

*Justino da Silva Guimarães**

Resumo: Uma incursão crítica acerca do funcionamento do sistema penal através de suas agências de controles formal e informal, cuja engrenagem se dá por meio do processo de seleção de seus clientes, passando pela ideologia de que o Direito Penal máximo é fonte única e eficiente de combate à criminalidade, notadamente em tempos de uma sociedade pós-industrial plasmada na prevenção de riscos a bens jurídicos combatidos pelo Direito Penal do risco. Com efeito, a conduta de portar ilegalmente arma de fogo deixou de ser considerada contravenção penal e passou a ser classificada como crime, advindo a discussão jurisprudencial quanto ao porte de arma de fogo sem munição ser considerado crime frente ao princípio da lesividade.

Palavras-chave: Sistema penal seletivo. Direito penal do risco. Arma de fogo sem munição. Crime de perigo abstrato. Princípio da lesividade.

Abstract: An incursion critical about the functioning of the criminal justice system through its agencies, formal and informal controls, whose gear is through the selection process for its customers, through the ideology of the criminal law is more than one source and efficient anti-crime, especially in times of a postindustrial society embodied in the prevention of risks to property addressed by criminal law legal risk. Indeed, the conduct of possessing a firearm is no longer considered a misdemeanor, classifying it as a crime, coming jurisprudential discussion regarding the carrying of a firearm without ammunition is considered a crime against the principle of lesividade.

* Promotor de Justiça no Estado do Maranhão, titular da 6ª Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de São Luís-MA. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC em parceria com a Escola Superior do Ministério Público do Maranhão. Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário do Maranhão – UNICEUMA. Autor das obras: “A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas” e “Direito Penal e Processual Penal Garantista. Das ideias à concretização”, ambas publicadas pela Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão-AMPEM. Vencedor de vários concursos literários na área do Direito promovido anualmente pela AMPEM.

Keywords: Selective criminal system. Criminal risk. Firearm without ammunition. Crime of abstract danger. Principle of lesividade.

O sistema penal de um projeto político que tem na insegurança econômica o seu dogma fundamental é incapaz de prover segurança jurídica. Se os tempos modernos custaram a tocar o sistema penal brasileiro, parece que as formas espetaculosas e cruéis da articulação entre a inquisição moderna e o absolutismo estão chegando céleres; ao fundo, o cantochão da mídia, este unísono lúgubre, ao qual, do vídeo, responde o celebrante com uma antífona incisiva, que desejaria convencer-nos de que agora, quando o único poder que resta ao Estado é o poder punitivo, a história acabou. Nilo Batista.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Direito Penal é um dos ramos do Direito que mais fomenta acalorada discussão jurisprudencial, tendo como um dos fatores determinantes a sociedade moderna e plural em que se vive, cuja ciência não acompanha a sua dinâmica.

Temas penais que ganham forte movimentação midiática traz imbricada em si a falsa ideia de que determinado delito carece de alteração legislativa devido ao insucesso do projetado. Basta lembrar que o homicídio qualificado tornou-se hediondo tendo como um dos motivos a morte da atriz Daniella Perez. Tratando-se de matéria julgada, anteriormente difundida em larga escala pela mídia¹, por um contexto por ela predeterminado, a matéria

¹ Tem-se consciência de que a mídia teve papel fundamental dentro da história político-social brasileira, mesmo na época em que o país vivia sob o manto do regime militar, tempo em que os “direitos” à liberdade de expressão e à informação eram cerceados autoritariamente. Ela foi parte fundamental no processo de transformação desse regime para o atual Estado Democrático de Direito, ganhando espaço que merece no cumprimento de sua primordial função, que é a de informar os fatos como os são, na construção de um Brasil melhor. A mídia a que se pretende tecer críticas é aquela inclinada à demagogia, descomprometida com a verdade, que desinforma e aliena, que alimenta o sistema penal positivo e promove a cultura do medo, fazendo do problema social-criminalidade um negócio exorbitantemente lucrativo.

volta ao foco quando contrário às suas diretrizes e, aliada a políticos de plantão e a movimentos que falam a mesma língua do Direito Penal máximo, dissemina o discurso voltado à necessidade de mudança da legislação.

Um exemplo recente reporta à forte campanha midiática tendo como mote a alteração do art. 306 da Lei nº. 9.503/97. O Superior Tribunal de Justiça decidiu não ser obrigação do condutor do veículo submeter-se ao teste em aparelho de ar pulmonar (etilômetro), conhecido popularmente por “teste do bafômetro” ou coletar sangue sem o seu consentimento, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a autoincriminar-se (*nemo tenetur se detegere*), prevalecendo o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal, devendo, pois, a prova ser realizada por meios técnicos adequados². O assunto voltou às

² PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do ‘bafômetro’ ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar. Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal. 2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei. 3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue. 4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional. 5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro. 6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar. 7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente. 8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade

telas, e políticos já se apresentaram na mídia falando da necessidade de mudança do tipo penal para exigir como prova da embriaguez somente o depoimento de testemunhas e/ou outro meio de prova do tipo filmagem em celular e, mais, elevando-o à categoria de dolo eventual.

Não se discute a competência do Poder Legislativo de elaborar ou modificar leis e tampouco a relevância dessa Instituição para a nação brasileira, o que não se consente é o desvio de sua precípua finalidade por parte de alguns políticos visando granjear votos ou qualquer tipo de benesse divorciada de seu mister, trazendo ao ordenamento jurídico-penal leis formatadas açodadamente, atécnica, com previsão de sanções desproporcionais e voltadas a restringir direitos fundamentais a pretexto de um suposto bem jurídico de maior relevo, resultando em desastre ao destinatário final, que é a própria sociedade brasileira.

Afirma-se categoricamente que os tribunais superiores, especialmente o Pretório Excelso, composto por pessoas de maturidade jurídica, reputação ilibada e qualificação profissional indiscutível, tem prestado revelantes serviços à sociedade brasileira com enfrentamento de matérias delicadas, polêmicas e de suma importância a todos os brasileiros, trazendo mudanças de paradigmas comprometidas com o Estado Democrático de Direito. A título de exemplos: a decisão que encartou a união homoafetiva à categoria de entidade familiar; a possibilidade de pesquisa com embriões; a possibilidade de aborto de anencefálico; a constitucionalidade da lei da ficha limpa; o julgamento por três vezes consecutivas e em curto espaço de tempo pela constitucionalidade do sistema de cotas, sendo a última garantindo acesso às instituições de ensino superior, cuja matéria foi reconhecida como de repercussão geral. Agora, prepara-se para julgar o escandaloso caso do “mensalão”.

das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. 9. Recurso especial a que se nega provimento. (Resp. nº 1.111.566-DF (2009/0025086-2). Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze).

O ex-procurador-geral da República, Antonio Fernando, em entrevista concedida à Revista Veja sobre o “mensalão”, asseverou com muita lucidez que “o Supremo Tribunal Federal jamais faria um justicamento. Fará, sim, um julgamento com base nas provas e testemunhas”³.

As considerações acima expostas têm relação com o tema proposto. É que o porte ilegal de arma de fogo passou por um processo de endurecimento de pena, perda de benefícios jurídicos e tangenciou a uma discussão jurisprudencial plasmada na tipicidade ou não quando a arma de fogo for apreendida em poder do agente sem munição. A controvérsia já chegou à Suprema Corte de Justiça a uma certo tempo. As turmas, então compostas por alguns ministros já aposentados, divergiram e com a nova composição a divergência foi reduzida, visto que vêm declinando a um entendimento uniforme pela tipicidade da conduta. Curioso é que essa questão não foi e não é explorada pela mídia, quiçá pelo fato dessa nova tendência corresponder as suas expectativas por falar a mesma língua do Direito Penal máximo.

Para melhor compreensão do objeto deste artigo será apresentado um breve estudo acerca do discurso do sistema penal que trabalha com a maximização do Direito Penal e fonte primeira e única de combate à criminalidade. E, com base nesse discurso sedutor e enganador, será demonstrada a forma pela qual a conduta de portar arma de fogo sem autorização legal passou de contravenção penal à categoria de crime e a cada dia com surgimento de interpretações a maximizar tal conduta por conta de se viver em uma sociedade do risco onde o crime de perigo abstrato ganha relevo, em detrimento a condutas que efetivamente põem em risco concreto ou perigo concreto um bem jurídico que mereça a intervenção penal, presente o princípio da lesividade ou ofensividade.

³ Revista Veja, edição 2269, ano 45, n.º. 20, de 16 de abril de 2012, p. 70. O início do julgamento do caso do “mensalão” está marcado para o dia 2 de agosto de 2012.

2 ARMA DESMUNICIADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIOS DA LESIVIDADE E DISPONIBILIDADE

2.1 Crítica pontual ao discurso do sistema Penal. O Direito Penal máximo

O sistema penal exerce o controle social⁴ através da sanção, com a finalidade de cumprir duas funções básicas: *intimidatória* (prevenção geral – responsável pela intimidação dos agentes delituosos) e *ressocialização* (prevenção específica), baseada na ideologia de que o modelo é eficaz para combater a criminalidade composta seletivamente por homens do “mau”, responsáveis pelo compadecimento da paz social, isto em defesa da sociedade que deverá ser constituída por homens de “bem”, gerando uma promessa de segurança pública de que os aparelhos policial, ministerial, judicial e prisional protegerão eficazmente os bens jurídicos por meio da sanção penal. Assim, torna-se mais fácil ocultar a sua real finalidade àqueles que estão fora dele, o que acaba por contribuir para a cooptação de mais clientes⁵, compostos maciçamente por negros, pobres

⁴ Para Conde (2005, p. 22), o controle social determina os limites da liberdade humana na sociedade através das expectativas de conduta e o interesse das normas que regerem a convivência, conformando-os e estabilizando-os e, em caso de descumprimento, aplica-se a sanção de acordo com o procedimento apropriado (controle social punitivo). O controle social é formado pelas instâncias formal e informal como um sistema de motivação de comportamento humano. O Direito Penal, como uma instância de controle formal, é constituído pelo Poder Legislativo (agente de criação. Fonte de criminalização primária), Executivo (agente de execução), Judiciário, Ministério Público, Polícia e sistema prisional (agentes aplicadores. Fontes de criminalização secundária). Para Shecaira (2000, p. 403), a característica marcante do controle social formal, exercido pela esfera estatal, é a seletividade e a discricionariedade, o qual prima o *status* pelo merecimento e, ainda, estigmatizador porque acaba por desencadear a chamada “desviação secundária e as carreiras jurídicas”. Na instância informal de controle social encontra-se a mídia, a família, a escola etc. Assim, o processo de seletividade não é exclusividade do sistema penal. A própria sociedade, através de suas instâncias de controle informal o adota. Basta dizer que nos primeiros anos de estudo na escola, é feita a diferença entre o bom e o mal aluno.

⁵ Segundo Vasconcellos (2012, p. 2), trata-se de um instrumento de controle reflexo de uma política criminal fundada em valores vigentes em determinada sociedade, que tem por finalidade a garantia da ordem social. Reflete a ideologia política, sociológica, econômica, cultural de uma comunidade. Ciente de que o sistema de ideias vigorante é o imposto por uma determinada classe social privilegiada num dado momento histórico para atender aos seus anseios, pode-se afirmar que o sistema penal reflete os valores escolhidos como vigentes. Todavia, o sistema penal que aí está é caracterizado pela seletividade de seus clientes, eis que alcança a camada

e pessoas desprovidas de recursos financeiros para o seu sustento com dignidade (o mínimo existencial), tratando-se de um modelo de combate à criminalidade ilusório, sedutor, discriminatório e de resultado ineficaz.

O discurso ideológico de que o combate à criminalidade tem via única através do Direito Penal máximo, criminalizando novas condutas, aumentando a pena a tipos penais já existentes, fomentando a criação de crimes de perigo abstrato por conta de se viver em uma sociedade do risco não cumpre a promessa de segurança à sociedade com eficácia, fracassando o seu projeto. É o que Andrade (2003, p. 132) denomina de “eficácia invertida: não o fracasso do projeto penal declarado, mas o êxito do não projetado”. Dito de outra forma pela mesma autora, “o controle penal caracteriza-se por uma eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica confere sustentação”.

Um exemplário dessa asserção é a história sobre o porte de arma de fogo. Tempos passados era considerado contravenção penal. Diante das famosas estatísticas de que o seu emprego estaria contribuindo para o acréscimo do número de homicídio, roubo e o porte ostensivo de forma ilegal, foi inserida no ordenamento jurídico a Lei nº. 9.437/97, que passou a tipificar aludida conduta como crime em seu art. 10, com sanção de um a dois anos e multa. Com a vigência da Lei nº. 10.259/01 (Juizado Especial Criminal Federal), que deu nova conceituação ao crime de menor potencial ofensivo⁶, o delito passou a ser considerado crime de menor potencial ofensivo.

mais frágil da população, as pessoas vulneráveis, como, por exemplo, os pobres e os negros, estereotipando-os como o mal da sociedade que tem que ser extirpada. O sistema penal seletivo, então, não atinge as pessoas de poder econômico elevado e também aqueles que detêm algum tipo de poder político. No mesmo sentido, afirma Zafaroni (2011, p. 73), “[...] ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. [...] Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente ‘vulneráveis’ ao sistema penal, que costuma orientar-se por ‘estereótipos’ que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado”.

⁶ Art. 2º - Compete ao Juizado Especial Criminal Federal processar e julgar os feitos de competência da justiça federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo. Parágrafo único – Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo para efeito desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

Como o projeto de combate a essa conduta não vinha oferecendo resultados satisfatórios à sociedade, plasmado no discurso falacioso de que o agente era processado, mas continuava praticamente ileso ao sistema penal por conta de institutos despenalizadores, tornou-se necessário trazê-lo de volta ao sistema mais severo. Para tanto, foi majorada a pena com vistas a punir com mais rigor e, assim, deixar transparecer que o sistema agiu e cumpriu a sua missão como deveria.

Nesse compasso, o movimento de lei e ordem⁷, que é integrante da família do Direito Penal máximo, escudado no sensacionalismo midiático e em políticos de plantão, conseguiu fazer com que fosse inserida no ordenamento jurídico a Lei nº. 10.826/2003, intitulada “Estatuto do Desarmamento” ou “Lei das Armas de Fogo”, prevendo em seu art. 14 e aumentando da pena mínima para dois anos e a máxima para quatro ao porte ilegal de arma de fogo, banindo qualquer possibilidade de aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo.

O movimento de lei e ordem tem inclinações contrárias às conquistas das organizações de defesa dos direitos humanos a partir do momento em que não se preocupa em deixar vulneráveis os direitos e garantias fundamentais catalogados na Carta Cidadã em detrimento à “segurança pública ideal” que, como já dito, é ilusória, culminando por violar o espírito da Carta Política Federal pautado no Estado Democrático de Direito, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares da República.

Para Santoro Filho (2000, p. 132), esse movimento representa a perspectiva de um direito penal simbólico, uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupa-

⁷ O intitulado *Law and Order (movimento de Lei e Ordem)* é uma corrente político-criminal norte-americana, nascida na década de setenta e com ressonância na década de oitenta. Começou a ganhar força na Europa, a partir da falência do Estado de bem-estar social e, no Brasil, no final da década de oitenta, passando a dominar o cenário político-social, notadamente neste decênio, sendo responsável pela edição de inúmeras leis que repousam na ideia de que o Direito Penal é capaz de combater a criminalidade e, para tanto, deve ser instituída uma ordem penal o máximo possível repressiva, a exemplo da lei dos crimes hediondos e da lei que instituiu a interceptação telefônica. (BIANCHINI, 2007. p. 3). Trata-se, destarte, de uma faceta de controle social de endurecimento das penas e criminalização de novas condutas, evidenciando sua inclinação contrária às conquistas das organizações de defesa dos direitos humanos.

dos em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são, evidentemente, entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento não tão desenfreado e incontrolável quanto alardeiam, da criminalidade.

Pergunta-se: O novo aumento da pena ao delito de porte ilegal de arma de fogo vem trazendo resultados satisfatórios? A resposta é seguramente negativa. A incidência desse delito continua a desafiar as autoridades. A onda de crime de roubo com emprego de arma de fogo é progressiva. O crime de homicídio com uso de arma de fogo não foi reduzido, de forma que o resultado almejado, iniludivelmente, mais uma vez não foi alcançado a seus destinatários (a população) e, aí, a família do Direito Penal máximo incrementa o discurso dentro do sistema penal modelador.

O insucesso é visível, mas infelizmente o projeto não tem fim agendado. É pagar para ver. É que não se pode duvidar da possibilidade de uma nova movimentação dos adeptos do Direito Penal máximo objetivando mais uma vez majorar a pena para, quiçá, impossibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, fomentando o sistema penal e reforçando a agência penitenciária, a qual, como é cediço, também nunca cumpriu a sua finalidade primeira: a falaciosa “ressocialização”. A propósito, cresce a discussão sobre a privatização dos presídios, o que será um desastre dentro de um sistema capitalista tardio e perverso, que recrutará a qualquer custo mais clientes para obter lucros extraordinários e, é claro, o sistema penal seletivo trabalhará para isso.

Traz-se ainda como exemplário do sistema penal seletivo, a diferença de tratamento entre o crime comum de baixo ou médio poder ofensivo e o crime de colarinho branco. Tratando-se de crime contra a ordem tributária o Supremo Tribunal Federal vem sustentando ser possível a suspensão condicional do processo quando o delito prevê pena mínima em abstrato superior a dois anos, desde que seja previsto *alternativamente* pena de multa, por esta ser considerada a menor⁸.

⁸ Decisão da 2ª Turma do STF no julgamento do HC 83926, rel. Min. Cezar Peluso, 07.08.2007 (informativo 475). STJ no HC 34.422/BA, rel. originário Min. Hamilton Carvalho, rel. p/ acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 25.05.2007 (informativo 321).

Não se comunga com tal interpretação, considerando ser uma espécie de crime que causa um dano social de grande proporção patrimonial, de forma difusa e por não admitir o mesmo tratamento a delitos patrimoniais sem violência à pessoa. Bedê Júnior e Senna (2009, p. 300) acrescentam que essa diferença de tratamento acaba por violar “o princípio da vedação da proteção insuficiente dos direitos fundamentais⁹, tornando-se mais uma forma de imunizar a criminalidade de colarinho branco, justamente aquele que merece um tratamento mais enérgico pelos seus conhecidos efeitos deletérios, embora não visíveis, como a criminalidade de massa”.

Se não bastasse, já está pacificado nos tribunais o entendimento de ser possível a extinção da punibilidade do processo penal quando o sonegador pagar o tributo antes e até depois do recebimento da denúncia, não oferecendo tal benefício àquele que pratica um furto, apenas a redução da pena por arrependimento posterior.

Enfim, a melhor forma de combater a criminalidade é conhecida de todos: É através de investimento na área social com seriedade e não eleitoreira para tornar eficaz os direitos fundamentais básicos; distribuição de renda de maneira justa; combate à corrupção com eficiência e eficácia e alteração da legislação com a participação popular a fim de incrementar a democracia efetivamente participativa; oportunidade de trabalho a todos; política educacional comprometida com o futuro da nação, entre outros. A Ex-Senadora da República, Heloísa Helena, em conferência proferida no V Congresso Norte e Nordeste do Ministério Público, realizado na cidade de Natal-RN, em outubro/2004, afirmou

⁹ Sobre o princípio da proibição de proteção insuficiente, o Ministro Gilmar Mendes, votando em plenário no RE nº. 418.376-5, datado de 09.02.06, apreciando o caso em que uma menina que, dos nove aos doze anos de idade, mantivera relações sexuais com seu tutor, estendendo-se o crime até quando engravidou, momento em que iniciou uma união estável com seu agressor. Evocou o princípio da proporcionalidade na vertente da proteção de proibição deficiente para rejeitar a tese de extinção da punibilidade por conta da união estável, *verbis*: “Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. [...] Conferir à situação dos presentes autos o status de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria

com muita propriedade que “a educação é a porta de libertação para os filhos da pobreza”. (GUIMARÃES, 2009, p. 220). Na seara da segurança pública, imprescindível sério investimento nos setores humano e estrutural, remuneração digna aos policiais e a todos que compõem o sistema de segurança capacitando-os permanentemente, aquisição de equipamentos modernos para o setor da perícia que certamente elucidará o crime com mais precisão etc. A propósito, faz-se salutar um estudo sobre a possibilidade de separar o Instituto de Criminalística da pasta da Segurança Pública, tornando-o mais independente.

2.2 Sociedade do risco. Direito penal do risco e o crime de perigo abstrato

Pode-se afirmar que a sociedade do risco é fruto do modelo econômico oriundo da Revolução Francesa, que organizava a produção de bens por meio de um sistema de livre concorrência mercadológica. A sociedade moderna e economicamente crescente substituiu a produção artesanal por industrial, com largo investimento no setor tecnológico e em pesquisas científicas à busca incessante em novas tecnologias¹⁰. O investimento na ciência caminha em passos largos em relação ao investimento nos estudos dos efeitos que esse processo poderá causar, que acaba por desencadear um sentimento de incerteza e insegurança¹¹, obrigando o homem a lidar com novos riscos¹². As-

consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente, isso porque todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas”.

¹⁰ Sánchez (2002, p. 29) expõe que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos originam de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos que derivam de aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc.

¹¹ Bauman (2008, p. 129-130), por conta dessa incerteza, propõe a substituição da expressão “sociedade de risco” por “sociedade da incerteza”.

¹² Segundo Giddens (apud BOTTINI, 2001, p. 31), a origem da expressão *risco* não é precisa, advindo provavelmente de um termo árabe, aproveitado e utilizado pelos espanhóis quando das grandes navegações, que significaria “correr para o perigo ou ir contra uma rocha”. Outros autores sustentam derivar do baixo-latim *risicu*, que significa ousar, no sentido de atuar perante a possibilidade de perigo. Em quaisquer das origens, Bottini (2001, p. 31) tem razão quando aduz que os termos *risco e perigo* estão umbilicalmente ligados entre si, pois o “risco é o adjetivo que coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo. Não há risco sem potência de perigo, sem iminência de perigo”.

sim, os novos riscos, como fator indispensável ao desenvolvimento livre de mercado, passam a ocupar papel central no modelo de organização social, tornando-se indispensável para a organização coletiva da sociedade, passando a compor o núcleo da atividade social. (BOTTINI, 2011, p. 35-36).

Vale dizer que os riscos de outrora são distintos dos novos riscos advindos da sociedade contemporânea tecnológica, notadamente pela falta de controle e imprevisibilidade. A título de exemplo: o desenvolvimento de armas nucleares, a diminuição da camada de ozônio e o aquecimento global do planeta, a destruição do ecossistema, as questões suscitadas pela engenharia e manipulação genéticas, a instabilidade dos mercados econômicos e financeiros, a criminalidade organizada e o terrorismo. (SOUSA, 2010, p. 232).

Por esse prisma, Cabrera (2008, p. 1) explica o que vem a ser sociedade do risco:

A modernização simples ou a primeira modernidade e a modernização reflexiva ou a segunda modernidade. A primeira, ocorrida durante o período industrial, surgiu em oposição ao mundo tradicional anterior do século XIX; a modernidade reflexiva, em contrapartida, pode ser definida como ‘as últimas consequências’ da primeira modernidade, uma verdadeira modernidade autodestrutiva. O externo desenvolvimento das técnicas, assim como a dinâmica dos fenômenos econômicos, trouxe comodismo e bemesses ao indivíduo, conforto e tecnologia nunca antes experimentados em tão larga escala pela humanidade. Trouxe, por outro lado, riscos e desafios assustadores à sociedade. É o que hodiernamente costumou-se denominar *sociedade do risco*, caracterizada pelo avanço de aparatos tecnológicos em proporções inimagináveis em toda a história. Pode-se dizer, assim, que os riscos que hoje ameaçam a civilização foram produzidos por ela mesma no processo de desenvolvimento da primeira modernidade, num verdadeiro ‘efeito bumerangue’.

A expansão de novos riscos, os conflitos sociais e econômicos sobre sua admissibilidade e a ausência de diretrizes científicas que fixem pautas de condutas seguras acabam por acarretar um sentimento de temor social, o qual é alardeado pelos meios de comunicação em massa¹³. Essa insegurança faz surgir organizações civis que pregam a contenção de riscos através de movimentos oriundos de diversas classes sociais, a exemplo dos movimentos de defesa do consumidor, ecológico, tributário etc., que, de certa forma, auxiliam a propagar os perigos abstratamente, cujos reclamos chegam até o legislador que adere ao discurso no sentido de endurecer o controle de comportamentos tidos como perigosos. (BOTTINI, 2001, p. 46-48).

Os novos riscos não extinguiram os velhos riscos da insegurança causada pela violência e criminalidade comum, mormente nas grandes cidades. É que por conta de uma sociedade do risco economicamente globalizada, competitiva e indiferente à concretização de direitos sociais, que coloca no mundo da marginalidade incontáveis indivíduos selecionados, os quais são vistos pelos que fazem a sociedade do “bem” como os responsáveis pelos riscos pessoais e patrimoniais, é imperioso trazer à reflexão um fenômeno por ela criado: Tem-se observado a existência de um processo de isolamento social através da criação de pequenas sociedades com o escopo de buscar proteção contra riscos possíveis e visionários causados pela violência urbana¹⁴.

Vale dizer que se tem criado vários mundos que paulatinamente vão se afastando um do outro. Cita-se, a título de exemplo, inúmeros empreendimentos imobiliários residenciais onde se vê que o espaço de

¹³ Para Cabezas Chamorro (apud BOTINNI, 2001, p. 46), “o consumo comunicativo está vivamente interessado nos fenômenos da violência, porque não é mais necessário sofrê-la no próprio corpo para percebê-la”.

¹⁴ Bauman (1999, p. 55) adverte que “os medos contemporâneos, os ‘medos urbanos’ típicos, ao contrário daqueles que outrora levaram à construção de cidades, concentram-se no ‘inimigo interior’. Esse tipo de medo provoca menos preocupação com a integridade e a fortaleza da cidade como um todo – como propriedade coletiva e garante coletivo de segurança individual – do que com o isolamento e a fortificação do próprio lar dentro da cidade. Os muros construídos outrora em volta da cidade cruzam agora a própria cidade em inúmeras direções. Bairros vigiados, espaços públicos com proteção cerrada e admissão controlada, guardas bem armados no portão dos condomínios e portas operadas eletronicamente – tudo isso para afastar concidadãos indesejados, não exércitos estrangeiros, salteadores de estrada, saqueadores ou outros perigos desconhecidos emboscados extramuros”.

lazer contém o necessário para o isolamento social, tais como salas de academia, de jogos de mesa e de cinema, pista de *cooper*, piscina, quadras de esporte, minimercado e restaurante, um verdadeiro clube onde se faz necessário, por enquanto, sair de seu mundo protetivo somente para a escola e trabalho.

Em decorrência desse fenômeno, paulatinamente tem-se limitado a liberdade de ir e vir através de câmeras instaladas em todos os cantos da cidade, passando a se viver vigiados¹⁵, em um verdadeiro “big brother” ou um panóptico¹⁶ de dimensão territorial do tamanho da respectiva cidade. O automonitoramento, uma forma de “big brother” particular, é também visível, na medida em que o próprio cidadão faz a sua própria vigilância, instalando câmeras cada vez mais sofisticadas em sua própria residência ou condomínio para garantir a sua segurança. Desta asserção, é fácil concluir que o Estado, utilizando desse modelo de exercício de poder, passa a alimentar a indústria dos aparatos tecnológicos de segurança privada, transferindo a responsabilidade da segurança, que deveria ser pública, ao próprio cidadão, o qual se vê compelido a desprender parte de seu salário para a sua proteção – já retira uma fatia de seu salário na área da educação e saúde privadas. Ganha o Estado através de pesados impostos, ganham as indústrias e as empresas desse ramo na venda de seus produtos e perde o cidadão o direito constitucional à segurança pública de qualidade.

Disso tudo resulta mais um setor social a fazer parte integrante dos discursos eloquentes de políticos, especialmente em tempos de

¹⁵ Para Hassemer (1993, p. 50), “o Estado investigador, com a desculpa do combate à criminalidade crescente, invade a privacidade e a alma das pessoas”.

¹⁶ O panóptico de Michel Foucault tratava-se de um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que dava tanto para o interior quanto para o exterior, de modo que o prisioneiro era vigiado permanentemente pelo homem que se colocava apostado na torre central, com o olhar penetrante para as celas em todos os ângulos de visão. Foucault (1987, p. 87) dizia que o panoptismo, que é uma forma de poder, não mais repousa no inquérito e, sim, no “exame”, na “vigilância”. Enquanto no inquérito se procurava *saber*, reconstruir o que havia ocorrido, no panóptico, tratava-se de algo, ou antes, de alguém que se deve vigiar permanentemente e sem interrupção sob o poder de alguém (mestre de escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão) e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade de vigiar e constituir sob o vigiado, coisas a seu respeito, um *saber*. O *saber* nesse sistema de vigilância, portanto, não parte de acontecimentos pretéritos e, sim, da pessoa que está sob o seu controle.

eleição, qual seja, a necessidade de investimento na segurança pública. Educação e saúde como retórica, portanto, já não bastam como bandeiras de campanhas eleitorais.

Dessas reflexões, extraem-se duas das principais características da sociedade do risco: 1ª) a clara mudança de riscos entre tempos passados e a modernidade: “a sociedade atual se caracteriza pela ameaça advinda de perigos artificiais, vinculados à atividade e decisão humana, perigos esses que se propagam a um número indeterminado de pessoas, atingindo a humanidade como tal” e 2ª) “a sensação de insegurança subjetiva e descrédito nas instituições independentemente de existir ou não perigo real. Paradoxalmente, parte-se de uma sociedade onde alguns vivem mais seguros que nunca e chega-se a uma sociedade desesperançosa, insegura e medrosa. O binômio risco-segurança tornou-se, portanto, o calcanhar de Aquiles da sociedade globalizada atual”. (CABRERA, 2008, p. 1).

Por conta de uma sociedade do risco por estas duas vertentes (novos e velhos riscos), tem ocorrido gradativamente restrição a direitos e garantias fundamentais conquistados às duras penas desde a sua primeira dimensão a pretexto de salvaguardar interesse social rotulado como relevante. Nessa onda de risco, não tão acentuada quanto propagada pelos defensores do Direito Penal máximo, parcela da mídia e de movimentos que falam a mesma língua disseminam maciçamente o discurso da expansão do Direito Penal, que passou a ser denominado de *Direito Penal do risco*. Para Bottini (2001, p. 106), um setor do pensamento penal contemporâneo com o fito de enfrentar novos riscos, através do Direito Penal, propõe uma transformação significativa nos conceitos, institutos e princípios dogmáticos penais à busca da mitigação do princípio da reserva legal.

