

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

*JURIS ITINERA*

***Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro***

PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

***Nilde Cardoso Macedo Sandes***

SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

***Regina Maria da Costa Leite***

SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

***Regina Lúcia Almeida Rocha***

CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

***Rita de Cassia Maia Baptista Moreira***

SUBCORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

***Marco Antonio Anchieta Guerreiro***

DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

***Carlos Nina Everton Cutrim***

OUIDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

## **CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO TITULARES (2007/2009)**

***Maria de Fátima R. Travassos Cordeiro***

PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

***Rita de Cassia Maia Baptista Moreira***

CONSELHEIRA

***Regina Lúcia Almeida Rocha***

CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

***Suvamy Vivekananda Meireles***

CONSELHEIRO

***Eduardo Jorge Hiluy Nicolau***

CONSELHEIRO

***Nilde Cardoso Macedo Sandes***

CONSELHEIRA

***Marco Antonio Anchieta Guerreiro***

CONSELHEIRO

## **SUPLENTE**

***José Argôlo Ferrão Coelho***

***Regina Maria da Costa Leite***

***Paulo Roberto Saldanha Ribeiro***

***Selene Coelho de Lacerda***

***José Antonio Oliveira Bents***

## **COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA**

Nilde Cardoso Macedo Sandes

José Antônio Oliveira Bents

Regina Lúcia Almeida Rocha

Maria dos Remédios Figueiredo Serra

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

José Argôlo Ferrão Coelho

Daniel Ribeiro da Silva

Iracly Martins Figueiredo Aguiar

Ana Lídia 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

Domingas de Jesus Froz Gomes

Francisco das Chagas Barros de Sousa

César Queiroz Ribeiro

Clodenilza Ribeiro Ferreira

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim

Regina Maria da Costa Leite

Flávia Teresa de Viveiros Vieira

Paulo Roberto Saldanha Ribeiro

Teodoro Peres Neto

Rita de Cassia Maia Baptista Moreira

Marco Antonio Anchieta Guerreiro

Maria de Fátima R. Travassos Cordeiro

Sâmara Ascar Sauaia

Themis Maria Pacheco de Carvalho

Maria Luíza Ribeiro Martins

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. 15, jan./dez. 2008**

## CONSELHO EDITORIAL

<i>José Antonio Oliveira Bents</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA	<i>Márcia Moura Maia</i> PROMOTORA DE JUSTIÇA
<i>José Henrique Marques Moreira</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA	<i>Vicente de Paulo Silva Martins</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>Lena Cláudia Ripardo Pauxis</i> PROMOTORA DE JUSTIÇA	<i>Paulo Roberto Barbosa Ramos</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>Luís Fernando Cabral Barreto Júnior</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA	<i>Laert Pinho de Ribamar</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>Francisco de Aquino da Silva</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA	<i>Ronald Pereira dos Santos</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA

### Editoração e Normalização

Maria dos Remédios R. dos Santos - Coordenadora de Documentação e Biblioteca  
Rômollo de Sá Malta - Chefe da Seção de Editoração e Publicação

### 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

E-mail: [procuradoria@mp.ma.gov.br](mailto:procuradoria@mp.ma.gov.br)

Home page: [www.mp.ma.gov.br](http://www.mp.ma.gov.br)

As idéias 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, 2008.  
n. 15

Anual

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

CDU 340 (05)

ISSN 1677 - 1060

Solicita-se permuta

We ask for exchange

On demande l' échange

## APRESENTAÇÃO

Nossa Revista *Juris Itinera* chega a sua 15ª edição de forma revigorada.

Isto porque, uma vez mais, para nosso regozijo, traz em seu conteúdo 11 (onze) artigos jurídicos, de indúvidoso alto nível, para a reflexão da comunidade jurídica maranhense e nacional.

Os temas, todos originais, atuais, de generosa densidade teórica, e que, certamente, atendem muitas das indagações buscadas pelos profissionais da área, perpassam, desta feita, pelo direito constitucional, ambiental, penal e administrativo.

Subscritos, majoritariamente, por membros e servidores do Ministério Público timbira, bem assim por acadêmicos da área jurídica, ressaltam a capacitação técnica dos seus autores e demonstram, ainda, a crescente melhoria dos Cursos de Direito instalados no Maranhão.

Contempla a presente edição, também, discursos institucionais, de grande relevo para a história do Ministério Público maranhense, os quais cristalizam os fatos para uma análise futura.

Por fim, merece registro o nosso contentamento em subscrever – num momento sublime em que a presença feminina ganha maior visibilidade na direção do *Parquet* Estadual – a apresentação da Revista *Juris Itinera*, idealizada pela visão vanguardista da Doutora Elimar Figueiredo de Almeida e Silva, ainda nos idos de 1991.

Esperamos todos, pois, que os artigos que compõem a presente edição sejam instrumentos valiosos nas mãos dos operadores do Direito, especialmente na busca incessante destes por uma sociedade mais justa e solidária.

**MARIA DE FÁTIMA RODRIGUES TRAVASSOS CORDEIRO**

Procuradora-Geral de Justiça



# SUMÁRIO

## DIREITO CONSTITUCIONAL

<b>TRIBUTO E CIDADANIA: O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA PLENA</b> <i>José Osmar Alves</i> .....	13
<b>PEDÁGIO: FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL</b> <i>Herberth Costa Figueiredo</i> .....	39

## DIREITO AMBIENTAL

<b>BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO AMBIENTAL: REALIDADE BRASILEIRA E O DIREITO COMPARADO</b> <i>Maria de Jesus Rodrigues A. Heilmann</i> .....	55
<b>POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL</b> <i>Carlos Eduardo Barros Gomes</i> <i>Flavio dos Santos Oliveira</i> <i>Rafhael Batista</i> <i>Renata Freire Costa</i> <i>Vivianne Macedo C. de Araújo</i> .....	79

**BIOMAS NACIONAIS E A TUTELA JURÍDICA DOS  
POVOS TRADICIONAIS DO BRASIL: INDÍGENAS E  
QUILOMBOLAS**

<i>Alaíde Sampaio Costa</i>	
<i>Bruna Barbieri Waquim</i>	
<i>Celso Henrique Souza Araújo</i>	
<i>Eduardo Henrique Domingos Moura</i>	
<i>Elma Barros Melo</i>	
<i>Joaquim Antonio Oliveira</i>	
<i>Silvia Cristina Costa Porto</i> .....	109

**DIREITO PENAL E PROIBIDADE ADMINISTRATIVA**

**POSSIBILIDADE DE ARGÜIÇÃO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO  
DO ART. 409 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELO  
CONTROLE DIFUSO À LUZ DO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

<i>Justino da Silva Guimarães</i> .....	153
---	-----

**SUTHERLAND, A TEORIA DA ASSOCIAÇÃO  
DIFERENCIAL E O CRIME DE COLARINHO BRANCO**

<i>Ana Luiza Almeida Ferro</i> .....	181
--------------------------------------	-----

**FUNÇÕES DOGMÁTICAS E LEGITIMIDADE DOS TIPOS  
PENAIIS NA SOCIEDADE DO RISCO**

<i>Cláudio Alberto Gabriel Guimarães</i>	
<i>Davi Uruçu Rego</i> .....	213

**VITIMIZAÇÃO E PROCESSO PENAL**

<i>Sandro Carvalho Lobato de Carvalho</i>	
<i>Joaquim Henrique de Carvalho Lobato</i> .....	241



<b>A REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL</b>	
<i>André Gonzalez Cruz</i> .....	265

<b>ESTUDO DE UM CASO CONCRETO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE TORTURA COM BASE NA LEI DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA</b>	
<i>Márcio Thadeu Silva Marques</i> .....	281

### **DISCURSOS INSTITUCIONAIS**

<b>DISCURSO DE POSSE DA PROCURADORA DE JUSTIÇA</b>	
<i>Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro</i> .....	315

<b>DISCURSO DE TRANSMISSÃO DO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA</b>	
<i>Francisco das Chagas Barros de Sousa</i> .....	323

<b>DISCURSO DE RECEPÇÃO, EM NOME DO COLÉGIO DE PROCURADORES, À PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA</b>	
<i>Nilde Cardoso Macedo Sandes</i> .....	331

<b>DISCURSO DE POSSE DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA</b>	
<i>Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro</i> .....	335



---

**DIREITO  
CONSTITUCIONAL**

---



## **TRIBUTO E CIDADANIA**

### **O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA PLENA**

*José Osmar Alves\**

**Resumo:** Desde a antiguidade a noção de cidadania se acha ligada ao gozo de direitos, que se foram ampliando à medida que evoluíam as relações sociais, culminando com a declaração universal dos direitos humanos, em fins da primeira metade do século vinte. Atualmente, o exercício pleno de todos os direitos reconhecidos à cidadania está a exigir dos estados nacionais recursos financeiros cada vez maiores, os quais são necessariamente captados de seus cidadãos, por meio dos tributos. A questão tributária, portanto, ganhou extremada relevância para a garantia do exercício desses direitos, surgindo, assim, a necessidade de remodelagem do próprio conceito de cidadania, para nele se incluírem não apenas direitos, mas também obrigações, com destaque especial para a obrigação tributária.

**Palavras-chave:** Cidadania e tributo. Evolução. Tributo e Estado. Ordem constitucional. Teoria do tributo. Conceito de cidadania.

**Abstract:** Since antiquity the notion of citizenship is being linked to the enjoyment of rights, which have grown as the evolving social relationships, culminating with the universal declaration of human rights, at the end of the first half of the twentieth century. Currently the full enjoyment of all rights granted to citizenship is the nation states require ever greater financial resources, which are necessarily of its citizens captured by means of taxes. The tax issue, therefore, gained extreme importance for ensuring the exercise of those rights, appearing thus the need for remodeling the very concept of citizenship to them if they include not only rights but also obligations, with particular emphasis on obligation tax.

**Keywords:** Citizenship and tribute. Developments. Tribute and State. Constitutional order. Order tributary. Theory of tribute. Concept of citizenship.

---

\* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Especialista em Direito Tributário.

## 1 INTRODUÇÃO

Perguntem-se aos que se manifestam nos incontáveis protestos do mundo de hoje o que lhes faz achar ter direito ao que reivindicam e as respostas serão invariavelmente as mesmas: “pagamos nossos impostos e, portanto, temos direito, como cidadãos, ao que estamos a exigir”. Dificilmente alguém dirá ao entrevistador que está ali porque vota e pode ser votado.

É fato que nas sociedades antigas – a grega como precursora – a cidadania se assentava em três pilares básicos, declarados na lei, a saber: o reconhecimento de que todos nascem iguais (*isotimia*); de que todos são iguais perante a lei (*isonomia*); e de que todos têm o direito de falar na Ágora (*isagoria*). Das três condições, a *isagoria* – a despeito de ser a última declaração da lei, era em verdade aquela que determinava a fruição das duas antecedentes, ou seja, só o descendente masculino do fruidor de *isagoria* era considerado cidadão grego.

Ora, era na Ágora que os gregos debatiam e decidiam os grandes temas de sua época, indo desde a designação dos magistrados até a declaração de guerra a uma cidade inimiga. Resta, pois, muito claro que a capacidade de participar da vida da Polis (debater, votar e ser votado) era a condição *sine qua non* para que os súditos fossem considerados cidadãos.

Nas sociedades atuais, no entanto, poder votar e ser votado é apenas um dos vários direitos que compõem o acervo de direitos do cidadão, que poderá deixar de exercê-lo, por opção ou por um impedimento legal qualquer, sem que isto o torne um *não-cidadão*, incapaz de fruir os outros direitos remanescentes. Hodiernamente, portando, o direito de votar e de ser votado é apenas um consectário da cidadania, e não uma condição para a fruição desta, como o era na antiga sociedade grega.

Por um curto período de tempo o estado moderno teve na atividade econômica, diretamente por ele exercida, uma importante fonte de financiamento do crescente número de serviços públicos que lhe foram sendo confiados ao longo da história<sup>1</sup>. Porém, o advento do *Estado Liberal*, e

---

<sup>1</sup> Na antiguidade, a maior parte das despesas públicas era suportada pelos despojos de guerra (rapinagem das riquezas, trabalho escravo e tributo forçado dos povos vencidos); na idade média, essas despesas eram suportadas pela riqueza pessoal do senhor do feudo e pelos

mais recentemente do *neoliberalismo*, retirou dele essa fonte de recursos, com a promessa de que as atividades econômicas em mãos dos particulares seria mais produtiva e, por conseqüência, renderia mais tributos, compensando-se, por esta forma, a renda que o Estado acabara de perder. Assim, restaram-lhe os tributos como única fonte de financiamento de suas atividades.

A luta aberta entre o Fisco de um lado e as forças produtivas de uma nação de outro impõe uma discussão nova a respeito do conceito de cidadania, no sentido de nele incluir-se o recolhimento dos tributos como condição para a fruição plena dos direitos reservados aos cidadãos.

Este artigo pretende dar uma contribuição ao debate, apontando algumas questões que deverão ser enfrentadas pela doutrina ao longo do caminho que poderá conduzir ao novo conceito de cidadania, no qual se vejam contemplados não apenas os direitos que lhe são inerentes, mas também, e especialmente, as obrigações que decorrem de sua aquisição, entre as quais avultando, com proposital privilégio, a correta atividade tributária dos membros ativos de uma dada sociedade.

Alerta-se, de logo, que ao longo deste trabalho, “tributo” e “imposto” poderão ser usados como sinônimos, devendo ficar registrado que isto não significará confusão de conceitos entre o primeiro, que é gênero, e o segundo, que é espécie.

---

“donativos” dos servos da gleba, como retribuição pelo uso das terras e dos equipamentos do senhor; na idade moderna, com a organização dos estados nacionais, a maior parte dos serviços públicos era realizada com equipamentos do próprio estado e custeadas com o resultado financeiro de atividades econômicas exercidas diretamente por ele: eram públicas as escolas, os hospitais, as fontes de energia elétrica, os combustíveis, as estradas de ferro e rodovias, as atividades mineradoras, os meios de comunicação em geral, os bancos etc. Não se deve esquecer que até os anos noventa do séc. XX existiam estados nacionais que produziam quase tudo, diretamente – os estados socialistas da União Soviética. Ainda hoje estes estados sobrevivem – Cuba talvez seja o melhor exemplo, Coréia do Norte, boa parte dos países árabes (especialmente os chamados “emirados”) e os países que são produtores de petróleo para exportação, entre os quais a Venezuela. Nalguns estados, as receitas tributárias respondem por menos da metade das despesas públicas, sendo que os lucros da venda do petróleo, produto estatizado, responde pelo restante. Vale lembrar que também no Brasil, até o final da década de noventa do século passado, boa parte das atividades econômicas era exercida pelo estado (energia, petróleo, comunicação, transporte urbano, os maiores bancos, saneamento, saúde, educação etc.).

## 2 TRIBUTO E CIDADANIA: ESCORÇO HISTÓRICO

### 2.1 Na Grécia Antiga

O atual conceito de cidadania está originalmente ligado ao pensamento aristotélico sobre as condições para que o homem grego fosse considerado cidadão. Para Aristóteles, um cidadão no sentido absoluto se define pela participação nas funções judiciárias e na função pública em geral. Ora, nascendo livres e iguais, os homens gregos (as mulheres e os escravos não gozavam dos direitos de cidadania) tinham o direito de viver nas cidades gregas e participar das decisões políticas que definiam os rumos dessas mesmas cidades.