Silva (2008, p. 1) apresenta a característica tridimensional do Direito Penal do risco:

A acolhida de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (tais como meio ambiente, saúde pública, mercado de capital, processamento de dados, tributos), o adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e o não punível, e, em terceiro lugar, a redução das exigências para

a reprovabilidade. Em relação a isso, Hassemer tem ressaltado ainda o fato de que este moderno Direito Penal se apresenta na forma de crimes de perigo abstrato, que exigem somente a prova de uma conduta perigosa, renunciando a todos os pressupostos clássicos de punição, e, com isso, naturalmente, também reduzem as respectivas possibilidades de defesa e, além disso, no campo da moderna política criminal, como a criminalidade organizada, o meio ambiente, a corrupção, o tráfico de drogas ou a criminalidade econômica, encontram-se cada vez mais novos tipos penais e agravamentos de pena. Em outras palavras: Este Direito Penal do risco se caracteriza, em primeiro lugar, principalmente pelo fato de que o comportamento que vai ser tipificado *não se considera previamente como socialmente inadequado, ao contrário, se criminaliza para que seja considerado como socialmente desvalorado*. Assim, enquanto no Direito Penal clássico as condutas não eram criminalizadas *mala per se*, mas eram criminalizadas porque se apresentavam como socialmente inadequadas, no Direito Penal do risco, ao contrário, proibem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas. Isso decorre do fato de que o Estado, de garantidor da segurança jurídica, torna-se garantidor da segurança dos bens jurídicos. Em segundo lugar, a motivação ética desta nova criminalização raras vezes tem a ver com comportamentos violentos, mas sim com comportamentos cujas consequências transcendem à criminalidade clássica violenta e cuja “perigosidade”, aliás, não é algo evidente. Nesse sentido, o princípio da proteção dos bens jurídicos transforma-se de uma “estricta proibição de punição em um mandato de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização”. Daí afirmar Prittwitz que o Direito Penal do risco é moderno também em relação ao modo como ele é compreendido e

legitimado. Todavia, na medida em que à ideia de risco surge como pressuposto a de decisão resulta que a imagem do homem que o Direito Penal do risco toma por base – expressada teoricamente segundo a ótica sociológica do risco – é a do “sujeito racional que decide”.

Acrescenta que os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam-se os seus elementos ao perigo, ao risco, inclusive pelo fato de aparente incapacidade de contenção dos riscos por outros meios de controle social, dando relevância aos crimes de perigo abstrato¹⁷. Assim,

O Direito Penal passa a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido. A norma penal visa reprimir comportamentos potencialmente danosos. O desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses. Os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos ao perigo, ao risco. Esta formatação possibilitou o desenvolvimento das estruturas que abrigam, hoje, o direito penal de riscos, voltado para a inibição de ações arriscadas, independentemente de suas consequências concretas. (BOTTINI, 2001, p. 88).

Afigura-se, dessarte, que o crime de perigo abstrato ganha relevo para os agentes de controle formal e informal do sistema penal ante

¹⁷ No mesmo sentido, Callegari e Wermuth (2010, p. 281), acreditam que outra característica da sociedade do risco reside na assertiva de que cada vez mais socorre-se ao Direito Penal no sentido de evitar que os riscos se convertam em situações concretas de perigo, surgindo leis penais preventivas para evitar o reproche da inatividade política diante dos riscos, o que Cepela (apud CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 281) denomina de sociedade do risco de cultura preventiva.

a falta de resultado eficaz de seu projeto, necessitando, então, socorrer também à criminalização de condutas que dispensam a demonstração de perigo real a um bem jurídico, desprezando o princípio da lesividade, ligado à intervenção mínima do Direito Penal. Uma das justificativas reside na ideia de que se vive em uma sociedade complexa, plural, dinâmica e moderna, onde novos direitos são lançados no ordenamento jurídico, como o ambiental, consumidor, informática, engenharia genética etc. que auferem um risco difuso e sem controle. Para tanto, entra em cena o Direito Penal do risco com a proposta de antecipar uma possível lesão ao bem jurídico através da criminalização de novos delitos presumidamente causador de um dano material, e uma releitura interpretativa quanto a determinados delitos já positivados que passam ser considerados também de perigo abstrato como, por exemplo, o porte ilegal de arma de fogo desmuniada.

No Direito Penal da atualidade muito se discute sobre a recepção pela vigente Constituição Federal dos chamados crimes de perigo abstrato, em razão da consagração do princípio da lesividade.

Parcela significativa do pensamento penal admite ser inconstitucional em face do princípio da ofensividade, corolário de um Direito Penal liberal e limitado¹⁸. Sustentam ser incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito, que fundamenta o exercício do *ius juniendi* na proteção exclusiva de bens jurídicos, na premissa da lesividade. Portanto, a previsão de delitos sem resultado material, seja de perigo, seja de lesão, seria incompatível com um direito penal garantista, eis que a incriminação da mera conduta implicaria a repressão de atos de desobediência, sem vínculo imediato com bens jurídicos, que não estariam na esfera da ação ilícita. (BOTTINI, 2011, p. 170-171).

Em sentido contrário, Bottini (2011, p. 172) aduz que o respeito ao princípio da lesividade não implicaria a rejeição de plano dos delitos de perigo abstrato, sob o fundamento de que esse princípio não se limita exclusivamente a comportamentos causadores de danos a bens jurídicos, mas abarca também aqueles que causam ameaça real ou po-

¹⁸ Esse posicionamento é defendido por Luiz Flávio Gomes na obra *Princípio da ofensividade no direito penal*. Por Alice Biachini na obra *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. Por Paulo de Souza Queiros, na obra *Do caráter subsidiário do direito penal. Lineamentos para um direito penal mínimo*.

tencial dos objetos de tutela, reveladores de condutas penalmente relevantes. Nesse espeque, a consolidação de um Direito Penal que proteja de maneira racional e funcional os bens jurídicos diante de novos riscos exige, em algum momento, a antecipação da tutela, e conclui que “o que se faz necessário é a configuração de limites precisos para atuação estatal, por meio da construção de uma política criminal racional e teleológica que impeça, em nome do alargamento da proteção dos interesses fundamentais, o exercício irracional do *ius puniendi*”¹⁹.

O Ministro Gilmar Mendes, julgando neste ano de 2012 o HC nº. 104.410-RS, sustentou que a criação de crimes de perigo abstrato por parte do legislador não constituem, por si só, em inconstitucionalidade, *verbis*:

A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos

¹⁹ Para Gilmar Mendes, os crimes de perigo abstrato podem ser eleitos pelo legislador dentro de critérios de proporcionalidade e o controle de constitucionalidade deve ser seguido por graus de intensidade: “Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade de controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais”. (HC nº. 104.410-RS).

ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

Enfim, o perigo pode ser dividido em concreto (que precisa ser comprovado) e abstrato (originário de uma presunção trazida pela lei em um determinado caso concreto, diante de um comportamento positivo ou negativo). (GOMES, 2007, p. 1). Por lógica de raciocínio, o crime de perigo abstrato é aquele que se consuma tão-somente com a mera possibilidade de dano.

No mesmo sentido, Capez (2012, p. 3), entende que o perigo abstrato ou presumido é aquele cuja existência dispensa a demonstração efetiva de que a vítima ficou exposta a uma situação concreta de risco. Contrapõe-se ao perigo concreto, que exige a comprovação de que pessoa determinada ou pessoas determinadas ficaram sujeitas a um risco real de lesão. Trata-se de situação de real modificação no mundo exterior, perceptível naturalisticamente e consistente na alteração das condições de intangibilidade do bem existente antes da prática da conduta. O perigo concreto deflui de dada situação objetiva em que o comportamento humano gerou uma possibilidade concreta de destruição do bem jurídico tutelado, até então não existente (antes da conduta não havia risco de lesão, e depois se constatou o surgimento dessa possibilidade).

2.3 A controvérsia sobre o porte ilegal de arma de fogo desmuniçada como conduta (a) típica

Inicia-se com a afirmação de Grosner (2009, p. 2) no que tange às decisões contraditórias e mutáveis na seara do Direito Penal, *verbis*:

As orientações contraditórias e altamente mutáveis encontradas nas decisões em Direito Penal decorrem, por um lado, do caráter dinâmico, próprio do Direito, que não poderá ficar aprisionado na lei formal ou na doutrina elaborada pelos pensadores, deixando de acompanhar as transformações sociais. Para romper as ‘grades’, os operadores jurídicos tomam, inclusive, decisões *contra legem*. A pretexto de ver prevalecer, por exemplo, o valor ‘justiça’, criam formas de contornar o aparato legal. Mas, por outro lado, essas divergências jurisprudenciais ocorrem, simplesmente, em razão do trabalho diário dos juristas. Ao interpretar o Direito, eles lhe impõem sua vontade, suas crenças e opiniões, seu poder e sua liberdade de ação e, assim decidindo, acabam por colocar, especialmente do Direito Penal, um verdadeiro conteúdo ideológico. Nas palavras do professor Caldeiras Bastos, a situação do intérprete atribuiria ao Direito um caráter ‘ideológico’, manipulado pela vontade e liberdade de ação dos que têm o poder [...] *ditar o direito penal de cada dia*.

A controvérsia acerca da potencialidade lesiva de arma de fogo quando encontrada ilegalmente em poder de alguém sem munição é antiga. Autorizadas vozes guerrearam o tema e fortes argumentos foram lançados nos dois sentidos. A balança da dialética se equilibra tendo de um lado os ideais modernos de um Direito Penal fincado na ideia de subsidiariedade, em que seus tentáculos não deveriam atingir condutas sem ofensividade/lesividade concreta ao bem jurídico, e de outro a necessidade de uma política criminal voltada à repressão da “escalante estatística criminal” e a arrefecer a ideia daqueles que têm por costume o uso de tais artefatos de elevada potenciali-

dade lesiva aos seus semelhantes e lesividade moral à sociedade em geral. (REZENDE, 2008, p. 4).

A discussão ainda não chegou a um deslinde conclusivo, em que pese ser tendência findá-la com o entendimento de considerar a conduta típica, em face da não exigência de um perigo concreto como resultado, amoldando-a ao delito de perigo abstrato. O discurso dessa corrente, que vem dominando atualmente os tribunais estaduais com base no entendimento majoritário das Turmas do Supremo Tribunal Federal, continua sem inovação, pois ainda amparada no ideário de imprimir mais rigor contra o crime de porte ilegal de arma de fogo e delitos com a qual são perpetrados por conta de uma sociedade plural, complexa, dinâmica e numerosa.

As decisões divergiram e convergiram. Divergem e convergem²⁰.

Supremo Tribunal Federal:

1ª Turma: * É crime: Porte de arma de fogo sem munição ao alcance do agente – STF1 – fato típico – irrelevante o fato de a arma encontrar-se desmuniçada e de o agente não ter a pronta disponibilidade de munição – objetividade jurídica transcende a mera proteção a incolumidade pessoal, alcançando a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo (níveis de segurança coletiva) – Portanto, se mostra irrelevante “cogitar-se da eficácia da arma para configuração do tipo penal em comento (isto é, se ela estaria, ou não, municada ou se a munição estaria, ou não, ao alcance das mãos), porque a hipótese seria de crime de perigo abstrato para cuja caracterização desimporta o resultado concreto da ação” (HC 90197 – I 462 e 550). * e mais recentemente: STF - HABEAS CORPUS HC 101994 SP (STF). Data de Publicação: 7 de Junho de 2011. Ementa: EMEN-TA Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei nº 10.826 /03). Arma desmuniçada. Crime de

²⁰ Disponível em: <<http://www.pandectivos.blogspot.com>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

perigo abstrato. Tipicidade da conduta. Precedentes. 1. A jurisprudência firmada pela Primeira Turma desta Corte é firme no sentido de que “o porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente e em desacordo com determinação legal ou r..... Precedente abandonado: STF1 – fato atípico – ausência de lesividade – “é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniçada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municionamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal (isto é, como artefato idôneo a produzir disparo) e, por isso, não se realiza a figura típica” (HC 81057 – I 349).

2ª Turma: * Pela tipificação: Porte ilegal de arma de fogo – art. 14 da Lei 10.826/03 – arma com problemas de disparo – STF2 – crime típico não afastado – arma suficiente para atingir bem jurídico tutelado (HC 93816 – I 505). * Porém: STF2 (3x2) – arma desmuniçada ou sem possibilidade de pronto municionamento não configura o delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003 (HC 97811 – I 550). * Mais uma vez: STF2 – arma desmuniçada torna atípica a conduta – não aplica o art. 14 (HC 99449 – I 557). * Agora, pela tipificação: Porte ilegal de arma de fogo – sem munição – STF2 – após a Lei 10.826/03, é crime de perigo abstrato – logo, não importa o resultado concreto da ação – a lei não exige para a configuração do porte ilegal de arma que ela estivesse municionada (HC 96759 – I 601, 612 e 656). * mais recente: No julgamento conjunto de três Habeas Corpus (HCs 102087, 102826 e 103826) impetrados em favor

de cidadãos que portavam armas de fogo sem munição. Por maioria de votos, o colegiado entendeu que o fato de o armamento estar desmuniado não descaracteriza o crime previsto no artigo 14 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), que pune com pena de reclusão de dois a quatro anos, além de multa, quem porta ilegalmente arma de fogo de uso permitido.

Superior Tribunal de Justiça:

6ª Turma: * Pela atipicidade: STJ – 6ª T. – I 403: “a arma sem eficácia não é arma, assim não comete crime de porte ilegal de arma de fogo aquele que consigo traz arma desmuniada” (HC 110.448 – 18/8/2009). *Reiterando: STJ – 6ª T. – I 407: “a arma de fogo sem munição não possui eficácia, por isso não pode ser considerada arma” (AgRg no HC 76.998 – 15/9/2009). * Mais uma vez: STJ – 6ª T. – I 482: Agente portava arma de fogo desmuniada que, periciada, demonstrou estar apta a realizar disparos – STJ – “o fato de a arma de fogo estar desmuniada afasta a tipicidade da conduta, conforme reiterada jurisprudência da Sexta Turma” (HC 124.907 – 6/9/2011).* Pela tipicidade: A Turma, acompanhando recente assentada, quando do julgamento, por maioria, do REsp 1.193.805-SP, manteve o entendimento de que o porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, cuja consumação se caracteriza pelo simples ato de alguém levar consigo arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal – sendo irrelevante a demonstração de efetivo caráter ofensivo. Isso porque, nos termos do disposto no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003, o legislador teve como objetivo proteger a incolumidade pública, transcendendo a mera proteção à incolumidade pessoal, bastando, assim, para a configuração do delito em discussão a probabilidade de dano, e não sua ocorrência. Seguindo se observou, a lei antecipa a punição para

o ato de portar arma de fogo; é, portanto, um tipo penal preventivo, que busca minimizar o risco de comportamentos que vêm produzindo efeitos danosos à sociedade, na tentativa de garantir aos cidadãos o exercício do direito à segurança e à própria vida. Conclui-se, assim, ser irrelevante aferir a eficácia da arma para a configuração do tipo penal, que é misto-alternativo, em que se consubstanciam, justamente, as condutas que o legislador entendeu por bem prevenir, seja ela o simples porte de munição ou mesmo o porte de arma desmuniçada. Relativamente ao regime inicial de cumprimento da pena, reputou-se mais adequada ao caso a fixação do semiaberto; pois, apesar da reincidência do paciente, a pena-base foi fixada no mínimo legal – três anos – aplicação direta da Súm. n. 269/STJ. (HC 211.823-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 22/3/2012).

Fica evidente que o Supremo Tribunal Federal²¹ inclina-se a um entendimento uniforme – as decisões das turmas foram proferidas por maioria de votos – no sentido de considerar a conduta como crime. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça vem sustentando, há muito tempo, posição contrária (pela atipicidade), mas já começa a proferir decisões convergentes com o atual entendimento da Corte Suprema. Não se tem notícia de que a questão chegou a ser debatida no plenário de tais cortes, de modo que permanece em aberto. A maioria dos tribunais estaduais, através de suas Câmaras Criminais, vem aderindo ao entendimento majoritário do Excelso Pretório, *ad exempli*:

²¹ Capez (2012, p. 5), comentando a recente decisão da 1ª Turma do STF, asseverou que: “Com base nessa nova linha diretriz albergada pela aludida Turma, nos diversos arestos referidos, serão reputadas criminosas as condutas de: (a) portar arma sem munição; (b) portar arma ineficaz para o disparo; (c) portar arma de brinquedo; e (c) portar munição isoladamente. Além do que, segundo a Egrégia Corte, a objetividade jurídica dos delitos previstos na Lei transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e de todo o corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que ele propicia. Por derradeiro, em conformidade com essa inovadora diretriz, passou a ser dispensável a confecção de laudo pericial para aferição da materialidade do delito”.

TJPR - 8265385 PR 826538-5 (Acórdão) (TJPR). Data de Publicação: 29 de Março de 2012. **EMENTA:** APELANTE: MOACIR DE SOUZA. APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO. RELATOR: DES. LIDIO J. R. DE MACEDO. APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 14 DA LEI 10.826 /2003. ARMA DESMONTADA E DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA. CONDUTA TÍPICA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA SUA EFICIÊNCIA EM EFETUAR DISPAROS. NÚCLEO DO TIPO “TRANSPORTAR”. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSÁRIO RESULTADO NATURALÍSTICO. DEFESA PESSOAL. IRRELEVÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ISENÇÃO DO CUMPRIMENTO (...)

TJPI – APELAÇÃO CRIMINAL. ACR 201100010041565 PI (TJPI). Data de Publicação: 27 de Março de 2012. **EMENTA:** PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO DO RÉU. TIPICIDADE DA CONDUTA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 - Crime de porte ilegal de arma de fogo. Autoria e materialidade do delito devidamente comprovada. 2 - O delito de porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, não sendo necessário a lesão concreta a um bem jurídico, sendo irrelevante o fato da arma encontrar-se desmuniçada (...)

TJDF - APR APR 107466320118070003 DF 0010746-63.2011.807.0003. Data de Publicação: 17/04/2012. **EMENTA:** PENAL. PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. PERIGO ABSTRATO. FATO TÍPICO. ISENÇÃO DE CUSTAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

RECURSO DESPROVIDO. 1. O SIMPLES PORTE DE ARMA DE USO PERMITIDO SEM AUTORIZAÇÃO E EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL, É SUFICIENTE PARA TIPIFICAR O DELITO DO ART. 14, CAPUT, DA LEI 10.826 /03, PORQUE SE TRATA DE CRIME FORMAL, DE PERIGO ABSTRATO, QUE NÃO EXIGE NENHUM RESULTADO NATURALÍSTICO PARA A SUA CONFIGURAÇÃO. 2. O PEDIDO DE ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS DEVE SER (...)

TJMA - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 025917/2011 – IMPERATRIZ. Proc. 0005872-7120108100040. Apelante: Francisco da Cruz Ernesto Barros. Relator: Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo. Revisor: Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos. **EMENTA:** PENAL E PROCESSUAL PENAL APELAÇÃO CRIMINAL PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO CRIME DE MERA CONDUTA. PROVA SUFICIENTE DA AUTORIA. CONDENAÇÃO MANTIDA ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA. TIPICIDADE CONFIGURADA RECURSO IMPROVIDO. I – Não se pode proclamar a absolvição quando a prova testemunhal produzida se mostra apta e segura para autorizar a condenação, porque evidencia que o réu foi flagrado na posse de arma de fogo. II – É típica e antijurídica a conduta do agente que porta ilegalmente arma de fogo de uso permitido, pouco importando se esteja desmuniada. III – Recurso conhecido e improvido Unanimidade. **DECISÃO:** ACORDAM os Senhores Desembargadores da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade, nos termos do voto do relator e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em negar provimento ao Recurso, para manter incólume a decisão combatida, em todos os seus termos. Desembargador BENEDITO DE JESUS GUIMARÃES BELO.

TJMS - APELAÇÃO CRIMINAL. ACR 3797 MS 2012.003797-0 (TJMS) Data de Publicação: 02/04/2012. EMENTA: APELAÇÃO PENAL PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO ARMA DESMUNICIADA CRIME DE PERIGO ABSTRATO CONDENÇÃO MANTIDA PENA-BASE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA RÉU REINCIDENTE IMPOSSIBILIDADE NÃO PROVIMENTO.

TJSP - APELAÇÃO 10937720098260294 SP 0001093-77.2009.8.26.029. Data de Publicação: 30/06/2011. EMENTA. Porte ilegal de arma de fogo. Arma desmuniçada. Condenação em primeira instância. Pleito defensivo de absolvição, por atipicidade da conduta. Impossibilidade. O crime é de perigo abstrato e, mesmo que desmuniçada a arma, o seu porte ilegal pelo agente tipifica o crime em questão. Recurso defensivo a que se nega provimento.

Embora a tendência seja uniformizar a jurisprudência nacional de considerar típica a conduta de portar ilegalmente arma de fogo sem munição e considerando que a questão ainda não está pacificada, continua-se a defender a corrente minoritária, trazendo à colação o recente voto (voto vencido) do Ministro Celso de Mello proferido em três *habeas corpus* (Hcs.102087, 102826 e 103826) na data de 28 de fevereiro de 2012, sustentando a atipicidade da conduta²²:

²² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jun. 2012. Vale ressaltar a decisão do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, que equiparou arma de fogo sem munição com arma de brinquedo: “TJRS - Apelação Crime ACR 70045499159 RS (TJRS) . EMENTA: APELAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE. ABSOLVIÇÃO. 1. A conduta de porte de uma arma desmuniçada não encontra adequação ao tipo penal abstrato do artigo 14 da Lei 10.826 /03, pois não representa risco de perigo ao bem jurídico incolumidade pública. Com efeito, o porte de uma arma desmuniçada, desprovida de munição ao alcance, objetivamente, representa o mesmo

Como nas três situações as armas de fogo se apresentavam completamente desmuniçadas e sem a possibilidade de imediato acesso do seu portador às munições, entendi inexistente a justa causa, que seria necessária a legitimar a válida instauração de persecução penal. Entendo não se revestir de tipicidade penal a conduta do agente que, embora sem a devida autorização, traz consigo arma de fogo desmuniçada e cuja pronta utilização se mostra inviável ante a impossibilidade material de acesso imediato à munição.

2.4 Os princípios da lesividade e disponibilidade como suporte para a atipicidade da conduta de portar ilegalmente arma de fogo desmuniçada

O art. 14 da Lei nº.10.826/2003 não exige taxativamente a necessidade de que a arma de fogo esteja muniçada quando apreendida em poder de alguém. Assim, se não há munição na arma ou não dispondo a pessoa de oportunidade imediata de muniçá-la, não há que se tipificar a conduta, presentes os princípios da lesividade e disponibilidade.

É que não basta que o comportamento do agente esteja adequado aos requisitos estruturais do tipo, se não for possível identificar no objeto material da conduta uma efetiva potencialidade lesiva. De tal sorte, torna-se necessário que a arma apreendida esteja apta a produzir tiros e devidamente muniçada, idônea a causar dano ou expor a perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma, presente o princípio da ofensividade.

que o porte de uma arma de brinquedo, ou de uma faca, ou de um canivete: embora tenha um (...) (Data de Publicação: 18/11/2011). A propósito, está sedimentado o entendimento de que o emprego de arma de brinquedo na prática de crime de roubo não incide o aumento de pena insito no inciso I do art. 157, §2º, do Código Penal, não apenas por tal instrumento não ser considerado arma no sentido legal, mas também por não ter poder de lesão (cancelamento da súmula nº.174 do STJ). Por simetria, essa interpretação é perfeitamente ajustável quando se tratar de arma de fogo desmuniçada, posto que também não tem poder de lesividade.

O art. 13 da Lei Substantiva Penal²³ prescreve que não existe crime sem resultado jurídico, o qual consiste na ofensa ao bem jurídico que se expressa numa lesão ou perigo concreto de lesão. Para tanto, é imperioso aquilatar se o bem jurídico protegido pela norma entrou no raio de ação dos riscos criados pela conduta, o que não ocorre com a arma de fogo sem munição por não existir a possibilidade mínima de colocar em perigo real ou concreto a incolumidade pública.

O art. 17 do diploma legal, supramencionado²⁴, disciplina que não se pune a tentativa quando por ineficiência absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto é impossível consumir o crime. Ora, se a arma de fogo é incapaz de realizar a sua finalidade, seja por estar com defeito ou por estar sem munição, não há que se falar em crime, pois não há perigo de lesão. Nesse compasso, adverte Capez (2012, p. 1) que “o princípio da ofensividade não deve ser empregado para tornar obrigatória a comprovação do perigo, mas para tornar atípicos os comportamentos absolutamente incapazes de lesar o bem jurídico. É a aplicação pura e simples do art. 17 do Código Penal, que trata do chamado crime impossível (também conhecido por tentativa inidônea, que é aquela que jamais pode dar certo)”.

O princípio constitucional da lesividade é imanente²⁵, deduzido do art. 5º, XXXIX, Carta Política Federal e arts. 13 e 17 do Código Penal. Dessa forma, possui *status* de um princípio geral de todo o sistema penal. É decorrente de uma das funções do bem jurídico que consiste em estabelecer garantias ou limites para o exercício do direito de punir do Estado. Assim, o Direito Penal, além de proteger

²³ Art. 13 do CP: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

²⁴ Art. 17 do CP – Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime (crime impossível).

²⁵ Para Grau (2005, p. 43), os princípios implícitos, embora não estejam literalmente expressos na Constituição Federal, possuem a mesma importância dentro do sistema jurídico, pois são inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional.

os bens jurídicos relevantes, só legitima a sua atuação se estes bens tiverem sido ofendidos²⁶.

Para Ferrajoli (2002, p. 384), o princípio da ofensividade:

Equivale a um princípio de tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário e, com isso, reforçar a sua legitimidade e fiabilidade. Se o direito penal é um remédio externo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradação à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícitos administrativos todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a “fraude de enriquecimentos”, consistentes em qualificar como “administrativas” sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais.

Batista (1990, p. 45), fazendo uma conexão entre o princípio da ofensividade e o bem jurídico aduz que: “Põe-se como sinal de lesividade do crime que o nega, revelando e demonstrando a ofensa. Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal e de outro a legitima”. No mesmo caminho, tem-se Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 563): “Para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico”, configurando “a afetação jurídica um requisito da tipicidade penal”.

²⁶ É de domínio público que a doutrina constitucional vive hodiernamente em um estado principiologicamente, sendo os princípios entendidos como um mandamento nuclear de um sistema. Para Bonavides (1998, p. 265), “são qualitativamente a viga mestra do sistema, o eixo da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição”. No mesmo sentido Barracho (1996, p. 106), para quem os princípios são uma espécie de fronteira do Direito que orientam e guiam os que realizam a tarefa de interpretação, tendo em vista que permitem a compreensão das normas jurídicas. Destarte, extraem-se dessas lições que os princípios não podem ser descurados quando do estudo de um caso concreto e aplicados quando necessários, notadamente por ser cediço que há muito tempo os princípios deixaram de ser uma norma subsidiária das regras, estando atualmente posicionados no ponto culminante da pirâmide normativa.

Tem razão Gomes (2002, p. 59) ao afirmar que o único modelo de Direito Penal compatível com a Carta Republicana é o de um Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão, de modo que os princípios da exclusiva proteção dos bens jurídicos e da ofensividade encontram-se intimamente vinculados, em que pese possuírem funções particularizadas. Acrescenta o autor que a função principal do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é a de delimitar uma forma de Direito Penal, o *Direito Penal do bem jurídico*. O princípio da ofensividade, por seu turno, expressa uma forma de compreender ou conceber o delito: o delito como ofensa a um bem jurídico. Dessa asserção, acentua-se que a teoria do fato punível fundada no mero desvalor da ação fica à margem dessa estrutura constitucional.

Alinhando-se a esse posicionamento, Gomes (2008, p. 3), assesta que:

O crime de posse ou porte de arma ilegal, em síntese, só se configura quando a conduta do agente cria um risco proibido relevante (que constitui exigência da teoria da imputação objetiva). Esse risco só acontece quando presentes duas categorias: danosidade real do objeto + disponibilidade, reveladora de uma conduta dotada de periculosidade. Somente quando as duas órbitas da conduta penalmente relevante (uma, material, a da arma carregada, e outra jurídica, a da disponibilidade desse objeto) se encontram é que surge a ofensividade típica. Nos chamados “crimes de posse” é fundamental constatar a idoneidade do objeto possuído. Arma de brinquedo, arma desmuniada e o capim seco (que não é maconha nem está dotado do THC) expressam exemplos de inidoneidade do objeto para o fim de sua punição autônoma.

Enfim, o princípio da lesividade ou ofensividade consiste na ideia de que o Direito Penal não pode incriminar qualquer conduta, senão tão-somente aquelas que lesionam ou põem em perigo o bem

jurídico que possua dignidade penal, ou seja, é exigido o mínimo de perigo concreto.

De relevância destacar que esse princípio não tem o condão de obrigatoriamente banir toda e qualquer situação de um risco de lesão a um bem jurídico. Entender em sentido contrário é admitir a hipótese de ser atípica a conduta do agente ser flagrado portando arma de fogo municada sem colocar em risco direto a coletividade. Tem razão Capez (2012, p. 1) ao lecionar que para a tipicidade dessa hipótese basta a realização da conduta, sendo desnecessária a avaliação subsequente sobre a ocorrência, *in casu*, de efetivo perigo à coletividade, uma vez que nos delitos previstos nos arts. 12 a 18 do Estatuto do Desarmamento não mencionam como elemento necessário à configuração típica, a prova da efetiva exposição de outrem a risco. Caso contrário, bastaria o autor dizer que portava arma de fogo municada em lugar onde não havia ninguém para se livrar da acusação. Com efeito, o princípio da lesividade tem como missão precípua a de temperar o rigor de uma presunção absoluta e inflexível.

Além do princípio da lesividade, a atipicidade da conduta desnatura-se quando ausente o princípio da disponibilidade. É que para a configuração do crime é imprescindível que o agente tenha consigo ou próximo de si os projéteis da arma de fogo do mesmo calibre para uso imediato.

Para Manzini (1919, p. 667), existem três fases no processo de materialização da disponibilidade de arma de fogo: 1ª) a arma deve ser apta para o uso (*possibilita di uso*); 2ª) objeto material deve ser levado de maneira que possa ser utilizado caso seja necessário (*possibilita di uso immediato*); 3ª) segundo a sua natureza específica (*possibilita di uso specifico*). Destarte, uma vez constatada a disponibilidade sobre o objeto, surgem as condições para que se materialize a ofensividade típica.

Nessa senda, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Lei das armas. Espingarda de fabricação caseira desmunicada. Residência em propriedade rural. Atipicidade da conduta pela ausência de afetação ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora. O crime imputado ao apelante tem por objetivo tutelar a incolumidade pública. No caso dos autos, o bem jurídico protegido pela norma penal

não chegou a sofrer qualquer ofensa em decorrência da ação do acusado, pois embora a perícia tenha constatado o funcionamento normal do mecanismo de disparo, a arma, que é de fabricação caseira e estava em mau estado de conservação, encontrava-se **desmuniada e sequer tinha ele, em casa, a munição apropriada, o que afasta a disponibilidade para o seu imediato uso, elemento indispensável à realização do tipo incriminador (...)** Recurso provido. (TJRJ, 3ª. Câm. Apel. 2002.050.05437, Rel. Des. Valmir de Oliveira Silva, unanimidade, julg. 18.03.2003). (grifo nosso).