Portanto, na Grécia antiga, o conceito de cidadania era exclusivamente ligado à idéia de participação dos cidadãos na vida política da cidade, fosse como exercentes das magistraturas, fosse como eleitores na escolha desses magistrados. O Estado Grego de então não se imiscuia nas atividades privadas de seus súditos, em nada influenciando no seu conceito de cidadania as eventuais desigualdades educacionais, sociais e econômicas de seus cidadãos; ou mesmo as relações injustas que permeavam o seu duro dia-a-dia. Coube ao Estado Romano, após a conquista das cidades gregas, absorver os conceitos de liberdade e igualdade, e estender seus efeitos para a vida privada de seus cidadãos.

Bignotto (2005) nos dá notícia de que os romanos teriam radicalizado – para os padrões da época – a idéia de isonomia, tomada dos gregos, estendendo seus limites para além da participação de seus cidadãos nas decisões políticas do Império, concedendo-lhes outros direitos, como, por exemplo, o de poderem contratar entre si sem a tutela do estado. Naquele momento, em que o direito “ocupa um lugar fundamental na definição do que seja uma sociedade política para os romanos”, se consolida, segundo Bignotto, a idéia de cidadania.

Como se pode observar, na *Polis* grega como no Império Romano o exercício da cidadania pressupunha o reconhecimento, no direito positivo, de dois conceitos básicos da Filosofia: a igualdade e a liberdade.

Para os gregos, porém, somente os homens que nascessem livres eram iguais, e apenas essas duas condições os habilitavam a exercer a cidadania. Nenhuma outra *althea* compunha o conceito grego de cidadania. Para



a *Polis*, era suficiente que os seus cidadãos, além de tomar parte na Ágora, se apresentassem, e a seus filhos e escravos, para as constantes guerras de conquista, de cujos despojos o Estado tirava a maior parte do seu sustento. Em resumo, pode-se afirmar que no antigo mundo grego, conquanto já existissem alguns impostos e taxas, não é possível identificar preocupação maior com a questão tributária, uma vez que o financiamento do Estado estava mais ligado aos despojos de guerra e ao trabalho escravo. Esse era também o traço característico do mundo egípcio de então.

Apropriado por Roma, o conceito de cidadania dos gregos logo se revelou inadequado para o Império, pois – extremamente restritivo – deixava de fora a grande massa de gente que habitava as infundáveis províncias romanas. Os césaes, então, cuidaram de elástecê-lo, de sorte a abarcar um maior número de pessoas, com dois propósitos declarados: arregimentar soldados para as suas legiões e cobrar impostos, conforme a seguir veremos.

## 2.2 Na Roma dos Césares

Por volta do segundo século antes de Cristo, Roma já cobrava regularmente dois impostos de seus cidadãos: um imposto sobre a importação de qualquer produto, chamado *portorium*, e um outro, pelo consumo de qualquer mercadoria ou serviço, chamado *macellum*.

O historiador Flávio Josefo, judeu que se tornou general romano na segunda metade do primeiro século da era cristã, no seu livro História dos Hebreus, dá notícia da sagacidade dos imperadores romanos, em sua faina de arrecadar impostos nas terras conquistadas.

Como a força bruta para arrancar as contribuições a César se mostrava medida cada vez mais onerosa e pouco produtiva, diante da crescente resistência dos povos conquistados, o Senado Romano sugeriu ao imperador Augusto que proclamasse um Édito por meio do qual qualquer homem livre residente nos domínios de Roma poderia requerer a cidadania romana, com o que passaria a ter acesso a todos os benefícios e garantias que o Império concedia a seus próprios cidadãos e, em contrapartida, poderia ser convocado a servir nos exércitos de Roma, bem como estaria obrigado a pagar os impostos normais que todos os cidadãos pagavam. Um incontável número de pessoas aceitou a oferta real, tornando-se cidadãos romanos, incluindo o próprio Josefo, que assim pôde ingressar no Exército de César,

onde se tornaria um general muito estimado. Tem-se assim, portanto, a primeira referência histórica acerca do pagamento de tributos como condição para a aquisição da cidadania.

Era de se esperar que com a queda do Império Romano, marcado por séculos de incomensurável violência, a humanidade pudesse trilhar o caminho da evolução política e social. O que se viu, porém, foi exatamente o contrário: o mundo mergulhou num longo e tenebroso período de retrocesso civilizatório, que duraria até o final do séc. XV. Os grandes estados monárquicos então existentes deram lugar à fragmentação territorial e política, até a aniquilação completa de quase tudo que se conhecia de organização política e social. Em vez de impérios, voltou-se às antigas cidades-estado dos tempos pré-românicos.

### **2.3 Na Idade Média**

Junto com os estados imperiais foi-se também o ainda claudicante conceito de cidadania, perdendo-se, igualmente, a boa herança dos tributos como forma de financiamento das atividades públicas. O burgo fortificado da Idade Média vivia das rendas do senhor, que, pela força, se apoderara das terras circunvizinhas, transformando os antigos moradores em servos, os quais eram forçados a contribuir com “dádivas” para o senhor do feudo, que retribuía com a promessa de segurança contra os incontáveis inimigos externos. Nas cidades, a vida econômica se limitava ao que produziam os artífices ou mestres das guildas, que pouco representavam em termos de recolhimento aos cofres públicos, cujos recursos mal davam para as constantes restaurações dos seus muros de proteção. Hailbroner (1996, p. 30-31) descreve a vida econômica no campo e na cidade, na idade média, e ela não era nada alentadora.

Ocupada em adquirir as “dádivas” para os seus protetores na terra e mergulhada na ignorância e na superstição, queimando “bruxas” e comprando na Igreja um lugar no céu, a humanidade seguiu seu triste caminho de mil anos, até que surgiram homens como Nicolau Maquiavel, John Locke, Rousseau, Montesquieu, dentre outros, que com suas idéias maravilhosas fizeram a humanidade retomar seu caminho evolutivo, do qual se desviara havia dez séculos. (FIGUEIREDO, 1993).

## **2.4 Na Idade Moderna**

A idade moderna foi testemunha de importantes e decisivas revoluções políticas em diferentes partes do mundo, todas com um traço em comum – a luta contra a opressão totalitária de reis absolutistas.

É necessário registrar que o fim da idade média marcou também o fim das guerras de conquista e das grandes fortunas pessoais dos príncipes, passando os Estados, recém formados pela união das outrora Cidades-Estados, a depender quase que exclusivamente das receitas tributárias para sobreviverem.

Conforme acima se disse, com a queda do Império Romano, perdeu-se o pouco da compreensão empírica que se havia angariado acerca da necessidade e das vantagens de serem as despesas do Estado atendidas pelas receitas dos impostos. Assim, a Idade Média, ao tempo em que retirou do povo a preocupação com a manutenção do Estado, devolveu aos príncipes (transmudados então em senhores feudais) todo o patrimônio do burgo, com o qual mantinham as despesas “públicas” e especialmente as suas despesas particulares. Os conflitos terríveis que determinaram o fim da Idade Média foram resultado da combinação destes dois importantes fatores: a inexistência, na sociedade, de uma tradição de pagar tributos e o desregramento dos governantes no trato dos recursos provenientes destes mesmos tributos. No início da Idade Moderna a maioria das pessoas praticamente desconhecia essa forma de financiamento do Estado, e os governantes tratavam o patrimônio arrecadado como se ainda lhes pertencesse, como, aliás, o tinha sido desde sempre.

Assim como nas fases anteriores do processo civilizatório, também na Idade Moderna não havia qualquer relação visível entre os direitos de cidadania e obrigação tributária. Antes, ao contrário, os tributos eram obrigação imposta quase que exclusivamente aos não-cidadãos e às classes populares.

## **3 TRIBUTO E CIDADANIA NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

Os estudos históricos revelam que o fenômeno da tributação existe desde que o homem se juntou em comunidades fixas, na era da agricultu-

ra, logo após o declínio da sociedade coletora. Para viver em comunidade necessitavam organizar algumas coisas comuns, com destaque para os aparatos de segurança do grupo. Para a construção de paliçadas nas tribos primitivas, por exemplo, cada membro do grupo contribuía com seu trabalho, o que hoje se poderia classificar como tributo *in natura*.

Não se precisa dizer que tais “contribuições” (que se faziam sem consciência sobre que se tratava) surgiram de necessidades concretas das primeiras comunidades humanas, e evoluíram gradativamente até chegar às relações complexas que hoje se conhece como *sistemas tributários*, com suas caríssimas e sofisticadas redes de arrecadação, cada uma enleada no seu próprio cipoal de leis, decretos e regulamentos. Interessa, porém, falar neste tópico apenas sobre a relação existente entre tributo e cidadania nas sociedades atuais.

A começar pela revolução Inglesa do Séc. XII, que impôs ao Rei João Sem Terra a obrigação de comunicar com antecedência a criação de imposto novo, o que na prática significava ter permissão da nobreza para criá-lo; passando pela revolução francesa, que encontrou sua justificativa na opressão do rei e seus aliados da Igreja e da classe burguesa contra a grande massa de trabalhadores das cidades e do campo, vergada sob o peso de uma carga tributária desigual; culminando com a Revolução Americana, de que resultou a separação das colônias da Inglaterra, todas essas revoluções se fizeram tendo como justificativa o estabelecimento de um novo padrão jurídico e social de relação entre os homens, em que a liberdade, a igualdade e a fraternidade ganharam relevo especial. Não restam, pois, dúvidas de que as revoluções tinham como pano de fundo, ou causa mediata, a colmatação de um conceito universal de cidadania. A causa imediata de todas elas, porém, foi sempre a opressão de governos despóticos e imperialistas, que exigiam de seus súditos cada vez mais impostos, sem a necessária retribuição prometida.

As revoluções da Idade Moderna, portanto, deram os passos decisivos para a construção do atual conceito de cidadania. Depurada no doloroso processo das duas guerras mundiais experimentadas no séc. XX, a nova consciência que se formou nos dois séculos anteriores possibilitou, finalmente, a construção de um modelo para o conceito de cidadania, que foi adotado pelos países signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Organização das Nações Unidas em 10.12.1948.

É, pois, de se compreender que no fulgor das revoluções e ainda sob o rescaldo do pós-guerra, a questão tributária, embora tendo sido a principal motivadora dos levantes, haja passado ao largo dos documentos que resultaram dessas revoluções. Mesmo na Constituição norte-americana (cujos ideólogos, conhecidos como *Federalistas*, se mostraram grandes formuladores de conceitos voltados para a construção de uma pátria como objetivo declarado do povo e do governo<sup>2</sup>) não se tem a questão tributária como parte do debate, sendo ela, também aí, tangenciada como se tema de importância secundária.

#### 4 LIBERALISMO E TRIBUTO: ESTADO MÍNIMO

A revolução industrial revelou ao mundo, e à classe burguesa em especial, as imensas possibilidades de ganhar dinheiro com a produção em série.

Não havendo, porém, capitais suficientes em mãos dos particulares para investimento em fábricas e na criação de equipamentos, coube ao Estado assumir a tarefa de investir na produção de tais bens e serviços. A utilização de recursos provenientes das atividades econômicas e da arrecadação de tributos proporcionou-lhe as condições para fazer grandes investimentos em obras de infra-estrutura, indústria de base, serviços essenciais e até atividades financeiras.

Esse processo – com variações de intensidade nas diversas partes do mundo – se prolongou até a segunda metade do séc. XX. Porém, desde as primeiras décadas daquele século, doutrinadores já esgrimiam a tese de que o Estado deveria redimensionar seu papel na sociedade, saindo das atividades produtivas e assumindo apenas os serviços públicos essenciais, cunhando-se, inicialmente, a expressão “*Estado Liberal*”, para denominar um novo modelo de organização das atividades produtivas em que houvesse o privilegiamento da iniciativa privada, atuando o Estado apenas como árbitro do jogo liberal, em que as chamadas *Forças de Mercado* comandariam o progresso econômico da humanidade.

Inobstante as dificuldades para a definição do que seriam os serviços essenciais nas diversas sociedades, restou mais ou menos aceito que a

---

<sup>2</sup> WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 1991.

saúde, a educação, a segurança e a justiça comporiam o acervo dos serviços públicos essenciais. Assim, o Estado deveria entregar à iniciativa privada todas as atividades produtivas de que até então cuidara, passando a se ocupar tão somente de tais serviços. O custeamento das despesas necessárias à sua execução seria feito, evidentemente, com o produto da arrecadação dos tributos.

Com as grandes revoluções da Idade Moderna e suas congêneres dos séc. XIX e XX houve um desdobramento incomensurável daqueles quatro grandes serviços públicos iniciais, decorrência natural do cumprimento dos “novos” direitos humanos reconhecidos pelo mundo civilizado, após a promulgação da Declaração da ONU de 1948.

Só a título de exemplificação de como se agigantaram tais serviços, tome-se para análise o serviço de saúde: com o reconhecimento de que a saúde era um direito humano inalienável, o serviço de saúde passou a comportar inúmeras obrigações para além do simples oferecimento de um hospital à comunidade: o combate às endemias e epidemias, a saúde preventiva nas diversas áreas, o suporte à pesquisa científica, a manutenção dos diversos programas de saúde da mulher, da criança, do idoso, o combate às doenças sexualmente transmissíveis, o custeio das doenças que exigem medicamentos de uso continuado, o incentivo ao aleitamento materno, ao controle de natalidade, o esclarecimento sobre as doenças de alta complexidade etc.

Como se sabe, a doutrina liberal sustenta que toda e qualquer atividade produtiva (leia-se rentável) deve ser exclusividade da iniciativa privada. Percebendo oportunidade de ganhar dinheiro também com aqueles serviços públicos essenciais que antes reservara ao Estado, economistas, juristas e financistas (especialmente estes últimos) surgiram com a idéia do *Estado Mínimo*, para designar um *Estado Liberal* em que mesmo os serviços essenciais seriam entregues à iniciativa privada, reduzindo-se ainda mais a participação do Estado na realização dessas tarefas.

Assim, formaram-se as grandes corporações de seguro-saúde, arregimentando como clientela a parte da sociedade de maior poder aquisitivo, para lhe vender planos de saúde dos mais variados estilos, auferindo lucros imensos e deixando para o Estado todos os problemas que se conhecem – que vão desde as dificuldades de atendimento aos segurados, até a não cobertura de várias doenças. Tudo isso com isenção de impostos, visto

que “a saúde é serviço essencial e obrigatório do Estado e não seria justo este mesmo Estado tributar as empresas que o estão fazendo em seu lugar”. E mais, obrigou-se o Estado a devolver aos cidadãos as despesas com o plano de saúde, via desconto no Imposto de Renda anual.

O sistema de saúde privado é contributivo e o seu equilíbrio financeiro depende da contribuição dos associados ao Plano. As despesas são suportadas por rateio entre os associados, calculados por faixa etária, e toda vez que sobem as despesas, sobem igualmente as contribuições.

No Estado, como a maior parte dos usuários não contribui para o sistema, ou o faz em valor insuficiente, necessário que o Tesouro assumira o déficit, ou seja, os contribuintes precisam pagar a diferença. Na iniciativa privada, o déficit é rateado apenas entre os associados; no Estado, porém, é suportado por todos, inclusive por aqueles que pagam pelo seguro privado.

E o que diz, então, a mesma doutrina liberal? Diz que os governos são incompetentes e corruptos; denuncia como injustiça medonha o fato de o governo cobrar impostos para a saúde pública daqueles que pagam plano de saúde, segurança e escola particular etc., escamoteando do debate a verdade inafastável de que o sistema social é baseado na solidariedade tributária, e de que a questão precisa ser vista, debatida e compreendida sempre tendo em conta a nação e não em face de eventuais micro-sistemas que existam dentro do próprio Estado.