A Primeira Turma do Excelso Supremo Tribunal Federal, apreciando RHC 81057, decidiu, por maioria, pela atipicidade do porte ilegal arma de fogo desmuniada, ante a ausência dos princípios da ofensividade e da disponibilidade. O então Ministro Sepúlveda Perence, discorrendo no seu voto sobre o princípio da disponibilidade, asseverou que:

No caso vertente, porém, é de arma eficaz, mas desmuniada. Estou – com os doutrinadores cujas premissas endosseï – em que, nessa hipótese, é preciso distinguir duas situações à luz do princípio da disponibilidade. Se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo. Ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica.

A Quarta Turma do Tribunal Regional Federal, julgando Apelação Criminal na data de 23 de março de 2012, continua a acolher o

entendimento do ex-ministro Sepúlveda Pertence quanto ao requisito da disponibilidade de uso imediato de projétil de arma de fogo:

Processo: ACR 2008.34.00.000777-4/DF; APELAÇÃO CRIMINAL. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO. Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ. Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Publicação: e-DJF1 p.861 de 23/03/2012. Data da publicação: 13/03/2012. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de Apelação, nos termos do voto do Relator. EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 14, DA LEI 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE. LESÃO OU PERIGO AO BEM JURÍDICO PROTEGIDO. NÃO CONFIGURADO. MANUTENÇÃO ABSOLVIÇÃO. 1. “No porte de arma de fogo desmuniçada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniçada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiação e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica. (STF - RHC 81057, Relator p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE) 2. O conjunto fático-probatório constante dos autos demonstra que a arma foi encontrada dentro da mala do réu, no compartimento de bagagens da aeronave, desmuniçada, e pela própria condição do apelado, profissional de segurança e sem antecedentes criminais - inexistente qualquer indício de que faria emprego da arma na prática de crimes. 3. Conquanto formalmente típico, o ato praticado

pelo réu é materialmente atípico, uma vez que a lesão ao bem jurídico não se mostrou relevante a ponto de ensejar a intervenção do direito penal, invocando a aplicação do princípio da lesividade.

4. Recurso de apelação improvido.

Destarte, se a arma de fogo desmuniçada for encontrada em poder do agente de maneira não ostensiva, sem possibilidade de carregá-la, não põe em risco concreto a incolumidade pública, presentes estão os princípios em alusão, de forma que não se pode cogitar da possibilidade de violação do bem jurídico protegido penalmente na forma de lesão ou mínimo perigo concreto de lesão. Nesse sentido, a recentíssima decisão do STJ, julgado em 16 de fevereiro de 2012:

PORTE. ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. MUNIÇÃO INCOMPATÍVEL. *In casu*, o paciente foi flagrado em via pública com uma pistola calibre 380 com numeração raspada e um cartucho com nove munições, calibre 9 mm, de uso restrito. Em primeiro grau, foi absolvido do porte de arma, tendo em vista a falta de potencialidade lesiva do instrumento, constatada por meio de perícia. Entendeu, ainda, o magistrado que não se justificaria a condenação pelo porte de munição, já que os projéteis não poderiam ser utilizados. O tribunal a quo deu provimento ao apelo ministerial ao entender que se consubstanciavam delitos de perigo abstrato e condenou o paciente, por ambos os delitos, a quatro anos e seis meses de reclusão no regime fechado e vinte dias-multa. A Turma, ao prosseguir o julgamento, após o voto-vista do Min. Sebastião Reis Júnior, denegando a ordem de habeas corpus, no que foi acompanhado pelo Min. Vasco Della Giustina, e o voto da Min. Maria Thereza de Assis Moura, acompanhando o voto do Min. Relator, verificou-se o empate na votação. Prevalecendo a situação mais favorável ao acusado, concedeu-se a ordem de habeas corpus nos termos do voto Min. Relator, condutor da tese vencedora, cujo entendimento firmado no âmbito

da Sexta Turma, a partir do julgamento do AgRg no REsp 998.993-RS, é que, “tratando-se de crime de porte de arma de fogo, faz-se necessária a comprovação da potencialidade do instrumento, já que o princípio da ofensividade em direito penal exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, não bastando a simples indicação de perigo abstrato.” Quanto ao porte de munição de uso restrito, apesar de tais munições terem sido aprovadas no teste de eficiência, não ofereceram perigo concreto de lesão, já que a arma de fogo apreendida, além de ineficiente, era de calibre distinto. **O min. relator ressaltou que, se a Sexta Turma tem proclamado que é atípica a conduta de quem porta arma de fogo desmuniçada, quanto mais a de quem leva consigo munição sem arma adequada ao alcance. Aliás, não se mostraria sequer razoável absolver o paciente do crime de porte ilegal de arma de fogo ao fundamento de que o instrumento é ineficiente para disparos e condená-lo, de outro lado, pelo porte da munição.** (Precedente citado: AgRg no REsp 998.993-RS, DJe 8/6/2009. HC 118.773-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16/2/2012). (grifo nosso).

3 CONCLUSÃO

O nó górdio da questão girou em torno da conduta do agente portar ilegalmente arma de fogo desmuniçada ser considerada crime em face do princípio da lesividade, o qual exige um dano efetivo ou um perigo real de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma. Ademais, se não há disponibilidade de municia-la, também não gera um perigo idôneo. Contrário a isso é o crime de perigo abstrato que prescinde de um resultado externo/concreto para que a conduta seja configurada crime.

A polêmica chegou aos tribunais e inicialmente as decisões eram variadas, de modo que não se tinha uma linha de direcionamento uniforme. Atualmente, percebe-se que a jurisprudência tanto dos tribunais superiores

quanto dos tribunais estaduais tendem a fechar a questão ao entendimento de que a conduta é típica, amoldando o tipo penal inserto no art. 14 do Estatuto do Desarmamento à natureza de crime de perigo abstrato.

Não se tem dúvida de que em um curto espaço de tempo a questão será sedimentada, até com a possibilidade de edição da súmula pelos tribunais superiores. Não se tem dúvida também de que tal posicionamento teve e tem como ponto de discussão os velhos e novos riscos que a própria sociedade criou por conta da revolução tecnológica que contemporaneamente se vive, trazendo consequências desastrosas que ainda não tem controle, gerando medo e incertezas e por corolário a inserção de tipos penais de natureza abstrata no ordenamento jurídico-penal, com apoio da mídia e de movimentos que falam a língua do Direito Penal máximo, com a falsa impressão de que a criminalidade será controlada com a antecipação do perigo, com uma forma de prevenção irreal.

Não se vê com bons olhos os chamados crimes de perigo abstrato por não ter simetria com o próprio sistema de garantias encartado na Constituição Federal.

A criação de crimes de perigo abstrato e a interpretação de tipos penais já positivados como de tal natureza não revela um modelo de política criminal eficaz para o controle da criminalidade, precipuamente por se destinar somente aos clientes do sistema penal seletivo. Por esse discurso, corre-se o risco de qualquer conduta que virtualmente possa ameaçar a um bem jurídico sem a menor necessidade de intervenção do Direito Penal ser criminalizada. Corre-se o risco da implantação de um Estado cada vez mais punitivo e controlador na era da sociedade do medo e vigiada por equipamentos eletrônicos cada vez mais sofisticados²⁷.

²⁷ Ver obra de George Orwell, intitulada “1984”. A essência da obra retrata, numa visão futurista muito próxima, o esfacelamento da democracia no mundo e, em especial, na Inglaterra, no ano de 1984, onde prevalece o regime totalitário pautado no tolhimento da liberdade do cidadão, que passa a ter seus passos, suas atividades, suas relações íntimas e até seu pensamento monitorado por avançados sistemas eletrônicos. É o controle absoluto do Estado na vida do cidadão. Ver também artigo de minha autoria intitulado, “O cidadão na era da liberdade vigiada por equipamentos eletrônicos e os direitos fundamentais inerentes”, publicado na Revista anual da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão “*Revista Juris Itinera*”, São Luís, n. 9, p.159-177, 2002 e na Revista Direito: Revista de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do UNICEUMA. Programa de pós-graduação em Ciências Jurídicas. São Luís, v.1, n.1, p.103-118, jul/dez. 2004.

Nessa senda, conclui-se que o porte ilegal de arma de fogo sem munição não poderá ser considerado crime, pois o bem jurídico tutelado não poderá ser atingido. É que não basta que o comportamento do agente esteja adequado aos requisitos estruturais do tipo, se não for possível identificar no objeto material da conduta uma efetiva potencialidade lesiva. De tal sorte, é necessário que a arma apreendida esteja devidamente municada ou com a possibilidade imediata de municia-la, idônea a acusar dano ou expor a perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma, em respeito aos princípios da lesividade e disponibilidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: código da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BIACHINI, Alice. **Pressupostos mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As Ciências Criminais do Século XXI, v. 7).

_____. **A concepção minimalista do direito penal**. Disponível em: <www.direitofba.net>. Acesso em: 8 ago. 2007

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CABRERA, Miclelle Gironda. **O direito penal do risco**. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 21 mar. 2009.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do processo de expansão do direito punitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, n. 87, p. 277-297, nov./dez. 2010.

CAPEZ, Fernando. **Porte de arma**: para crime, o estado do artefato não importa. Disponível em: <www.criminologia.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 24 abr. 2012.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Tradução por Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução por Ana Paula Zomer et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução por Raquel Ramalhe. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Ciências Criminais no Século XXI, v. 6).

_____. **Súmula do STF sobre porte de arma desmuniçada**. Disponível em: <<http://www.oquintopoder.com.br>>. Acesso em: 26 jun. 2008.

_____. **Recente decisão do STJ**. Disponível em: <www.atualidadesdodireito.com.br>. Acesso em: 23 abr. 2012.

_____. **A Constituição Federal e aos crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 14 maio 2012.

GRAU, Eros. **Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSNER, Mariana Quezado. **Consumação e tentativa ao crime de roubo**. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br>. Acesso em: 2 jun. 2009.

GUIMARÃES, Justino da Silva. **Direito penal e processual garantista**: das ideias à concretização. São Luís: Ampem, 2009.

HASSEMER, Winfried. Perspectiva de uma política criminal. In: _____. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: ESMP, 1993. (Estudos do Ministério Público, n. 7).

MANZINI, Vincenzo. **Tratato di diritto penale italiano**. Torino: Fratelli Bocca, 1919.

REZENDE, Reinaldo Oscar de Freitas Mundim Lobo. **Da rediscussão pelo Supremo Tribunal Federal da criminalização do porte de arma desmuniçada e o estatuto do desarmamento**. Disponível em: <www.jusnavegandi.doutrina>. Acesso em: 8 fev. 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As Ciências Criminais no Século XXI, v. 11).

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases críticas de direito penal**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. O controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da Lei nº. 9.099/95 sob a perspectiva criminológica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 411-411, jan./mar. 2000.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Característica de um direito penal do risco**. Disponível em: <www.jus2.com.br>. Acesso em: 21 mar. 2009.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, n. 86, p. 231-246, set./out. 2010.

VASCONCELOS, Mércia. **Sistema penal seletivo**. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 1 mar. 2012.

ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.



O ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL É INCONSTITUCIONAL?

*André Gonzalez Cruz **

Resumo: O presente artigo apresenta um estudo acerca da constitucionalidade ou não do art. 265 do Código de Processo Penal, mais precisamente no ponto em que estabelece a penalidade de multa ao defensor que abandonar o processo, salvo por motivo imperioso, comunicado previamente ao juiz.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Multa. Defensor. Abandono. Processo.

Abstract: This paper aimed to study about the constitutionality of art. 265 of the Code of Criminal Procedure, more precisely at the point in establishing the penalty of a fine on the defendant to abandon the process, except for compelling reason, previously communicated to the judge.

Keywords: Constitutionality. Fine. Defender. Abandonment. Process.

Muito se tem discutido atualmente se o art. 265 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, é inconstitucional ou não. Assim, antes de adentrar no mérito da questão, necessária a transcrição do referido dispositivo, *litteris*:

Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

§ 1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer.

§ 2º Incumbe ao defensor provar o impedimento

* Analista Ministerial e Assessor de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão.

até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato.

Cumpre destacar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs, perante o Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, protocolada sob o nº 4.398, requerendo a declaração de inconstitucionalidade do citado art. 265, no que diz respeito à multa prevista para o defensor que abandonar o processo, salvo por motivo imperioso, comunicado previamente ao juiz.

Entretanto, a Corte ainda não se manifestou definitivamente sobre a questão, estando os autos conclusos ao seu relator, Ministro Dias Toffoli, desde 29/09/2010.

Nesse diapasão, argumenta a OAB que a nova redação do art. 265 do Código de Processo Penal tornou a advocacia criminal um risco desmedido, tendo em vista que esta é a única previsão legislativa existente no país que dispensa, para aplicação de uma pena, todas as garantias constitucionais do cidadão.

Dessa forma, assinala que se trata, na verdade, de violação manifesta ao livre exercício da advocacia¹, porquanto retira da Ordem dos Advogados do Brasil o dever-poder de punir os seus inscritos², além de, sobretudo, prever a aplicação de pena sem o devido processo legal e sem assegurar ao profissional o exercício do contraditório e da ampla defesa, conforme dispõe o art. 5º, LIV³ e LV⁴, da Constituição Federal.

Aduz ainda que o dispositivo legal impugnado extrapola todos os padrões de razoabilidade e de proporcionalidade, pois a norma determina a aplicação de punição a um fato, presumidamente censurável,

¹ Art. 133 da Constituição Federal: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

² Art. 5º, XIII, da Constituição Federal: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

³ Art. 5º, LIV, da Constituição Federal: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁴ Art. 5º, LV, da Constituição Federal: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

sem que, para tanto, se instaure o devido processo legal e sem garantir a possibilidade de exercício do direito de defesa e do contraditório.

Assevera também que a sistemática adotada na novel redação do art. 265 do Código de Processo Penal autoriza a penação de advogado sem sequer ouvir a parte penalizada que, lembre-se, não é parte no processo em que se determina a condenação.

E, pior, a norma gera uma condenação absoluta decorrente de uma presunção *iuris tantum* de culpa, a qual não pode ser discutida previamente e nem revista em sede recursal, traduzindo-se evidentemente na negativa absoluta da garantia constitucional do devido processo legal, cuja outorga de poder ao magistrado para penação impulsiona arbitrariedades não compatíveis com as prerrogativas profissionais dos advogados.

A Ordem dos Advogados do Brasil pontua ainda que a expressão “abandonar o processo”, existente no dispositivo combatido, não recebeu do legislador a tipificação devida, nem direta ou indireta, não apresentando critérios objetivos e delimitadores da extensão da expressão, daí a inviabilidade de sua aplicação não pelo prudente arbítrio do julgador, mas sim pela arbitrariedade que congrega a possibilidade de penação sem o devido processo legal e sem garantir o contraditório e a ampla defesa.

Registra que a única forma de estimar o que significa “abandonar o processo” seria perquirir acerca da extensão gramatical do termo “abandono”, tendo-se, assim, 02 (duas) interpretações possíveis: no sentido absoluto ou no sentido relativo.

No seu sentido absoluto, o termo “abandono” seria “deixar, largar”, revelando a impropriedade de que o advogado não poderia se afastar fisicamente do processo, pois estaria “deixando-o” ou “largando-o”. E, portanto, mesmo que o “abandono” não fosse absoluto, mas momentâneo, incidir-se-ia a regra impugnada.

Isto, obviamente, jamais serviria para a aplicação da norma, pois representa uma condição irracional ao extremo e representaria a subversão da razoabilidade, sendo clarividente que o advogado não precisa andar com o processo sob sua guarda 24 (vinte e quatro) horas por dia.

Já quanto à compleição relativa da expressão “abandonar o processo”, a OAB frisa que esta revela a ideia de um desamparo total e absoluto do objeto, não com caráter momentâneo, mas definitivo, isto

é, redundante na ideia de uma desistência indevida e não comunicada ao juízo, com efeitos permanentes.

Assim, não é a situação da ausência a um ato processual que configura o dito abandono do processo. Talvez pudesse caracterizar, desde que comprovada a intenção dirigida ao desprezo, um abandono do ato, mas nunca da universalidade do processo, a qual é amparada pelo art. 265 do Código de Processo Penal.

A Ordem dos Advogados do Brasil conclui, nesse espectro, que o abandono não serviria para preencher o requisito da lei, pois a extensão da expressão “abandonar o processo” como simplesmente “abandonar um ato do processo” representaria franca interpretação extensiva, o que, em matéria de punição, é absolutamente vedado.

Ora, se fosse possível adotar tal interpretação extensiva e contrária à lógica, ainda assim se teria que admitir que a aplicação da expressão “abandonar o processo” exige voluntariedade, isto é, exige comportamento consciente e volitivo de inação ou de abandono, pelo fato de que este é dependente da vontade do agente e não se admite, pela própria natureza gramatical e de significância do verbo “abandonar”, que o mesmo se concretize, na prática, sem que o agente tenha a vontade dirigida para o abandono.

Destarte, consoante a OAB, cumpriria verificar em cada caso a existência do dolo direcionado ao ato, pressuposto incompatível com a aplicação da multa na forma sumária prevista no dispositivo vergastado, uma vez que não permite a verificação deste dolo.

Tal intento, segundo a inicial da ADI nº 4.398, só poderia ser verificado pela contumácia ou, talvez, pelo reconhecimento da intenção de não atuar, mas tais hipóteses não são verificáveis no momento em que se aplica a penalidade, e, a rigor, os critérios subjetivos de conveniência para a atuação do defensor no processo é matéria correlata ao atendimento pactuado entre o advogado e seu cliente, e, portanto, infere-se dentro da autonomia contratual da parte e nos critérios de conveniência da defesa.

O que importa ressaltar, nessa linha de raciocínio, é a impossibilidade de, no próprio ato em que o advogado não comparecer, o juízo ter qualquer espécie de ciência acerca das motivações de seu não comparecimento e, não tendo como ter ciência desta motivação, nem sendo onisciente, não pode saber se houve abandono do processo ou se houve

impossibilidade de comparecimento baseada em razões de força maior ou outra coisa qualquer.

E não havendo possibilidade de aferir, quando do multicitado ato, o elemento subjetivo que autorizou a conduta, o juiz só poderá proceder através de uma presunção, que, por expressa determinação constitucional, só poderá ser de inocência.

Alega a Ordem dos Advogados do Brasil que não socorreria a legitimidade da norma atacada o disposto no seu § 2º, que possibilita a justificação prévia – entenda-se até a instalação da audiência – das razões do não comparecimento, pois, por óbvio, isto não serviria para afastar a incidência do contraditório na formação da convicção da dita negligência do não comparecimento, tendo em vista que, até o momento da instalação da audiência, não há o que contraditar, ou seja, não se operou o juízo de presunção e até mesmo o suposto ato punível ainda não se concretizou.

Da mesma forma, nas hipóteses de força maior ou de erro justificável para o não comparecimento ao ato processual, a possibilidade de exercício do contraditório restaria prejudicada, ou seja, o retromencionado § 2º só visualiza causa pré-existente de motivação, desconsiderando as causas de impossibilidade que podem ocorrer em pouco tempo antes da audiência – e, por isto, não podem ser apresentadas até a sua abertura –, mas que são plenamente capazes de impossibilitar a presença do advogado no aludido ato. E cita como exemplo o caso do advogado que sofre um acidente a caminho da dita audiência, que não poderá justificar sua ausência até a instalação do ato.

Derradeiramente, sustenta que o art. 265 do Código de Processo Penal revela contrariedade ao art. 7º, IV⁵, parte final, da Constituição Federal, pois utiliza o salário-mínimo como fator de indexação para a multa, bem como que o dispositivo vergastado permite a aplicação de penalidade de forma concorrente ao contido na Lei nº 8.906/94, a qual

⁵ Art. 7º, IV, da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

dispõe sobre o Estatuto da Advocacia, haja vista que o art. 34, XI, desta última, estabelece infração disciplinar ao advogado que abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos 10 (dez) dias da comunicação da renúncia.

Assim, criam-se 02 (dois) subsistemas de punição aos advogados, retirando da OAB, contudo, a possibilidade de aplicação da penalidade em face do princípio da vedação do *bis in idem*, resultando violação ao art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

Entretanto, discorda-se de toda a argumentação expendida anteriormente pela Ordem dos Advogados do Brasil, conforme restará soberamente demonstrado abaixo.

Tal conclusão é chegada quando se analisa atentamente o que estipula o art. 265 do Código de Processo Penal e os regramentos contidos na Constituição Federal.

Cumprе ressaltar que, ao contrário do afirmado pela OAB, o juiz, quando da audiência em que ausente o defensor, não está obrigado a aplicar, de logo, a penalidade de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, o que implicaria violação manifesta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Como pontuou a Ordem dos Advogados do Brasil na ADI nº 4.398, a Lei nº 11.719/2008 promoveu significativas alterações nas disposições do Código de Processo Penal, destacando-se, dentre elas, a nova redação do art. 265, cuja essência normativa, contudo, não sofreu alteração substancial, eis que a redação anterior previa a apenação do defensor que abandonasse o processo, ao passo que a sua novel redação mantém esta mesma disposição.

Não obstante, registra a OAB que, muito embora já existisse tal regramento no ordenamento jurídico, não existiam notícias de sua aplicação, nem de condenação de advogado ao pagamento das multas que estipulava. É que na redação anterior o efeito prático consistia em autorizar o magistrado a não adiar a audiência ou o ato processual em face da ausência do advogado.

Desse modo, constata-se claramente que só proposta a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da interpretação dada pelos magistrados, em concreto, à novel redação do art. 265 do Código de Processo Penal, ou seja, no sentido de que o juiz deve aplicar a penalidade de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos ao

defensor que abandonar o processo, salvo por motivo imperioso comunicado previamente, já naquela audiência em que o mesmo não pode comparecer.

É cristalino que este resultado desvirtua completamente as garantias da ampla defesa e do contraditório. Todavia, em nenhum momento a norma atacada propugna que este deve ser o modo de proceder do magistrado.

No mais, constata-se que o regramento contido no art. 265, *caput*, do Código de Processo Penal, não restringe o ato de “abandonar o processo” à simples ausência do defensor à audiência, tendo em vista que este pode “deixar” ou “largar” o processo em qualquer momento processual, como, por exemplo, não ofertando as alegações finais.

Dessa forma, o que se tem em questão é a melhor interpretação conferida ao regramento infraconstitucional vergastado, o que é matéria afeita ao Superior Tribunal de Justiça, e não ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, sábia é a interpretação da expressão “abandonar o processo”, no seu sentido relativo, dada pela própria Ordem dos Advogados do Brasil, de que aquela revela a ideia de um desamparo total do objeto, não com caráter momentâneo, mas sim definitivo, isto é, redundando na ideia de uma desistência indevida e não comunicada ao juízo, com efeitos permanentes.

O Advogado-Geral da União se manifestou nesse sentido nos autos da ADI nº 4.398, em face do que dispõe o art. 103, § 3º, da Constituição Federal⁶, *in verbis*:

Não assiste razão ao requerente, pois sua pretensão tem por fundamento uma interpretação equivocada do artigo 265 do Código de Processo Penal, na redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei federal nº 11.719/08. A norma impugnada não impõe multa ao advogado que faltar a certo ato processual, mas àquele que abandonar o

⁶ Art. 103, § 3º, da Constituição Federal: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

processo de maneira injustificada, colocando em risco a defesa técnica do réu. Assim, não se pode confundir a ausência à audiência designada pelo juízo com o abandono do processo. Com efeito, o artigo 265 do Código de Processo Penal não impõe multa em razão de simples falta injustificada do advogado à audiência criminal de instrução ou de instrução e julgamento, conforme se infere de seus termos expressos. É preciso, de fato, que tenha havido o abandono da defesa pelo causídico, sem justificativa exposta ao juiz, de maneira a gerar risco para a própria atuação jurisdicional futura, que poderá ser questionada por obra da omissão do defensor. Essa omissão, como se sabe, pode revelar-se como estratégia torpe, dando azo à nulidade absoluta do feito por violação ao contraditório e à ampla defesa. É por essa razão que o *caput* do artigo 265 do Código de Processo Penal é claro ao não especificar qual tipo de ausência redundará na imposição da penalidade pecuniária, pois o que gera essa pena, na adequada interpretação do artigo, é o abandono injustificado do processo. Os §§ 1º e 2º do artigo 265 do Código de Processo Penal tratam, unicamente, de disciplinar as hipóteses de não comparecimento do advogado à audiência. Nos termos de referidos dispositivos, caso seja demonstrada a existência de justo impedimento para o seu comparecimento a referido ato, o juiz deverá adiar a audiência, privilegiando a defesa pelo advogado da confiança do réu (pois foi por este escolhido). Já no caso de ausência injustificada, o juiz deverá praticar o ato processual com a nomeação de defensor substituto. Nenhuma dessas situações, entretanto, é fato gerador da incidência da multa prevista no *caput* do artigo impugnado. Desse modo, somente o fenômeno processual do *abandono*, que se revela juridicamente muito mais grave do que a ausência a um ato processual específico, pode ensejar a multa definida no *caput* do artigo 265 do Código de Processo

Penal. O conceito de *abandono* do advogado no processo penal pode ser extraído, por analogia, do teor do artigo 60, inciso I, do Código de Processo Penal, que cuida da preempção por inação do querelante. A redação de referido dispositivo é similar, inclusive, ao texto do artigo 267, inciso III, do Código de Processo Civil, que cuida do abandono do autor em processos dessa espécie. Em ambos os dispositivos, dispõe-se que haverá abandono quando, por não promover os atos e diligências que lhe competem, o autor permanecer omissor por mais de 30 (trinta) dias. Assim, não existe ofensa à proporcionalidade, pois a garantia de segura prestação jurisdicional, na seara criminal, é um bem coletivo que justifica a aplicação da multa, no quantitativo legalmente definido. Trata-se de emanção do poder de polícia judiciária, em que o interesse coletivo deve sobrepor-se ao interesse individual do advogado que, com sua conduta desidiosa e intencional, põe em risco a validade da sentença vindoura. Também não se está diante de afronta ao princípio do amplo acesso à jurisdição, pois o artigo 265 do Código de Processo Penal objetiva, na verdade, proteger a segura prestação jurisdicional. A multa busca evitar, inclusive, a prescrição da pretensão punitiva estatal, pois processos que sejam declarados nulos, por falta de defesa técnica, não interrompem o efeito deletério do tempo. Por outro lado, verifica-se que o contraditório e a ampla defesa foram observados no procedimento definido pelo artigo em debate. A penalidade pecuniária somente será aplicada se o advogado colocar-se deliberadamente em posição omissa. A própria norma questionada assegura, antes de tudo, a possibilidade de manifestação do advogado, deferindo-lhe o poder de informação ao Judiciário sobre impedimentos e ausências forçadas. Estando razoavelmente justificada a falta, não haverá abandono e, conseqüentemente, não será aplicada multa.

Tal posicionamento, inclusive, completa-se ao parecer da Procuradoria-Geral da República naquela Ação Direta de Inconstitucionalidade, *litteris*:

O novo texto, cuja modificação, no ponto impugnado, esteve limitada à atualização do valor da multa, alinha-se ainda mais às orientações do processo penal na atualidade, especialmente aquelas que dizem com a razoável duração do processo e a defesa efetiva do réu. A norma, por outro lado, ao contrário do que propugna o requerente, vem em reforço ao art. 133 da CF, pois reconhece que a ausência reiterada e injustificada do advogado é circunstância que compromete de tal forma a administração da Justiça que merece ser sancionada. A incidência da multa, portanto, ocorrerá apenas – repita-se – em caso de abandono do processo. [...] A norma atende ao princípio da proporcionalidade em todas as suas vertentes: é adequada, porque tem em vista uma prestação jurisdicional célere, com a garantia de uma defesa efetiva; é necessária, como único meio efetivo de inibir a desídia de advogados e os prejuízos processuais daí decorrentes; e é proporcional, porque permite ao juiz no caso concreto, dentro dos limites legais, aplicar o *quantum* adequado à conduta que se busca imprimir. Convenhamos, ainda, que o valor que oscila de 10 a 100 salários-mínimos muito dificilmente levará um advogado à absoluta insolvência. De resto, as garantias do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da inafastabilidade do controle jurisdicional também serão observadas, na medida em que o advogado não está impedido de utilizar-se dos meios processuais disponíveis para impugnar a decisão que impõe a multa. Ante o exposto, o parecer é pela improcedência da ação.

Noutro giro, além de não conflitar com as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o art. 265 do Código de Processo Penal ainda se alinha com as orientações do moderno processo

penal brasileiro, no qual ganham destaque a efetiva defesa do acusado e a razoável duração do processo, capituladas, respectivamente, no art. 5º, LV e LXXVIII⁷, da Constituição Federal.

Assim, segue o Brasil a linha adotada no sistema norte-americano, no qual é dado ao juiz, segundo Barbosa Moreira (2001, p. 173), “no âmbito do chamado *criminal contempt power*, punir o advogado que deliberadamente viole os deveres para com o próprio órgão judicial”.

Mendonça (2009, p. 206-207) comunga desse mesmo raciocínio, conforme se vê a seguir.

No *caput*, manteve-se o dever de o defensor não abandonar o acusado, a não ser por motivo imperioso. O abandono de que está tratando o artigo em estudo é apenas o definitivo, ou seja, aquele em que o advogado se afasta do processo de maneira permanente. Não se está a cuidar da hipótese de ausência momentânea do advogado a determinado ato. A inovação fica por conta da necessidade de que esta comunicação seja prévia, ou seja, antes de abandonar a defesa do acusado, sob pena de pesada multa de 10 a 100 salários mínimos – valor este que foi atualizado –, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, inclusive perante a Ordem dos Advogados do Brasil. A necessidade de comunicação prévia visa evitar a ocorrência de eventuais nulidades, em razão de mácula ao direito de defesa. No entanto, entendemos que a atualização da multa visa, também, assegurar ao magistrado poderes para punir aquele causídico que se mostrar descompromissado com o Poder Judiciário, em sentido próximo ao *contempt of court*, do direito norte-americano. Nesta senda, não vislumbramos inconstitucionalidade no referido dispositivo, desde que instaurado um incidente, em que o advogado te-

⁷ Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

nha oportunidade para se defender, em atenção ao devido processo legal. Cumpre destacar que o art. 34 da Lei nº 8.906/1994 qualifica como infração disciplinar “abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia”, podendo o advogado, sem prejuízo da sanção prevista no presente artigo, sofrer sanções no âmbito disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil.