Por fim, cabe dizer que a relação entre o Capitalismo e a atividade tributária do Estado sempre foi conflituosa e paradoxal – o conflito decorre do fato de o primeiro sempre se negar a entregar ao segundo os recursos tributários necessários ao fornecimento dos serviços essenciais que lhe cabe; o paradoxo é a exigência da boa prestação de tais serviços sem a suficiente contrapartida tributária, quando o Estado já não dispõe das fontes alternativas de recursos que as atividades produtivas lhe proporcionavam.

Como resolver o paradoxo? Certamente não será re-estatizando as atividades produtivas. A experiência secular do Direito Administrativo e do Direito Financeiro tem mostrado duas coisas: a primeira, que o Estado não é um bom administrador; e a segunda, que a melhor e mais justa forma de financiamento das atividades públicas é através dos impostos. Assim, sugere-se que a resolução do impasse se dê por meio de uma massiva conscientização da sociedade sobre a essencialidade dos tributos, ao mesmo tempo em que se fixem nas Constituições marcos regulatórios da atividade

tributária do Estado cada vez mais claros e simples, assentando-se aí direitos e obrigações, para o fisco e para os contribuintes.

## 5 ESTIGMATIZAÇÃO DOS TRIBUTOS

O preconceito aos tributos não é matéria nova, antes, ao contrário, é resultado de um longo processo de desconhecimento popular acerca de sua verdadeira destinação; de sua importância vital para a existência da própria humanidade. No entanto, nem sempre foi assim.

Os primeiros registros da existência de contribuições tributárias datam de cerca de seis mil anos, e se acham na Bíblia. O Livro de Gênesis nos informa que se tratavam de contribuições voluntárias. Com efeito, o capítulo 14 desse livro relata uma batalha que Abraão empreendeu contra um rei que invadira, saqueara e fizera escravo seu sobrinho Ló. Após vencer os saqueadores, Abraão se encontrou com um sacerdote, na cidade de Sodoma, e lhe deu o dízimo de todos os bens que havia recuperado. Esse episódio mostra Abraão dando voluntariamente o dízimo. Um segundo relato bíblico do dízimo, como oferta voluntária, se encontra no capítulo 29 do mesmo Livro de Gênesis, no qual Jacó, neto de Abraão, compromete-se a dar dízimos a Deus (“oferecerei o dízimo de tudo que me deres”) – se este o guardasse e protegesse.

Entre os judeus, a questão dos tributos ganhou importância quando Moisés, seguindo as indicações de Deus, instituiu por lei o dízimo como forma de manutenção dos sacerdotes da tribo de Levi, responsáveis, inicialmente, pelo Tabernáculo, e depois, pelos serviços do Templo de Jerusalém, conforme se pode ver nos capítulos 27 e 14 de Levítico e Deuteronômio, respectivamente. Vale ressaltar que o produto da arrecadação do dízimo era utilizado para fazer face aos incipientes serviços públicos de então e, especialmente, para as ações de defesa de Israel.

Conforme se pode observar, não havia na lei mosaica qualquer conotação pejorativa em relação ao dízimo (tributo), sendo o seu pagamento uma ação natural e desejada por todas as tribos de Israel, constituindo inclusive motivo de vergonha e opróbrio o fato de alguém não poder ou não querer cumprir a obrigação.

A Igreja Cristã, por sua vez, apenas de forma circunstancial, tratou da questão dos tributos. E quando o fez, deixou-se levar pela razão comum



daqueles que matam uma cobra pelo simples fato de ser cobra. São Tomaz de Aquino defendeu o descumprimento da lei injusta como forma de contraposição do direito positivo ao direito natural. A partir daí, surgiu a escola jus-naturalista que, em sede de Direito Tributário, defendia a sonegação como forma de autodefesa contra os impostos confiscatórios.

A teoria de Tomaz de Aquino se assenta na famosa declaração de Jesus Cristo, de que se desse “a César o que era de César e a Deus o que era de Deus”, interpretada pelo grande santo católico como sendo uma mensagem do Cristo no sentido de que, em matéria tributária, se deveriam separar as coisas de Deus das coisas dos homens, o que induz à conclusão de que o tributo cobrado por César, por ser “coisa do homem”, era um pecado.

Surge, pois, daí a anatemização cristã dos tributos a partir dos próprios Evangelhos, onde os coletores de impostos são chamados de “*cobradores de impostos*”, ou “*publicanos*”<sup>3</sup>, e eram tidos como pecadores. Por diversas vezes Jesus foi acusado de ter relações sociais com os cobradores de impostos, e o mais famoso deles, Mateus, até se tornou Seu discípulo, não sem antes “*se arrepender dos pecados*”. Ou seja, a partir de uma interpretação distorcida das palavras de Cristo, a própria atividade tributária do Estado passou a ser vista pelos cristãos como pecaminosa, quando assim deveria ser tido apenas o coletor desonesto.

O advogado tributarista Leôncio (2001) escreveu um livro no qual sustenta a polêmica tese de que Jesus teria sido crucificado porque deixara de pagar os impostos de Roma.

---

<sup>3</sup> A palavra “publicano” tem origem romana. Sua congênera grega era “telones”, e significava *imposto, arrecadação, taxação*. Entre os gregos, os telones tinham má fama; Aristófanes dizia deles: “*todos são rendeiros de impostos, todos são ladrões*”. A fama dos publicanos entre os romanos e povos submetidos não era melhor. Nessa época, arrendavam-se os impostos e isso garantia à cidade uma receita certa, sem custos de arrecadação. O direito de arrecadar era leiloado anualmente. O publicano ou telones, ganhador do leilão, contratava empregados que, por sua vez, ganhavam comissão do que cobravam. Sob todos os aspectos, era um sistema odioso, propício a abusos. Com a ascensão de Augusto, os cartéis de arrendamentos foram abolidos no Império Romano (séc. II d C). Essa forma de arrecadar tributos foi tão sórdida que, ao perguntarem ao poeta grego Teócrito qual era a mais vil das feras, ele respondeu: “*entre os animais do deserto, o urso e o leão; entre os animais da cidade, o publicano e o parasita*”.

Controvérsia à parte, pode-se aproveitar desse autor o repasse que faz daquilo que grandes vultos da história fizeram ou disseram a respeito dos tributos, como David Ricardo, que dizia que “o imposto, qualquer que fosse a forma que assumisse, somente significava a escolha entre vários males e que, portanto, o melhor imposto era o menor imposto”; Adam Smith, que afirmava ser a sonegação “necessária para evitar ao contribuinte a injustiça de impostos prejudiciais à sua atividade econômica”; Paul Leroy, que escreveu: “o contribuinte prejudicado tinha o direito de subtrair-se ao pagamento do imposto”; e Aftalion, que insuflava: “o público, principal vítima dessa espécie de delinquência, não a reprova na medida que merece”.

Trata-se de uma pequena amostra de como a estigmatização dos tributos tem prejudicado a nossa compreensão do fenômeno, imprimindo-nos, desde a nossa mais tenra idade, o sentimento de estarmos sendo vítimas de um roubo, de uma extorsão ignominiosa, de uma injustiça medonha sempre que pagamos um tributo ao Estado. Quando se considera a escala do tempo no processo civilizatório, percebe-se que a história consciente dos impostos não representa mais que um milímetro numa trena de dez metros, o que faz com que o sentimento de aversão do homem a qualquer contribuição impositiva tenha razão de ser. Remanescem ainda vívidas no inconsciente coletivo as lembranças da violência extrema da ocupação de um país por outro e das pilhagens que se seguiam; o fenômeno das colonizações, em que a liberdade de um povo era suprimida por outrem, sendo o primeiro forçado a pagar tributos para sustentar seu próprio Estado e o exército do Estado agressor, situação que, lamentavelmente, ainda persiste nos dias atuais; a forma desonesta como os tributos eram (e ainda são, em certa medida) recolhidos da sociedade; os gastos descontrolados e os desvios de finalidade perpetrados por governantes com o produto da arrecadação, tudo isto contribuiu e continua a contribuir para manter registrado no subconsciente da sociedade uma marca indelével de repulsa aos tributos. Repulsa que é alimentada diuturnamente pelas opiniões de renomados economistas, juristas, filósofos e políticos de todos os tempos, e até por interpretações forçadas dos escritos bíblicos, conforme acima se demonstrou.

## **6 TRIBUTO COMO QUESTÃO CENTRAL DO ESTADO**

Conquanto injustamente anatemizados, o concurso dos tributos foi decisivo para o surgimento, a manutenção e o aperfeiçoamento do próprio

Estado, conforme já visto antes. Em assim sendo, parece-nos que o fenômeno da tributação precisa ser estudado não sob o enfoque de sua compulsoriedade (que é apenas um dos aspectos do conceito), muito menos ainda sob o viés dos desvios de sua finalidade (que não guarda qualquer relação com o conceito), mas sob a perspectiva de sua essencialidade no processo civilizatório, essencialidade que se apresenta tão ou mais importante que os próprios direitos humanos.

É quase certo que a concepção de direitos humanos da idade moderna, cuja formatação se apresenta apenas como um rol de direitos sem obrigações correlatas, foi resultado dos dois fatores já mencionados: a inexistência de uma consciência por parte da sociedade de que pagar imposto é condição *sine qua non* para a existência do Estado e a apropriação que os governantes faziam – e ainda fazem – do produto da arrecadação. Os dois funcionaram naquele momento histórico como premissas (falsas, todavia) para a conclusão de que tributo é sempre o resultado de uma extorsão do Príncipe contra o patrimônio do povo. Infelizmente, esta falsa conclusão estende seus reflexos negativos aos dias de hoje, em que não faltam defensores da tese de que seria lícito o cidadão sonegar impostos, ação que se justificaria num certo direito natural de autodefesa do patrimônio individual.

Martins (2005, p. 69), descrevendo a relação entre Estado e tributos, reconhece que os impostos sempre estiveram umbilicalmente ligados à existência do Estado, registrando, porém, o fato de que o produto da arrecadação tem se prestado a suportar toda espécie de abuso dos governantes, aos quais – invocando expressão de Raymundo Faoro – chama de os “*donos do poder*”. Esses abusos remontariam aos tempos primitivos, alcançando os dias atuais, e estariam a justificar, em certos casos, a sonegação. Custa crer que esse renomado jurista brasileiro sustente uma tal opinião que nada mais é do que uma incitação ao crime.

Ao contrário do conceito universal de direitos humanos, devidamente consolidado já no final do séc. XVIII, o debate sobre a tributação só ganharia relevo a partir dos estudos sistematizados dos italianos e alemães, por volta do final da segunda metade do séc. XIX. Decidiram aqueles publicistas buscar estabelecer um conceito de tributo que pudesse ter aplicação universal. No estudo comparativo das diversas legislações sobre o tema, chegaram à conclusão de que a tarefa não seria fácil, mas resolveram arriscar. E o fizeram a partir da identificação de elementos comuns nos conceitos

de tributo em todas as legislações examinadas, dentre os quais se destacava a característica da *coerção*.

Bastos (2000, p. 430) informa que a doutrina definiu o conceito universal de tributo como sendo “uma prestação pecuniária que o Estado, ou um ente público autorizado por ele, exige dos sujeitos econômicos submetidos à soberania territorial”.

Na análise que faz do conceito, Celso Bastos diz que a doutrina universal tem reconhecido a coerção como “o elemento primordial do tributo”. Bastos concorda e admite que não haveria como se chegar à conclusão diversa, uma vez que, conforme a história comprova, as pessoas não estão dispostas a contribuir voluntariamente para a manutenção do Estado. Para ele, “o Estado não pode subsistir sem a contribuição financeira dos seus súditos”, porém, sem a *coerção* estes mesmos súditos não recolheriam sua parte, dada a natural propensão do homem a arredar-se das obrigações tributárias ou, não sendo isto possível, buscar cumpri-la em valor o mais reduzido possível.

O conceito universal merece, porém, alguns reparos, dentre os quais o de que, ao utilizar o verbo “*exigir*”, confunde dois momentos distintos da atividade tributária do Estado: a instituição e a arrecadação do tributo. O conceito diz que o Estado pode exigir a prestação diretamente ou por meio de outro ente público qualquer. Em verdade, somente o Estado pode exigir (no sentido de instituir) o tributo, cuja arrecadação (exigência de cumprimento da prestação já instituída) pode – esta sim – e somente esta, ser delegada a outrem.

O nosso Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, seguiu a definição universal ao dizer, em seu art. 3º, que “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Presente aí o traço característico do conceito universal: a compulsoriedade, que imediatamente evoca o sentido de violência embutido no imaginário do povo quando o assunto é tributo.

Mas não é apenas a marca da violência que acompanha os tributos. Faz-lhe companhia também a desonestidade. Já muito antes da era cristã a ação arrecadadora dos povos vencedores contra os vencidos era sempre resultado de violência e roubo. A combinação da violência de quem cobrava com a

desonestidade de quem arrecadava resultou num verdadeiro anátema, que se colou à atividade tributária do Estado desde sempre, desaguando na imensa carga cultural negativa que a palavra “*imposto*” evoca por si mesma.

Explica-se assim o porquê de as sociedades pós Império Romano haverem ignorado a necessidade de se estabelecerem condições para o gozo dos direitos de cidadania, e de que entre tais condições deveriam preponderar as obrigações tributárias, por serem a base em que se assenta o próprio Estado e sem as quais não há como se exercerem quaisquer direitos, especialmente os onerosos direitos de cidadania.

Inobstante a impiedosa avalanche de críticas que se fazem aos tributos, os doutrinadores de todos os tempos sempre reconheceram a essencialidade deles para a existência do próprio Estado, desde seu estágio embrionário até os sofisticados Estados pós-modernos da atualidade.

Sidou (2003, p. 371), ao discorrer sobre “Os Tributos no Curso da História”, diz que há consenso entre historiadores e teóricos de que a imposição econômica, de caráter tributário, foi praticada pelos seres humanos ainda nos tempos em que estes eram coletores. Por necessidade de se aventurarem na busca de frutos, animais e aves silvestres, os homens se viram compelidos a deixar suas cavernas, o que os teria levado a entrar em choque com outros grupos, supondo-se que de tais conflitos tenham se originado as primeiras exigências de prestações forçadas, tanto internamente (para a autodefesa dos grupos), quanto para ressarcimento de eventuais apropriações (*occupatio*) resultantes de choques anteriores. Esse autor informa que o ressarcimento pela *occupatio* é a forma de imposição tributária mais antiga que o direito reconhece.

Evidentemente, os primeiros tributos foram praticados sem qualquer consciência do que significavam e, mais especialmente, do que viriam a significar para a espécie humana. Inicialmente circunstancial e efêmero, ainda nas palavras de Othon Sidou, as primeiras contribuições tinham objetivo bélico. O resultado da arrecadação, conquanto ainda incipiente, proporcionava condição de defesa mais eficiente, animando o homem às suas primeiras organizações coletivas, que assim organizadas, iam às “guerras”, visando à pilhagem, à exigência de “homenagem” material do vencido pelo vencedor e, num momento posterior, à escravização.

Vê-se, pois, que o surgimento do tributo antecede e proporciona o surgimento do próprio Estado.

Atribui-se a Benjamin Franklin<sup>4</sup> a afirmação de que as únicas coisas certas na vida são a morte e os impostos. É provável que o grande inventor estadunidense pronunciasse a frase em tom jocoso, mas a ela se pode tomar como verdade inescapável no sentido de que a certeza – quanto aos impostos – reside no fato de sua essencialidade para a manutenção da organização estatal, de cuja existência depende a existência do próprio homem.

Tome-se como exemplo dessa essencialidade um caso atual de povo sem Estado (ou com Estado, digamos, ainda em formação) – o povo palestino. Suas dificuldades de se firmarem enquanto nação se acham diretamente ligadas à incapacidade de seu governo de manter um fluxo regular de recursos nos cofres do Estado (provisoriamente chamado de “Autoridade Palestina”), uma vez que a maior parte dos tributos é arrecadada pelo Estado de Israel que, vez por outra, os retém como forma de retaliação aos constantes ataques de grupos palestinos a seu território. Com isto, faltam os recursos necessários à manutenção da máquina pública e ao oferecimento dos serviços essenciais à população. Sem os tributos, não há como o governo oficial dos palestinos se firmar perante seu povo; conseqüentemente, não há garantia de que os palestinos sobrevivam enquanto nação soberana.

Assim, dúvidas não restam de que a sociedade humana, tal como a conhecemos, jamais poderia ter existido sem o concurso dos tributos, e nenhuma outra forma de financiamanento das atividades públicas se pode vislumbrar que não a contribuição obrigatória de todos os componentes dessa mesma sociedade para a manutenção do único organismo que se mostrou capaz de garantir o desenvolvimento da raça humana – o Estado.

## 7 ORDEM TRIBUTÁRIA E CIDADANIA

Assentada a questão tributária como componente central da formação do próprio Estado, cabe refletir acerca da necessidade de se construir uma nova teoria do tributo, na qual o instituto receba tratamento adequado a essa sua condição de essencialidade na vida humana.

No Brasil, parece-nos que o constituinte de 1988, ainda que de forma inconsciente, deu um passo importante para a construção dessa nova

---

<sup>4</sup> Benjamin Franklin, jornalista, escritor, diplomata e inventor norte-americano, nascido em 1706, em Boston, Califórnia, mais conhecido pelas suas experiências com eletricidade. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Benjamin\\_Franklin](http://pt.wikipedia.org/wiki/Benjamin_Franklin)>.

teoria, ao incluir na Magna Carta a atividade tributária do Estado não como mera referência protocolar<sup>5</sup>, mas ofertando-lhe um destaque inédito na história constitucional brasileira, de tal sorte que hoje se pode reconhecer nessa atividade pública o status de verdadeira ordem constitucional.

Com efeito, o Título VI da Constituição Federal brasileira, que tratou da tributação e do orçamento, reservou um capítulo inteiro (Capítulo I) para disciplinar, de forma exaustiva, o Sistema Tributário Nacional, a partir do art. 145 até o art. 162, num total atual de vinte artigos.

Inserir uma matéria na Constituição significa reconhecer nessa matéria uma importância superior dentro do regramento legal do País, devendo sua observância ser agora muito mais prestigiada, com o estabelecimento de mecanismos aptos e suficientes a torná-la imediatamente eficaz em todo o território nacional.

A corroborar esse nosso entendimento de que na CF/88 a matéria tributária ganhou status de ordem constitucional está o fato de o próprio legislador ordinário federal reconhecê-lo expressamente, quando da edição da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, oportunidade em que disse que o bem jurídico tutelado pela nova lei era a *ordem tributária do Estado*, em lugar da anterior *atividade fiscal do Estado*.

Dizia a Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, em seu art. 1º, constituir crime de sonegação fiscal suprimir ou reduzir imposto, cominando pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

Após a Carta de 1988, a Lei 8.137/90 prescreveu, também no art. 1º, que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as condutas que aponta, cominando pena de reclusão de dois a cinco anos, e multa.

---

<sup>5</sup> Todos os autores consultados para a elaboração deste trabalho atribuem o destaque da matéria na CF à preocupação do constituinte em proteger o contribuinte brasileiro da “sãna arrecadatória” do Estado, razão pela qual teria inserido o sistema tributário nacional no corpo da própria Constituição, fazendo-o de forma tão exaustiva e rígida que quase nenhuma margem resta ao legislador comum. Um estudo mais acurado da composição do Congresso Constituinte de 1988, bem como dos tempos políticos em que trabalhou, poderá levar a outras conclusões, que o exíguo espaço deste trabalho, infelizmente, não comporta.

Note-se que além de haver a mudança do bem jurídico tutelado (da *atividade fiscal do estado* para a *ordem constitucional tributária*) a nova lei sancionou muito mais severamente a conduta contra a ordem tributária, exasperando a pena de *detenção* para *reclusão*, e de *dois* para *cinco anos* de pena máxima. Tudo isso em razão do novo status que a matéria ganhou na Constituição Federal.

Com a definição do novo bem jurídico tutelado (a ordem constitucional tributária) o legislador nacional deixou bem marcada a situação jurídica que havia se inaugurado entre nós em 1988: a sonegação de tributo agora não ofende apenas à mera atividade fiscal do Estado, mas constitui atentado à própria ordem constitucional brasileira.

Nada obstante a tremenda importância que a questão tributária tem para a sobrevivência da própria humanidade, conforme se buscou – ainda que rapidamente – demonstrar nas páginas anteriores, a abordagem que a doutrina e grande parte da jurisprudência mundial têm feito sobre ela, em termos de história e de teoria, em nada tem contribuído para que a sociedade adquira uma visão correta a respeito de um tema que lhe é tão crucial e de cuja presença não há como escapar. Antes, ao contrário, a esmagadora maioria das abordagens feitas até aqui têm sido um verdadeiro libelo-crime acusatório aos tributos, os quais se vêem assim vítimas de uma perversa metonímia, em que se queima uma obra (os tributos) não pelos defeitos da obra em si, mas pelos desvios morais do autor (no caso, os governos, genericamente tomados).

Os autores que se seguem, citados apenas como exemplificação do que pensa a maioria, têm uma visão – que diríamos – preconceituosa em relação aos tributos. Ao tempo em que lhes reconhecem a essencialidade, tangenciam-na, porém, quando deveriam fazer suas análises teóricas exatamente a partir dessa sua condição de essencialidade. Ao revés, esses autores lançam contra os tributos toda uma carga de preconceitos, reforçando a anatemização de que já acima tratei. Vejamos:

Machado (2003, p. 314):

O dever de pagar tributo, na atualidade, certamente integra o feixe de relações jurídicas que se pode denominar de *estatuto do cidadão*. Em-



bora nem sempre tenha sido assim, pagar tributo atualmente é um dever fundamental do cidadão. Há mesmo quem diga que o tributo é o preço da cidadania. Ocorre que o desrespeito, pelas autoridades fazendárias, aos direitos do contribuinte deteriora o sentimento da cidadania e a própria crença no Direito como instrumento de regulação das relações sociais. Tendo a toda hora os seus direitos fundamentais desrespeitados pelo fisco, sente-se o contribuinte moralmente desobrigado de cumprir a lei, que somente contra ele se mostra eficaz. A violência ao Direito, praticada constantemente pela parte poderosa da relação tributária, faz crescer no contribuinte a idéia de que as leis são apenas um instrumento de força, desprovido de todo e qualquer fundamento moral, porque os deveres morais são sempre bilaterais e assim, nas relações fundadas na moral, quando uma parte não cumpre os seus deveres, nada pode exigir da outra.

Martins (2005, p. 67-69):

À evidência, sendo o Estado a estrutura jurídica de representação do povo, mas constituída pelo governo, é este que determina o nível dos recursos que deverá retirar da sociedade para se sustentar no poder, com o que a carga tributária mundial – mais precisamente a brasileira – cresce na exata medida da sanha progressiva das despesas multiplicadas e com razoável nível de desperdício e de gastos de toda a espécie. Tudo para a manutenção de benefícios, cargos, funções multiplicadas destinadas aos governantes. [...] E tudo isso é possível, pois o Estado se alimenta do tributo que é arrecadado da sociedade, o mais das vezes de forma tão injusta que, não poucas vezes, a sonegação é a forma desta se defender da vocação confiscatória de que os detentores do poder são sempre imbuídos.

Não nos parece correta, do ponto de vista da investigação científica, a atitude desses autores. Renomados cientistas do direito, especialistas, mestres e doutores em Direito Tributário, afeitos ao método científico, se propõem a formular teorias do tributo e contaminam seu raciocínio científico com os chulos desvios de conduta de administradores públicos, transformando tais desvios no objeto principal de sua investigação e relegando a matéria tributária a mero acessório de suas teorias antigoverno. Seus interesses se afastam da questão central a ser examinada (o tributo em si, enquanto fenômeno jurídico, econômico e social) tão logo entram a analisar a relação “estado-tributo”, a partir de quando todas as formulações confluem para uma certa justificativa da sonegação em face da ação deletéria dos governantes.

Evidentemente, o desvio de finalidade no uso do produto da arrecadação (lamentável realidade presente) não pode ser relegado a segundo plano, porém, não se trata de fenômeno que deva ser objeto de estudo do direito tributário, senão de outros ramos correlatos, como a ciência das finanças (os gastos estavam no orçamento?), o direito administrativo (o produto ou serviço atende às necessidades públicas?) e, especialmente, o direito penal (houve crime na aquisição do produto ou serviço, ou desvio dos recursos arrecadados?). Definitivamente, essas não são questões de direito tributário.

Dizíamos no início deste tópico da necessidade e urgência de construirmos uma nova teoria do tributo, consoante os postulados ínsitos na ordem constitucional brasileira inaugurada em 1988, objetivando inserir “no feixe de relações jurídicas que se pode denominar de *estatuto do cidadão*” – nas palavras de Hugo de Brito Machado – a obrigação de pagar e de recolher os tributos aos cofres públicos, nos termos da lei, como condição sine qua non para o pleno exercício da cidadania.

Necessário frisar que na construção dessa nova teoria deverão merecer capítulo especial os conceitos de *contribuinte de fato* e *contribuinte de direito*, para que se marquem definitivamente as diferenças entre *pagar tributo* e *recolher tributo*, tema a que a doutrina pátria, incompreensivelmente, tem dispensado não mais que duas ou três linhas.

Como se sabe, contribuinte de fato é toda pessoa física ou jurídica que adquire um produto ou serviço, possui um bem ou auferir uma renda sobre os quais recai a exação fiscal; contribuinte de direito é a pessoa física ou jurídica a quem a lei atribui a obrigação de recolher aos cofres públicos o tributo pago pelo contribuinte de fato.

Assim, quando o contribuinte de fato adquire produto, serviço, bem ou renda sujeitos à exação, paga o tributo e não tem a quem repassar a despesa; diferentemente do contribuinte de direito, cujas despesas fiscais repassa integralmente aos adquirentes dos seus produtos e serviços. Porém, de regra, é essa última categoria de contribuintes que mais reclama da alta carga tributária, dos gastos excessivos dos governos, do tamanho do Estado.

## 8 CONCLUSÕES

A idéia de cidadania, como se viu, surgiu na idade antiga, após a conquista da Grécia por Roma (séc. V d.C.), se expandindo, a partir da marcha do império dos Césares, para o resto da Europa.

Na Idade Média, porém, as conquistas alcançadas no campo da cidadania nos áureos tempos romanos foram por longo tempo esquecidas, só voltando à discussão a partir dos séc. XV e XVI, com o movimento iluminista e as revoluções mundiais que se seguiram.

A definição contemporânea de cidadania encontra sua principal referência teórica no clássico “*Cidadania e Classe Social*”, do inglês T. H. Marshall, publicado em 1949, na Inglaterra, para quem cidadania é a participação integral do indivíduo na comunidade política a que pertence, sendo que tal participação será considerada satisfatória quando se dê no mesmo nível do padrão civilizatório experimentado pela referida comunidade, assim entendido o acesso desse indivíduo às liberdades individuais, à participação nas decisões políticas e ao bem-estar e segurança material aí alcançados.

Dentro dessa visão de cidadania, fundamentalmente composto de um conjunto de direitos, Marshall ofereceu ao mundo uma classificação de tais direitos, dividindo-os em *direitos civis* (relativos às liberdades individuais), *direitos políticos* (relativos à participação no poder político – votar e ser votado) e os *direitos sociais* (relativos ao bem-estar e à segurança material). É importante ressaltar que Marshall (cujas idéias influenciaram quase

todos os estudiosos de seu tempo e os que se seguiram) via na cidadania uma conquista a ser alcançada por todos os integrantes da sociedade, atribuindo ao Estado – corretamente – a tarefa de garantir a conquista coletiva, tangenciando, porém, o problema do financiamento dos custos de expansão dessa conquista.

Daí a falsa idéia que hoje viceja no seio da grande massa de que para gozar os direitos de cidadania basta ao indivíduo nascer numa dada sociedade, como se dele não fosse necessário exigir-se quaisquer obrigações, notadamente a obrigação tributária.

Portanto, a formulação de uma teoria do tributo capaz de responder ao desafio de massificar a idéia de que o gozo de direitos pressupõe o cumprimento de obrigações impõe ao estudioso da matéria reconhecer, dentre outros, os pontos que a seguir relacionamos como conclusões deste trabalho:

- a) a história dos tributos nem sempre comportou a violência como elemento determinante de sua realização. Esta característica deletéria, porém, cedo foi incorporada ao fenômeno tributário, em razão da distância que tomou a ação dos governantes da vontade dos governados;
- b) conquanto haja consciência por parte da doutrina sobre a essencialidade dos tributos para a manutenção da vida em sociedade, tem assumido essa mesma doutrina uma posição dúbia em relação à necessidade de cumprimento da obrigação tributária, direcionando – equivocadamente – seu estudo para a denúncia de uso indevido do produto da arrecadação pelos governantes, com o que acabam chancelando esdrúxula cláusula justificadora de sonegação dos tributos;
- c) a cidadania precisa ser entendida como um conjunto de obrigações e direitos, na ordem aqui colocada, uma vez que não há direitos sem obrigações correlatas antecedentes. Neste sentido, as obrigações tributárias antecedem todos os direitos enfeixados no moderno conceito de cidadania, para cujo gozo é imprescindível o cumprimento daquelas por parte dos indivíduos capazes de uma dada sociedade;
- d) o desvio de finalidade praticado pelos governantes com o produto da arrecadação dos tributos não pode ser relevado, mas

- sua abordagem como foco principal do direito tributário tem-se mostrado extremamente prejudicial à construção de uma correta teoria do tributo;
- e) a abordagem proposta neste trabalho implica numa teoria do tributo que contemple um conceito ampliado de cidadania, passando esta a ser entendida como *a capacidade que o indivíduo adquire de exercer os direitos públicos coletivos de uma dada sociedade e os individuais próprios do ser humano, após preencher determinadas condições fáticas e obrigacionais previstas na lei ou nos costumes*. Por sua vez, *cidadão* é a qualidade de quem adquire a cidadania;
  - f) no conceito de cidadania acima proposto se acham contidos os direitos civis, políticos e sociais reconhecidos por T. H. Marshall – e pelos que o seguiram –, direitos antecedidos, porém, de obrigações correlatas, com destaque e pré-eminência para as obrigações tributárias, entendidas estas nos exatos limites da lei;
  - g) diante da essencialidade dos tributos para a sobrevivência da própria civilização, faz-se necessária uma campanha mundial, envolvendo governos nacionais e organismos internacionais, objetivando alertar o homem sobre a imprescindibilidade do cumprimento espontâneo das obrigações tributárias, bem como declarando constituir crime contra a humanidade o desvio doloso do produto da arrecadação tributária.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BIGNOTTO, Newton. Cidadania, um conceito em evolução. **Revista Diversa**, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, out. 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Atlas, 1993.

HAILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

LEÔNCIO, Vinícios. **A quarta filosofia**: Jesus Cristo não pagou o tributo. São Paulo: Embraemp, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte. In: BRITO, Evaldo; ROSAS, Roberto (Coord.). **Dimensão jurídica do tributo**: homenagem ao professor Dejalma de Campos. São Paulo: Meio Jurídico, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma teoria do tributo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SIDOU, J. M. Othon. Os tributos no curso da história. In: BRITO, Edvaldo; ROSAS, Roberto (Coord.). **Dimensão jurídica do tributo**: homenagem ao professor Dejalma de Campos. São Paulo: Meio Jurídico, 2003. p. 367-391.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 1991.