No mesmo sentido é a lição de Nucci (2008, p. 565), que assevera:

Por isso, a partir da edição da Lei 11.719/2008, o defensor pode abandonar o processo por motivo imperioso, *comunicando previamente o juiz*. Se a comunicação não for feita de antemão, fica sujeito a uma multa de 10 a 100 salários mínimos, sem prejuízo de outras sanções, como, por exemplo, de ordem administrativa (OAB). A fixação da multa deve observar a capacidade econômica demonstrada pelo causídico. Logicamente se a comunicação prévia for realizada, mas não se tratar de motivo *imperioso*, está-se burlando, do mesmo modo a lei, podendo o magistrado aplicar a multa supramencionada e dar continuidade aos trabalhos, nomeando substituto.

Observe-se ainda que tais autores afirmam também que a referida penalidade de multa é independente da possível apuração administrativa da Ordem dos Advogados do Brasil, o que vai de encontro ao sustentado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.398, de que o art. 265 do Código de Processo Penal representa violação manifesta ao livre exercício da advocacia, porquanto retira daquela Instituição o dever-poder de punir os seus inscritos, em face da vedação do *bis in idem*.

E isto se deve ao fato de que a referida penalidade de multa emerge como um instrumento colocado à disposição do juiz, para a garantia de uma eficiência prestação jurisdicional, não possuindo, assim, natureza disciplinar, e, portanto, nada interferindo na atuação da Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, o dispositivo atacado não viola os arts. 5º, XIII, e 133 da Constituição Federal.

Por último, quanto à alegação de que o art. 265 do Código de Processo Penal revela contrariedade ao art. 7º, IV, parte final, da Constituição Federal, tendo em vista que utiliza o salário mínimo como fator de indexação para a multicitada multa, também sem razão. Isto porque não existe impedimento legal à fixação de penas pecuniárias com base no salário-mínimo, mas exclusivamente a sua utilização como indexador de base de cálculo de vantagem ou para outros fins de natureza econômica que o constituam em fator inflacionante, como ressaltou a própria Procuradoria-Geral da República.

Tanto é verdade a supracitada assertiva que a Súmula Vinculante nº 04 do Supremo Tribunal Federal estabelece que, “salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão”, o que justamente não ocorre no caso da multa aplicada ao defensor pelo abandono do processo.

Caso assim não fosse, pontua o Advogado-Geral da União, as penas criminais pecuniárias, expressões do *jus puniendi*, jamais poderiam tomar como base o salário mínimo, que é levado em conta para a definição do dia-multa, conforme demonstrado no art. 49⁸, *caput* e § 1º, do Código Penal.

A questão da constitucionalidade do dispositivo vergastado já foi apreciada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tendo este se manifestado pela adequação à Constituição Federal, desde que o magistrado não aplique a mencionada multa quando da primeira audiência em que ausente o defensor, assinalando, assim, as balizas para a sua interpretação, como revelado abaixo em ordem cronológica.

Para aplicação da multa prevista no art. 265 do CPP, é preciso que o advogado seja ouvido sobre o motivo por que deixou de atuar no processo, em obediência ao princípio do contraditório⁹.

⁸ Art. 49 do Código Penal: “Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário”.

⁹ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2ª Seção, Mandado de Segurança nº 0014546-46.2010.4.01.0000/AC, rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, decisão unânime, julgado em 03/11/2010, DJ de 12/11/2010, p. 13.

1. “Não se vislumbra inconstitucionalidade do art. 265, caput, do CPP, ou ofensa aos princípios do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em se tratando de sanção de natureza processual, incluindo-se na esfera de discricionariedade regradada do juiz natural do processo, sendo exercidos a ampla defesa e o contraditório através da possibilidade de impugnar a decisão atacada por pedido de reconsideração ou mandado de segurança” (STJ - RMS 31966/PR, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), 5ª Turma, julgado por unanimidade em 14/04/2011, publicado no DJe de 18/05/2011).

2. No caso em comento, o ora impetrante, apesar de ter sido, por duas vezes, regularmente intimado, não apresentou as alegações finais nos autos do processo nº 2007.38.15.000903-5/MG e, além disso, não apresentou nenhuma justificativa, o que levou o MM. Juízo Federal a quo a aplicar-lhe multa no valor de 10 (dez) salários mínimos, por abandono de causa. Dessa forma, a decisão impugnada encontra respaldo no art. 265, caput, do CPP, que é expresso ao afirmar que “O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis”. 3. A decisão impugnada se encontra suficientemente fundamentada, não apresentando eiva de ilegalidade ou abuso de poder que pudesse justificar a concessão do writ. 4. Mandado de segurança denegado¹⁰.

¹⁰ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2ª Seção, Mandado de Segurança nº 0039346-07.2011.4.01.0000/MG, rel. Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, decisão unânime, julgado em 28/09/2011, DJ de 07/10/2011, p. 21.

1. Regularmente intimado, por 3 vezes consecutivas, num prazo de 4 meses, para a apresentação de alegações finais, só vindo a fazê-lo na quarta intimação e após aplicação de multa na forma do art. 265 do CPP, caracterizado está o abandono da causa. 2. Correta a aplicação de multa de 10 (dez) salários mínimos. 3. Segurança denegada¹¹.

I - A decisão que aplica multa ao advogado do réu por abandono da causa é impugnável por meio de recurso de apelação, a teor do disposto no art. 593, II, CPP. II - Caracterizado o abandono da causa pelo patrono do réu, por duas vezes, de forma injustificada, irretocável o decisum que aplicou ao recorrente multa ao recorrente, a teor do art. 265 do CPP. III - Não obstante a gravidade dos fatos, em face do abandono de causa criminal por advogado, mormente por se tratar de réu preso, o que permite a fixação da multa em patamar maior que o mínimo, inexistem outros fundamentos para a exasperação da multa aplicada, que varia entre 10 (dez) e 100 (cem) salários mínimos, em seu grau máximo. Redução da multa para 20 (vinte) salários mínimos. IV - Recurso em Sentido Estrito conhecido como apelação e parcialmente provido¹².

A matéria também já foi submetida à apreciação do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que se manifestou da mesma forma, conforme se vê fartamente descrito a seguir.

¹¹ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2ª Seção, Mandado de Segurança nº 0035418-48.2011.4.01.0000/MG, rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, decisão unânime, julgado em 26/10/2011, DJ de 18/11/2011, p. 11.

¹² Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 3ª Turma, Recurso em Sentido Estrito nº 2009.43.00.005217-6/TO, rela. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, decisão unânime, julgado em 10/11/2011, DJ de 18/11/2011, p. 379.

1 - Inexiste autorização para declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 265 do Código de Processo Penal sem afronta ao princípio da cláusula de “Reserva de Plenário” (art. 97 da CF/88). 2 – Não há necessidade de instauração de procedimento contraditório específico para aplicação de multa prevista no artigo 265 do CPP, eis que o contraditório e a ampla defesa estão resguardados pela possibilidade de oferecimento de recursos ou outras medidas de impugnação inerentes ao próprio processo, que se desenvolve sob o crivo do contraditório. 3 - Não se caracteriza o abandono da causa se não há a constituição regular dos causídicos para patrocínio da causa antes de sua intimação para realização do ato em relação ao qual se considerou a defesa inerte. 3 - A nomeação da Defensoria Pública da União para atuação na defesa de acusados não pode ser condicionada à verificação de sua hipossuficiência econômica. 4 – Ordem concedida, ressalvada a eficácia da multa aplicada posteriormente, que não foi objeto do presente writ¹³.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo MM. Juiz Titular da 1ª Vara Federal Criminal de Vitória/ES, que, nos autos da ação penal nº 2007.5001.013851-3, aplicou aos Impetrantes a multa prevista no artigo 265, caput, do Código de Processo Penal, no valor de R\$ 5.100,00 (cinco mil e cem reais), por não terem comparecido à audiência de instrução e julgamento. 2. A aplicação da multa prevista no artigo 265 do Código de Processo Penal é cabível ao advogado que abandona o processo. E o abandono de processo ocorre quando o advogado regularmente constituído deixa de promover os atos que lhe competem,

¹³ Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma, Mandado de Segurança nº 2009.02.01.011133-4/RJ, rel. Desembargador Julio Mansur (Juiz Federal convocado), decisão unânime, julgado em 27/01/2010, DJ de 01/03/2010, p. 89.

de maneira reiterada e definitiva, expressa pela ausência absoluta nos autos. 3. Constata-se que os Impetrantes deram regular seguimento à defesa do acusado no curso da Ação Penal originária, tendo, como se verifica às fls. 63/67, apresentado Alegações Finais defensivas. 4. Ainda que a justificativa para o não comparecimento à audiência não tenha sido aceita pelo magistrado a quo, trata-se de um fato isolado, inexistindo qualquer outro indicativo que demonstre desídia ou abandono da causa por parte dos Impetrantes, que prosseguiram na defesa de seu constituinte, impondo-se, por conseguinte, a concessão da segurança para cancelar a multa aplicada. 5. Segurança concedida¹⁴.

- A constitucionalidade do art. 265 é objeto da ADI nº 4398, mas não há medida cautelar deferida. - As garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa não são violadas pela imposição da multa prevista na novel dicção do art. 265 do CPP, que restringiu a aplicação dessa penalidade ao defensor que abandonar o processo sem justo motivo, pelo que exsurge evidente que existe espaço para a manifestação, em contraditório, do defensor sancionado. A inexistência de incidente processual específico para oportunizar a ampla defesa do advogado não significa que a aplicação da multa seja automática - A inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão (CRFB, art. 133) não é irrestrita, podendo ser contida nos limites da lei. - Não há previsão constitucional no sentido de a Ordem dos Advogados do Brasil deter a competência exclusiva para sancionar disciplinarmente advogado. A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº

¹⁴ Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, Mandado de Segurança nº 2010.02.01.015096-2/RJ, rel. Desembargador Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (Juiz Federal convocado), decisão unânime, julgado em 26/01/2011, DJ de 01/02/2011, p. 4.

2652/DF não acolhe o argumento da competência exclusiva. Ao contrário, explicita que advogados podem estar submetidos concomitantemente ao Estatuto da OAB e a outro regime jurídico. - O art. 14 do CPC não serve de parâmetro de comparação adequado, porquanto da sua aplicação estão expressamente excluídos os advogados, ao contrário do que ocorre com o art. 265 do CPP, destinado tão-somente a estes. ABANDONO DE CAUSA. INEXISTÊNCIA. FATO ISOLADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO PATROCINADO. - O abandono de causa capaz de justificar a aplicação da multa prevista no art. 265 do CPP demanda que o defensor regularmente constituído reiteradamente deixe de promover os atos necessários à defesa do acusado, não bastando uma única omissão - como o não comparecimento à audiência - para caracterizá-lo. - A ausência do advogado, sem motivo razoável, pode indicar desídia do profissional e, ainda, abuso do direito, na hipótese de restar configurado o interesse em atrapalhar a regular marcha processual e causar tumulto mediante a postergação de ato do processo, mas não configura, por si só, abandono de causa. - A inércia do advogado não influenciou na defesa da parte patrocinada, posto que sua manifestação, exigida pelo Juízo impetrado, destinava-se tão somente ao exercício da ampla defesa em relação à própria aplicação da multa questionada¹⁵.

E assim ainda foi o caso do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

1. Réu condenado pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária. 2. Recurso da defesa arguindo nulidade decorrente da nomeação de defensor ad hoc para apresentação de alegações

¹⁵ Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Mandado de Segurança nº 2011.02.01.003548-0/RJ, rel. Desembargador Federal Marcello Ferreira de Souza Granado (Juiz Federal convocado), decisão unânime, julgado em 21/06/2011, DJ de 01/07/2011, p. 124-125.

finais, sem intimação prévia do réu para constituir novo defensor. 3. Nulidade patente. Constatado o abandono de causa por parte do defensor constituído, a providência adequada era determinar a intimação do réu para lhe dar ciência do ocorrido e a chance de constituir um novo defensor, de sua confiança e em prazo razoável. Ao nomear diretamente o defensor para o ato de apresentação de alegações finais, o MM. Juízo incorreu em nulidade, violando o artigo 263 do CPP, nos termos do artigo 564, IV, do mesmo Estatuto, revelando-se inequívoco o prejuízo diante da condenação do apelante. 4. Reiterados precedentes do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a nulidade em situações análogas. 5. Por outro lado, comprovado o abandono de causa pelo anterior causídico, impõe-se a aplicação de multa, nos termos do artigo 265 do CPP, em valor que seja compatível com a fase processual e com a importância do ato omitido. Neste caso concreto, tratando-se de alegações finais de defesa, peça de maior relevância no processo penal, por ter o condão de definir os rumos do feito e sem a qual não se pode dar cabo do procedimento, gerando maior lentidão no processamento e relativa demora para sua ausência ser devidamente equacionada pelo condutor do processo, a multa deve ser de 50 salários mínimos, vigentes à época do abandono, corrigidos monetariamente. 6. Feito anulado a partir, inclusive, da nomeação da defesa ad hoc, com a urgente baixa dos autos ao Juízo monocrático, cabendo aos atuais defensores constituídos a apresentação das alegações finais, para a prolação de nova sentença. 7. Preliminar de nulidade acolhida. Aplicação de multa por abandono do processo. Expedição de ofício à Procuradoria da Fazenda Nacional. Exame do mérito recursal prejudicado¹⁶.

¹⁶ Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1ª Turma, Apelação Criminal nº 0009574-07.2003.4.03.6181/SP, rel. Desembargador Federal Alessandro Diaferia (Juiz Federal convocado), decisão unânime, julgado em 10/04/2012, DJ de 18/04/2012.

Outro não é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, como demonstrado abaixo.

1. A correção parcial não é meio processual adequado a atacar decisão que impõe a aplicação da multa prevista no artigo 265 do Código de Processo Penal. 2. Recebimento da correção parcial como mandado de segurança. Aplicação do princípio da fungibilidade. 3. A adequada interpretação do instituto do abandono do processo, preceituado no artigo 265 do Código de Processo Penal, reclama animus de definitividade, ocorrente na hipótese em que o advogado abstém-se de promover, à míngua de motivo imperioso, os atos e diligências que lhe competiam durante o curso processual de maneira reiterada, que se expressa pela absoluta ausência nos autos, demonstrando a vontade de não atuar em favor do mandante. É situação excepcional que exige o elemento subjetivo de desídia na condução defensiva do feito, em manifesto prejuízo do constituinte, já em vistas de se tornar indefeso, para só então cogitar-se da aplicação da sanção pecuniária correspondente, até mesmo porque contemplativa de altos patamares valorativos, que devem ser sopesados com prudência para que não sejam excedidos os limites da razoabilidade. 4. Caso em que, na conjectura do feito, não há lugar para um juízo categórico que abone o cabimento da medida adotada. Nada obstante a ausência injustificada à audiência, recobrou o advogado a condução do processo, apresentando alegações finais, minimizando ou mesmo impedindo, com essa postura, eventuais prejuízos ao seu constituinte, a atestar que não houve afastamento definitivo em relação ao patrocínio da causa penal¹⁷.

¹⁷ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 8ª Turma, Correção Parcial nº 2009.04.00.042906-8/SC, rel. Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus, decisão unânime, julgado em 09/06/2010, DJ de 17/06/2010.

E não foi diferente no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, *litteris*:

1-Preliminar, arguida pela Defensoria Pública da União, representante do acusado, de necessidade de aplicação da penalidade de multa ao advogado constituído em face do abandono da causa, prevista no Artigo 265 do Código de Processo Penal, bem como no Artigo 34, XI, da Lei nº 8906/94 (Estatuto da OAB). 2-Inexiste desídia, por parte do causídico constituído, pelas próprias peculiaridades ínsitas a um processo penal com réu preso, estrangeiro (norte americano), sem falar o nosso idioma. 3-Ademais, referido causídico, na oportunidade da intimação do acusado do teor da sentença condenatória, protocolizou petição pugnando pela apresentação das razões recursais, nesta instância (CPP, Art. 600, § 4º), ato processual que foi concluído por defensor público, nomeado pelo juízo, em face de o réu, apesar de intimado, não ter constituído outro causídico, o que afasta a tese de ocorrência de prejuízo ao réu¹⁸.

Entretanto, mais valiosa ainda é a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça à matéria, tendo em vista que é sua função tutelar a unidade do direito federal.

1. Não é lícito ao Advogado abandonar sem justo motivo previamente comunicado ao Juízo, o patrocínio da causa, no momento da realização de ato processual ao qual, devidamente intimado, deve comparecer, por configurar, *prima facie*, menoscabo às atividades do Poder Judiciário, nas quais desempenha função essencial e insubstituível (art. 133 da Carta Magna). 2. Não se deve confundir a ausência a determinado ato processual com o

¹⁸ Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 1ª Turma, Apelação Criminal nº 200881000035768/CE, rel. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, decisão unânime, julgado em 01/10/2009, DJ de 12/02/2010.

abandono do processo, tal como previsto no art. 265 do CPP (redação da Lei 11.719/08), tanto que cumpre ao Juiz, em tal hipótese, se for o caso, nomear defensor substituto, como dispõe o art. 265, § 2º do CPP (redação da Lei 11.719/08), mas sem afastar a atuação do causídico em atos processuais futuros. 3. A aplicação de qualquer sanção, ainda que de cunho administrativo, mas com reflexo patrimonial, se sujeita aos rígidos padrões de procedimento que integram o *due process of law* (justo processo jurídico), que não admite a noção de responsabilidade objetiva por ato infracional disciplinar, a exigir a devida apuração de sua prática e do correspondente contexto circunstancial em que ocorreu, haja vista o disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º. da Constituição Federal. 4. Cabe ao Juiz prover medidas de pronta eficácia para impedir delongas processuais, inclusive suscitando ao órgão de classe dos Advogados a adoção de sanções administrativas, mas deve abster-se de exercer diretamente essa atividade de controle disciplinar. 5. Recurso a que se dá provimento, para conceder a ordem de segurança¹⁹.

1. Intimado para comparecer à audiência de interrogatório do acusado, deixou o patrono de fazê-lo, sem justo motivo, comprometendo o bom andamento do processo e a ampla defesa do réu, impondo, assim, a aplicação da penalidade de multa prevista no art. 265, caput, do CPP. 2. Não se vislumbra inconstitucionalidade do art. 265, caput, do CPP, ou ofensa aos princípios do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em se tratando de sanção de natureza processual, incluindo-se na esfera de discricionariedade

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32742/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, decisão unânime, julgado em 15/02/2011, DJ de 09/03/2011.

regrada do juiz natural do processo, sendo exercidos a ampla defesa e o contraditório através da possibilidade de impugnar a decisão atacada por pedido de reconsideração ou mandado de segurança. 3. Evidenciada a ausência de ofensa a direito líquido e certo do advogado, ora recorrente, refoge à via mandamental determinar a suspensão da multa arbitrada. 4. Recurso Ordinário a que se nega provimento²⁰.

1. Prevê o art. 265, caput, do Código de Processo Penal, que “[o] defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis”. 2. No caso, as próprias Recorrentes, em suas razões, revelam que deixaram de atender a dois chamados judiciais para apresentarem peça defensiva, sequer esclarecendo ao Juízo que o Réu havia dispensado seus serviços. 3. Restando claro que não havia notícia nos autos de que as Recorrentes foram dispensadas pelo Réu de patrocinarem sua defesa, não há como infirmar o fundamento correto da Juíza a quo de intimar as Advogadas para praticar ato processual, sob pena de multa. As Recorrentes não atenderam, ainda, à determinação de que, ao deixar de defender causa criminal, o Causídico comunicará previamente ao Juiz. 4. Quanto à alegação de que não lhes teria sido oportunizado o exercício do contraditório, antes de que a multa por abandono de causa fosse aplicada, mencione-se, inicialmente, que a Jurisprudência desta Turma ainda é vacilante no ponto.

²⁰ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31966/PR, rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado), decisão unânime, julgado em 14/04/2011, DJ de 18/05/2011.

Em sentidos opostos, os recentes julgados: RMS 31.966/PR, Rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU - Desembargador convocado do TJ/RJ -, DJe de 18/05/2011 e RMS 32.742/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 09/03/2011. 5. Entretanto, na espécie, tal discussão é completamente desinfluyente à solução da controvérsia, pois as Recorrentes foram expressamente intimadas e advertidas pela Juíza monocrática de que, se repetissem a omissão de não se manifestarem nos autos, estariam sujeitas à pena de multa a que se refere o art. 265, caput, do Código de Processo Penal. Não resta configurada, assim, qualquer ofensa ao due process of law. 6. Recurso desprovido²¹.

Atente-se para o fato de que, nas decisões transcritas em que a segurança fora concedida, nunca se declarou a inconstitucionalidade do art. 265 do Código de Processo Penal – o que não poderia ser realizado, em face das mesmas terem sido proferidas por órgãos fracionários das respectivas Casas de Justiça e da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97²² da Constituição Federal –, mas tão-somente se deu a interpretação mais escorreita ao entelado dispositivo.

Dessa forma, verifica-se, com clareza solar, que todos os Tribunais Regionais Federais, bem como o Superior Tribunal de Justiça, entendem como constitucional o art. 265 do Código de Processo Penal, e que somente deve ser aplicada a respectiva multa quando o defensor manifestar, através de seus atos, o intuito de abandonar o processo, conferindo-se o contraditório e a ampla defesa, como anteriormente defendido.

²¹ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31178/RS, rel. Min. Laurita Vaz, decisão unânime, julgado em 20/03/2012, DJ de 29/03/2012.

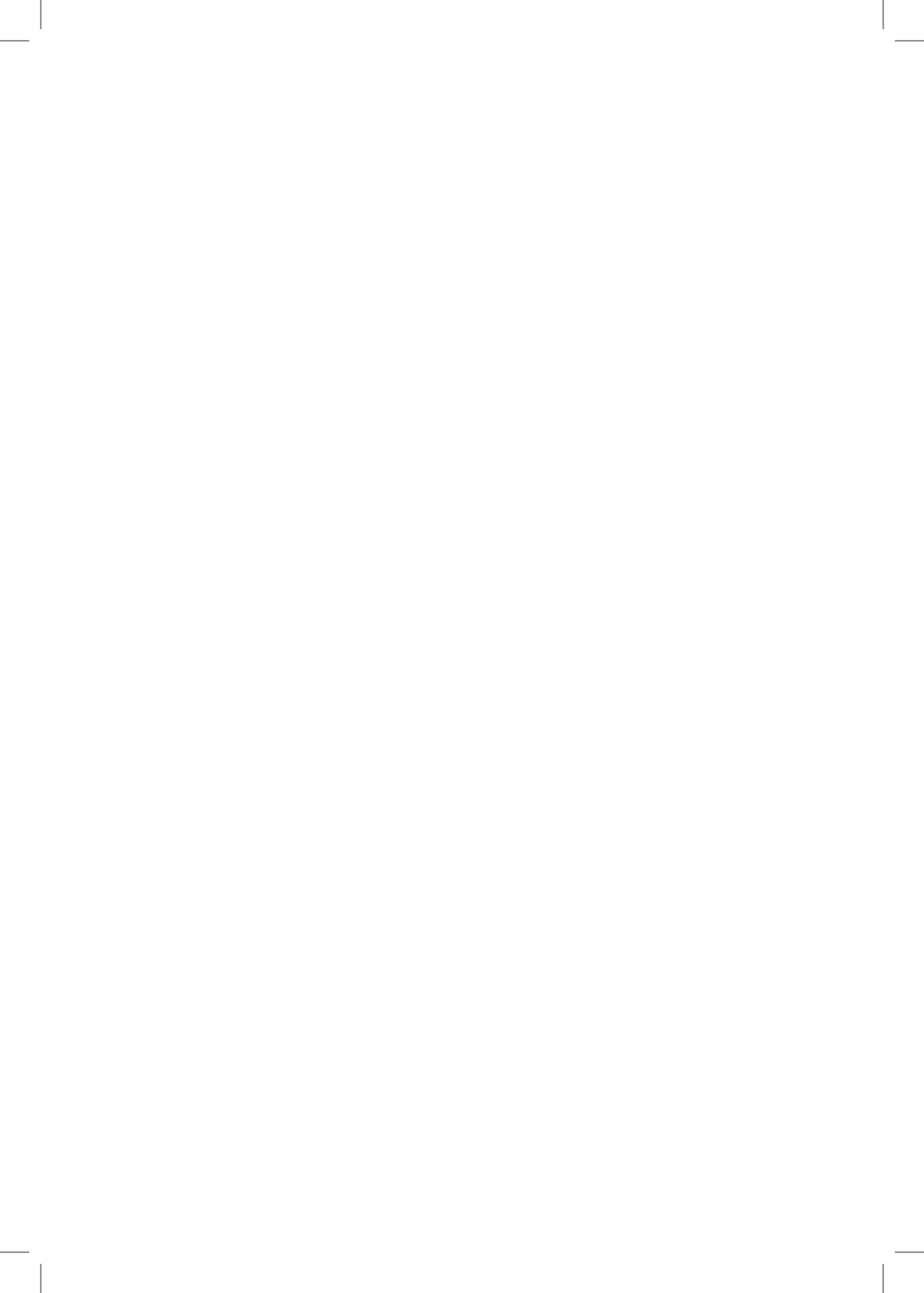
²² Art. 97 da Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



A NECESSIDADE DE ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO OS JOGOS DE AZAR, O TERRORISMO E A DELAÇÃO PREMIADA

*Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro**

Resumo: O presente artigo visa, a partir de uma análise histórica do contexto em que foi instituído o Código Penal Brasileiro – no final de 1940 –, demonstrar que se trata de uma legislação inadequada para a atual época e que, portanto, merece sofrer adaptações à Constituição da República de 1988 e aos tratados e convenções internacionais, tal qual vem sendo o objetivo da Comissão constituída pelo Senado Federal. Dentre as sobreditas adaptações, destacam-se, neste trabalho, a criminalização de jogos de azar (atualmente considerados apenas contravenções penais), a tipificação do terrorismo e a previsão da delação premiada, pontuando-se os posicionamentos da aludida Comissão e da subscritora.

Palavras-chave: Código Penal Brasileiro. Comissão do Senado Federal. Jogos de azar. Terrorismo. Delação premiada.

Abstract: This article aims, from a historical analysis of the context in which it was established the Brazilian Penal Code – the end of the year 1940 – show that it is an inadequate legislation for the current period and, therefore, deserves to suffer adaptations the Constitution of 1988 and the international treaties and conventions, as it has been the finality of the Committee constituted by the Senate. Among the aforesaid adjustments, stand out in this work, the criminalization of gambling (currently only considered criminal misdemeanors), the characterization of terrorism and prediction of plea bargaining, pointing to the positions of such a Committee and the underwriter.

Keywords: Brazilian Penal Code. Committee of the Senate. Gambling. Terrorism. Plea bargaining.

* Procuradora de Justiça do Estado do Maranhão. Artigo publicado no livro *Ministério Público: o pensamento institucional contemporâneo*, organizado pelo CNPG, em 2012.

O Código Penal Brasileiro foi instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, tendo somente entrado em vigor no dia 1º de janeiro de 1942. Trata-se de legislação inspirada no famoso Código Rocco ou Código Italiano.

Nesse período, ocorria uma extensa crise política, econômica e social, o aumento da criminalidade, a iminência de uma guerra mundial, além da necessidade de repressão social, em face da instauração de um regime ditatorial.

Assim, segundo Andrade (1997), os agentes a serem criminalizados foram definidos, de forma consciente ou não, com base em critérios segregacionistas, os quais tinham por objetivo a alienação de indivíduos não desejáveis e que orientam a criação das leis penais de forma direta, com a definição dos bens jurídicos a serem protegidos e as condutas definidas como criminosas.

Desse modo, ainda segundo a referida autora, a lei penal é, acima de tudo, um instrumento de controle social, o que é facilmente verificado em uma rápida análise da legislação penal, que apresenta medidas enérgicas na tentativa de conter as condutas usualmente relacionadas a grupos e classes sociais marginalizadas, as quais precisam ser controladas.

A esse respeito, Zaffaroni (2007, p. 36) assinala:

As dificuldades eram criadas sempre pelos indesejáveis que reincidem em comportamentos de menor gravidade ou que, simplesmente, se manifestam de forma indisciplinada. Estes seriam os inimigos ou estranhos mais complicados, pois requerem vigilância, uma vez que, aos olhos do poder, são sempre potencialmente perigosos. As dificuldades foram acentuadas com o crescimento das cidades e o conseqüente enfraquecimento do controle social rural, espontâneo e estrito; se, no começo, também os indesejáveis era eliminados, o caráter gregário do ambiente urbano, que além disso favorece a circulação de informações, foi pouco a pouco tornando mais difícil o apelo a esse método: não só aqueles indesejáveis tendiam a aglutinar-se e multiplicar-se como a população dificilmente toleraria a matança indiscriminada e em massa.

Nessa linha de raciocínio, assevera Andrade (1997), são previstas penas exemplares para os crimes contra o patrimônio individual, enquanto que para os crimes característicos das classes sociais dominantes, tais como a corrupção, evasão de divisas e sonegação fiscal, se aplicam medidas brandas, que não levam em consideração o dano causado pelo autor e/ou a quantidade de pessoas lesadas.

Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 194) tecem as seguintes considerações a respeito do Código Penal de 1940:

O código de 1940 possui uma parte especial ordenada da mesma maneira que apresentava o projeto Galdino Siqueira, ou seja, encabeçada com os delitos contra a pessoa, mas com uma estrutura decididamente neoidealista, própria do código italiano de 1930. É um código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de “medidas de segurança” pós-delituosas, que operavam através do sistema “duplo-binário” ou da “dupla via”. Através deste sistema de “medidas” e da supressão de toda norma reguladora da pena no concurso real, chegava-se a burlar, dessa forma, a proibição constitucional da pena perpétua. Seu texto corresponde a um “tecnismo jurídico” autoritário que, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas (própria do Código Rocco), desemboca numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de “indesejáveis” [...].

Não obstante, hoje em dia, os tempos são outros, pois passados mais de 70 (setenta) anos da entrada em vigor do Código Penal, máxime os mais de 50 (cinquenta) atos normativos que modificaram o seu conteúdo, tal diploma não traduz os anseios da sociedade, necessitando de ajustes à orientação da conduta atual dos cidadãos.

Nesse espectro, a Parte Especial do Código Penal é a que apresenta maior descompasso social e é objeto de críticas ferrenhas dos estudiosos da matéria, na medida em que a sua Parte Geral foi revisada integralmente pela Lei nº 7.209/1984, apesar de o referido

trabalho ter sido iniciado desde 1961, pelo Presidente Jânio Quadros. Todavia, esta última guarda algumas incongruências e, por isso, também merece revisão.

Para tal desiderato, o Senado Federal constituiu, no final do ano de 2011, uma Comissão formada por juristas, sendo esta presidida pelo Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, e tendo como objetivo primário a adaptação do Código Penal à Constituição Federal de 1988 e aos tratados e convenções internacionais, no âmbito penal, dos quais o Brasil é signatário.