# PEDÁGIO

## FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

*Herberth Costa Figueiredo\**

**Resumo:** Partindo de premissas teóricas das espécies tributárias e da delimitação dos elementos essenciais do pedágio, procura-se no presente artigo definir os fundamentos e a natureza jurídica do pedágio enquanto tributo destinado à conservação e manutenção das vias públicas dentro do Sistema Tributário Nacional.

**Palavras-chave:** Pedágio. Taxa. Taxa de serviço. Preço público. Pedágio-tarifa.

**Abstract:** Based on theoretical assumptions concerning tax types and the delimitation of the essential elements of the toll, this article intends to define the basis and legal grounds of the toll – as a tribute to be used in the conservation and maintenance of public roads – within the National Taxation System.

**Keywords:** Toll. Rate. Service rate. Public price. Toll-rate.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade precípua abordar de forma clara e objetiva o fundamento e a natureza jurídica do pedágio, visto sob o prisma do Direito Constitucional Tributário.

O tema será desenvolvido de forma sistemática e analógica, de maneira a identificar se o instituto do pedágio constitui-se em um preço público ou uma taxa pela prestação de serviços públicos.

---

\* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Mestre e Doutorando em Direito Constitucional.

Para uma melhor compreensão, será inicialmente realizada uma abordagem preliminar sobre o conceito de taxa e suas diversas modalidades, assinalando a diferenciação basilar entre taxa e preço público de maneira a identificar-se a natureza jurídica do pedágio. Em seguida, destacam-se os aspectos da previsão constitucional, do fato gerador e dos elementos essenciais na composição da criação e exigência do pedágio.

Finalmente, serão abordados aspectos teóricos e doutrinários do pedágio para averiguar se o mesmo constitui-se, sob o aspecto jurídico-constitucional, em um tributo ou em uma tarifa regulada por preço público.

## **2 CONCEITO DE TAXA**

Diferentemente dos impostos, que são uma espécie de tributo cujo fato gerador não está vinculado a nenhuma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, as taxas são tributos que têm por hipótese de incidência uma atuação estatal diretamente referida ao contribuinte.

Como bem preleciona Amaro (2007, p. 30),

As taxas são tributos cujo fato gerador é configurado por uma atuação estatal específica, referível ao contribuinte, que pode consistir: a) no exercício regular do poder de polícia; ou b) na prestação ao contribuinte; ou colocação à disposição deste, de serviço público específico e divisível (art. 145, inc. II, da CF/88, e art. 77, do CTN).

A taxa se caracteriza por ser um tributo cujo fato gerador é vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, e por estar vinculada a serviço público, ou ao exercício do poder de polícia.

Note-se que o fato gerador da taxa não é um fato do contribuinte, mas um fato do Estado, pois o mesmo exerce determinada atividade e, por isso, cobra a taxa da pessoa a quem aproveita aquela atividade.

As teorias sobre as taxas ora sublinham a existência de um benefício ou vantagem para o contribuinte, dando a elas um caráter contraprestacional, ora as vêem como reembolso do custo da atuação estatal, ora se



caracterizam meramente como tributo ligado à atuação específica do Estado, abstraídas de eventuais vantagens que possam ser fruídas pelo contribuinte.

A Constituição Federal de 1988 atrela as taxas ao exercício do poder de polícia e à execução de serviço público divisível e referível ao contribuinte.

A instituição e a cobrança de uma taxa não têm como pressuposto essencial um proveito, ou vantagem, para o contribuinte, individualmente, posto que o essencial é a referibilidade da atividade estatal ao obrigado.

A atuação estatal que constitui fato gerador da taxa há de ser relativa ao sujeito passivo desta e não à coletividade em geral.

Logo, o contribuinte da taxa será a pessoa que provoca a atuação estatal caracterizada pelo exercício do poder de polícia, ou a pessoa a quem seja prestada, ou à disposição de quem seja colocada a atuação do Estado traduzido num serviço público divisível.

### **3 ESPÉCIES DE TAXA**

A Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 145, inc. II, 02 (duas) espécies de taxas: a) taxas de polícia; e b) taxas de serviço.

Coelho (2007, p. 615) entende que as taxas de polícia e de serviço são consideradas como exação de natureza contraprestacional e dotadas de requisitos para as suas respectivas instituições e exigibilidade: divisibilidade ou especificação da prescrição, ou da prestação administrativa.

A taxa de polícia é contraprestação das prescrições administrativas, ou seja, do exercício efetivo do poder de polícia, enquanto que a taxa de serviço é contraprestação das prestações administrativas fruíveis, efetiva ou potencialmente pelo contribuinte.

O art. 78 do Código Tributário Nacional define como poder de polícia a

atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício das atividades econômicas dependentes de concessão

ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Como se percebe, há direitos cujo exercício deve ser conciliado com o interesse público, cabendo ao Estado policiar a atuação do indivíduo, como exemplos a construção de um prédio ou a instalação de uma empresa deve obedecer às leis de zoneamento e segurança, cabendo à Administração Pública verificar o cumprimento das normas pertinentes e conceder a autorização, licença ou alvará. Da mesma forma, se o indivíduo deseja portar arma, deve solicitar licença do Estado; se quer viajar para o exterior, compete-lhe obter passaporte.

Assim, o direito de construir, de portar arma, de viajar, e outros, sofrem limites e restrições de ordem pública porque pode afetar o interesse da coletividade.

A taxa de polícia é cobrada em razão da atividade do Estado, que verifica o cumprimento das exigências legais pertinentes e concede a licença, a autorização, o alvará.

Por sua vez, as taxas de serviço, previstas no art. 77 do Código Tributário Nacional, têm por fato gerador uma atuação estatal consistente na execução de um serviço público, específico e divisível, efetivamente prestado ou posto à disposição do contribuinte.

Os serviços a que se refere o art. 77, do Código Tributário Nacional consideram-se: I – Utilizados pelo contribuinte: efetivamente, quando usufruídos por eles a qualquer título; potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento; II – Específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidades públicas; III – Divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários.

Entende-se por serviços divisíveis aqueles suscetíveis de serem fruídos isoladamente por cada usuário. Os serviços indivisíveis não suportam taxação.

Nos serviços que ensejam a cobrança de taxa, sua necessária divisibilidade pressupõe que o Estado os destaque ou especialize, segregando-os do conjunto de suas tarefas, para a ele vincular cobrança de taxas, pois

a partir do momento em que o Estado se aparelha para executar o serviço, está atendida a exigência da especificação.

O Código Tributário Nacional, ao prevê as taxas de serviço, levou em consideração a alternativa de tributar tanto a fruição efetiva como a fruição potencial de serviço, sem no entanto precisar o critério legal distintivo dessa modalidade de fruição.

A fruição de serviços pode ser de utilização compulsória ou não compulsória. Os serviços de utilização compulsória podem ser taxados à vista de sua mera colocação à disposição, que se traduz na existência de uma atividade administrativa em efetivo funcionamento, como exemplo, serviço de coleta de esgoto; enquanto os de utilização não compulsórios seriam taxados somente quando efetivamente fruídos pelo indivíduo.

Como se observa, não é a compulsoriedade que caracteriza os serviços taxáveis pela simples utilização potencial, pois a Constituição Federal de 1988 autoriza a criação de taxas cobráveis tanto na fruição efetiva quanto na fruição potencial de certos serviços para cuja prestação o Estado se tenha aparelhado.

#### **4 TAXA E PREÇO PÚBLICO**

O problema da distinção entre taxa e preço público aparece somente em relação às taxas de serviço, pois, no que tange ao exercício do Poder de Polícia, é aceito que o Estado deve cobrar taxa e não preço.

A taxa é um tributo, sendo, portanto, objeto de uma obrigação instituída por lei; já o preço é obrigação contratual assumida voluntariamente, ao contrário da taxa de serviço que é imposta pela lei a todas as pessoas que se encontram na situação de usuários efetivos ou potenciais de determinado serviço estatal.

O Supremo Tribunal Federal fixou em entendimento sumular que a distinção entre taxa e preço público reside na compulsoriedade da primeira, posto que a taxa, pela sua natureza tributária, é uma obrigação imposta pela lei, enquanto que o preço, por ser contratual, é voluntário, pois depende da adesão do indivíduo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Súmula 545: “A distinção entre as tarifas ou preço público e as taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

Para o Ministro Moreira Alves a discriminação entre taxa e preço público pode ser aferida nos seguintes termos: a) serviços ínsitos à soberania, como os serviços judiciário, a emissão de passaporte, ensejariam taxas somente pela utilização efetiva; b) serviços essenciais ao interesse público, cuja prestação é do interesse geral, como serviços de esgoto, coleta de lixo, a taxa é cobrada quer o contribuinte se sirva da atividade, quer não (utilização efetiva ou potencial); c) finalmente, fora do campo das taxas, serviços públicos não essenciais, por exemplo, correios, seriam remunerados por preços públicos<sup>2</sup>.

Como se percebe, alguns serviços ditos essenciais, próprios, inerentes, indispensáveis ou compulsórios, ou públicos, em determinado sentido estrito, devem ser taxados; enquanto outros serviços, sem aqueles qualificativos, podem ser taxados ou tarifados, ou devem ser tarifados.

O Estado adstringe-se a adotar a figura da taxa, se o serviço que ele executa deve ser realizado por imperativo de ordem pública ou do interesse da coletividade, mas se o serviço puder ser remunerado por preço público, por não apresentar as características que restrinjam a remuneração por taxa, o legislador pode optar pela adoção do regime das tarifas.

Em suma, há situações em que o legislador, à vista da execução pelo Estado de um serviço divisível, só tem a via da taxa. Em outros casos, para os quais seja possível o preço público, o legislador pode optar entre adotar o regime jurídico das taxas ou dos preços públicos.

Institui-se a taxa por opção ou porque não é aplicável o regime de preço, e nas ações sujeitas ao regime jurídico dos princípios da legalidade, anterioridade e restrições quanto à base de cálculo.

O regime jurídico de preço público será adotado nos casos em que o Estado não esteja adstrito a utilizar a taxa, sendo que sua cobrança dependerá do que estipular o contrato com os indivíduos que solicitarem a prestação de serviços.

A adoção do regime jurídico das taxas permitirá a opção do legislador pela incidência, mesmo nos casos em que não haja efetiva utilização dos serviços públicos, enquanto que os preços só poderão ser cobrados nos

---

<sup>2</sup> Ver Relatório sobre o X Simpósio Nacional de Direito Tributário. (CASSONI, 1990, p. 219).

termos do contrato firmado, não cabendo impor ao indivíduo o pagamento que ele se recusa a contratar ou contraprestacionar.

## 5 PEDÁGIO

Etimologicamente, a palavra pedágio vem do latim *pedatus*: que tem pés; *pedacticum*, onde se põe o pé, indicando o trânsito a pé. A palavra está relacionada com a autorização que se recebe para passar por um determinado trecho ou caminho (estrada, túnel, calçada, canal, e outros).

A origem do vocábulo vem do francês *peagê*, direito de pôr os pés, representando o preço que se paga para uma pessoa passar por determinado lugar.

Historicamente, o pedágio se apresentava como uma regalia ou prestação similar, pois sua essência estava no direito de passagem que os senhores feudais exigiam em certas vias naturais de comunicações (estradas, rios) localizadas em pontos estratégicos.

O pedágio era exigido como direito de passagem pelas pessoas que detinham o poder político em certos territórios, com a finalidade de auferirem recursos para si próprios, pois bastava a simples passagem pelos locais, seja a pé (pedágio), a cavalo, barcaçagem ou veículo (rodágio) para ter que se pagar o determinado “pedágio”.

Com o fortalecimento das coroas e, mais tarde, com o surgimento dos Estados Nacionais, os barões perderam o privilégio de exigí-los dos passantes.

Com a construção das primeiras estradas pavimentadas no final da década de 50, motivada pela chegada das montadoras de automóveis ao Brasil, não era praxe a arrecadação de taxas ou tarifas destinadas à conservação e manutenção das rodovias pela Administração Pública, pois a exigência de contraprestações pelo serviço público por intermédio de pedágio se resumia a alguns casos isolados.

No Brasil, até a década de 80, as rodovias eram mantidas exclusivamente com os recursos provenientes do orçamento público, mas a partir de meados dessa mesma década já não se dispunha de rubricas suficientes para o custeio da extensa malha rodoviária que interliga dimensões continentais do País.

O precário estado das pistas de rolamento e o *ranking* dos índices globais de mortes de trânsito no Brasil resultaram em altas cifras indenizatórias por danos materiais pelo Poder Público, o que motivou o surgimento do famigerado selo pedágio, declarado inconstitucional, e a exploração das rodovias por empresas privadas.

A atual Constituição Federal de 1988 relaciona o pedágio com uma atuação estatal específica, já que ele tem por fato gerador a utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

Não é a construção de uma estrada, de per si, que embasa a exigência do pedágio, mas sim a utilização da via pública conservada pelo Poder Público, uma vez que o pedágio é cobrado de quem trafegue pela via pública, e, por isso, frui a utilidade propiciada pela obra do Estado.

Para Amaro (2007, p. 49),

O fundamento da exigência do pedágio é análogo ao das taxas de serviço ou de polícia e da contribuição de melhoria, ou seja, a atuação estatal que possa ser referida a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos deve ser financiada por tributos cobrados desses indivíduos e não de toda coletividade.

A doutrina e a jurisprudência têm se manifestado de maneira majoritária, posicionando-se no sentido de que o instituto do pedágio, por força do que prescreve o art. 150, inc. V, da Constituição Federal de 1988, tipifica verdadeira taxa de serviço público de conservação de rodovias.

Carrazza (2002, p. 481) sustenta que o pedágio é tributo da espécie taxa, pois remunera o serviço de conservação de estradas que o autoriza, inobstante seu *nomen iuris*.

No entanto, Côelho (2007, p. 472) defende a tese de que o fato do pedágio não estar arrolado como imposto dos entes federados e que se caracteriza tão-somente pelo uso de via pública ou de via particular cujo pagamento é feito por preços que não ensejam a cobrança de tributo, jamais pode ser considerado como espécie de taxa, eis que não há prestação de serviço público, específico e divisível à pessoa do contribuinte.

## 5.1 Previsão Constitucional

O art. 27, da Constituição Federal, de 18 de setembro de 1946, admitia a cobrança de taxa de pedágio como espécie tributária, fazendo expressa ressalva para a “cobrança de taxas, inclusive pedágio, destinadas exclusivamente às indenizações das despesas de construção, conservação e melhoria das estradas”.

A reforma tributária empreendida pela Emenda Constitucional nº 18, de 1965, ao agasalhar novo conceito de taxa, com menor área de abrangência, o pedágio, como taxa, deixou de ser legítimo, embora a figura ficasse permitida no direito brasileiro como preço público ou tarifa, figura do direito privado (tarifa de pedágio) exigida dos usuários das rodovias pela utilização destas (permissão de utilização).

Por ocasião do Decreto Estadual Paulistano nº 52.669/71, o pedágio era mero instrumento de direito privado, mas que se apresentava injusto, pois o valor pago pelo usuário abrangia os valores de indenizações das despesas de construção, e até de projeto de outras estradas.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 145, inc. II, ao admitir a taxa no ordenamento jurídico tributário, o fez acompanhando, inicialmente, o sistema tributário anterior desde a Emenda Constitucional nº 18/65, aceitando duas espécies genéricas de taxas: em razão do exercício do poder de polícia; e pela utilização de serviços públicos.

Como se denota, a atual Carta Política, não abrangeu o pedágio pelo objeto da taxa, pois não se pode alcançá-lo com as expressões “em razão do exercício do poder de polícia” e “utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos ou divisíveis, prestado ao contribuinte ou postos à sua disposição”.

Todavia, indo mais além, a Carta Magna, no mesmo Título VI (Da Tributação) e no mesmo Capítulo I (Do Sistema Tributário Nacional) consagrou mais um tipo de taxa ao prevê o pedágio no art. 150, inc. V, da CF/88.

Como se nota, a Constituição Federal de 1988, ao fazer a ressalva às limitações do poder de tributar o tráfego de pessoas ou bens, admitiu uma nova espécie tributária de taxa, pois a esta se acha relacionada a atividade estatal, que tem por causa jurídica a utilização de vias conservadas pelo Poder Público, e não mais se dispõe com referência a despesas de construção, conservação e melhoramento de estradas como era anteriormente.

## 5.2 Natureza jurídica

O pedágio aparece na Constituição Federal de 1988 de forma extraordinária, pois o art. 150, inc. V deu legitimação constitucional expressa ao pedágio, reconhecendo sua natureza tributária em oposição à idéia de que ele se traduziria em preço público, pois essa modalidade está referida num dispositivo que cuida de tributos, e como exceção a um princípio que limita a criação de tributos.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 relaciona o pedágio com uma atuação estatal específica, já que ele tem por fato gerador a utilização de vias conservadas por pelo Poder Público.

Não é a construção de uma estrada, de per si, que embasa a exigência do pedágio, vez que o mesmo é cobrável de quem trafegue pela via pública, e, por isso, frui a utilidade propiciada pela obra do Estado.

O fundamento da exigência do pedágio é análogo ao das taxas de serviço ou de polícia e da contribuição de melhorias, ou seja, a atuação estatal que possa ser referida a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos deve ser financiada por tributos cobrados destes indivíduos e não de toda a coletividade.

O pedágio não se confunde com imposto, uma vez que o fato gerador daquele supõe uma atuação do Estado, referida ao contribuinte. Não é também contribuição de melhoria, pois o pedágio não é cobrado em razão de melhoria que decorre de obra pública. Também não é taxa de polícia, visto que não se cuida de disciplinar o exercício do direito de dirigir veículo, pois o que se tributa é a utilização da via pública conservada pelo Poder Público.

No entendimento de Amaro (2007, p. 49), o pedágio é uma taxa de serviço, tendo em vista que o mesmo não se liga ao efetivo dispêndio com restauração, mas sim ao fato de o Estado manter (conservar) a via em condições de uso, o que supõe, mais do que despesa de reparo, o investimento efetuado na construção da via pública. Mais do que meros reparos, a conservação supõe a manutenção das vias públicas em estado normal de utilização, pois conservar é manter, preservar, resguardar de danos ou deteriorização (pista de rolamento livre de buracos e imperfeições, acostamentos, contenção de encostas, sinalização, e outros acessórios).



O pedágio diferencia-se da taxa de serviço porque esta se refere a um serviço prestado pelo Estado ao indivíduo ou posto à sua disposição, enquanto isso não ocorre no pedágio, pois mesmo os reparos que a via pública demande não configuram prestações de serviços do Estado. A estrada, que se restaura não é do contribuinte, é pública. Inexiste no pedágio a figura do usuário do serviço de restauração, como decorrência lógica da inexistência de prestação de serviço.

O contribuinte do pedágio não utiliza os serviços do Estado, mas sim um bem público e paga por utilizar esse bem. Nada impede que se designe a exação do pedágio como uma prestação pecuniária, pois trata-se de uma taxa de utilização de bem público e não de uma taxa de serviço.

Para Carrazza (2002, p. 483), o serviço público de conservação das rodovias que autoriza a instituição do pedágio constitui-se em uma verdadeira taxa de serviço, inobstante seu *nomen iuris*. Somente por meio da taxa de serviço que há nome pedágio, cobrada pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público, é que as pessoas políticas podem limitar o tráfego de pessoas ou bens entre Estados ou entre Municípios.

### 5.3 Fato gerador

O art. 150, inc. V, da Constituição Federal/88, revela com nitidez que o único tributo que pode validamente limitar o tráfego de pessoas ou bens entre Estados ou Municípios é o pedágio, e, mesmo assim, só em havendo utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

Resulta claro que o instituto do pedágio somente poderá ser cobrado pelo uso de bem público, residindo seu fato gerador na utilização da via pública e não a conservação desta. A utilização há de ser efetiva e não meramente potencial com simples colocação da via à disposição.

Não se pode dizer que o fato gerador do pedágio seja o serviço de restauração que o Poder Público execute, pois essa tarefa é apenas meio para manter a via pública utilizável e não o fim da atuação estatal.

A utilidade que o Estado propicia ao indivíduo não é o concerto, mas sim a utilização da estrada, ou seja, a coisa ou fato estatal a que se liga o pedágio não é uma prestação de serviço, é a estrada, com cuja utilização se concretiza o enlace do indivíduo à obrigação tributária.

## 5.4 Elementos essenciais

Sendo tributo da espécie taxa, a norma jurídica tributária que institui o pedágio deve conter seus elementos essenciais, não deixando margem para ato discricionário por parte da Administração.

A norma jurídica tributária define realmente o tributo quando fixa os pressupostos de fato que provocam o nascimento da obrigação tributária; individualiza as pessoas obrigadas ao pagamento; e regula todos os elementos determinantes da quantia da dívida tributária.

Que em face do entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência de que o pedágio é um tributo, sua exigência impescinde de três elementos essenciais: o elemento material (fato gerador da obrigação tributária); elemento subjetivo (contribuinte); e o elemento financeiro (base de cálculo).

O fato gerador da obrigação tributária no pedágio é a utilização de vias conservadas pelo Poder Público; o contribuinte é usuário da respectiva via conservada pelo Poder Público; e a base de cálculo é o valor do custo da conservação, a ser rateado entre os contribuintes.

A competência para instituir a taxa de pedágio é comum de livre exploração pelas três esferas de Governo: União, Estado, Distrito Federal e Municípios. Quaisquer das pessoas jurídicas de direito constitucional, desde que faça a conservação de vias, que sirva de fundamento para a taxa, pode instituí-las. Como exemplo, se a rodovia é do Estado cabe ao Poder Legislativo deste instituí-la.

Para Carrazza (2002, p. 483), na medida em que o pedágio apresenta-se atrelado aos tributos interestaduais ou intermunicipais resulta que não poderá ser cobrado pela utilização de vias estritamente municipais, ainda que conservadas pelo Poder Público, vez que não é dado ao Município cobrar pedágio pela transposição de uma ponte, pela utilização de uma avenida, pelo percorrimto de uma estrada de terra, pela passagem de uma via marginal, quando situada *intra muros*, isto é, dentro do território da própria pessoa política.

O Jurista Bastos (1991, p. 77) entende que a razão da não cobrança de pedágio pelo Município reside no fato de que

A diferenciação de regras para as vias intermunicipais e intramunicipais se deve ao fato de que o Município é

o centro da vida ativa ou de atividades das pessoas. A rua é a maior expressão que se tem de um bem público e não se pode privar ou restringir o acesso a ela, sob pena de prejudicar drasticamente a liberdade e a vida civil dos munícipes. O pedágio, aliás, como tributo mais antigo, é cobrado desde a Idade Média na travessia de cidades, jamais dentro delas.

Assim, a locomoção no interior da urbe é intributável, ainda que por meio da taxa de serviço denominada pedágio.

Conforme preceitua o art. 121, § único, nº I, do Código Tributário Nacional, o contribuinte da taxa de pedágio será sempre a pessoa que tem relação direta e pessoal com o fato gerador da respectiva obrigação tributária.

Somente haverá taxa de pedágio quando existir um liame preciso, de caráter jurídico, que una a pessoa e a utilização da via conservada.

A taxa de pedágio somente será exigida do contribuinte se sua base de cálculo representar o valor dos serviços de manutenção das estradas e não de outros valores, pois seria inconstitucional, por exemplo, cobrar o pedágio pelo valor da construção da estrada.

## **6 CONCLUSÃO**

O estudo sobre os fundamentos e a natureza jurídica do pedágio no Sistema Tributário Nacional deixa evidente que, a partir de 1989, o regime jurídico do pedágio é o tributário e, conseqüentemente, o pedágio-tarifa, hoje denominado taxa, deve-se adequar às normas constitucionais.

Observou-se que a passagem do regime do pedágio, de tarifa para espécie tributária, taxa de pedágio tornou a aludida figura mais justa, exigindo que a sua cobrança seja feita exclusivamente para custear despesas de manutenção e conservação das estradas de rodagem, não sendo admitida como instrumento de custeio de outros valores, como exemplo, de pagamento de indenizações, aquisição de terrenos, e outras.

Cumprê enfatizar que o usuário da via conservada pelo Poder Público, contribuinte da taxa de pedágio, deve pagar o tributo, na forma da lei, respeitando a causa jurídica da exigência tributária e que é ilegítimo o

pedágio como fonte de receita de pessoas jurídicas de direito privado, pois como tributo tal tipo de receita é do Estado ou órgão estatal, constituindo-se em receita pública compulsória e derivada.

Finalmente, que a concessão da cobrança da taxa de pedágio para a concessionária, vitoriosa da licitação, não pode ser feita através de decreto, mas somente por lei, sendo ilegítima a devolução, por parte da concessionária, ao poder concedente, dos valores de parte da taxa pedágio.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e tributário**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASSONI, Vitorio. **Direito tributário**. São Paulo: Atlas, 1990.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

---

**DIREITO  
AMBIENTAL**

---



## BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO AMBIENTAL REALIDADE BRASILEIRA E O DIREITO COMPARADO\*

*Maria de Jesus Rodrigues A. Heilmann\*\**

**Resumo:** Este estudo faz uma síntese sobre a evolução do ordenamento jurídico ambiental no Brasil, com referências à jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à competência legislativa da matéria ambiental no âmbito da União e dos Estados-membros. Examinam-se, também, as formas de sistematização que a legislação ambiental vem manifestando no direito comparado europeu e norte-americano, com ênfase na distinção entre codificação e legislação esparsa. Abordando, por fim, em breve análise, o fenômeno da *desregulação* e sua influência na construção do ordenamento jurídico ambiental norte americano.

**Palavras-chave:** Legislação. Direito ambiental. Ordem jurídica. Codificação. Desregulação.

**Abstract:** This study it makes a synthesis on the evolution of the ambient legal system in Brazil, with references on the jurisprudence firmed for the Supreme Federal Court in regards to the legislative ability of the ambient substance in the scope Union and of the State-members. They are also examined, the forms of systematization that the ambient legislation comes revealing in the European and North American comparative jurisprudence, with emphasis in the distinction between codification and legislation esparsa. Approaching, finally, soon analysis the phenomenon of the *desregulação* and its influence in the construction of the legal system ambient American north.

**Keywords:** Legislation. Enviromental law. Legal order. Codification. Deregulation.

---

\* Capítulo da monografia apresentada no Curso de Doutorado da Universidade de Barcelona/ES, na disciplina *Desenvolvimento Sustentável e Sistema Jurídico* /2006.

\*\*Promotora de Justiça do Estado do Maranhão. Professora de Direito Ambiental do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

## 1 O ORDENAMENTO JURÍDICO AMBIENTAL DO BRASIL

No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, consagrar os novos princípios de uma nova ordem jurídica ecológica, apareceram três leis de significativa importância para a formação do ordenamento jurídico em torno de um *direito ambiental brasileiro*. Assim, a ordenação jurídica para uma *política nacional do meio ambiente* já tinha se concretizado muito antes da promulgação da Carta de 1988, com a aprovação da Lei 6.938/81, de 31 de agosto.

Destaca-se, também, que ainda no ano de 1981, foi editada a Lei nº 6.902, de 27 de abril, dispondo sobre a *criação de estações ecológicas, áreas de proteção ambiental e outras providências*. Acrescenta-se que, posteriormente, essas duas leis foram regulamentadas através do Decreto nº 99.274, de 06.06.90, que mais tarde foi modificado pelo Decreto nº 2.120 de 13.01.97 (este último alterou os artigos 5, 6, 10 e 119 do Decreto nº 99.274 de 06.06.90). Por fim, ressalta-se o terceiro instrumento legislativo que foi a Lei nº 7.661, aprovada em 18.05.88, a qual criou o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

É sabido que outras normas anteriores trataram do tema dos recursos naturais em nosso ordenamento pátrio, todavia frisa-se que tais diplomas legislativos não são considerados pela doutrina ambientalista dentro da *concepção universalista* atual, como instrumentos propriamente de tutela do direito do meio ambiente; à exceção do Decreto-lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975, que dispõe sobre o *controle da contaminação do meio ambiente provocada por atividades industriais*, todos os demais textos legais<sup>1</sup>, a saber: o Código de Águas, o Código Florestal, o Código da Caça, o Código de Pesca, o Código de Mineração e o Código Brasileiro do Ar só trataram da matéria ambiental de modo incidental (HORTA, 1995, p. 304-305). Registra-se, ainda, que alguns destes diplomas legais sofreram profundas modificações legislativas a partir da década de 80, e mais recentemente

---

<sup>1</sup> Código de Águas (Decreto nº 24.643/34 alterado pelo Decreto-Lei nº 852/38, de 11 de novembro); Código Florestal (Lei nº 4.771/65 de 15 de setembro); Código da Caça (Lei nº 5.197/67 de 03 de janeiro); Código de Pesca (Decreto-Lei nº 221/67 de 28 de fevereiro); Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227/67 de 28 de fevereiro) e Código Brasileiro do Ar (Lei nº 6.833/80 de 30 de setembro).



surgiu nova disciplina jurídica tratando sobre a gestão florestal pública para a produção sustentável através da Lei n. 11.284/06, de 2 de março, sem contudo ab-rogar o Código Florestal.

Sem embargo, outro passo importante na evolução legislativa se deu com a formação do Direito Ambiental Constitucional que se estabelece a partir da Constituição Federal de 1988 que tratou no Capítulo VI sobre o Meio Ambiente (Art. 225 e seus parágrafos) e também em outros dispositivos dispersos no texto, havendo se institucionalizado como o marco do ordenamento jurídico nacional, contemplando as principais teses e princípios consagrados em documentos internacionais adotados a partir da Conferência de Estocolmo de 1972 sobre o Meio Ambiente.

Assim, no Título II, Capítulo I, Art. 5º, LXXIII da CF/88, que se refere aos direitos e deveres individuais e coletivos, se encontra a garantia constitucional que confere a legitimidade de qualquer cidadão processar através de *ação popular* visando anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio público. Ao lado deste instrumento, a Constituição incorporou no artigo 129, III dentre as atribuições do Ministério Público, a atribuição da investigação e apuração de atos lesivos ao meio ambiente, disciplinando que a matéria pode ser objeto de instauração do *inquérito civil e de propositura da ação civil pública* em nível Estadual e Federal.

A defesa do meio ambiente foi introduzida no texto constitucional como um princípio que rege a ordem econômica, conforme prevê o Art. 170, VI, e igualmente esse tema foi inserido na Carta Política como um dos requisitos da função social da propriedade, previsto no Art. 186, II.

No tocante à política de saúde, o cuidado com o meio ambiente aparece como o dever de colaboração na proteção inclusive do meio ambiente do trabalho (Art. 200, VIII CF); e finalmente, foi compreendido dentro da tutela constitucional do patrimônio cultural brasileiro (Art. 216, V CF).