Em entrevista concedida ao “Consultor Jurídico”, Dipp (2012) esclareceu que o primeiro parâmetro adotado pela Comissão foi que nenhum tabu seria deixado de lado, partindo para o enfrentamento de todas as questões necessárias, isto sem levar em consideração o seu potencial de polêmica, nem que fosse para chegar a um determinado ponto e reconhecer que certo tipo penal não seria oportuno de ser criado ou modificado.

O referido Ministro afirma ainda que a segunda diretriz do trabalho é fazer do Código Penal o centro do sistema penal brasileiro, principalmente na Parte Especial, deixando naquele apenas as condutas que são realmente lesivas à sociedade, e cita como exemplo de lei defasada a que define os crimes de colarinho branco, tendo em vista que as penas lá previstas são muito pequenas, tanto é que existem vários condenados por esses crimes, mas ninguém é preso. Assim, estão trazendo para o Código Penal a lei dos crimes ambientais, de lavagem de dinheiro, a que tipifica organizações criminosas, a de abuso de poder, as que definem crimes de trânsito, dentre outras.

Quanto à questão da elevação da pena, Dipp assinala que a supracitada Comissão chegou a debater a respeito, mas não chegou a deliberar, e ressalta que foram recebidas propostas para que a pena máxima fosse aumentada para 40 (quarenta) ou 50 (cinquenta) anos, mas a tendência é manter os 30 (trinta) anos atuais.

Segundo informa, dados mostram que houve mais de 2.500 (duas mil e quinhentas) manifestações de pessoas com sugestões feitas no site do Senado e que 90% das manifestações populares são pelo endurecimento das penas, em vista da questão da segurança pública e da sensação da impunidade. Contudo, assinala a possibilidade de endurecer algumas coisas, mas tem que haver alguma concorrência de todos os órgãos da segurança

pública para aplacar a sensação de impunidade, senão não adianta, pois o aumento da pena não é garantia de punição e o aumento da criminalidade se dá pela certeza da impunidade, a qual deve ser combatida com polícias mais bem aparelhadas, polícias técnicas, salários melhores de policiais, preparo, Ministério Público mais eficaz e Judiciário mais ágil.

No cotejo dessa reforma, foi aprovada uma proposta para criminalizar a exploração dos jogos de azar, atualmente considerado apenas como contravenção penal. O anteprojeto de lei vai enquadrar como crime, com pena de 01 (um) a 02 (dois) anos de prisão, quem explorar a atividade sem autorização do Estado.

Antes de adentrar no mérito da questão, vale destacar que o capítulo que cuida dos jogos de azar no Decreto-Lei nº 3.688/1941, que dispõe a respeito da Lei das Contravenções Penais, para Sznick (1991), objetiva à proteção aos bons costumes e à moralidade da sociedade, bem como a proteção ao trabalho.

Analisando a referida infração penal, Nucci (2007) aduz que o seu objeto material é o jogo de azar e o seu objeto jurídico são os bons costumes. Assim, a ideia ainda prevalente é manter as pessoas afastadas desse tipo de jogo, que não depende de habilidade para ganhar (como, por exemplo, os jogos esportivos), mas de mera sorte.

Sznick (1991) explica que jogo de azar é o que depende da sorte e o fator risco é o mais importante. São jogos de onde intervém o fortuito e o acaso. Não é de azar quando depende da habilidade, da força (física) ou do cálculo (mental).

Nesse prisma, necessário ressaltar que Nucci (2007, p. 192) entende que os jogos de azar não devem mais ser considerados como infração penal, *in verbis*:

Não há mais sentido em se manter vigente a contravenção do art. 50 desta Lei por variadas razões. Em primeiro plano, invocando o princípio da intervenção mínima, não há fundamento para o Estado interferir, valendo-se do Direito Penal, na vida privada do cidadão que deseja aventurar-se em jogos de azar. O correto seria regularizar e legalizar os jogos, afinal, inúmeros são aqueles patrocinados pelo próprio Estado, como loterias em geral, além de constituírem uma realidade as ca-

sas de bingo. Em segundo lugar, havendo a previsão da contravenção e inexistindo, ao mesmo tempo, punição efetiva a todos aqueles que exploram esse tipo de jogo – e são vários – não há eficiência para o Direito Penal, que somente se desmoraliza, gerando o malfadado sentimento de impunidade. Parece-nos, pois, dispensável esta infração penal, que se realiza, muitas vezes, na via pública, à luz do dia, na frente de fóruns e delegacias de polícia, sem qualquer providência eficaz do Estado.

Em sentido contrário, Leite (1976, p. 272) afirma:

O jogo é universal, tem base na natureza humana. O homem joga para se divertir, para desenvolver sua musculatura, para competir e por mera cobiça. Há no jogo atividades louváveis e atividades viciosas, prejudiciais à sociedade que, estimulando as primeiras, procuram eliminar as segundas. Como vício “desorganiza o trabalho, exalta a imaginação, favorece os maus desígnios, aguçava a cupidez, avilta o caráter, entretém a ociosidade, gera a ruína, motiva os crimes mais graves, sobretudo contra o patrimônio, as falsidades, as chantagens, os peculatos e, por fim, insensibiliza, corrompe, degrada” (José Duarte, *Comentários à Lei das Contravenções Penais*, pág. 490). Atacando o problema, nossa legislação procura localizar o jogo, eliminar suas formas mais perniciosas e perseguir o imoral explorador do vício. Perniciosos por sua natureza, os jogos de azar deixam sempre vasto campo aos aproveitadores da fraqueza alheia.

Sznick (1991) destaca ainda os malefícios do jogo justamente pela ilusão de ganhos rápidos e sem muito esforço. Além das já conhecidas consequências, o jogo avilta, empobrece e degrada, pois leva o rico à pobreza e o pobre à miséria; e junto com a miséria o desamparo à família.

No início dos debates da referida Comissão, o jurista Luiz Flávio Gomes havia proposto acabar com a criminalização de qualquer atividade ligada ao jogo, sob o argumento de que se estaria sucumbindo

a uma manifestação midiática e que, se o jogo está atrelado ao crime organizado, deve-se punir apenas o crime organizado e não quem explora a atividade ou apenas joga.

Entretanto, Gilson Dipp discordou de tal entendimento, pois não se pode desconhecer a realidade que o jogo do bicho e as máquinas caça-níqueis estão atraindo até máfias internacionais, bem como que a atividade está também associada a outros crimes, tais como homicídios, lavagem de dinheiro, corrupção e tráfico de drogas.

Destarte, foi debatido um meio-termo, com a proposta de criminalizar só quem explora a atividade, mas sempre acrescida, no caso concreto, das penas de outros crimes conexos, porque eles não são praticados isoladamente, retirando, inobstante, o jogador da possibilidade de cometimento da dita infração penal.

Em que pesem as críticas de Streck (2012), no sentido antes defendido por Luiz Flávio Gomes, entende-se que extremamente salutar o enquadramento dos jogos de azar como crime, e não mais como mera contravenção penal, elevando-se, inclusive, o seu apenamento, pois, como ressaltado anteriormente, a lei penal é, acima de tudo, um instrumento de controle social, e a sociedade brasileira atual não tolera mais esse tipo de conduta, a qual, em geral, está associada a crimes mais graves e, sobretudo, patrocina as organizações criminais, nacionais e até internacionais.

Outra salutar proposta deliberada e aprovada pela multicitada Comissão é a tipificação do terrorismo, o qual é basicamente causar terror à população mediante o carregamento de explosivos, explosão de estações, estádios, promoção de incêndios etc., ou seja, tudo aquilo que cause um verdadeiro terror na população (DIPP, 2012), com a pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de prisão. Há também a previsão da revogação da Lei de Segurança Nacional, criada em 1983 e utilizada até o momento para enquadrar práticas terroristas.

No ponto, não se concorda com aqueles que argumentam que a referida tipificação não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio e que isto somente teria ocorrido em virtude das pressões de conteúdo norte-americano, pois, além de o Brasil já ter assinado vários tratados internacionais nesse sentido, sediará, em breve, eventos de grande porte, como a Copa das Confederações, a Copa do Mundo e as Olimpíadas.

E nem se diga que tais eventos são passageiros e que, por tal motivo, não se justificaria uma alteração legislativa criminalizando o terro-

rismo, pois o Brasil já se inseriu, no contexto internacional, como país de grande economia e mercado, podendo, assim, sofrer um ato de terrorismo a qualquer tempo, muito embora adote uma postura muito comedida quanto a determinados assuntos polêmicos de ordem mundial.

Por fim, também quanto à tipificação do terrorismo, necessário ressaltar a existência de alguma resistência a respeito, em vista de uma certa dose de vagueza na sua conceituação, com o medo da criminalização dos movimentos sociais. Todavia, isto não mais se justifica em virtude da cláusula de exclusão com o seguinte teor, aprovada pela supramencionada Comissão: “não consistem atos de terrorismo aqueles atos sociais ou reivindicatórios mediante ações compatíveis com a sua finalidade”.

No que diz respeito à delação premiada, derradeiramente, discorda-se do entendimento, formado pela citada Comissão, de que aquela tem relação exclusiva com métodos modernos de investigação e meios de prova e, assim, não seria matéria para o Código Penal, mas sim para lei especial.

Tal conclusão é chegada porquanto não é menos verdade que a delação premiada tem estreita relação com a redução de pena, o perdão judicial e a aplicação de regime penitenciário, bem como pelo fato de que, conforme assinalado por Silva (2011), o instituto vem sendo previsto em leis especiais sem nenhuma sistematização, gerando dúvidas prejudiciais à sua consolidação como verdadeiro instrumento eficaz de combate às organizações criminosas.

Entretanto, crítica mais forte é dirigida ao silêncio acerca da possibilidade de o Ministério Público realizar acordos com investigados, acusados e até condenados quanto à questão da delação premiada, que possuiria força vinculativa ao magistrado.

Se o sistema acusatório se caracteriza pela distribuição de funções muito bem delineadas entre vários atores, assumindo o Ministério Público importância ímpar, como o órgão encarregado de dar início à ação penal, valorando a prova produzida pela polícia judiciária e possibilitando a imparcialidade do julgador, não seria nada estranha, e até mais consentânea com o sistema, a previsão legal de negociação entre o delator e o *Parquet*, o que seria da essência da delação premiada, pois, como está, consoante Silva (2011), configura-se insegurança ao delator e se desprestigia a titularidade da ação penal ao Ministério Público,

entregando-se ao estado-juiz a valoração acerca das informações delatadas e o cálculo da proporção do benefício penal auferível pelo delator.

Segundo Ballan Junior (2009, p. 117), “não se pode cometer ao Ministério Público a árdua função de ser o titular privativo da ação penal pública e não lhe conferir o direito de produzir provas, entre elas a delação premiada”.

Em outros países, o instituto é bem mais amplo, com a possibilidade de o membro do Ministério Público negociar com investigados, acusados e até condenados. Nos Estados Unidos, os acordos entre acusação e acusado (*plea bargaining*) encontram-se incorporados ao ordenamento jurídico, o mesmo acontecendo na Itália, permitindo, neste último caso, nas décadas de 70 e 80, o combate à máfia. Todavia, alerta Oliveira (2009, p. 111-112), “a distância cultural que separa a realidade do Brasil da realidade dos países acima citados, aliada à timidez das providências do Estado brasileiro com relação ao combate ao crime organizado, justificam o insucesso das medidas até agora apresentadas, cópias apagadas das legislações de outros países”.

Ferraz e Guimarães Júnior (1999, p. 29-30) observaram que o Ministério Público, no contexto brasileiro, encontra-se limitado a reproduzir as provas colhidas no inquérito policial, o que não se coaduna com a sua postura constitucional, propondo mudanças, *litteris*:

Entre os inquéritos instaurados e levados ao conhecimento do Promotor, é raro encontrar os que tenham por objeto a apuração de alguns dos mais perniciosos “ramos” da criminalidade, sobretudo daqueles que levam à profissionalização do delinqüente e à formação de quadrilhas (tráfico de entorpecentes, receptação, crimes de “colarinho branco”, corrupção ou prevaricação, jogo do bicho, roubo organizado de automóveis e cargas etc.). Por outro lado, o Ministério Público não dispõe de quaisquer meios para interferir na produção da prova nos feitos criminais (isto é, naquela minoria de casos criminais investigados, normalmente chamados de “delitos de bagatela”), limitando-se a tentar reproduzir em juízo a prova que recebeu no bojo do inquérito policial.

Não dispõe, tampouco, de mecanismos eficientes de controle da atividade policial. Ao contrário do que acontece em outros países, no Brasil, inexplicavelmente, a atividade da polícia judiciária é desenvolvida de forma absolutamente independente e estague, sem qualquer orientação ou acompanhamento por parte do Ministério Público, que é o destinatário natural e exclusivo do resultado da investigação! Essas circunstâncias concorrem para determinar a despersonalização e burocratização da atuação do Ministério Público na área criminal, com sua conseqüente sensação de impotência para interferir eficazmente na repressão ao crime e distanciamento da elaboração legislativa penal e processual penal. [...] com o intuito de “dar personalidade” à atuação do promotor de justiça criminal, seria indispensável que ele passasse a interferir mais diretamente na repressão ao crime: cabe-lhe assumir, concretamente, o papel de órgão promovente, responsável pela produção da prova, isto é, comprometido, sobretudo, com a instrução dos feitos que levou a Juízo e com o efetivo cumprimento da pena pelo condenado.

Assim, registra Oliveira (2009) que o instituto da delação premiada, tal como está previsto no ordenamento jurídico pátrio, é completamente diferente daquele dos países supramencionados, pois o legislador, apegado a conceitos originados, talvez, da Inconfidência Mineira (trauma da traição), ainda não teve a coragem para criar um instituto apto ao combate à criminalidade dos dias atuais, extremamente sofisticada.

A respeito dessa resistência, frisa Silva (2011, p. 123-124):

Como moderno instrumento de persecução penal, que rompe com a tradicional e ultrapassada forma de se apurarem crimes, a delação premiada encontra resistências. E essas resistências, que incisiva e efetivamente são postas à incorporação do instituto pelo Brasil, fundam-se, primordialmente, em valores de ordem moral. Cabe, pois, indagar se se justifica o Estado, por excesso de pudor e por razões extra-jurídicas, privar-se de relevante instrumento

no embate com organizações fundadas na completa ausência de valores e com nocividade social elevada, tendente a corromper a própria estrutura estatal. A despeito, a delação premiada é realidade a integrar o ordenamento jurídico pátrio, ainda que metodizar não tenha sido preocupação do legislador.

Destarte, a supramencionada Comissão falha sobremaneira ao não detalhar as funções do Ministério Público na negociação da delação premiada, matéria que pode sim ser colocada no Código Penal, na medida em que suas consequências têm relação direta com o referido diploma, enaltecendo-se, todavia, o brilhante trabalho executado pelo eminente conjunto de juristas, que, se agora não apresenta o que se reputa mais interessante, já aprimora bastante o sistema jurídico penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BALLAN JUNIOR, Octahydes. Natureza jurídica da delação premiada e a atuação do Ministério Público. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins**, Palmas, ano 2, n. 2, 2009.

DIPP, Gilson. Aumento de pena não é garantia de punição. [Entrevista em 6 de maio de 2012]. **Consultor Jurídico**, Brasília, 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-mai-06/entrevista-gilson-dipp-presidente-comissao-reforma-codigo-penal>>. Acesso em: 12 maio 2012.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Coord.). **Ministério Público**: instituição e processo. 2. ed. São Paulo, Atlas, 1999.

LEITE, Manoel Carlos da Costa. **Lei das contravenções penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Kátia Maria Araújo de. Delação premiada: conceito, legislação e cautelas na utilização do benefício legal. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas**, Manaus, 2009.

SILVA, Fernando Muniz. A delação premiada no direito brasileiro. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 10, n. 17, jul./dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Comissão de juristas gosta do direito penal do risco. **Consultor Jurídico**, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-08/lenio-luiz-streck-comissao-juristas-gosta-direito-penal-risco>>. Acesso em: 12 maio 2012.

SZNICK, Valdir. **Contravenções penais**. 2. ed. São Paulo: Universitária, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIREITO DO CONSUMIDOR



A EVOLUÇÃO SOCIAL E O PAPEL DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO

*Hildélis Duarte Júnior**

Resumo: A evolução social e o papel das cláusulas abusivas nos contratos de adesão. Objetiva-se apresentar abordagem com base no Código de Defesa do Consumidor dos contratos de adesão, disseminando cada ponto inerente ao assunto, tal como a importância, origem, objetivo, características, dentre outros. Abordam-se também as diversas cláusulas abusivas existentes no ordenamento jurídico. Para tanto, faz-se breve comentário sobre a evolução histórica desse instituto, citam-se princípios norteadores e dissecam-se as principais modalidades contratuais, de forma a apresentar as cláusulas abusivas existentes em cada um desses contratos.

Palavras-Chave: Consumidor. Cláusulas abusivas. Adesão.

Abstract: Social Evolution and the role of unfair terms in contracts for Membership. This article presents approach based on the Code of Consumer contracts of adhesion, spreading each point inherent to the subject, such as the importance, origin, purpose, features, among others. We discuss also the various unfair terms in the legal system. Therefore, it is brief commentary on the history of this institute, we quote the guiding principles and dissect out the main contractual arrangements in order to present unfair in each of these contracts.

Keywords: Consumer. Unfair Terms. Accession.

* Advogado Sócio do Aquino, Cavalcante & Duarte Advogados Associados; Conferencista; Professor na Universidade CEUMA e no Curso Telepresencial EP de Fortaleza/CE, onde leciona as disciplinas de Ética Profissional, Direito Civil e Direito do Consumidor, e Membro da Comissão de Eventos e Comunicação Estratégica OAB/MA. Pós Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera UNIDERP/MS. www.duartejr.com

1 INTRODUÇÃO

As relações, de modo genérico, sejam de origem social, econômica ou política, têm sua gênese na Antiguidade Clássica. Inicialmente diretas (Artesão/Consumidor), com a evolução do comércio e das relações negociais, se tornaram gerais (Fornecedor/Consumidor).

Mas, apenas no século XX, quando se deu o influxo globalizcionista que favoreceu a ampliação e intensificação das relações comerciais pela formação de blocos econômicos, surgimento e expansão de organizações multinacionais, popularização de meios de comunicação em massa, como o computador e, conseqüentemente a *internet*, é que ficou evidente a necessidade de estatuto para regulamentar, de maneira específica, as relações contratuais e, ainda, as modalidades de contrato.

Esse novo cenário, portanto, demandou pela realização de um crescente número de negociações em um lapso cada vez mais curto de tempo. Desta forma, diante da necessidade de tutelar, especificamente esse tipo de negociação, nasceu o contrato de adesão.

Nos contratos de adesão, as relações se tornam mais ágeis devido ao pré-estabelecimento das cláusulas contratuais. Desse modo, ao consumidor resta apenas optar por aderir a elas ou não. Esse aceite ou recusa, obviamente ocorre por intermédio da assinatura ou não do contrato.

Nesse rumo, realça-se a falta de oportunidade ao consumidor para debater as cláusulas dos contratos de adesão, o que o torna suscetível às cláusulas abusivas, posto que possa vir a sofrer algum dano ou ter algum direito atingido devido à falta de debate sobre o conteúdo contratual.

Assim, se fez necessário a criação de um instituto que pudesse proteger e defender os Direitos do Consumidor. Esta proteção foi devidamente regulamentada através do advento do Código de Defesa do Consumidor, editado pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Cumprir citar que no conteúdo da lei supracitada encontram-se várias disposições sobre as cláusulas abusivas, inclusive referentes à sua ocorrência nos contratos de adesão, além de uma série de proteções e defesas aos direitos do consumidor. As cláusulas abusivas, entretanto, não são exclusividades dos contratos de adesão, podendo ser encontradas em outras modalidades contratuais.

Destarte, com vistas a discorrer sobre as cláusulas abusivas no contrato de adesão sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor foram elaborados quatro capítulos. Numa primeira etapa abordam-se os contratos de modo geral desde a sua evolução, analisando-se toda sua história desde sua origem até os dias atuais. Em seguida, analisa-se de que forma a relação contratual tem interferência do direito do consumidor e seus princípios.

Após, fala-se sobre o contrato de adesão dissecando sua origem, conceito, características, elaboração, inserção da cláusula no formulário padrão, da cláusula resolutória, e ainda discute-se sobre as diferenças do contrato “por” adesão e “de” adesão. Por derradeiro, abordam-se as cláusulas abusivas mais comuns e alguns tipos de contrato de adesão.

Ademais, pretende-se a partir desse estudo proporcionar àqueles que possam se interessar, a compreensão geral acerca do tema abordado, bem como qual a sua significância, função, dentre outros fatores, por considerar-se que o contrato de adesão, vastamente usado presentemente, não raro seja alvo de insatisfações entre as partes (mormente, para os consumidores) contratantes devido a existências abusivas que, por vezes, lesam os direitos do consumidor.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS DE ADESÃO

Desde os primórdios das civilizações, quando o homem passou a relacionar-se e comunicar-se organizadamente, o contrato está presente para celebrar as negociações realizadas, embora não necessariamente de forma escrita ou formal. Afinal, antes o contrato era realizado de maneira informal, baseado meramente na confiança mútua (na palavra, no fio do bigode – expressões usadas para definir o empenho em cumprir acordos realizados). Desse modo, tem-se a imprecisão da demarcação de uma data específica para o surgimento do contrato.

No que concerne à figura jurídica dos contratos, observa-se que nasce da necessidade de exigir, de fato, isto é, concretamente, o cumprimento das obrigações pactuadas, ou seja, das obrigações oriundas da manifestação de vontade das partes e da existência de um negócio jurídico. Portanto, anota-se que esta necessidade deu origem às diversas modalidades de contratação, inclusive a denominada adesão. (BITTAR, 1991).

Compete aludir ainda que o contrato constitui-se em um dos mais antigos institutos do Direito Romano. E, portanto, passou por várias evoluções e, em sequência, por muitas transformações. Essas transformações tiveram como impulso, mais uma vez, o atendimento às necessidades e demandas surgidas no seio da sociedade. (BITTAR, 1991).

Primeiramente, o contrato obedecia a uma série de formalidades, de certo modo exageradas; era um ato extremamente solene. Esta forma não prosperou, posto que com o rápido aumento das civilizações deu-se na mesma proporção, o incremento do número de negociações, o que deu margem à origem de contratos mais simples sem tantas formalidades, com vistas a conferir agilidade às negociações econômico-sociais. (BITTAR, 1991).

No início do século XIX, antes do surgimento do contrato de adesão, tem-se a figura jurídica do contrato negociado, contrato em que ambas as partes têm a possibilidade de discutir todas as cláusulas do contrato. Trata-se de um instrumento próprio de troca de bens e serviços numa economia de subsistência, essencialmente rústica e familiar. Todavia, no decorrer do século XIX, iniciou-se a revolução industrial, momento em que a sociedade se modificou de forma mais concisa e profunda. (CRETELLA JÚNIOR, 1993).

A revolução industrial consagrou novas técnicas a partir da revolução agrícola, o que fez abrolhar uma série de mudanças na política, economia, na estrutura familiar e no contexto real como um todo. Foi, portanto, um momento de inovações e transformações.

Dentre os fatores que contribuíram diretamente para a revolução industrial, citam-se: a utilização do motor a vapor, que exerceu papel fundamental no desenvolvimento dos transportes (marítimo e terrestre); a abundância de carvão (combustível utilizado para funcionamento das máquinas a vapor na época), acúmulo de capital e a existência de mão-de-obra disponível. (CRETELLA JÚNIOR, 1993).

Com o surgimento e implantação do sistema capitalista, contudo, a concorrência entre as empresas tornou-se notadamente mais acirrada. Nesse contexto, as empresas consideradas mais ricas, isto é, detentoras de vultosos patrimônios, tiveram maior facilidade em conseguir êxito na tomada de capital junto às instituições financeiras, o que lhes permitiu, grosso modo, engolir as empresas menores, cuja grande maioria sucumbiu.

Dessa forma, as empresas consideradas mais ricas passaram a operar em vários países ao mesmo tempo, o que gerou a integração entre várias economias; iniciava-se o processo globalizacionista, uma nova fase do capitalismo que contribuiu para a mundialização de bens e serviços, derrubando as barreiras ilusórias entre as diferentes culturas, economias, políticas e assim por diante. (CRETELLA JÚNIOR, 1993).

Durante este período introdutório da globalização experimentou-se notável avanço, principalmente nos setores econômicos. Houve ainda, nesse momento, a massificação dos meios de produção, das ofertas de bens e serviços e de consumo. A publicidade logrou papel de destaque e de suma importância para o escoamento dos produtos. O comércio adquiriu um novo ritmo alucinante, tornando-se imprescindível a construção e implantação de mecanismos que contribuíssem, efetivamente, para o aumento da velocidade nas negociações. (CRETELLA JÚNIOR, 1993).

Ante a esse novo cenário que se delineava, fez-se cogente a criação de respostas que pudessem atender eficazmente às novas necessidades; exigia-se, pois, uma contratação geral, rápida e com menor onerosidade. Origina-se então a chamada massificação contratual ou padronização dos contratos. (MARTINS, 2002).

Nesse referente, Martins (2002, p. 82) aclara a forma como se deu o surgimento dos contratos de adesão ao afirmar que:

Na segunda metade do século passado surgiu uma nova espécie de realização de contratos, restringindo a manifestação de vontade de uma das partes, no caso aquela a quem a proposta era dirigida. De acordo com essa inovação o proponente apresentava sua proposta com cláusulas fixas e imutáveis iguais para todos os contratantes. Isso se verificou principalmente nos contratos de seguros, em que uma das partes, a seguradora, estipulava as cláusulas gerais segundo as quais o negócio jurídico deveria se realizar, não restando à outra parte, o segurado, senão aceitar as cláusulas que lhe eram impostas, sem o direito de discuti-las ou modificá-las. Esses contratos tiveram a denominação, que ainda hoje conservam, de contratos

tipos, e os contratos assim realizados passaram a denominar-se contratos de adesão, pois a parte a quem a proposta é dirigida não a discute nem a modifica. Simplesmente adere aos termos dela preenchendo as cláusulas em branco dos contratos-tipos e aceitando as demais que lhe são impostas pelo proponente.

Tem-se então a gênese do contrato de adesão. Esse contrato tem como característica fundamental o estabelecimento unilateral das cláusulas, pelo fornecedor (aquele que oferece um produto ou serviço). Desse modo, cabe à outra parte, o consumidor (a quem a proposta é direcionada), simplesmente a opção de aderir ou não ao contrato.

Com ênfase, os primeiros negócios jurídicos tutelados a fazerem uso dos contratos de adesão em suas negociações foram inerentes à contratação de serviços como, por exemplo, contratos de transporte, contratos de seguro e contratos bancários.

3 CONTRATO DE ADESÃO

3.1 Origem

Preliminarmente, todas as cláusulas de um contrato eram formuladas pelas partes contratantes. Dessa comunhão de vontades formava-se o contrato a ser pactuado. Por óbvio, demandava-se de bastante tempo para realização deste procedimento. (MARTINS, 2002).

Com o passar dos anos, mais precisamente no final do século XIX, a sociedade evoluiu de forma acelerada, a quantidade de negócios aumentou assustadoramente, a economia mudou e com isso veio à necessidade de criação de uma modalidade contratual que pudesse tutelar esses negócios de forma mais prática, contudo eficaz. (MARTINS, 2002).

Originou-se o contrato de adesão, modalidade contratual em que as cláusulas impostas às partes já vêm pré-definidas, ou seja, são previamente estipuladas por uma das partes cabendo à outra somente o seu aceite ou não. (MARTINS, 2002).

No que diz respeito à origem dos contratos de adesão, Martins (2002, p. 82) explica:

Na segunda metade do século passado, entretanto, surgiu uma nova espécie de realização dos contratos, restringindo a manifestação de vontade de uma das partes, no caso aquela a quem a proposta era dirigida. De acordo com essa inovação o proponente apresentava-se a sua proposta com cláusulas fixas e imutáveis iguais para todos os contratantes. Isso se verificou principalmente nos contratos de seguros, em que uma das partes, a seguradora, estipulava as cláusulas gerais segundo as quais o negócio jurídico deveria se realizar, não restando à outra parte, o segurado, senão aceitar as cláusulas que lhe eram impostas, sem o direito de discuti-las ou modificá-las. Esses contratos tiveram a denominação, que ainda hoje conservam, de contratos tipos, e os contratos assim realizados passaram a denominar-se contratos de adesão, pois a parte a quem a proposta é dirigida não a discute nem a modifica. Simplesmente adere aos termos dela, preenchendo as cláusulas em branco dos contratos-tipos e aceitando as demais que lhes são impostas pelo proponente.

Nesse referente, esta modalidade contratual visa tutelar as relações em massa permitindo uma contratação rápida e eficaz. Contudo, ressalta-se a importância das cláusulas contratuais serem redigidas de forma clara, para que o consumidor não tenha dificuldade na hora de sua compreensão e adesão.

3.2 Conceito

Atualmente, coexistem variados modelos contratuais, contudo pode-se afirmar que os contratos de adesão são os mais usuais, posto que possibilitem contratar com um número indeterminado de pessoas. Desse modo, observa-se que, na doutrina, tem-se vasto conteúdo sobre o conceito de contrato de adesão, dentre os quais se podem destacar:

Para Venosa (2005, p. 412), contrato de adesão é:

O típico contrato que se apresenta com todas as cláusulas predispostas por uma das partes. A ou-

tra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. [...] não se abre a discussão ou alteração das condições gerais dos Contratos ou das cláusulas predispostas.

Nas palavras de Fiúza e Soares (2002, p. 68): “Contrato de adesão é aquele que se celebra pela aceitação de uma das partes de cláusulas contratuais gerais e propostas pela outra, a fim de constituir a totalidade ou ao menos a porção substancial do conteúdo de sua relação jurídica”.

Por sua vez, Miranda (2002, p. 27) define contrato de adesão como:

Aquela forma de contratar em que, emitida pelo predisponente uma declaração dirigida ao público, contendo uma promessa irrevogável para esse efeito, mediante cláusulas uniformes, formuladas unilateralmente, o Contrato (individual, singular) se forma, com o conteúdo assim prefixado, no momento em que uma pessoa, aceitando essas cláusulas na sua totalidade, ainda que com eventuais aditamentos, adere a tal conteúdo.

No próprio Código de Defesa do Consumidor, o legislador preocupou-se em defini-lo, no art. 54, *in verbis*:

Art. 54. Contrato de Adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Como se percebe, o contrato de adesão trata-se de um negócio jurídico bilateral, cujo conteúdo é previamente definido por uma das partes tendo como finalidade a contratação com pessoas indeterminadas, dotando de funcionalidade um esquema de contratação em série. Anota-se que suas cláusulas têm como características a uniformidade, generalidade e abstratividade. (GOMES, 1995).

Ressalta-se também que esta modalidade contratual não admite possibilidades de negociações preliminares, sendo inevitável a imposição

sição das cláusulas pré-estabelecidas, ou seja, a uma das partes caberá meramente a adesão ou não ao contrato, não cabendo qualquer tipo de alternativa ou negociação.