Ressalta-se, por fim, que o Título III da CF/88, que trata da Organização político-administrativa do Estado, estabelece a repartição das competências legislativas. Sendo assim, a matéria do meio ambiente se rege segundo a adoção de um regime da competência concorrente limitada e se reparte entre: a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre: *floresta, caça, pesca, fauna, conservação do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da contaminação*, conforme institui o **artigo 24, VI**. Portanto, a partir da vigência da nova Carta Polí-

tica se destacaram de início duas questões de fundo relativas à matéria da competência legislativa: a primeira, sobre o que seriam *normas gerais em material ambiental* (?) e, a segunda, quais dentre as normas anteriores (leis gerais existentes) se concebiam como válidas pelo sistema constitucional de 1988 no âmbito de *normas gerais* (?).

Essas questões foram interpretadas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup> (adiante STF) que se pronunciou em vários julgados sobre o conflito de *competência geral da União* quanto ao entendimento de limites legislati-

<sup>2</sup> Adiante três sentenças do STF fixando a competência geral da União:

I) STF -AI 152115 AgR / RJ - Relator(a): Min. MARCO AURELIO - Publicação: DJU DATA-20-08-93 (PP-16323 EMENT VOL-01713-04 PP-00613)- Julgamento: 14/06/1993 - SEGUNDA TURMA. Ementa: RECURSO(...) MEIO AMBIENTE - DISCIPLINA NORMATIVA - UNIAO - ESTADOS. À União cabe baixar as normas gerais sobre a defesa e a proteção da saúde, a abranger as relativas ao meio ambiente. A atuação dos Estados mostra-se válida no que não as contrariam. Observação VOTACAO: UNANIME. RESULTADO: IMPROVIDO.

II) STF – Ag Rg no AI 147.111-6 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – Publicação: DJU 13.08.1993 (PP-15678 EMENT VOL-01712-02 PP-00253). CONSTITUCIONAL – PROTEÇÃO AMBIENTAL E CONTROLE DE POLUIÇÃO, LEGISLAÇÃO CONCORRENTE: UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL – CF, ART. 24, VI E XII – CF/67, ART. 8º XVII, C – I. O Art. 8º, XVII, c, CF/67, conferia à União competência para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, estabelecendo o parágrafo único do mesmo artigo que a competência da União não excluía a dos Estados para legislar supletivamente sobre a matéria. A CF/88 conferiu aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente na matéria (CF/88, Art. 24, VI e XII). II. Inocorrência de ofensa à Constituição pelo fato de o Estado ter exercido a sua competência legislativa supletiva. A alegação no sentido de que a legislação estadual teria entrado em testilhas com a lei Federal, Lei nº 6.938/81, não é própria do recurso extraordinário, esgotando-se no âmbito do contencioso infraconstitucional, próprio do recurso especial (CF, Art. 105, III, “b”).

III) STF – RE 144.884-9 – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – Publicação: DJU 07.02.1997 (DJ 07-02-1997 PP-01352 EMENT VOL-01856-03 PP-00477). RECURSO: PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – CONTROLE DA POLUIÇÃO – COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO PARA LEGISLAR – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 24, INC. VI – A competência legislativa da União para baixar normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde, a abranger as relativas ao meio ambiente, não exclui a dos Estados para legislar supletiva e complementarmente sobre a matéria, desde que respeitadas as linhas ditadas pela União. Prevalência da legislação estadual, editada com base na regra de competência ditada pela Carta Federal. O exame da validade das normas locais frente às federais (Lei nº 6.938/81) não pode ser feito no âmbito do recurso extraordinário, por extrapolar o contencioso constitucional. Precedentes das duas Turmas do STF. (Destaque nosso).

vos estabelecidos ao legislador dos Estados-membros. A estes, o encargo se limita em termos de *complementaridade* ou de *competência suplementar* para legislar sobre a matéria ambiental, portanto, o regime de competência atribuído aos Estados da Federação, se caracterizaria segundo a necessidade de complementar ou *suprir hipóteses não reguladas, preenchendo o vazio, o branco que restar*, sobretudo quanto às condições locais, desde que a lei estadual não venha provocar “mudança da lei geral”<sup>3</sup>.

A esse respeito, se ressalta que o STF se pronunciou sobre a competência geral da União para legislar frente ao exame da inconstitucionalidade de dispositivos da *Lei Estadual n. 7.747/82 do Estado do Rio Grande do Sul*<sup>4</sup>. Todavia, ressalta-se que esta lei foi declarada em parte inconstitucional pela Corte Suprema ainda no regime vigente da CF/67. Mais tarde, o STF, em novo julgamento, enfrentou a discussão sobre a competência legislativa deste mesmo diploma legal, na vigência da Constituição de 1988, e julgou o Recurso Extraordinário nº 286789, mantendo a mesma posição do

---

<sup>3</sup> STF RI 1.153: “Representação de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 7.747, de 22 de dezembro de 1982, em conjunto com os Decretos nºs 30.787, de 22/7/1982 e 30.811, de 23/8/82, todos do Estado do Rio Grande do Sul. Competência constitucional da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção à saúde (artigo 8º, XVII, ‘c’, da C.F.), e, supletivamente, dos Estados (parágrafo único do artigo 8º). Supremacia da lei federal. Limites. Caráter supletivo da lei estadual, de modo que supra hipóteses irreguladas, preenchendo o vazio, o branco que restar, sobretudo quanto às condições locais. Existência, ‘in casu’, de legislação federal que regula a espécie. Inconstitucionalidade da definição de agrotóxicos e outros biocidas por lei estadual; ou da fixação de normas gerais e parâmetros para a classificação toxicológica. Competência da União para estabelecer proibições à produção, comércio e consumo de mercadorias que contenham substâncias nocivas”. Poder de polícia do Estado - limites. Representação procedente, em parte, Inconstitucionalidade, na lei 7.747, de 22/12/1982: do § 1º do artigo 1º; da alínea ‘a’ do § 3º do artigo 1º; da parte final da alínea ‘b’; do § 1º: ‘obedecendo, no mínimo, as normas e parâmetros estabelecidos no anexo I, da presente lei’; da parte final da alínea ‘c’ do § 3º do artigo 1º: ‘contendo, no mínimo, os dados constantes do anexo II, desta lei’; da alínea ‘d’ do § 3º do artigo 1º; do § 4º do artigo 1º; do artigo 3º - ‘caput’; do artigo 5º (como consequência da inconstitucionalidade do decreto 30.787/82); no artigo 7º, a parte final: ‘entendendo-se como tais os zootecnistas, médicos-veterinários e engenheiros florestais’; o parágrafo único do artigo 7º; os anexos I e II.”. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultadoreferido>>.

<sup>4</sup> Idem.

juízo anterior da Representação de Inconstitucionalidade da referida lei<sup>5</sup>, portanto, ratificando que esta também satisfazia ao critério de constitucionalidade do novo regime democrático, exceto quanto àqueles dispositivos que já haviam sido declarados inconstitucionais no julgamento anterior.

É importante destacar que nesse segundo julgamento referente ao Recurso Extraordinário nº 286789-RS, a Corte Suprema esclareceu sobre o conceito de norma geral em matéria de competência como aquele definido anteriormente apreciando a Representação de Inconstitucionalidade nº 1153 em 16.05.1985. Assim, segundo o Plenário do STF, a compreensão de normas gerais ao encargo da União significa que: “não são apenas as regras fundamentais, como também as que importem em pormenores ou desdobramentos detalhados, desde que constituam complementos indissociáveis das primeiras”<sup>6</sup>. (Relator Min.Aldir Passarinho).

Concluindo, o STF decidiu que a União tem competência principal para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção à saúde e ao

---

<sup>5</sup> RE 286789/RS – Relatora Min.Ellen Gracie – Julg. 08.03.2005 – 2ª T. – Publicação DJU 08-04-2005, pp.0038; (Ementa Vol-02186-03; pp-00446) – “Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA ESTADUAL E DA UNIÃO. PROTEÇÃO À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE. LEI ESTADUAL DE CADASTRO DE AGROTÓXICOS, BIOCIDAS E PRODUTOS SANEANTES DOMISSANITÁRIOS. LEI Nº 7.747/2-RS. RP 1135. 1. A matéria do presente recurso já foi objeto de análise por esta Corte no julgamento da RP 1.135, quando, sob a égide da Carta pretérita, se examinou se a Lei 7.747/82-RS invadiu competência da União. Neste julgamento, o Plenário definiu o conceito de normas gerais a cargo da União e apartou as normas desta lei que superavam os limites da alçada estadual. 2. As conclusões ali assentadas permanecem válidas em face da Carta atual, porque as regras remanescentes não usurparam a competência federal. A Constituição em vigor, longe de revogar a lei ora impugnada, reforçou a participação dos estados na fiscalização do uso de produtos lesivos à saúde. 3. A lei em comento foi editada no exercício da competência supletiva conferida no parágrafo único do artigo 8º da CF/69 para os Estados legislarem sobre a proteção à saúde. Atribuição que permanece dividida entre Estados, Distrito Federal e a União (art. 24, XII da CF/88). 4. Os produtos em tela, além de potencialmente prejudiciais à saúde humana, podem causar lesão ao meio ambiente. O Estado do Rio Grande do Sul, portanto, ao fiscalizar a sua comercialização, também desempenha competência outorgada nos artigos 23, VI e 24, VI da Constituição atual. 5. Recurso extraordinário conhecido e improvido. Decisão: A Turma, por votação unânime, conheceu do recurso extraordinário, mas lhe negou provimento, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Gilmar Mendes. 2ª Turma, 08.03.2005.

<sup>6</sup> Vide inteiro teor do Acórdão Rp 1153-RS, p. 115, conceito este extraído pelo relator conforme Carvalho Pinto (1949, p. 68-94).

meio ambiente (antes artigo 8º, XVII, “c”, da CF/67, hoje leia-se Art. 23, VI CF/88), e, de modo *supletivo* aos Estados (parágrafo único do artigo 8º CF/67, atualmente, Arts. 25, § 1); decidiu, ainda, que a norma geral é de supremacia da lei federal, portanto além deste conteúdo, se fixava os outros limites de caráter suplementar da lei estadual, de modo que estas hipóteses não reguladas preencheriam o vazio, o branco que porventura restassem, principalmente quanto às condições locais<sup>7</sup>.

Feita esta sucinta abordagem sobre a repartição de competência legislativa concorrente, convém destacar que no Estado do Maranhão o marco do exercício de sua competência complementar se deu com a aprovação em 1992, da Lei Estadual nº 5.405 de 08 de abril, dispondo *sobre a Política Estadual do Meio Ambiente*, conforme ficou conhecido o “Código de Proteção do Meio Ambiente do Estado do Maranhão”<sup>8</sup>. Por conseguinte, surgiram outras leis estaduais mais específicas sobre controle de emissão de ruídos (Lei 5.715/93, alterada pela Lei 8.364/2006), política estadual de pesca (Lei 8.89/2004), e mais tarde foi aprovada, em 15 de junho de 2004, a Lei Estadual nº 8.149 que dispõe sobre a Política Estadual de Recursos Hídricos, o Sistema de Gerenciamento Integrado de Recursos Hídricos, e dá outras providências (alterada em 2005) e também, a Lei 8.521 de 30 de novembro, dispondo sobre a Política Florestal e de Proteção da Biodiversidade. Quanto à proibição de derrubada de palmeiras babaçu, a matéria foi disciplinada antes da CF/1988, através da Lei 4.734/1986, que sofreu alterações através da Lei 7.824/2003.

Outro ponto que foi objeto de interpretação do STF diz respeito à ADI 3540/DF ajuizada pelo Procurador Geral da República, no qual se pronunciou em julgado de 01.09.2006 sobre o atributo de *direito fundamental ao meio ambiente*. O STF, apreciando a arguição de inconstitucio-

---

<sup>7</sup> Com relação à competência legislativa municipal prevista no Art. 30, II CF/88, o julgamento deste Recurso não fez menção. Entretanto, registra-se para fins de referência neste estudo que a doutrina defende que o legislador constituinte atribuiu aos Municípios a competência legislativa suplementar à legislação Federal e Estadual quando for para “ordenar a proteção do meio ambiente, natural e cultural”. Cf. Silva (2007, p. 80).

<sup>8</sup> Alterado pela Lei Estadual nº 6.272 de 06.02.95 e regulamentado pelo Decreto Estadual nº 13.492 de 12.11.93.

nalidade do artigo 4º “caput” e parágrafos 1 a 7 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal) na redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, fez também um reconhecimento explícito do *direito à preservação ambiental como direito fundamental* (art. 225, CF) destacando-se *in verbis*:

[...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, *a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente*, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações [...]º. (Grifo nosso).

---

<sup>9</sup> Em resumo a ementa do Acórdão destacou que: “E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART.225)- PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE

Sem dúvida, se pode concluir que a nova ordem jurídica ambiental evoluiu muito nas duas últimas décadas, tanto para garantir, como implementar a proteção constitucional do Meio Ambiente, abrangendo o patrimônio ambiental natural e artificial, cultural.

De tal modo, surgiram diversos instrumentos legislativos que caracterizam um esparso conjunto de Leis, Medidas-Provisórias, Decretos, Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e outros regulamentos que formam o ordenamento jurídico ambiental nacional, os quais não serão comentados mais amiúde nos estreitos limites deste estudo.

É possível, finalmente, reafirmar que esta nova realidade *reguladora* no campo do Direito Ambiental no Brasil é também fruto do debate público que nos últimos quinze anos se travou na arena internacional, tendo o seu marco na Conferência da ONU no Rio de Janeiro em 1992, com a elaboração do Programa da Agenda 21, quanto aos novos compromissos assumidos no tocante à proteção, conservação e reparação contra a degradação dos recursos naturais em geral, e do âmbito florestal em particular (maior proteção para a “Floresta Amazônica”), visando a

---

DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERACÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. Vide: ADI-MC 3540/DF Distrito Federal - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 01/09/2005 - Tribunal Pleno 1º.09.2005- Pub.: DJ 03-02-2006 (pp-00014 EMENT VOL-02219-03 pp-00528). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

novas políticas de re-ordenação dos territórios, maiores controles legais de intervenção contra os danos causados pela atividade econômica.

A discussão legislativa em torno de novos parâmetros e modelos de proteção não prescinde de uma reflexão mais aprofundada sobre os problemas que afetam o desenvolvimento sustentável dentre os quais citam-se: o aumento da pobreza e do desequilíbrio do meio ambiente, ambos acentuados em consequência do descontrolo das atividades econômicas que causam a degradação ambiental, pela intensa atividade industrial e exploração dos recursos por grupos econômicos, em detrimento de agrupamentos sociais desprovidos de condições de auto-sustentabilidade .

## **2 O DIREITO COMPARADO: LEGISLAÇÃO ESPARSA, CODIFICAÇÃO E DESREGULAÇÃO**

A primeira impressão que se percebe ao examinar o direito comparado positivado é que os ordenamentos jurídicos da tradição europeia ocidental se apresentam segundo um duplo modelo: o primeiro, é formado por um conjunto de normas dispersas que têm um ponto de união: os objetivos de defesa, promoção e restauração do meio ambiente. A esse conjunto de normas a maioria dos autores costuma convencionalmente denominar “Direito Ambiental” ou “Direito do Meio Ambiente”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Sem embargo de opiniões contrárias, assinala os autores Díez-Picazo e Ponce de León o direito do meio ambiente pode ser enquadrado como garantia institucional ou princípio da ordem política e social, e neste último caso, está explícito no artigo 45 da Constituição Espanhola. Veja-se o texto Díez-Picazo, L. e Ponce de León (2005. p. 121) *in verbis*: “De pasada diré que la admisión de ese pretendido derecho y su configuración, me parece muy difíciles, aunque, en casos como el presente siempre tendremos que ponernos previamente de acuerdo sobre las palabras y aclarar qué entendemos por “derecho”. [...] Al respecto, nada significa, en mi opinión, el hecho de que el medio ambiente pueda haber encontrado acogida en algunos texto constitucionales como ocurre con el Art. 45 de la Constitución española, pues es claro que en los textos constitucionales muchas veces se denominan derechos a verdaderos derechos públicos objetivos y, otras veces, a garantías institucionales o a principios de la política social y económica. Me parece que es más bien este último el caso del Art. 45 de la Constitución española”.