Os sujeitos deste negócio jurídico são: o predisponente (empresário, estipulante, fornecedor), que é o elaborador do contrato de adesão e; o aderente (consumidor), que é aquele que tem como participação a aderência ou não ao contrato – contraparte.

3.3 Características dos Contratos de Adesão

Dentre os vários tipos de contrato existentes no ordenamento jurídico brasileiro, os contratos de adesão possuem características peculiares. Diniz (2001), através do acastelamento da tese contratualista, apresenta como características essenciais dessa modalidade contratual a uniformização, a predeterminação e a rigidez.

A uniformização trata da invariação contratual que permite aos contratos de adesão a possibilidade de contratação massificada. É essa característica que permite ao fornecedor firmar acordos contratuais padronizados com indeterminado número de consumidores, que por sua vez irão contratar um “pacote” de produtos ou serviços denominados contrato de adesão. (GOMES, 1995).

A predeterminação nada mais é que a elaboração prévia das cláusulas contratuais. Por óbvio esta elaboração deverá ser unilateral, ou seja, oriunda da vontade de uma das partes, caso contrário não se terá um contrato de adesão. (GOMES, 1995).

A rigidez é a extensão da predeterminação e da uniformização. É uma espécie de garantia para as características anteriores. Esta é de todas as características a que influencia diretamente para que não se altere as cláusulas contratuais tornando, de fato, rígido o contrato de adesão. (DINIZ, 2001).

Além das características apresentadas, Mandelbaum (1996) salienta a existência de outras duas características, são elas: a confiança do aderente e a liberdade viciada.

A confiança do aderente é aquela que, presente nas relações existentes entre os consumidores e fornecedores, como o próprio nome informa, tem como embasamento a relação de confiança que parte do aderente para com o estipulante. Todavia, a liberdade viciada, em suma,

traduz a falta de liberdade para contratar existente nas relações contratuais por adesão. (MANDELBAUM, 1996).

3.4 Inserção da Cláusula no Formulário Padrão

A inserção da cláusula no formulário padrão é assunto no parágrafo 1º do art. 54 da Lei n. 8.078/1990 que explicita: “§ 1º - A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato”.

Sobre essa disposição, Nunes Filho (2002) clarifica que a intenção da norma é clara, pois ainda que uma ou mesmo algumas cláusulas sejam introduzidas no contrato de adesão, previamente definido, não há que se falar em desqualificação do contrato de adesão, mesmo em situações onde a cláusula adicional tiver sido precedida de negociações.

Desta forma, independente do conteúdo, do momento ou até mesmo se tais cláusulas foram oriundas de negociações, estas não servirão como fatores determinantes para que o contrato perca sua característica de contrato adesivo.

3.5 Da Cláusula Resolutória

Sobre a cláusula resolutória o parágrafo 2º, do art. 54, da Lei n. 8.078/1990, assim dispõe: “§ 2º - Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior”.

Nesse rumo, impende aludir ainda aos termos do parágrafo 2º, do art. 53, da Lei nº 8078/1990, que assegura:

§ 2º - Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

Percebe-se, portanto, que de acordo com o dispositivo legal supracitado a Lei em comento permite e restringe a aplicação da cláusula

resolutória ao mesmo tempo. Contudo, assente-se que não restam dúvidas que se trata de um direito inerente ao consumidor a decisão sobre quando pôr fim ou dar continuidade a um contrato. (NUNES FILHO, 2008).

Deste modo conclui-se que a cláusula resolutória deverá ser aplicada como uma alternativa ao consumidor.

3.6 Elaboração do Contrato de Adesão

Sobre o assunto, encontra-se amparo legal no § 3º, do art. 54, do CDC, que clarifica:

Art. 54.

[...]

§ 3º - Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

Contudo, para a adequada interpretação do referido artigo importa relacioná-lo com o disposto no art. 46 do mesmo instituto, que preceitua:

Art. 46 - Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Por sua vez, o artigo supramencionado possui conexão com o art. 30, da mesma lei, que assim dispõe:

Art. 30 - Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Desse modo, com base na leitura conexa dos artigos acima mencionados da referida legislação, entende-se que os contratos adesivos deverão conter termos claros, caracteres ostensivos e legíveis, sendo sua elaboração direcionada pelos princípios contratuais.

Ademais, o contrato adesivo deve garantir fácil interpretação com vistas a assegurar que o consumidor não tenha dificuldades para compreender seu objeto. Desta forma, o contrato não deverá conter termos técnicos, mas sim termos simples e claros. (NUNES FILHO, 2008).

Assim sendo, os contratos adesivos serão suscetíveis de nulidade caso contenham letras miúdas que possam dificultar a leitura de determinadas cláusulas ou mesmo termos essencialmente técnicos que impossibilitem a compreensão de um leigo sobre o objeto a que se refere.

Nesses termos, antes da nova redação do § 3º, do art. 54, a legislação consumerista não especificava nenhum tipo de padronização para redação dos contratos adesivos, ficando à margem do fornecedor. Mas, a partir da nova redação trazida inserida pela edição da Lei n. 11.785, de 22 de setembro de 2008, impõe-se que a fonte utilizada na redação do corpo dos contratos não poderá ser inferior ao tamanho padrão 12.

Todas essas normas, bem como a alteração do § 3º, do artigo 54, têm como objetivo a proteção da parte hipossuficiente da relação de consumo, devendo a elaboração contratual estar pautada nos princípios da boa-fé contratual e transparência.

Destarte, ainda que alguns cuidados sejam necessários, deve-se observar para não haver excesso, pois o contrato de adesão tem como principal característica a celeridade nas conclusões negociais.

3.7 Contrato “de” e “por” Adesão

Nas palavras dos doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho (2006), contrato de adesão é: “aquele em que um dos pactuantes predetermina as cláusulas do negócio jurídico; fenômeno este muito comum nas sociedades de consumo, uma vez que as técnicas de contratação em massa já não são mais necessárias”.

O doutrinador supracitado enumera ainda algumas características que dão particularidade a essa espécie de contrato, são elas:

Uniformidade, procurando obter um mesmo conteúdo contratual; predeterminação unilateral, em que há a fixação das cláusulas anteriormente a qualquer discussão sobre o ajuste; rigidez, demonstrando que as cláusulas não permitem que haja uma discussão sobre as mesmas; e a posição de vantagem de uma das partes. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 21).

Assim, depois de definir e caracterizar o contrato de adesão, em linhas gerais, explica-se que a distinção entre o contrato “de” e “por” adesão obedece à seguinte ordem:

Contrato de adesão é aquele preparado pelo Poder Público; resta ao consumidor a aceitação ou não do contrato, não havendo, portanto, a possibilidade de alterar suas cláusulas. Contrato por adesão faz referência ao contrato pré-determinado que tenha como fito agilizar a distribuição, em grande escala ou a um número elevado de pessoas, de bens ou serviços de uma empresa.

Frisa-se ainda que neste último (contrato por adesão) pode haver modificação por parte do consumidor, desde que não haja alteração substancial de seu conteúdo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

Por derradeiro, Gomes (2005) aduz que é característica fundamental do contrato de adesão o monopólio; quando este não está presente configura-se o contrato por adesão.

4 CONCLUSÃO

As cláusulas contratuais abusivas são um reflexo oriundo de um mercado presentemente contaminado pelo pretexto do lucro; do maior lucro, em prejuízo de qualquer outro quesito. Ademais, essa questão ganha maior destaque ao se deparar com um cenário globalizacionista que ao mesmo tempo em que transpõe as barreiras comerciais entre os países faz eclodir dificuldades de consumo no tocante aos direitos guardados em benefício do consumidor.

Para suprir essa lacuna jurídica, que cinge as relações de consumo existentes, no Brasil, foi criado em idos de 1990, o Código de

Defesa do Consumidor. Essa norma é fundada na crença da vulnerabilidade do consumidor diante dos fornecedores. Assim, sopesa-se, para efeito legal, o consumidor como sendo o elo mais fraco da relação de consumo, o que determina, por conseguinte, que ele seja carente de proteção especial.

Apesar disso, contemporaneamente verifica-se muitas dificuldades na execução da aplicação desse Código, implementado há mais de 20 anos. Comprova-se essa assertiva ao deparar com a contínua reincidência de casos de desrespeito aos direitos consumeristas, dentre os quais se destacam as cláusulas abusivas.

Após aclarar a origem e evolução, conceito e características dessas cláusulas, no corpo da monografia, com vistas ao estabelecimento da compreensão acerca do instituto jurídico nominado cláusulas abusivas observou-se que a evolução contratual teve como fator determinante as mudanças sociais.

Também se anotou que o Direito e, conseguintemente os contratos, se adequam as necessidades da sociedade, considerando, para tanto, a sua trajetória evolutiva. O mesmo ocorre com o contrato de adesão que teve como marco inicial o século XIX, quando o número de negociações aumentou e se fez necessário uma massificação das contratações.

Desse modo, assinala-se que os contratos de adesão são os mais utilizados, pois possibilitam a contratação com um número indeterminado de pessoas. É possível devido à existência de cláusulas genéricas, previamente definidas pelo fornecedor, que impõe obrigações gerais tornando as contratações mais rápidas.

É, portanto, uma espécie contratual em que se pode facilmente encontrar diversas cláusulas abusivas, pois tal modalidade de contratação não permite que o consumidor discuta sobre o teor das cláusulas, fazendo com que o consumidor simplesmente aceite ou recuse. Não havendo nenhum tipo de negociação acerca do contrato.

As cláusulas abusivas geralmente são elaboradas em desacordo com os princípios da boa-fé objetiva e equilíbrio contratual, gerando assim uma situação desconfortável para o consumidor. Deste modo, fez-se necessário que o Estado passasse a interferir de modo a proteger o lado mais fraco dessa relação (consumidor).

Os contratos de adesão se tornaram de interesse da coletividade, pois todos estão de certa forma sujeitos ao mesmo. Por

fim, vale afirmar que os contratos adesivos não são elaborados somente com cláusulas abusivas, mas sim como uma modalidade contratual em que se possibilita à sociedade aumentar o volume de suas negociações.

Assim, espera-se manifestar um sentimento de mudança, não só na ótica de quem analisa os contratos de adesão como também uma mudança daqueles que elaboram este tipo contratual. Esta mudança de comportamento deve pautar-se no respeito aos princípios da boa-fé e equilíbrio contratual, das leis específicas e do ordenamento jurídico como um todo, pois, com o passar dos tempos, por óbvio, a sociedade evolui e com ela as necessidades e ao seu passo o Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. **Código civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Lei n. 8.078/1990**. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 16 nov. 2009.

_____. **Lei n. 9.298/1999**. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 16 nov. 2009.

_____. **Lei n. 11.785/2008**. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 16 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 21 set. 2009.

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula 60**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 21 set. 2009.

CARRO, Angélica. Contratos de leasing. **Jus Navigandi**. Disponível em: <www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=626>. Acesso em: 10 out. 2009.

COMPARATTO, Fábio Konder. A Proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 13, n. 15/16, 1974.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo, Saraiva, 1993.

_____. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIÚZA, César; SOARES, Roberto, Giordano Bruno. **Contrato de adesão**: de acordo com novo Código Civil de 2002. São Paulo: Atlas, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva. 2006. v. 4.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**: código comentado e jurisprudência. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

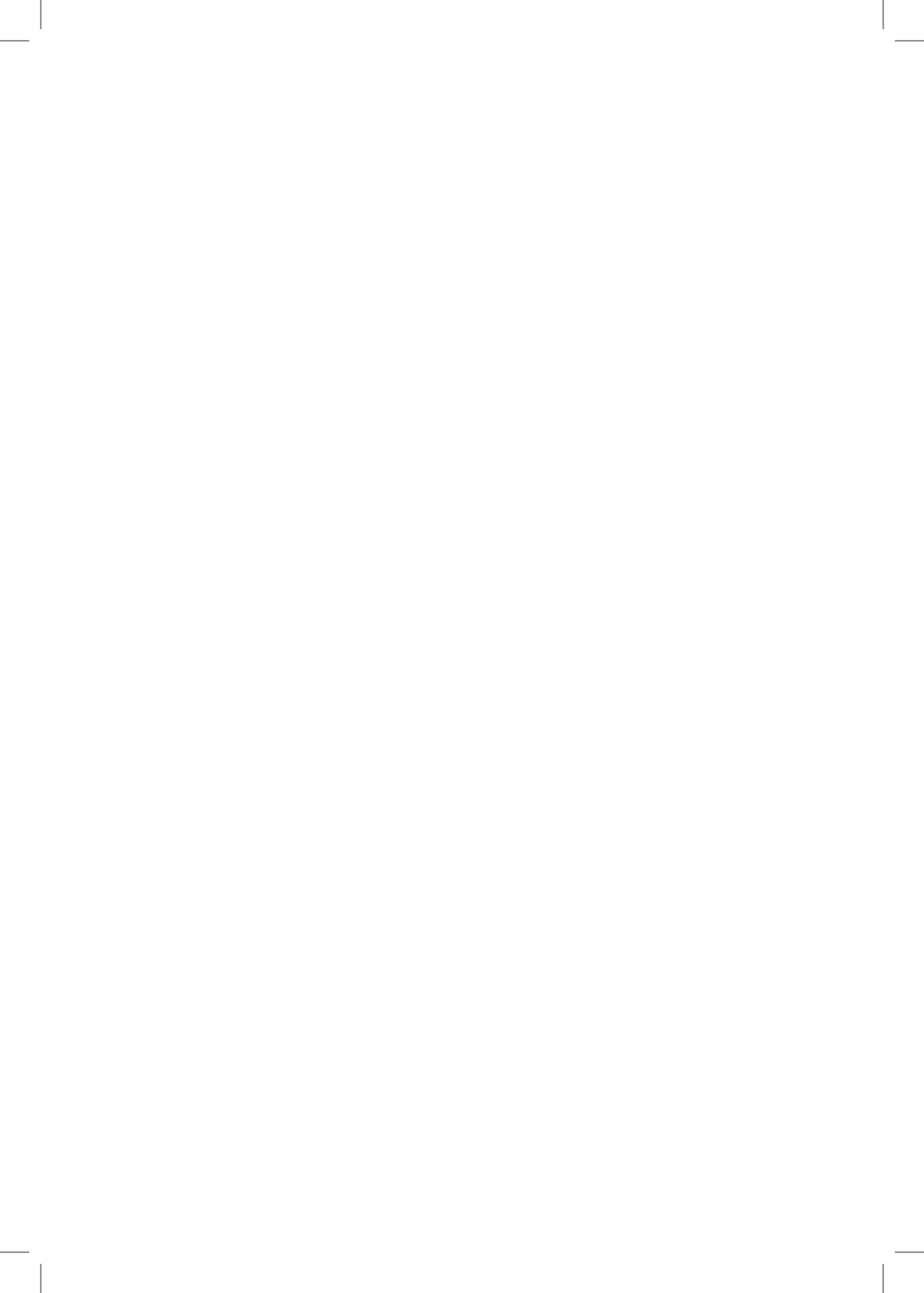
MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES FILHO, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**, 2005.



RELATIVIDADE SUBJETIVA AO PRÍNCIPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA* INTRÍNSECO À RELAÇÃO DAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE PLANO DE SAÚDE E SEUS USUÁRIOS

*Hildélis Duarte Júnior**

Resumo: Relatividade subjetiva ao princípio do *pacta sunt servanda* intrínseco à relação das prestadoras de serviços de plano de saúde e seus usuários. A emblemática relação existente entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários, é sempre uma fonte passível de exploração, nos mais diversificados prismas possíveis. Neste trabalho a abordagem será feita com vista a entender como os contratos celebrados com as operadoras têm sido fruto de constantes demandas judiciais em razão dos inúmeros abusos que vêm sendo praticados, com a imposição de cláusulas que tornam a relação não isonômica. Este trabalho analisa desde a evolução histórica dos contratos em geral, voltando seu foco, para os contratos de adesão, passando pelo surgimento dos contratos de plano de assistência privada, seguindo pela aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor nesse tipo de relação, concluindo com a análise do rol da ANS.

Palavras-Chave: Contratos de Adesão. Abusos. Plano de Saúde.

Abstract: Subjective relativity to the principle of *pacta sunt servanda* intrinsic to the list of providers of health plan and its users. The symbolic relationship between the health plan operators and their users, is always a source capable of operating in the most diverse possible prisms. In this work the approach will be made in order to understand how the contracts with the carriers have been the result of constant lawsuits because of the numerous abuses that have been charged with the enforcement of clauses that make the relationship not isonomic.

* Advogado Sócio do Aquino, Cavalcante & Duarte Advogados Associados; Conferencista; Professor na Universidade CEUMA e no Curso Telepresencial EP de Fortaleza/CE, onde leciona as disciplinas de Ética Profissional, Direito Civil e Direito do Consumidor, e Membro da Comissão de Eventos e Comunicação Estratégica OAB/MA. Pós Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera UNIDERP/MS. www.duartejr.com

This paper analyzes the historical evolution since the contracts generally turning their focus to adhesion contracts, through the emergence of contracts for private care plan, followed by the rules of the Code of Consumer Protection that type of relationship, concluding with analysis of the role of ANS.

Keywords: Adhesion contracts. Abuse. Health Plan.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios o homem viu que era necessário relacionar-se com os demais membros do corpo social, relações estas que abrangiam os mais variados setores da sociedade. À medida que a sociedade foi se desenvolvendo, com ela as relações humanas também o foram.

No plano econômico não foi diferente; a comercialização de produtos e serviços acompanharam a evolução da sociedade, os contratos foram evoluindo e se adaptando de maneira que atendessem as novas necessidades da sociedade.

As relações comerciais se multiplicaram, já não era mais possível a realização do comércio tão somente através do escambo; demandava-se uma nova forma que viabilizasse as relações, diminuindo o lapso temporal, bem como os custos, e ampliando o atendimento em massa.

A amplitude que essas relações tomaram repercutiu diretamente na forma como as mesmas seriam efetivadas. O número de negociações crescia, porém era necessário que fosse feita em menor tempo possível, com isso os contratos ganharam uma feição endereçada a um número indeterminado de pessoas.

Se o contrato tinha modelo único, independente de quem fosse a outra parte, logicamente não haveria negociação do conteúdo desse contrato, logo surge uma modalidade contratual, onde as cláusulas já estão previamente estabelecidas, surgindo assim a figura do contrato de adesão. Nesta nova figura contratual, ao consumidor resta tão somente aderir ou não a proposta do contrato.

O contrato de adesão, pelo fato de suas cláusulas estarem previamente definidas, traz ao consumidor uma desvantagem muito grande, pois sem a possibilidade de discussão dessas referidas cláusulas o caminho fica aberto para que nessa relação aconteçam certos abusos.

As cláusulas abusivas estão presentes em todo tipo de contrato de adesão, mas é no tocante aos contratos de operadoras de plano de saúde que vamos encontrar sua maior incidência.

Na atualidade as operadoras de planos de saúde respondem pela maioria das demandas no que diz respeito a essas práticas abusivas. O desequilíbrio contratual neste contexto ganha relevância devido ao serviço que é prestado, cuida-se aqui da proteção ao bem mais precioso do ser humano: a vida. Por isso mesmo que essas relações são protegidas contra qualquer abuso das operadoras através da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, a qual possui disposições expresas com relação a esse tipo de prática.

Neste trabalho abordamos o contexto evolutivo dos contratos de adesão, analisando sua origem, bem como o momento em que ele torna-se uma necessidade da vida moderna. Depois de procedermos a essa análise, direcionamos nosso foco para a relação contratual com as operadoras de plano de saúde, enfatizando o contexto histórico do seu surgimento, analisando as diversas fases por que passou, até os dias atuais.

No que tange a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nesse tipo de relação, buscamos demonstrar a sua viabilidade como meio de restabelecer a igualdade entre as partes, evitando que o consumidor seja lesado por parte das operadoras, buscando a isonomia entre as partes, para que o contrato cumpra sua função social. Faremos a análise com vista a demonstrar a necessidade de se relativizar o princípio do *pacta sunt servanda*, deixando de lado o caráter puramente individualista dos contratos, para inserir-lhe uma visão mais equânime, que reclama a observância da função social do contrato.

Por fim, devido à grande discussão entre consumidor e operadoras, sobre os limites da cobertura, que chega por inúmeras vezes a bater à porta do judiciário, analisamos o rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, ponto este que gera toda a discussão em torno da sua taxatividade ou não; neste ponto também procuramos mostrar como tem sido o posicionamento dos diversos tribunais, que cada vez mais se deparam com esse tipo de questões.

Além disso, pretendemos propiciar a todos que possuem interesse por este estudo, uma visão geral sobre o tema abordado, e uma compreensão sobre suas implicações em nosso cotidiano.

2 EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO

À medida que a sociedade evoluiu as relações se tornaram cada vez mais complexas. O que antes era feito com atos simples e individualizados, passou a tomar uma forma até então inexistente.

Segundo Rousseau, o homem abriu mão de sua vida primitiva, isolada, ou seja, de seu estado natural, em nome de um contrato, que permitiria viver em sociedade, tendo aberto mão de certas liberdades em troca de uma maior segurança no seio do organismo social.

A história dos contratos não começa com o mesmo, sua citação se faz necessária para podermos entender como esse instrumento jurídico pode ter uma dimensão tão ampla na sociedade, chegando até mesmo a fundar-se na existência humana. Apesar de não ser possível fixar uma data exata para seu surgimento, pelo menos podemos identificar que foi no Direito Romano que este instrumento teve sua principal fonte.

O contrato, quando do seu desenvolvimento no Direito Romano, obedecia a padrões solenes, devendo seguir as formalidades, como de costume na sociedade da época. Todavia, como era de se esperar, essa forma encontrou entraves, pois o crescimento e desenvolvimento da sociedade de maneira mais célere fez com que entraves, ao invés de resolver os problemas, acabaram por criá-los. Como o direito não vive isolado, mas sim está latente na vida social, se fez necessário que os contratos seguissem essa dinâmica.

Por volta do início do século XIX, o contrato era negociado, era possível que as partes discutissem as cláusulas para que somente depois de chegar a um entendimento o negócio jurídico fosse celebrado. Porém, só fazia sentimento e teria viabilidade um contrato em que as partes realizassem as negociações em pé de igualdade, na sociedade que fosse baseada na economia familiar, de subsistência, o que não era mais a realidade da sociedade.

No decorrer do século XIX, com a revolução industrial, houve uma profunda mudança na sociedade. A economia não era mais voltada única e exclusivamente para a subsistência, mas para a produção em massa; a sociedade vivia em constante transformação em quase todas as áreas, comércio, política, etc. O homem como ser racional dominava o novo cenário, tornando-se o centro das relações; estávamos saindo

de um pensamento feudal baseado na fé, onde o homem era apenas um instrumento que seguia a vontade do seu criador, para um pensamento baseado no iluminismo, que dava ao homem autonomia as suas vontades. Isso fez com quem os contratos tivessem uma supervalorização da sua forma normativa, uma concepção puramente individualista, elevando a autonomia da vontade. Não poderia ser outra a filosofia do novo regime que então surgia, o capitalismo, pois que a visão agora é o lucro, a essência é a realização patrimonial.

As novas exigências do mundo que vive a experiência da produção em grande escala, fruto de uma revolução advinda da indústria, fez surgir uma nova espécie de contrato, onde, não mais se discute as suas cláusulas, simplesmente se aceita ou não, estamos diante do surgimento do contrato de adesão. Uma forma de dar maior dinamismo às relações contratuais; o novo tipo contratual, onde o fornecedor estabelece as cláusulas, sem a participação do consumidor.

Como afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 8):

De fato, nos dias que correm, em que a massificação das relações contratuais subverteu radicalmente a balança econômica do contrato, a avença não é mais pactuada sempre entre iguais, mas converteu-se, na grande maioria dos casos, em um negócio jurídico *standarizado*, documentado em um simples formulário, em que a uma parte (mais fraca) incumbe aderir ou não à vontade da outra (mais forte), sem possibilidade de discussão do seu conteúdo.

Como se percebe pelas palavras do ilustre doutrinador, o contrato de adesão deixa claro não existir igualdade entre as partes, pois que apenas uma das partes redige as cláusulas e as impõe a outra. Isso implica dizer que fatalmente ocorrerá abusos por parte daqueles que editam as cláusulas, ainda mais se levarmos em conta o poder econômico das partes, pois o referido contrato, em regra, é feito pelo fornecedor, que detém o poder econômico em detrimento ao consumidor. Com isso, se faz necessário criar mecanismos para coibir essas práticas abusivas, não deixando o elo mais fraco dessa relação de consumo desamparado, conforme aduz com brilhantismo Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 7-8):

De fato, a mesma sociedade, que contrata em massa e exige respostas imediatas e praticamente padroniza para demandas repetidas, não pode desprezar o ser humano, enquanto indivíduo, com liberdade e consciência, que busca a forma adequada e segura para o cumprimento de sua livre e consciente vontade.

A proteção do consumidor faz-se necessária, não por lhe faltar consciência ou liberdade, mas sim para que seja garantida a autonomia de sua vontade, seja esta respeitada de maneira a atender ao verdadeiro espírito do contrato, fazendo da igualdade das partes uma verdade real e não somente no campo do idealismo.

3 SURGIMENTO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

No período do Brasil colônia as freiras e irmãs que faziam parte das ordens religiosas, dedicavam atendimento aos enfermos. Devido à precariedade dos serviços de saúde, que só não era maior por causa das referidas ordens, que prestavam a assistência em lugar do Estado, aqueles que pretendiam receber um tratamento melhor e diferenciado, tendo em vista que o poder público não conseguia disponibilizar atendimento de qualidade, uniram-se formando ordens compostas por leigos que tinham como objetivo a assistência a seus membros. Através da arrecadação de dinheiro entre seus membros, essas ordens construíam hospitais, cemitérios, até mesmo igrejas; todos esses privilégios eram desfrutados pelos membros da ordem.

No decorrer do tempo essas ordens perderam espaço, pois que o Estado melhorou a prestação de assistência aos desamparados. Posteriormente grupos específicos também passaram a desfrutar de serviços de assistências próprios, surgiram hospitais específicos de várias categorias, tais como servidores do Estado, comerciários etc. o que enfraquecia mais ainda as ordens.

O tempo passou e a demanda crescente tornou até mesmo esses hospitais ineficazes, começaram então a sofrer com os mesmos problemas enfrentados pelo sistema aberto de assistência. Então novamente aqueles que possuíam uma maior condição financeira passa-

ram a recorrer aos planos de assistência privados, na tentativa de um melhor atendimento.

É certo que esses planos de seguro privado surgem para dar uma resposta satisfativa a quem os procura, pois que não têm razão lógica de ser, se os mesmos deixarem seus consumidores à mercê de atendimento, igualmente o serviço público os deixa.

Todavia, essa nova forma de prestação assistencial trouxe novos problemas aos seus usuários, que estão mais relacionados com os abusos advindos de um desequilíbrio na celebração dos contratos do que propriamente da precariedade dos seus serviços.

Todos eles possuem uma estrutura capaz de atender se não bem, mas de maneira razoável seus usuários. Problema se faz quando da análise do que realmente está contida no corpo do modelo do contrato, tendo em vista que o mesmo é feito de maneira abrangente, não tendo a preocupação de atender as especificidades de cada usuário, em um flagrante desequilíbrio das partes. O indivíduo é visto de maneira geral, não são levados em contas seus fatores pessoais, o contrato segue um padrão que cabe ao usuário adaptar-se ao modelo proposto.

A Constituição de 1988, em seu artigo 199, afirma que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Portanto, deve a mesma existir livremente, ao lado da assistência prestada pelo poder público. No entanto, como o principal objetivo da iniciativa privada é a obtenção do lucro, e isso poderia ser feito de qualquer forma, o mesmo diploma legal estabelece em seu art. 37, § 6º que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Com isso adota o princípio da responsabilidade objetiva diante dos danos causados, é uma clara demonstração de tutela dos interesses dos mais fracos diante das relações contratuais conforme se verifica na decisão abaixo:

PROCESSO CIVIL - ERRO MÉDICO - MORTE DO PACIENTE - LEGITIMIDADE ATIVA DO FILHO DA VÍTIMA - CÓDIGO CONSUMERISTA - INCIDÊNCIA - ART. 17 DO CDC - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL

E DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE - DENUNCIÇÃO DA LIDE - VEDAÇÃO DO CDC - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - DISPOSIÇÃO ESPECÍFICA. A aferição da legitimidade para figurar no pólo passivo da ação, em exame abstrato, decorre do interesse que juridicamente pretende ver protegido, conforme a relação jurídica de direito material afirmada nos autos. É parte legítima para figurar no pólo ativo de ação indenizatória o filho que pretende a reparação por danos morais, em decorrência de erro médico em procedimento cirúrgico que vitimou a seu pai, bem como, pelos danos materiais, inclusive lucros cessantes, que alega fazer jus. O filho do paciente vitimado figura como bystander, ou terceiro prejudicado, por defeito na prestação do serviço de atendimento médico que levou à morte do pai, razão por que, por expressa disposição do artigo transcrito, equiparase ao consumidor, tendo seus direitos tutelados pelas normas consumeristas, notadamente, no que toca ao art. 14 do diploma protetivo incidente. Em razão da cadeia formada na prestação do serviço médico pelo hospital em que se deu o atendimento do paciente e da operadora do plano de saúde a que ele se credencia, deve ser reconhecida a responsabilidade solidária de ambos para o pedido indenizatório de reparação de dano decorrente de erro médico. Por força do art. 88 do CDC, fundando-se a ação originária na obrigação de reparar, sob o ângulo objetivo decorrente da relação de consumo, é inadmissível a intervenção de terceiros através da denúncia da lide. Nos termos do artigo 27 do CDC, prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados em decorrência de falha na prestação do serviço médico. (AGRAVO Nº 1.0188.05.035322-9/001/ TJ/MG, Rel. Des. ELIAS CAMILO, j 06/09/2006, DJE 23/10/2006).

Conforme pode se perceber no julgamento acima transcrito, a responsabilidade dos hospitais e operadoras de planos de saúde é solidária

entre os mesmos, e objetiva com relação ao consumidor, o que os obrigam, portanto a reparar os prejuízos causados ao consumidor, independentemente de dolo ou culpa, todavia isso não afasta a possibilidade de ação regressiva contra o causador do dano, no caso em tela o médico, conforme o descrito no já citado art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988.

O desequilíbrio contratual está presente em todas as modalidades de contrato de adesão, mas o contrato de assistência à saúde, em especial, merece maior atenção, pois o mesmo é celebrado com o intuito de preservar o direito fundamental de maior relevância do ordenamento jurídico, sem o qual não haveria que se falar em dignidade da pessoa humana: a vida. Bem jurídico que encontra agasalho em nossa Carta Magna conforme estabelece o art. 5º:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...].

Por isso faz-se necessário um tratamento maior no que tange às cláusulas abusivas existentes neste tipo de contrato, que com a devida permissão, não são poucas. Os contratos de planos de saúde têm por finalidade a prestação de serviços de assistência médica realizada por hospitais, clínicas, laboratórios e médicos, previamente cadastrados. Os mesmos serão fiscalizados por um órgão estatal, a quem cabe lançar as diretrizes a serem seguidas pelos planos de saúde.

A Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000, criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que tornou o órgão responsável para promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, passando então a regulamentar as empresas do setor, nas demandas entre fornecedores e consumidores, com o intuito de contribuir no desenvolvimento e melhoramento da saúde do país.

A Constituição, nos seus artigos 196 e 197, preconiza:

Art. 196. 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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

No entanto, a grande demanda existente é a incapacidade do Estado em efetivar essa norma constitucional fazendo com que cada vez mais as pessoas busquem os planos de saúde. Sabedoras disso as operadoras cometem inúmeros abusos, pois que seu objetivo não é tornar pleno o disposto na norma constitucional, papel esse que cabe ao Estado, mas as mesmas buscam o lucro, pois afinal são entidades empresariais e como tal objetivam lucro.

Conforme estabelece a Constituição, cabe também ao Estado a fiscalização e o controle dessas atividades, devendo o mesmo estabelecer limites para que os abusos não ocorram, pois seu papel não se restringe somente à fiscalização dessas atividades, mas também a defesa do consumidor, conforme disposição constitucional descrita no art. 5º. XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e foi o que o mesmo fez ao editar a Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

4 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor, as relações entre os fornecedores de planos de saúde e seus usuários por este passaram a ser regidos, em razão da existência de relação de consumo.

Os planos surgiram como forma de resolver os problemas de acessibilidade a esse tão importante direito fundamental que é a saúde. Lamentavelmente, em verdade, os planos de saúde têm se mostrado

como fonte de dor de cabeça para muitos usuários, pois não possuem mais a visão assistencialista das irmandades, tendo como prioridade o lucro como toda e qualquer atividade empresarial. Com isso cada vez mais os usuários têm enfrentado dificuldades numa efetiva cobertura dos planos, o que vem aumentando a insatisfação com os serviços contratados.

Apesar da autonomia da vontade existente nas relações contratuais, se fazem necessárias ressalvas em sua aplicação, principalmente no que tange os contratos de plano de saúde, pois que os abusos ocorrem principalmente quando da necessidade de uma assistência médica, momento este que, na grande maioria das vezes, a parte encontra-se debilitada diante das enfermidades que lhe afligem ou a sua família, devendo por isso mesmo receber uma maior proteção contra os possíveis abusos e cerceamentos dos seus direitos, proteção essa que deve se ater menos a literalidade das cláusulas do contrato e mais a seu espírito e sua função social, que sempre deve ser a baliza do intérprete.

As referidas relações jurídicas são ajustadas em termos pré-estabelecidos, ocorrendo o fenômeno da contratação em massa, não cabendo ao consumidor a participação no processo de elaboração das cláusulas. Caracterizam-se pela unilateralidade e pela inalterabilidade, pois que é feita para o maior número possível de consumidores. Portanto, se enquadra perfeitamente no conceito dado pelo Código do Consumidor em seu art. 54:

Art. 54 - Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Conforme se depreende do aludido dispositivo, os contratos de plano de saúde são típicas relações de consumo e, portanto, devendo incidir sobre os mesmos as regras do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, a Súmula 469 do STJ afirma: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Inúmeras são as vezes em que as prestadoras de serviços estipulam cláusulas que caracterizam abusos, deixando o consumidor em uma situação de total desamparo, tendo que buscar por diversas vezes a prestação jurisdicional para ver satisfeito um serviço que contratou e

que a prestadora se nega a realizar, alegando que não há previsão contratual para fazê-lo, porém como as cláusulas não passam pelo processo de negociação, não há como discuti-la, comumente o consumidor se depara com cláusulas que lhe impõem várias restrições, se vendo frustrado no momento de maior necessidade. Por isso, com vista a proteger os consumidores de possíveis limitações dos seus direitos, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Com base no artigo supracitado decidiu a 9ª Câmara Cível do TJ/PR ser abusiva cláusula que estabelecia cancelamento unilateral por parte do fornecedor, conforme julgado abaixo descrito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE ADIMPLENTO CONTRATUAL C/C PEDI-

DO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - PLANO DE SAÚDE CANCELAMENTO UNILATERAL SOB A SIMPLES ALEGAÇÃO DE INVIA-BILIDADE DE MANUTENÇÃO DA AVENÇA - OFENSA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR CLÁUSULA ABUSIVA DECLARAÇÃO DE NULIDADE REAJUSTE PREVISTO NO CONTRATO ORIGINÁRIO QUE MANTÉM O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO SENTENÇA MANTIDA. 1. O artigo 51, inciso XI, do Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente a nulidade da cláusula que permite a rescisão unilateral do contrato pelo fornecedor, sem que seja previsto igual direito ao consumidor. 2. Veda-se a rescisão do contrato de plano de saúde ante o mero aumento da sinistralidade decorrente do avanço da idade dos segurados, conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça. 3. Apurado mediante perícia que os reajustes, conforme previsto no contrato original, mantêm o equilíbrio econômico- financeiro da avença é desnecessária qualquer alteração. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 713.485-2, TJ/PR, 9ª Câmara Cível Rel. DESª. ROSANA AMARA GIRARDI FACHIN. J. 24/02/2011 DJ: 588 14/03/2011).

A operadora não pode rescindir o contrato com base apenas na idade do consumidor, nem estabelecer unilateralmente essa possibilidade, sem que igual direito assista ao consumidor, acarretando essas alterações contratuais um desequilíbrio entre as partes, com isso acertadamente os tribunais entendem as mesmas como abusivas, posicionando-se ao lado do consumidor.

5 DO ROL DA ANS

Talvez o maior de todos os problemas enfrentados pelos usuários de planos de saúde é a negativa de realizar determinado tratamento.

Uma das principais argumentações trazidas pelas operadoras é a falta de previsão contratual, e por conseguinte não estaria obrigada a realizar.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, através de resoluções normativas, define o rol de quais procedimentos e eventos os planos estão obrigados a realizar. A Resolução Normativa nº. 262/2011 estabeleceu mais de 60 novos procedimentos. Isso sem sombra de dúvidas traz uma segurança maior aos usuários.

Porém, o que parece ser algo sempre vantajoso torna-se a forma encontrada pelas operadoras de negar determinado tratamento, pois o que não está previsto no rol da ANS não deve ser realizado, entendendo que seja ele um rol taxativo.

Todavia, o contrato de assistência à saúde somente terá uma contraprestação efetivada caso o contratante venha a sofrer com alguma enfermidade. Portanto, trata-se de um contrato aleatório, ou seja, o consumidor pode ou não a vir precisar de assistência, mas caso haja necessidade a contratante deve garantir o tratamento necessário para que o mesmo restabeleça sua saúde.

Ao editar as resoluções normativas, a ANS estabelece o rol de procedimentos e eventos, ocorre que esse estabelecimento se trata do mínimo que as operadoras devem cumprir, ou seja, os usuários deverão ser obrigatoriamente atendidos, servindo apenas de base mínima legal, portanto é meramente exemplificativo o rol da ANS. O aludido rol não é um limitador, e não poderia ser diferente, uma vez que é impossível prever quais serão os melhores procedimentos, quais técnicas, enfim qual o melhor tratamento para determinada debilidade no curso do tempo, haja vista a evolução das patologias e dos avanços da medicina. Nesse sentido é o julgamento da 13ª Câmara Cível do TJ/MG:

AÇÃO ORDINÁRIA. DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO MÉDICO NECESSÁRIO. INDICAÇÃO. NEGATIVA À COBERTURA. ALEGAÇÃO DE PROCEDIMENTO NÃO PREVISTO. LISTAGEM DO ÓRGÃO FEDERAL DA SAÚDE. TAXATIVIDADE AFASTADA. CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. PROCEDÊNCIA PARCIAL MANTIDA. Na interpretação dos contratos, deve-se ter sempre em mente a intenção de ambas as

partes, sem abandonar a equidade e a utilidade social, afastando-se eventuais excessos contratuais. Consideram-se abusivas cláusulas contidas em contrato de plano de saúde que negam cobertura ao procedimento pleiteado pelo autor, sob o argumento de que o referido procedimento não consta do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar, elaborado de acordo com lei atinente à matéria, porque aquele rol não é taxativo. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.275997-2/001 – Rel. Des. ALBERTO HENRIQUE j.09/10/2008 Dje. 27/10/2008).

Em outro julgamento, desta vez pela 10ª. Câmara Cível do TJ/MG ratifica o referido entendimento:

APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - PLANO DE SAÚDE - EXAME “PET SCAN” - NEGATIVA DE COBERTURA - ABUSIVIDADE CONFIGURADA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DEVER DE RESSARCIR - RECONHECIMENTO - DANOS MORAIS - INCORRÊNCIA - MEIOS ABORRECIMENTOS. Mostra-se abusiva a cláusula contratual que nega cobertura de realização de exame prescrito por médico que assiste ao paciente, sob a alegação de que aquele não está relacionado na resolução normativa expedida pela Agência Nacional de Saúde, devendo ser considerada nula de pleno direito nos termos do art. 51, inc. IV do CDC. Isso porque o rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde não é taxativo, não possuindo uma função limitadora, mas garantidora de procedimentos mínimos, que devem ser observados pelas operadoras de plano de saúde. A discussão acerca da interpretação de cláusulas contratuais, bem como inadimplemento do contrato por uma das partes, por si só, não constitui ato ilícito passível de indenização por danos morais, ficando apenas na esfera dos aborrecimentos,

ainda que em grau elevado, mas que hoje, infelizmente são comuns na vida em sociedade. Recurso parcialmente provido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.07.432543-5/001/TJ/MG - Rel Des^a. ELECTRA BENEVIDES, 10^a Câmara Cível, j. 14/04/2009, Dje 06/05/2009).

Os dois julgados deixam claro que o rol da ANS é apenas exemplificativo, servindo de parâmetro para o mínimo de atendimento obrigatório que deve ser observado pelas prestadoras de serviços assistenciais. O contrato deve respeitar os princípios da equidade e principalmente sua função social. A alegação das operadoras da taxatividade do rol da ANS não passa de uma falácia na tentativa de ludibriar os consumidores desavisados, um flagrante desrespeito ao princípio da boa-fé contratual, devendo ser combatido por nossas cortes essa prática que somente majora o sofrimento para quem se encontra em um momento tão desagradável.

Não é possível que o direito fundamental à vida seja posto de lado em nome do *pacta sunt servanda*, pois que esse direito precede todos os demais, caso em que somente poderá exercer os demais se lhe for garantida a vida. O objeto primeiro das operadoras deve ser a preservação da vida, que uma vez preservada e restabelecida, não impede que as prestadoras de serviços assistenciais cobrem o que lhe é devido, seja do consumidor ou até mesmo do Estado através de Ação Regressiva, quando da verificação de que cabia ao Estado garantia do tratamento e o mesmo não o tenha feito.

A Lei nº 9.656/98, criada para regular as atividades dos planos de saúde, estabelece em seu art. 35-C que:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

- I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;
- II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;
- III - de planejamento familiar.

É louvável esse dispositivo, uma vez que fala em obrigatoriedade à cobertura de emergência quando ofereça risco de vida; no entanto seria mais adequada a terminologia risco de morte, uma vez que ninguém corre risco de vida, mas sim de morte. Ou ainda quando puder causar dano irreparável ao paciente, ficando a cargo do médico essa decisão. Nesse sentido decidiu o TJ-PR através da 21ª. Vara Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE NEGATIVA DA COBERTURA DE MEDICAMENTOS ASSOCIADOS AO TRATAMENTO DE NEOPLASIA MALIGNA DE MAMA METASTÁTICA PARA OSSOS E FÍGADOS - NEGATIVA DO TRATAMENTO SOB A JUSTIFICATIVA DE SER O MESMO EXPERIMENTAL RECUSA INDEVIDA NÃO CABE AO PLANO DE SAÚDE DECIDIR QUAL O PROCEDIMENTO MÉDICO MAIS ADEQUADO A PROPICIAR A SOBREVIVÊNCIA DE SEU USUÁRIO ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RECONHECIDA - DANO MORAL - PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO SITUAÇÃO QUE EXTRAPOLOU O MERO DISSABOR - DANO CONFIGURADO - QUANTUM REDUZIDO JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA TERMO A QUO DATA DE SUA FIXAÇÃO INALTERADA - APELO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. (Apelação Cível n.º 800.182-3, 21ª Vara Cível. Rel. Domingos José Perfetto, j: 02/02/2012, DJ: 13/02/2012).

Com base no art. 35-C decidiu a 5ª. Vara Cível do TJ-PR conforme julgado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. – AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – CLÁUSULA DE CARÊNCIA DE DOENÇA PRÉ-EXISTENTE – NULIDADE – UTILIZAÇÃO DE SÍMBOLOS PUBLICITÁRIOS

POR DIVERSAS EMPRESAS VINCULADAS AO MESMO GRUPO – APARÊNCIA DE UNICIDADE – INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR - CONTRATO QUE PREVÊ ATENDIMENTO EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL – SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Nos contratos de plano de saúde é nula a cláusula de carência para procedimentos emergenciais, ainda que a doença seja pré-existente à assinatura do contrato, nos termos do artigo 35-C da lei 9.656/98. 2. Apesar da descentralização das cooperativas médicas, a utilização de símbolos publicitários idênticos em todo território nacional acarreta em aparente conglocação da personalidade jurídica, para fins de atendimento ao consumidor. 3. Uma vez anunciada que há cobertura do seguro de saúde em todo território nacional, pode o consumidor eleger a instituição médica em que será atendido, desde que comprovada a inexistência de outra instituição qualificada no âmbito da sua região. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 809.568-9, 5ª VARA CÍVEL. Rel. Des^a. ROSANA AMARA GIRARDI FACHIN, j 08/12/2011. DJ: 16/01/2012).

Nossos tribunais vêm demonstrando, com uma vasta jurisprudência, estar ao lado do consumidor. O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que as operadoras de plano de saúde podem estabelecer quais doenças o plano faz cobertura, mas não podem escolher qual tratamento. Nos tempos atuais torna-se cada vez mais salutar o posicionamento das cortes de justiça, com vista à proteção do consumidor, pois que quase na sua totalidade é o lado mais fraco da relação de consumo, e os fornecedores aproveitando-se da sua boa-fé e ingenuidade lançam mão de artifícios que tentam ludibriar a vontade dos consumidores.

As operadoras de plano de saúde têm agido incessantemente desta maneira, pois nem todos os consumidores pleiteiam uma demanda judicial diante das negativas, o que torna em vários casos lucrativo para as operadoras a utilização desses expedientes. Todavia, essas ati-

tudes não condizem com o princípio da boa-fé, devendo ser rechaçado por nossos aplicadores do direito, impondo sanções que possam não só coibir, mas também cumprir uma finalidade educacional. Vedando por vez práticas tão maléficas aos consumidores, que por diversas vezes têm em risco a permanência da própria vida sendo posta de lado, simplesmente por mero capricho de quem busca somente o lucro.

Não podemos permitir que a vida seja tratada em segundo plano, estamos debatendo acerca do mais elementar direito do homem, que transcende a qualquer norma positivada, posto que este direito fundamental é inerente à própria existência do humano.

6 CONCLUSÃO

A evolução das relações contratuais trouxe novos desafios à sociedade, oriundos de uma nova ordem social baseada em uma economia de produção em massa, que visa primeiramente ao lucro, em detrimento de qualquer outra coisa. As cláusulas abusivas existentes nos contratos são o reflexo do novo mundo, dessa nova concepção, baseada em um capitalismo selvagem.

O contrato de adesão é uma forma prática e eficaz que surgiu para viabilizar as relações contratuais em meio aos avanços da sociedade, que se torna cada vez mais complexas. A priori, em relação aos contratos de planos de saúde, o contrato de adesão surgiu como solução para a crescente demanda por esses serviços. No entanto, o tempo passou e os problemas surgiram para ambas às partes do contrato, se por um lado as operadoras abusam da boa-fé dos consumidores impondo-lhes cláusulas que são verdadeiros absurdos, por outro os consumidores, ao buscar a tutela jurisdicional para ver satisfeita a sua pretensão, trazem à baila a problemática da judicialização da saúde.

O Código de Defesa do Consumidor deixa claros os princípios que devem ser observados na celebração dos contratos, mas como podemos ver isso por si só não é suficiente para coibir os abusos, pois que na maioria das vezes falta informação ao consumidor; além disso, deve prevalecer em todas as relações contratuais a boa fé objetiva entre as partes, o que não vem sendo respeitado por diversas vezes pelas operadoras.

A dignidade da pessoa humana e o direito à vida são também fundamentos nos quais vêm se amparando nossos tribunais.

Conforme notamos, a necessidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos de saúde na sociedade é de suma importância, tendo em vista a ineficácia dos serviços públicos, que por sua vez desencadeiam inúmeras demandas e conseqüentemente diversos problemas.

Se os contratos de adesão foram uma forma de viabilizar a comercialização para uma grande quantidade de consumidores e vêm de fato produzindo esse efeito, não podemos negar que o mesmo possui qualidades, e nem esse o objetivo do estudo, mas que atingir esse objetivo não pode ser em detrimento do consumidor, o lado hipossuficiente dessa relação, deixando-o no prejuízo.

Ressaltamos, ainda, que inexiste em nosso ordenamento jurídico um direito absoluto, até mesmo o direito à vida encontra suas limitações em sede de nossa Carta Magna. O princípio do *pacta sunt servanda*, que dá força de exigibilidade aos contratos, deve ser aplicado de maneira relativizada, conforme demonstramos no decorrer deste estudo. O contrato deve atender seu fim social, não sendo mais aceita uma visão puramente individualista baseada puramente na autonomia da vontade.

Por fim, a grande problemática dos contratos de adesão junto às prestadoras de serviços de assistência à saúde ocorre quando a enfermidade contraída pelo usuário não está prevista no contrato, ou seja, se seria o rol de procedimentos e eventos da ANS, taxativo ou meramente exemplificativo. A jurisprudência dos nossos tribunais nesse assunto é bem ampla, e maciçamente tem reconhecido tratar-se de um rol exemplificativo.

Diante dos problemas trazidos pelo contrato de adesão com relação aos abusos contidos em suas cláusulas, é preciso repensar a forma como esses contratos são elaborados, buscando um novo comportamento por parte daquele que os elaboram; os novos paradigmas devem estar pautado no respeito à pessoa, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, a boa fé, ao equilíbrio contratual, com vista a uma coexistência de direitos e deveres das partes de maneira harmônica, necessitando cada vez menos da intervenção judicial para a efetivação dos serviços contratados, o que é para as partes e também para o judiciário salutar, pois que certamente terá sua demanda bastante reduzida, ocupando-se com outras atividades de maior complexidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Lei n. 8.078/1990**. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 16 nov. 2009.

_____. **Lei n. 9.656/1998**. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 16 nov. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIÚZA, César; SOARES, Roberto; BRUNO, Giordano. **Contrato de adesão**: de acordo com novo Código Civil de 2002. São Paulo: Atlas, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva. 2006. v. 4.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**: código comentado e jurisprudência. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GARMS, Ana Maria Zauhy. Cláusulas abusivas nos contratos de adesão à luz do Código do Consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 18, 24 ago. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/707>>. Acesso em: 1 jul. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. v. 3.

GRINBERG, Rosana. **A questão das cláusulas abusivas nos planos de saúde**. Disponível em: <www.infojus.com.br/area7/rosana2.htm>. Acesso em: 16 nov. 2009.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MATOS, Cecília. **O ônus da prova no código de defesa do consumidor**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002.

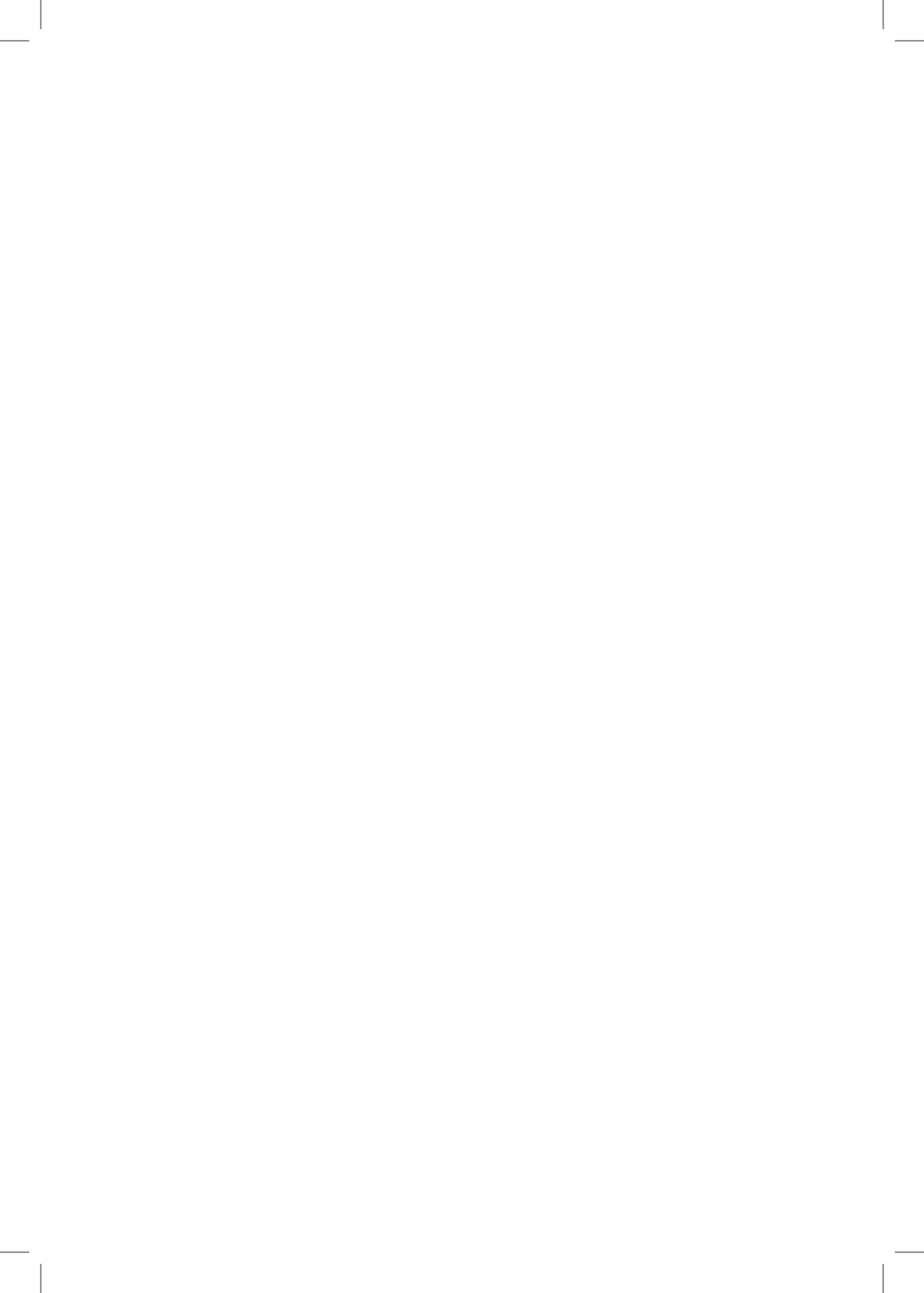
NUNES FILHO, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Cláusulas abusivas nos contratos de adesão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/708>>. Acesso em: 1 jul. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**, 2005.



**DISCURSOS
INSTITUCIONAIS**



DISCURSO DE RECEPÇÃO DO PRESIDENTE DA AMPEM À PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA*

Senhora Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão,

Honra-me falar como Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão - AMPEM, neste ato solene de posse de Vossa Excelência, Dr^a. Regina Lúcia de Almeida Rocha, no cargo de Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão. Considero uma benção divina esta oportunidade. Falo, assim, porque jamais imaginei ser Presidente da nossa entidade de classe e, no exercício desse mister, testemunhar a sua assunção ao cargo máximo do Ministério Público do nosso Estado.

Fui Promotor-Corregedor durante a sua gestão como Corregedora-Geral e, em algumas de nossas conversas, Vossa Excelência me revelou o seu desejo de se aposentar para ter mais tempo com seus familiares, principalmente com os seus netos.

Por isso, sei o quanto foi difícil sua decisão em por seu nome à prova neste nosso árduo processo eleitoral, sobretudo por não ter nada mais a provar institucionalmente, vez que já fora eleita duas vezes Corregedora-Geral e várias vezes Membro do Conselho Superior do Ministério Público.

Portanto, tenha a certeza de que todos aqueles que votaram em Vossa Excelência sabem da sua capacidade de avaliar a grandeza da função e os desafios que o seu exercício demanda, bem assim da sua sensibilidade para entender que, no âmbito do poder político, é fundamental saber preservar o equilíbrio das relações com os demais agentes políticos, sem comprometer, contudo, a dignidade da Instituição.

O exercício de uma função pública de tamanha envergadura como a de Vossa Excelência, Dr^a. Regina Rocha, sabemos todos, exige, não raras vezes, empreender sacrifícios, para levar a cabo o desiderato

* Pronunciado pelo Promotor de Justiça Dr. *José Augusto Cutrim Gomes* na cerimônia de posse da Procuradora-Geral de Justiça Dr^a Regina Lúcia de Almeida Rocha (Biênio 2012-2014), em 14/06/2012.

maior de bem servir a sociedade, mitigando, inclusive, se necessário, nossas próprias crenças e preferências pessoais.

Mas Vossa Excelência, a exemplo de todos nós, tem compromisso com o Maranhão. Somos copartícipes de uma jornada pela melhoria do nosso Estado. Este chão tão rico, principalmente de talentos humanos, não pode continuar ostentando índices incompatíveis com a sua pujança. Temos que acreditar que, enquanto integrantes de uma Instituição de vanguarda, somos capazes de direcionar nossa atividade e força de trabalho para tornar realidade direitos fundamentais básicos como educação, saúde, segurança, emprego, moradia etc.

Senhora Procuradora-Geral, os desafios, como cediço, não são diminutos. Daí por que o Ministério Público necessita estar preparado, aparelhado e presente em todos os rincões deste Estado, como guardião da cidadania em cada município. A relevância da nossa atividade, bem por isso, não deve ser minimizada em nenhum momento e por nenhum agente político de qualquer dos Poderes constituídos.

Além disso, dentre os vários desafios a serem vencidos na sua gestão, em sua maioria voltados a oferecer condições mais dignas de trabalho aos membros e servidores do Ministério Público, está a conclusão e a entrega do edifício sede das Promotorias de Justiça da Capital, assim como o término e a entrega da nova sede da Procuradoria Geral de Justiça, obras estas com previsão para o exercício de 2013.

Portanto, tamanha tarefa exigirá união, compromisso e obstinação de todos nós – homens e mulheres de fibra, que compõem o quadro de membros e servidores da Instituição –, reportando-nos às sábias palavras do grande Mestre Jesus: “a seara é grande e poucos são os trabalhadores”.

Enfim, Dr^a Regina Rocha, acreditamos todos, sim, numa gestão vindoura moderna e de muito trabalho. Conte, pois, com a capacidade, a energia, a alegria e a disposição de cada Membro do nosso *Parquet* timbiras para colaborar, cada qual no exercício de suas atribuições, com esse enorme mutirão democrático, cívico, transformador e solidário que se inicia a partir de hoje, sob o comando de Vossa Excelência.

Que Deus a ilumine.

Obrigado.

DISCURSO DE RECEPÇÃO, EM NOME DO COLÉGIO DE PROCURADORES, À PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA*

Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, em nome de quem saúdo todos os membros do Ministério Público aqui presentes,

Autoridades dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, presentes, e representadas nesta solenidade,

Ilustres Advogados,

Servidores da Procuradoria Geral de Justiça,

Meus Senhores e minhas Senhoras,

Foi com grande prazer e imensa alegria que recebi, em nome do Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça, a honrosa missão de saudar a Procuradora de Justiça Regina Lúcia de Almeida Rocha, que hoje, solenemente, toma posse como Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão. Assim o faço, atento à advertência de Ruy Barbosa de que, em ocasiões como esta, impõe-se ao orador “*a norma de se apagar e sumir-se a si mesmo, deixando a cena inteira ao vulto ilustre, para quem se volve a curiosidade e a expectativa de todos*”.

Além do contentamento por sua posse e do desejo de que sua jornada seja amplamente exitosa, expresso, ainda, grande otimismo quanto ao futuro. Tal sentimento bem se explica na convicção de que a nova Procuradora-Geral de Justiça, sendo, como é, mulher experiente, madura, prudente e serena, haverá de conduzir a nossa instituição com proficiência e bons frutos. Nestes tempos turbulentos, de injustiças e grandes percalços, a experiência, a maturidade, o equilíbrio, o comedimento e, sobretudo, a serenidade, constituem atributos sem os quais não se governa bem, não se decide com acerto, não se atende às

* Pronunciado pela Procuradora de Justiça do Estado do Maranhão Dr^a Maria Luíza Ribeiro Martins Cutrim na cerimônia de posse da Procuradora-Geral de Justiça Dr^a Regina Lúcia de Almeida Rocha (Biênio 2012-2014), em 14/06/2012.

expectativas dos destinatários de nossos deveres – que é a sociedade maranhense.

Nem sempre encontramos palavras bonitas e os adjetivos adequados para determinadas personalidades. Mas é fácil falar com o coração... e falar com o coração, como bem disse o poeta Vinicius de Moraes, não é simplesmente jogar com as palavras, “*não é dizer ‘eu te amo’ com a voz, é dizer ‘eu te amo’ com o próprio amor*”. Poder confessar de público o orgulho que é exercer o múnus de saudar alguém que foi muito importante na minha trajetória e que hoje posso chamar de amiga, é um grande privilégio.

Quando a Governadora Roseana Sarney a escolheu, em meio à lista tríplice que lhe fora encaminhada, o eco da notícia na Procuradoria Geral de Justiça foi de enorme satisfação. Sem nenhum demérito para os outros dois Procuradores de Justiça, cujas qualidades têm nosso reconhecimento, sua nomeação, Dr^aRegina Rocha, pode ser creditada como ato de justiça e valorização de seus méritos. A escolha foi oportuna, sábia e acertada e, tenho certeza, será muito enriquecedora para o *Parquet* timbiras, para o nosso Estado e toda a sociedade maranhense.

É a própria história da homenageada, que soube colher experiências, através do próprio trabalho, que dá coerência à minha saudação e não os atributos da fala. A Dr^a Regina Lúcia de Almeida Rocha ingressou no Ministério Público Estadual no ano de 1974, exercendo o cargo de Promotora de Justiça nas Comarcas de São Bernardo, Alcântara, Pinheiro, Bacabal e São Luís. Foi Promovida à Procuradora de Justiça em 1992. Por três vezes foi eleita e nomeada, como titular, para integrar o Conselho Superior do Ministério Público e, por duas vezes, eleita pelo Colégio de Procuradores de Justiça, ocupou o cargo de Corregedora-Geral do Ministério Público.

Seus dois biênios na Corregedoria (2001/2003 e 2007/2009) foram pacíficos e construtivos. Embora lidando com inúmeros problemas, soube construir um caminho correto e adequado, por onde as dificuldades manaram sem atritos, dando-lhe, assim, o toque de sua personalidade e a direção de seu temperamento.

Foi enérgica, mas justa. Uniu em vez de desagregar, incentivou em vez de desestimular. Teve calma, equilíbrio e prudência ao lidar com os deslizes humanos, nunca fez da pena a exacerbação do erro e sim a construção do bem. Integrar a sua equipe na honrosa função de Promotora de Justiça Corregedora foi uma experiência ímpar, levarei como

conhecimento o seu administrar, o confiar, o descentralizar, o diálogo, a lealdade e o companheirismo.

Por tudo que ficou dito, transbordam razões para a justa expectativa de que Vossa Excelência haverá de governar com grandeza, sensibilidade e espírito de conciliação, sobrepairando os divisionismos de hoje, pois, conforme adverte o livro sagrado, *“todo Reino dividido será desolado”*. Necessário também lembrar que o personalismo nas ações enfraquece a unidade e a exposição exagerada à luz dos holofotes ofusca a visão do horizonte.

Não cometerei a descortesia de, pretensiosamente, falar a nova Procuradora-Geral de Justiça sobre suas atribuições e muito menos sobre sua conduta frente ao Ministério Público Estadual.

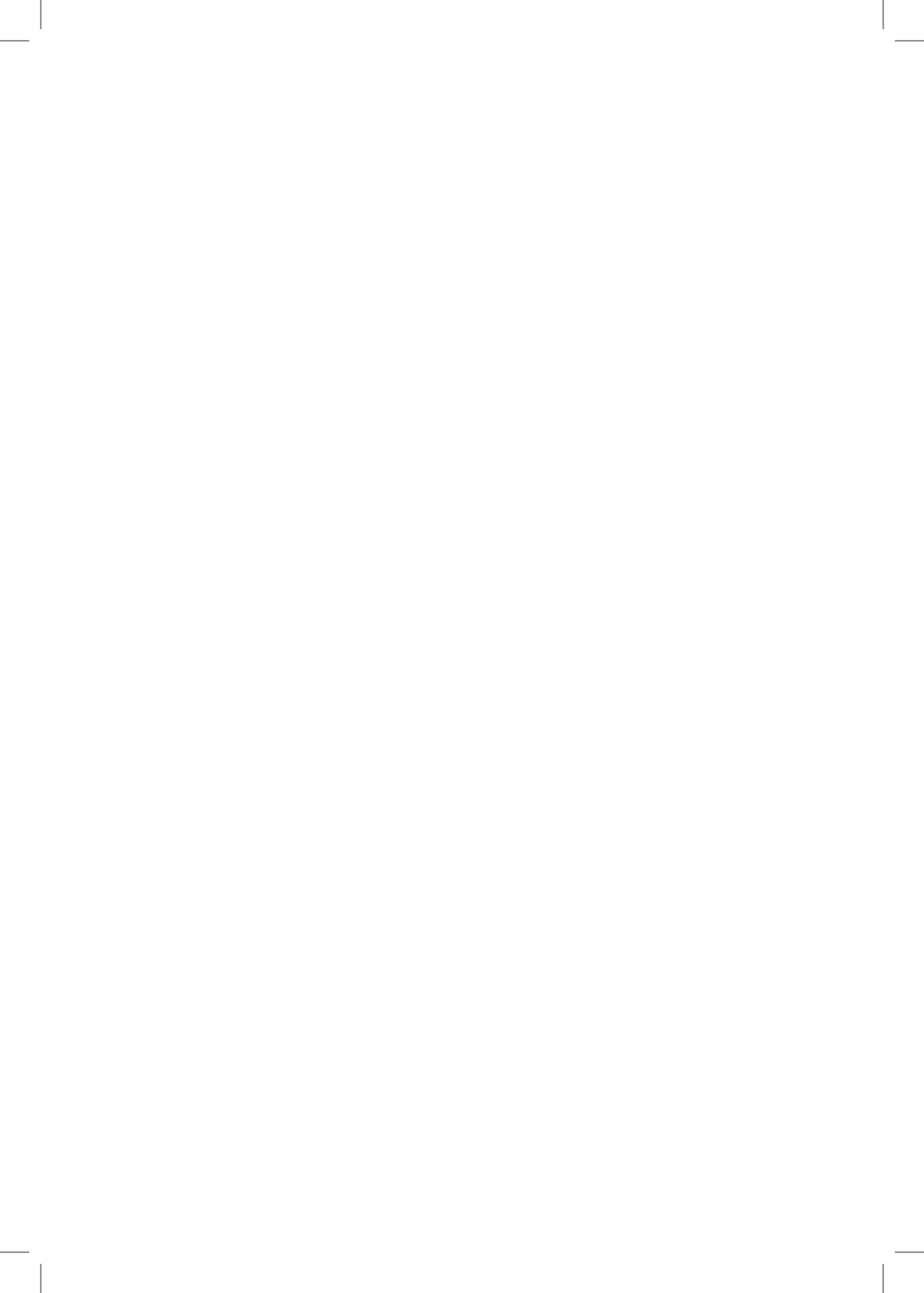
Quero expressar, tão somente, Dr^a Regina, o horizonte de independência, respeito e harmonia que almejamos se consolide na Procuradoria Geral de Justiça. Queremos um MP corajoso, ativo, livre e independente, porém, sereno, equilibrado, capaz de tomar as providências que a Constituição e as leis puserem em suas mãos. Queremos tratamento respeitoso e solidário com as instituições, a começar pelo nosso Ministério Público. Que o diálogo seja pautado pela lealdade institucional, sem que precisemos abrir mão da nossa independência e observância dos limites das respectivas competências legais. Queremos, Dr^a Regina, firmeza serena no trato das questões institucionais.

Encerro este pronunciamento, com o trecho da poesia de Almir Sater e Renato Teixeira:

*“Cada um de nós compõe a sua história,
e cada ser em si,
carrega o dom de ser capaz,
e ser feliz...”*

O Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça não deseja somente a Vossa Excelência cada vez mais sucesso e êxito na nova missão, mas, principalmente, que Vossa Excelência seja cada dia mais feliz...

Muito obrigada!



DISCURSO DE TRANSMISSÃO DO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA*

Senhoras e Senhores,

Despeço-me do elevado cargo de Procuradora-Geral de Justiça com a leveza da sensação do dever cumprido, agradecendo, desde logo, a colaboração de todos os servidores, membros e integrantes dos Órgãos da Administração Superior, que muito se dedicaram para o sucesso da gestão ao longo desses dois mandatos, apesar das adversidades enfrentadas.

Quando assumi a chefia do Ministério Público, firmei um sólido compromisso com a eficiência da atuação institucional e com a valorização dos membros e dos servidores do *Parquet* maranhense, no intuito de reavivar o entusiasmo de cada um em fazer parte de uma grande Instituição Republicana.

Hoje, tenho absoluta convicção de que contribuí, com meu mais profundo empenho, para o fortalecimento do Ministério Público, deixando a Instituição responsável pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão mais estruturada e mais capacitada para o desempenho de seu papel.

Tenho certeza de que muito foi feito. Mas há muito a fazer, há muito a avançar. Há um grande espaço a ser percorrido na busca pelo aperfeiçoamento dos serviços prestados pelo Ministério Público a uma sociedade cada vez mais consciente e ávida por resultados.

Foram quatro longos anos de intenso trabalho e grandes conquistas alcançadas, dentre as quais se destacam: o crescimento do orçamento do Ministério Público de 120 para 237 milhões (uma evolução de 96%); a redução do comprometimento dos recursos com pessoal de 85 para 74%; e o aumento em investimentos de 9 para 32 milhões, proporcionando os seguintes avanços institucionais:

Quanto à carreira dos membros: a) a criação de 30 cargos de Promotor de Justiça; b) a ampliação do quadro de membros, por meio

* Pronunciado pela Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão Dr^a *Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro* (Biênio 2010-2012), em 14/06/2012.

de concurso público para ingresso na carreira, com a nomeação de 76 novos Promotores de Justiça, ou seja, de todos os aprovados no concurso, suprimindo, assim, uma lacuna de cargos que deixava sem representação ministerial 125 Municípios maranhenses; e c) a mais intensa movimentação vertical e horizontal vivenciada nos últimos 25 anos, com um total de 291 movimentações entre promoções e remoções de membros.

Quanto às vantagens dos membros: a) reajuste do subsídio de 5%, em setembro de 2009, e de 3,88%, em fevereiro de 2010; b) diminuição da diferença remuneratória entre entrância de 7 para 5%; c) pagamento de licença especial a 202 membros; e d) implantação de auxílio-alimentação.

Quanto aos servidores: a) incorporação aos vencimentos dos 11,98%, resultantes da mudança de URV para Real e aumento salarial de 12%, em novembro de 2009; b) em dezembro de 2010, implantação da Revisão Geral Anual de 4,31%, retroativa a janeiro de 2010, e de 5,2% a partir de janeiro de 2011; c) em janeiro de 2012, Revisão Geral Anual de 7,2%; d) alocação de recursos no orçamento para pagamento de auxílio-alimentação; e) alocação de recursos, no orçamento de 2012, para o novo Plano de Cargos, Carreira e Salários, que se encontra em trâmite no Colégio de Procuradores de Justiça; f) criação de 112 cargos para servidores, dentre efetivos e comissionados, e de 52 vagas para estágio não obrigatório, sendo 40 destinadas para estudantes de Direito nas Comarcas de Imperatriz, Caxias, Timon, Açailândia, Bacabal e Codó; g) nomeação de 80 cargos de Assessor de Promotor de Justiça da Capital e de 31 cargos de Assessor de Gabinete de Procurador de Justiça; h) promoção e progressão funcional de 1.295 servidores e homologação de estágio probatório de 276 servidores; i) capacitação de servidores e membros, num total de 3.812; e j) abertura do processo administrativo e autorização para a realização do concurso público para servidores, com recursos já alocados no orçamento, bem como abertura de processo seletivo para preenchimento das vagas de estagiários para as Promotorias do interior.

Quanto à estrutura: a) a realização de diversificados e vultosos investimentos, dos quais se destacam: a construção de novas sedes próprias, bem como reformas e novas locações de prédios-sede de Promotorias de Justiça, possibilitando que 95% das Promotorias de Justiça deixassem de ter sede em fóruns de Justiça; b) a construção do novo

prédio-sede da Procuradoria-Geral de Justiça, que se encontra em fase de acabamento; c) a recuperação estrutural do prédio-sede das Promotorias de Justiça da Capital, que se encontra em andamento dentro do cronograma; d) lançamento da pedra fundamental e início das obras da Promotora de Justiça de São Bento, neste mês; e) licitação para construção de novas sedes de Promotorias de Justiça do interior, como a de Imperatriz; f) a modernização tecnológica com a total integração em rede e a entrega de equipamentos de informática a todas as unidades do Ministério Público; e g) a aquisição de diversos materiais permanentes para equipar as unidades da Instituição, entre os quais 58 veículos novos.

Com imensa satisfação, informo que a Representação por Inércia e Excesso de Prazo nº 1.142/2009, sobre alegada omissão quanto à reforma do prédio-sede das Promotorias de Justiça da Capital, foi arquivada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, havendo o Conselheiro-relator destacado ter sido “demonstrada a não ocorrência do alegado estado de inércia da PGJ/MA, ante a proativa atuação de sua representante máxima na busca de soluções e da efetiva adoção de providências tendentes à finalização das obras”.

Todos esses avanços têm favorecido imensos ganhos em termos de eficiência da atuação do Ministério Público, bem como importantes realizações, das quais se destacam:

Na área de planejamento, realizamos o Planejamento Estratégico 2012-2016, a partir do qual membros, servidores e sociedade uniram esforços para construir um Ministério Público mais eficaz, proativo, resolutivo e próximo do cidadão.

No campo da aproximação com a sociedade, implantamos o projeto Positivando o Índice de Desenvolvimento Humano, por meio do qual o Ministério Público, através de audiências públicas, foi conhecer *in loco* os diversos aspectos da realidade de vários Municípios com baixo Índice de Desenvolvimento Humano, objetivando: incrementar a fiscalização da correta aplicação dos recursos destinados a essas áreas, para a melhoria da qualidade de vida das populações envolvidas; fomentar as políticas públicas e conferir resolutividade às demandas sociais mais urgentes desses Municípios, notadamente pelo manejo de Termos de Ajustamento de Conduta com gestores públicos e concessionários de serviços públicos.

Foi apresentado na Assembleia Legislativa, no último dia 11/06, o Relatório da 1ª fase desse projeto, das 14 audiências públicas realizadas, quando recebi do Conselho Nacional do Ministério Público o apoio com a presença da Conselheira Taís Schiling Ferraz .

Para nosso gáudio, esse projeto institucional recebeu o apoio do Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça e foi incluído no banco de boas práticas deste Conselho, para que outros Estados possam adaptar a ideia.

Na seara do relacionamento com a mídia, as ações de maior visibilidade a cargo da Procuradora-Geral de Justiça geralmente se relacionam à atuação judicial, destacando-se, ao longo destes quatro anos: o ajuizamento de 161 ações penais, 82 representações para intervenção em Municípios e 14 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, bem como o manejo de 56 recursos aos Tribunais Superiores. Registre-se, também, a grande divulgação da atuação dos membros do Ministério Público na mídia impressa, televisiva, radiofônica e eletrônica, com a promoção de inúmeras ações nas diversas áreas de sua atuação.

Na área da transparência, aperfeiçoamos o relacionamento do *Parquet* maranhense com a sociedade, mediante o aprimoramento do Portal do Ministério Público e a divulgação de notas oficiais de esclarecimento, informando sobre acontecimentos institucionais geradores de expectativas e debates no seio da sociedade.

A partir desses avanços, constata-se, como disse outrora, que é cada vez maior a responsabilidade de comandar o Ministério Público, uma Instituição republicana de grande credibilidade e relevância no contexto das mudanças necessárias a um país que viu nascer um novo tipo de cidadão: o cidadão bem informado sobre as grandes questões humanas e comprometido com a busca de soluções para os grandes problemas de seu tempo.

Com efeito, devemos estar sempre mobilizados para evitar redução ou supressão de atribuições e prerrogativas do Ministério Público, porque a sociedade brasileira, que já conhece tão bem a Instituição e exige seu pleno funcionamento, que já sabe a contribuição que temos dado e que podemos dar à Nação, não merece retrocesso na sua atuação destemida.

Por isso, não podemos aceitar as constantes tentativas de desfigurar o Ministério Público, como demonstram iniciativas legislativas destinadas a retirar o poder investigatório da Instituição e claras mano-

bras de intimidação percebidas no desenrolar da CPI do Cachoeira e com a aproximação do julgamento do Mensalão.

Felizmente, a luta perene e focada (a eterna vigilância), não tem sido em vão, conforme provam recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o poder investigatório do Ministério Público, bem como a Nota Técnica expedida há duas semanas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, esclarecendo ao Congresso Nacional a constitucionalidade dessa relevante atribuição ministerial.

Em suma, tivemos uma gestão de resultados, merecendo registro o fato de que as conquistas alcançadas são fruto de um diuturno e proficiente trabalho em equipe.

Assim, agradeço a colaboração de uma excelente equipe, competente, focada e comprometida com o desenvolvimento institucional.

Agradeço aos integrantes dos Órgãos da Administração Superior e da Corregedoria Geral do Ministério Público o apoio e o empenho na resolução das questões institucionais mais relevantes, destacando a quantidade recorde de reuniões realizadas pelos Órgãos Colegiados, ao longo destes quatro anos.

Agradeço, também, aos servidores do Ministério Público, pelo profissionalismo, comprometimento e zelo demonstrados no desempenho de suas tarefas.

Agradeço ao Poder Executivo, cujos governadores, ao longo desses quatro anos, sempre se mostraram sensíveis às necessidades da Instituição, a exemplo de Vossa Excelência, Governadora Roseana Sarney; bem como ao Poder Legislativo, cujos parlamentares sempre foram receptivos aos projetos encaminhados pelo Ministério Público, todos aprovados celeremente, consolidando um paradigma de relacionamento interinstitucional baseado no respeito mútuo e na solidez das instituições republicanas.

Agradeço à minha família, em especial a meu pai Manoel de Jesus Travassos, pelo legado de seus valores éticos, incorporados por mim e por todos os seus descendentes, e às minhas filhas Fabéri e Tarsila, pela compreensão nos momentos de ausência, bem como aos meus amigos, pelo apoio que nunca me faltou, sem olvidar a memória de minha mãe e de Raimundo, em homenagem ao amor incondicional que compartilhamos.

Agradeço, sobretudo, a Deus, que sempre me guiou, conduzindo-me na resolução dos mais aflitivos problemas, inundando meu coração de esperança em um futuro melhor.

Reconheço que são imensos os desafios postos a uma Instituição com a envergadura republicana e as incumbências do Ministério Público, mas estou certa de que a Dr^a Regina Lúcia de Almeida Rocha, a quem parabeno pela posse, e desejo boa sorte, no elevado cargo de Procurador-Geral de Justiça, lutará para conseguir mais avanços na consolidação da natureza essencial e do papel de agente de transformação da nossa grande Instituição.

Finalizo minhas palavras sob a inspiração do Salmo 75, I:

*“Eu te dou graças, ó Deus
Eu dou graças.
Anuncio a tua grandeza
E conto as coisas maravilhosas que tens feito.
Na minha vida”.*

Muito obrigada!

DISCURSO DE POSSE DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA*

Minhas Senhoras, Meus Senhores, Meus Amigos e Minha Família,

Assumo, hoje, o comando do Ministério Público do Estado do Maranhão com o mesmo ânimo de luta e a mesma disposição que marcaram o início de minha carreira, quando tomei posse, em 1980, como Promotora de Justiça de Alcântara.

Desde aquele primeiro momento, minha atuação sempre foi marcada pelo ímpeto de servir a sociedade e colaborar para uma melhor administração da Justiça, jamais desistindo dos desafios, apesar das inúmeras dificuldades.

Passados esses anos, sinto-me feliz em perceber os avanços do Ministério Público nos âmbitos regional e nacional, funcionando como instituição fundamental à sociedade e essencial para garantia do Estado Democrático de Direito. Alegro-me, sobremaneira, ao constatar que nosso quadro de pessoal está repleto de homens e mulheres, que, como eu, não desanimam frente aos obstáculos naturais da profissão e se mantêm com disposição para o trabalho e o compromisso com o que é SER Ministério Público, marcado pela comunhão de valores ideológicos que funcionam muito mais que dogmas e regras escritas.

Os anos que passaram ensinaram-me muito. Aprendi que nem sempre se revelam positivos os esforços honestamente feitos; percebi que sem um apoio da Administração Superior qualquer trabalho, por mais bem intencionado que ele seja, tem suas chances de sucessos reduzidas; constatei que o Ministério Público não pode permanecer como mero espectador da cena política do País, devendo interagir com outros profissionais do campo técnico-científico, aprimorando seu posicionamento sobre os mais variados temas e angariando conhecimentos para promover o acompanhamento das alterações legislativas significativas

* Pronunciado pela Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão Dr^a Regina Lúcia de Almeida Rocha (Biênio 2012-2014), em 14/06/2012.

para os direitos por nós tutelados; verifiquei que o agir ministerial é muito mais que uma atuação processual e que nos limitarmos a ela é praticamente promover uma automutilação – uma redução feita por nós mesmos das nossas atribuições constitucionais.

Portanto, a experiência me permite dizer aos senhores que o Ministério Público do Estado do Maranhão só continuará grandioso como Instituição quando souber, exatamente, utilizar todas as possibilidades de atuação em prol de interesses comuns e de toda a sociedade, esquecendo interesses pessoais e divisões internas.

Todos nós, Procuradores, Promotores de Justiça e servidores compomos um único Ministério Público, uno e indivisível, de modo que a ação de um membro reflete no conjunto, positiva ou negativamente.

Por isso, em minha gestão, visou reforçar a autoestima dos colegas e servidores, e fortalecer o papel do Ministério Público como articulador, estrategista, mobilizador da população e de entidades que, como nós, tutelam interesses semelhantes.

Quero e pretendo um Ministério Público pleno e que seus membros e servidores tenham a consciência de que nossa atuação é dotada de uma função social como o agir voltado ‘para a’ sociedade e não apenas ‘na’ sociedade, como já afirmou Hugo Nigro Mazzilli.

A comunidade jurídica vive momento de significativas alterações do ordenamento jurídico, como a revisão do Código Penal, a elaboração do novo Código Florestal e a recente publicação da Lei de Acesso à Informação, que garante aos cidadãos direito de acesso a dados oficiais dos poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público. Com essa novíssima Lei, o Brasil entra no rol, juntamente com outros 91 países, do grupo de nações que reconhecem que as informações guardadas pelo Estado são um bem público.

A esse respeito, e apesar de termos avançado consideravelmente em termos de elaboração legislativa, devo ressaltar que, infelizmente, algumas dessas modificações têm o claro intuito de redução do leque de atribuições do Ministério Público, promovendo um verdadeiro retrocesso no sistema constitucional.

Cito como exemplo a PEC 37/2011, que “acrescenta o § 10 ao Art. 144 da Constituição Federal e passa a definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal”.

Aliás, mesmo em plena ditadura militar admitia-se tranquilamente a validade de investigações conduzidas pelo Ministério Público. Talvez o caso mais emblemático tenha sido o do Esquadrão da Morte, comandado pelo Delegado de Polícia Sérgio Paranhos Fleury, e desbaratado pelo então Promotor de Justiça Hélio Bicudo e outros colegas.

É inquestionável o prejuízo que essa PEC poderá trazer ao Ministério Público em matéria de atribuição institucional, ainda mais pelo fato de o art. 129 da Carta Magna nos assegurar a exclusividade da Ação Penal Pública. Sem dúvida alguma, a maior lesada, caso seja aprovada a emenda constitucional, será a sociedade, que, em hipóteses delicadas, nas quais pode se tornar questionável a atuação da polícia ou mesmo em crimes praticados por policiais, como a prática de tortura, o Ministério Público seria o único refúgio do cidadão.

Quem não se recorda do caso do contraventor Castor de Andrade e a corrupção de parte da polícia do Rio de Janeiro, descoberta e investigada pelo Ministério Público em 1993? E em casos mais recentes como a atuação do Grupo de Atenção Especial de Combate ao Crime Organizado, composto por Promotores de Justiça do ABC Paulista, na investigação da morte do prefeito Celso Daniel; o brilhantismo do Promotor de Justiça Francisco Cembranelli no acompanhamento da investigação do crime praticado contra a pequena Isabela Nardoni, dentre outros casos anônimos, ou não, que mostram a nossa contribuição à sociedade, no setor de apuração de crimes.

Outros avanços legislativos, apesar de bem intencionados, estão carentes de efetividade. A Lei Federal n. 12.305/10, que instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, é um exemplo visível disso. Referido diploma legal, em vigor, trouxe importantes mecanismos para o destino e reaproveitamento dos resíduos sólidos produzidos no país e já conta, inclusive, com decreto regulamentar expedido desde 2011. Apesar disso, até o momento, não se tem notícia de avanços positivos práticos em nosso Estado da elogiável legislação federal.

Ora, para que serve o Direito senão para regular as relações entre os homens, garantindo a vivência social. As leis, mesmo tecnicamente perfeitas e socialmente ajustadas, não conduzem, necessariamente, a uma Boa Justiça. Muitas vezes elas não nos trazem Justiça alguma.

Ciente dessa realidade, ressalto que uma das minhas metas iniciais é criar mecanismos para fomentar a aplicação e garantir a efetividade de Leis importantes para os interesses tutelados pelo Ministério Público. Para isso, pretendo estimular o amadurecimento interno de questões sensíveis e pertinentes a nossa atuação institucional, com enfoque na realidade de nosso Estado, traçando estratégias de atuação.

Consciente do papel do Ministério Público no contexto atual e atenta para a vasta gama de atuação dos nossos pares, vejo que há muito a ser feito. Por isso, tento traçar prioridades de gestão, como a reestruturação e modernização da Assessoria Técnica e Centros de Apoio, a melhoria das condições de trabalho de servidores e membros, a realização de concurso público, o retorno de campanhas institucionais de relevo e com resultado positivo, garantia de assessores jurídicos a todos os Promotores de Justiça de entrância inicial e intermediária, reativação dos Grupos de Atuação Ministerial, realização de concurso público para suprir as deficiências de servidores, dentre outras metas, expostas nas minhas propostas de campanha.

Minha administração não será um fim em si mesma. Meu agir será focado em um todo e direcionado para o interesse social, visando resultados reais e não puramente midiáticos e efêmeros. Prometo usar todas as minhas forças e unir minha equipe em prol de um Ministério Público democrático, eficiente e transparente.

Sei que só farei isso e terei êxito se contar com o apoio e confiança de todos os meus pares e servidores. E quando menciono os colegas, o faço irrestritamente, jamais limitando somente aos 154 que confiaram em meu nome na composição da lista tríplice. Volto a dizer, minha gestão será para todos e em favor de um único Ministério Público: não patrocinarei a autofagia institucional nem a desunião dos colegas.

Por isso, neste momento, conclamo a todos, independentemente de opção política ou posição pessoal, para que deixem o brio do nosso Ministério Público aflorar em sua mais plena feição constitucional e, dentro de cada um de vocês, o espírito de unicidade e independência predomine, pois, como sabiamente disse Rui Barbosa, “*só o bem neste mundo é durável, e o bem, politicamente, é todo justiça e liberdade, formas soberanas da autoridade e do direito, da inteligência e do progresso*”.

Permitam-me ainda que termine agradecendo a presença de todos, e em especial aos nossos colegas do Ministério Público da União, desembargadores, juízes federais e estaduais, advogados, defensores, delegados de Polícia e procuradores do Estado. Digo aos senhores que o Ministério Público do Estado do Maranhão quer trabalhar ao lado dos colegas, nunca à frente ou atrás. Temos todos papel fundamental na garantia de um Estado de Direito, de modo que a cooperação entre as carreiras e o diálogo permanente entre os segmentos que compõem a base da justiça contribuirão de forma decisiva para nossa aproximação da sociedade, hoje muito mais esclarecida de seus direitos, consciente e participativa.

Agradeço, também, a presença das autoridades que, ao lado do Ministério Público, exercem a função de controle e trabalham na fiscalização do erário. Aos Conselheiros dos Tribunais de Contas, Auditores, representantes da Controladoria da União e do Estado, quero dizer que acredito no trabalho em conjunto e vejo que os melhores resultados só serão obtidos em sistema de cooperação mútua e convênios. Pretendo dar total apoio ao fortalecimento do nosso elo e intercâmbio de informações, colocando desde já a Administração Superior à total disposição para interlocução e sugestão de ações conjuntas de forma estratégica e programada.

Obrigada pela presença dos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, Deputados, Vereadores, Secretários de Estados e Secretários Municipais, bem como aos representantes das Polícias Civil e Militar. Muito honrada em tê-los presentes e poder passar essa mensagem de união e congraçamento a todos vocês.

Meu agradecimento especial é dirigido aos meus amigos e familiares. Quero que saibam como vocês foram essenciais nessa vitória. O apoio de todos, principalmente nos momentos mais difíceis, me deu forças para continuar. Minha mãe, meu marido, meus filhos e netos, meu genro e minha nora comprovam que realmente a família é a célula fundamental da sociedade, é o alicerce necessário que, infelizmente, muitos são privados, é a base de equilíbrio de todo ser humano. Digo, na presença de todos, que quem tem uma família como a minha tem um verdadeiro tesouro e está pronto para superar qualquer obstáculo que porventura venha cruzar seu caminho.

A vocês, queridos, que me fazem sentir grandiosa, independentemente do cargo que ocupo, dedico célebre frase de Charles Dickens,

para quem *“há grandes homens que fazem todos os demais sentirem-se pequenos. Mas a verdadeira grandeza consiste em fazer com que todos se sintam grandes”*.

Agradeço todos os dias a Deus por tudo que me deu. Peço que Ele sempre me dê discernimento e ilumine, para que saiba conduzir nossa Instituição com retidão, sabedoria e integridade, sempre no intuito de elevá-la ao patamar máximo, com ações realmente voltadas ao bem de toda a coletividade.

Finalizo parafraseando Leonardo Boff, que, de forma brilhante, conseguiu sistematizar o que sinto em relação à sociedade moderna: *“Hoje nos encontramos numa fase nova na humanidade. Todos estamos regressando à Casa Comum, a Terra: os povos, as sociedades, as culturas e as religiões. Todos trocamos experiências e valores. Todos nos enriquecemos e nos completamos mutuamente”*.

Muita obrigada a todos pela atenção. Que Deus nos proteja, sempre!

A REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO – *JURIS ITINERA* é um periódico anual destinado à publicação de trabalhos produzidos por membros do Ministério Público e outros pensadores do Direito.

Normas para apresentação dos trabalhos

1. Os textos serão apreciados e aprovados, ou não, pelo Conselho Editorial, preservando-se a identidade do autor, quando da indicação destes;
2. Somente serão aceitos artigos inéditos;
3. Compete ao Conselho Editorial introduzir modificações nos originais de ordem formal e gramatical, ouvido o autor, visando a homogeneidade e qualidade da Revista;
4. As ideias e conceitos produzidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, não representando, necessariamente, o pensamento da Instituição;
5. Os originais dos trabalhos apresentados não serão devolvidos;
6. Os trabalhos somente serão apreciados se atendidas as condições seguintes: **a)** redigidos, preferencialmente, em português, no impessoal e encaminhados em uma via impressa, juntamente com o respectivo arquivo eletrônico, em formatação *Word for Windows*; **b)** apresentados em papel A4; **c)** configurados em espaço simples; **d)** escritos em tamanho 12, com base na fonte *Times New Roman*; **e)** adstritos, no máximo, a 20 (vinte) laudas.
7. O Conselho Editorial se reserva o direito de adequar os artigos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT;
8. Os artigos devem conter o nome do autor e suas credenciais, bem como resumo e abstract, constituídos de uma sequência de frases concisas, não ultrapassando 150 palavras. Devem apresentar, também, palavras-chave e keywords logo abaixo do resumo e abstract, separadas entre si por ponto;
9. Deve-se utilizar o sistema autor-data para as citações no texto e o sistema numérico para as notas explicativas (notas de rodapé);
10. Os casos omissos serão decididos pelo Conselho Editorial, não cabendo recurso de suas decisões.

Endereço para o envio de originais

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO
Coordenadoria de Documentação e Biblioteca
Rua Oswaldo Cruz, nº 1396 - Centro - São Luís – Maranhão.
CEP: 65020-910 - Tel.: (98) 3219-1656. Fax.: (98) 3219-1657
E-mail: biblioteca@mp.ma.gov.br