O segundo modelo é a tendência a uma Codificação<sup>11</sup> das normas ambientais de proteção e reparação dos danos afetos ao Meio Ambiente; assim é como se apresentam ancoradas as legislações na França e na Alemanha.

Por outro lado, cabe acrescentar que o fenômeno da *desregulação*, como tendência ou alternativa política para a liberalização das atividades da ordem econômica preferencialmente, ou com efeitos imediatos na economia, teve diversas manifestações nos países anglo-saxões. A justificativa é que segundo os defensores da *desregulação*, o intervencionismo e o controle legal são impedimentos ao exercício da liberdade e à atividade do mercado, e neste aspecto acabou afetando o sistema legislativo sobretudo nos Estados Unidos, e marcou um período de alterações legislativas em matéria ambiental.

Assim, trataremos adiante das três formas (legislação esparsa, codificação e desregulação) de sistemas normativos hoje existentes em torno da positivação do Direito Ambiental.

## 2.1 Legislação esparsa e codificação

Na metade da década de oitenta os anseios por uma nova dimensão jurídica global dos problemas ambientais faziam a tônica do discurso entre os diversos autores ambientalistas<sup>12</sup> no sentido de ultrapassar as visões setoriais e fragmentadas das legislações existentes.

---

<sup>11</sup> Esta nova tendência tem sido muito debatida e recepcionada pela doutrina, como evidencia o autor espanhol Jordano Fraga (2003, p. 96). Conforme traduzimos adiante: “Esta tendência é crescente. Conhecemos uma tentativa a destacar pela sua qualidade técnica: nos referimos à obra da Interuniversity Commission for the Revision of Environmental Law in the Flemish Region, Codification of Environmental Law. Draft Decree on Environmental Policy, Editors: Hubert Bocken & Donatienne Ryckbost, Kluwer Law international, London, The Hague, Boston 1996. A idéia da que parte o Flemish Government em 1989 traz causa de necessidades amplamente detectadas: racionalização e simplificação de um corpo normativo disperso, integração e efetividade”. Ver também: Menéndez Sebastián (2006).

<sup>12</sup> Vide entre os autores alemães Steiger, Walde, Hartkopf e Eser. Por todos: Eser (1985, p. 628-629).

Este movimento renovador teve como berço a Alemanha, sobretudo porque se questionava uma concepção mais clara do Direito Ambiental, uma vez que o ordenamento constitucional vigente não garantia uma proteção eficaz do meio ambiente.

Assim, afirmava-se que os *regulamentos pontuais* não atendiam mais que direitos individuais e estabeleciam controles para certas matérias do direito ambiental. Sem embargo, era necessário adotar linhas mestras para encaminhar alguns problemas complexos que exigiam cada vez mais uma capacidade normativa de regulamentação para reforçar a proteção em face de vários problemas, tais como: i) o enfrentamento de variadas formas de danos; ii) os meios de garantir a qualidade de vida contra a contaminação industrial crescente nos grandes centros populacionais; iii) a contaminação crescente de resíduos, etc.

Dez anos depois, a Constituição germânica foi substancialmente revisada e alterada destinando-se, em seu artigo 20, a opção por um modelo *finalístico*, isto é, o direito ao meio ambiente foi consagrado no texto constitucional como uma *tarefa* e um *fim* a ser perseguido pelo Estado. (CANOTILHO, 2005, p. 50).

No entanto, para a efetividade deste direito, não era suficiente só uma atuação *prestacional* por parte do Estado, em que os cidadãos afetados poderiam fazer valer seu direito ao meio ambiente segundo qualquer das vias oferecidas pela legislação vigente<sup>13</sup>, mas sim, tornou-se necessária uma *formalização declarativa* da qual se derivassem elementos de regulamentação frente aos poderes públicos. Portanto, variados autores assinalavam que este fim de proteção se consagraria pela existência de um verdadeiro *dever jurídico* aos Estados.

Assim, na Alemanha, o primeiro projeto de Código Ambiental reuniu, em 1997, vinte leis federais permitindo uma grande simplificação com um total de 775 artigos. A iniciativa do Ministério Federal do Meio Ambiente acabou criando o chamado Código Ambiental I<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Vê-se expressamente no Art. 53.3 de Constituição da Espanha.

<sup>14</sup> Publicação que se destaca de: H.-W RENGELING, *Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch*, p. 22 et seq.

Outros países europeus seguiram esta tendência de *codificação*, citando-se a Suíça que aprovou um extenso Código em 1988 e a Suécia que começou seus trabalhos em 1990.

A *codificação* da legislação ambiental no sistema francês hoje está assentada com a edição da Lei nº 1319, de 26 outubro de 2005, e cristalizou uma ampla reforma de adaptação de diversas disposições do Direito Ambiental Comunitário ou Direito Ambiental Europeu, de tal modo que foi muito estendida e deu origem a um Código com diferentes disposições referentes ao meio ambiente.

Tal reforma legislativa na França, evitando a dispersão normativa própria de outros ordenamentos, aprovou o Código Ambiental que engloba sete Livros referentes às seguintes matérias: disposições comuns; meios físicos; espaços naturais; fauna e flora; prevenção de contaminações, dos riscos e dos danos; disposições aplicáveis em Nova Caledônia, na Polinésia francesa, nas Ilhas Wallis e Futuna, nas Terras austrais e antárticas francesas e em Mayotte; e, finalmente, a proteção do meio ambiente da Antártida.

Na Espanha, alguns especialistas têm criticado o problema da dispersão normativa deste sistema jurídico que não adotou ainda a *codificação*, como evidencia Menéndez Sebastián<sup>15</sup>, J. Jordano, dentre outros, e apontam que a causa de uma ausência de compilação das matérias gerais se deve à própria complexidade que estas apresentam, tornando-se uma tarefa difícil de unificação tendo em vista a própria perspectiva transversal da matéria ambiental. Assim, é posto pela doutrina que se faz necessária como um dos desafios para este século, já que os variados textos pela sua extensão deveriam reunir as normas mais importantes.

Na prática, a *codificação* visa uma tentativa de racionalização e simplificação de um corpo normativo disperso, a destacar pela sua qualidade técnica em transladar a integração e efetividade destes textos na matéria ambiental.

---

<sup>15</sup> Menendez (2006) assinala: “apesar da dificuldade de compilar em um único texto as diversas normas próprias do meio ambiente, e disso não cabe dúvida pela própria perspectiva transversal da matéria, também é certo que precisamente por isso se há necessário e útil a tentativa de juntar em um único corpo legislativo o regulamento, pelo menos, das questões meio ambientais mais importantes”. (Tradução nossa).

Por último, se vai abordar sobre o fenômeno da *desregulação* como modelo de gestão que influenciou alterações do sistema legislativo ambiental do direito norte-americano, repassando-se algumas das principais características deste sistema.

## 2.2 A desregulação

O fenômeno da *desregulação*, também denominado de *self-regulation ou reflexive law*, é fruto das transformações advindas da chamada crise do *direito econômico*, que em fins da década de setenta foi acentuada pelos críticos da Escola Econômica Liberal de Chicago e Yale<sup>16</sup>, quanto ao modelo de regulamentação da atividade econômica e do intervencionismo administrativo protagonizado pelas agências federais americanas.

Acrescenta-se que o processo de globalização econômica se expandiu sobretudo na década de oitenta nos EUA com a ideologia de “desregulação dos mercados de capital” por meio da qual se apoiavam as teses da rejeição do intervencionismo estatal. Esta idéia se consolidava como uma forte resistência ao controle normativo da Administração Pública em torno dos instrumentos reguladores de condutas individuais e sociais, do mesmo modo que produziu profundos reflexos na legislação ambiental.

A *desregulação* foi provocada por fatores ou causas que resultaram em consequências decisivas à emergência deste fenômeno; alguns assinalam que não é um fato que historicamente já pertença ao passado, e também que não é uma realidade limitada aos Estados Unidos.

Muitos autores têm como certo que a *desregulação* não supõe necessariamente o desaparecimento das normas, mas a substituição das nor-

---

<sup>16</sup> Os autores Coase, Posner e Calabresi foram os críticos da análise econômica do direito os quais puseram em evidência a eficiência econômica como forma de se evitar o esbanjamento dos recursos poucos e conseguir maior grau de satisfação das necessidades. Consideravam uma “tarefa legítima” ao Direito analisar em que medida as regulamentações jurídicas evitam o esbanjamento de recursos e aumentam a eficiência. Veja Alli Aranguren (2004, p. 294).

mas estatais por outras como as *convencionais*. No entanto, essa tese não é unânime<sup>17</sup>.

Por fim, se enumeram entre as causas, três referidas pela doutrina: i) aponta-se que a *desregulação* provém de causas ideológicas; ii) outros afirmam que é resultado ou expressão de reformas administrativas que pretendam promover a eficiência; e iii) é decorrente do fator de descentralização e de regionalização administrativa, em parte determinada e delimitada pela diminuição progressiva de recursos e programas de intervenção do Estado (esta concausa deu ensejo à desregulação em Québec, Canadá)<sup>18</sup>.

Uma análise da evolução da legislação ambiental nos EUA, segundo os autores Houck (2004), Lazarus (2001, p. 75-106) e Almeida, pode ser apresentada em três épocas diferentes fazendo-se uma breve análise de suas principais idéias neste estudo, porque é indiscutível a relevância que este sistema representa no cenário internacional.

### 2.2.1 O modelo americano de *desregulação* e a evolução da legislação ambiental

Inicialmente, se verifica que nos anos 60 nos Estados Unidos surgiram diversos eventos discutindo os problemas afetos à ecologia<sup>19</sup> no país e motivados também pelos eventos internacionais, forçando a introdução

<sup>17</sup> Veja ALLIARANGUREN. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Aranzadi. 2004. p. 198-199. Em contrário, veja ROIG, Antoni. **La deslegalización: orígenes y límites constitucionales en Francia, Italia y España**. Madrid: Dykinson, 2003. p. 23-24.

<sup>18</sup> Citando-se o trabalho de Jordano Fraga (2002, p. 98) o destacou que: “en el plano doctrinal la defensa de la desregulación, self-regulation o reflexive law siguen teniendo partidarios más (por ejemplo, FIORINO (25), siguiendo a TEUBNER) o menos moderados ( MEINERS y YANDLE (26): la desregulación es la lucha contra la dictadura soviética !(27) y debemos volver al Common law). También sigue habiendo detractores en esta batalla con sólidos fundamentos (por todos, véanse LESHY (28), NESPOR (29), LÜBBE-WOLFF (30)). (...) En Quebec han existido tendencias desreguladoras a finales de los noventa creándose una oficina administrativa de desregulación en 1996”. E destacou o autor Grandbois. *Les nouvelles orientations du Droit de L«environnement au Québec*. R.J.E., n. 1/4 3, p. 417-429, 1999.

<sup>19</sup> Segundo ressaltado Houck (2004, p. 35-36): “[...] En los 1950s y 1960s, Estados Unidos experimentó dos rondas de violencia callejera sobre la integración racial y la Guerra de Vietnam, antecedentes del tercero, el despierto repentino de la conciencia ambiental. El

deste tema na pauta política de diversos políticos os quais fizeram das questões ambientais tema de seus planos de ações.

Aquela foi denominada a *primeira geração* da legislação de proteção ambiental americana e se concentrou na primeira metade da década de 1970, marcada por uma série de leis, entre as quais a mais importante que se pode considerar é a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, de 01 de janeiro de 1970, que previa a *avaliação do impacto ambiental* a cargo das agências federais americanas. Esta lei transformou o processo decisório dessas agências e teve uma difusão internacional de seus princípios.

Outro fator importante, nesse período, se destaca pelo aparecimento de fortes *organizações nacionais ambientalistas* pressionando para a elaboração das primeiras leis ambientais<sup>20</sup>.

É um período que se caracteriza por um modelo legislativo com a imposição de *standards* rígidos e metas irreais, por isso foi muito criticada pela indústria e por representantes de muitos Estados, razão pela qual as Cortes Americanas<sup>21</sup> ficaram sobrecarregadas de processos judiciais.

Assim, dentre os diplomas legais que foram criados nesse período, citam-se a Lei do Ar Limpo, a Lei da Água Limpa e emendas à Lei de Espécies Ameaçadas, que inovaram a legislação de proteção ambiental e mudaram a paisagem legal norte-americana.

Acrescenta-se que se formou uma *jurisprudência* a favor da causa ambiental gerando decisões negociadas entre o órgão ambiental federal (EPA) e os contaminadores, que foi também um grande contributo desta época, devido à forte influência exercida pelos juizes, os quais firmaram sentenças extremamente favoráveis às questões ambientais em inúmeros casos.

---

estreno del derecho ambiental, en contraste con sus antecesores, tuvo lugar en las cortes a través de las acciones civiles y administrativas, por parte de los ciudadanos que se oponían a la destrucción de sus alrededores por las autopistas, el uso del DDT y otras plaguicidas, la protección de sus playas, la contaminación de sus ríos y la pérdida de su vida silvestre. El recurso a las cortes para revisar y corregir irregularidades de este escala fue algo sin precedente. No había y no hay ningún movimiento social más impulsado, dirigido y dependiente en acciones judiciales para alcanzar sus goles”.

<sup>20</sup> Registra-se que o dia 22 de abril de 1970 se realizou o primeiro “Earth Day”, um dia histórico na democracia americana mobilizando milhões de norte-americanos em um movimento ecológico promovendo conferências e exposições em todo o país.

<sup>21</sup> Anteriormente, à edição das leis ambientais os magistrados já tomavam as decisões judiciais baseados na aplicação das leis antigas (por ex. a Lei do Serviço Florestal, de 1897).

Hoje, após 35 anos da promulgação de uma das primeiras leis que buscava responder às demandas sociais crescentes relacionadas às questões ambientais houve grande mudança no cenário norte-americano e no mundo. Assim, formou-se o *direito ambiental administrativo* como um ramo distinto que buscava solucionar as dificuldades enfrentadas até então pela clássica doutrina do direito civil que se debatia com as ações privadas pela reparação do dano causado à saúde ou pela morte decorrente de contaminações, a necessidade de se produzir um extenso rol de provas periciais para averiguar os fatos, e por fim, enfrentar o problema da indenização contra quem se pretendia responsabilizar.

A emergência do direito ambiental, e especificamente, na atualidade de uma nova ramificação do direito administrativo, especializado em direito administrativo ambiental, visa equacionar os problemas ambientais a partir de três paradigmas: a) quanto ao caráter preventivo, visando à proteção para as gerações futuras; b) quanto ao financiamento a partir do orçamento público, como contribuição de toda sociedade em benefício de todos; c) quanto ao ressarcimento do dano, criando-se novos instrumentos sancionadores. (HOUCK, 2004, p. 4-6).

A *segunda geração* de leis se caracteriza pelas emendas às legislações anteriores e por novos diplomas legais. Essa nova legislação mudou o enfoque da proteção da contaminação do meio (ar, água, costume) passando a disciplinar uma proteção voltada para os elementos poluentes, e tratou da responsabilidade dos contaminadores.

Segundo comenta Almeida (p. 19), o Congresso norte-americano manteve o rigor e a idéia de que melhores standards ambientais poderiam ser alcançados mediante regulamentações governamentais que forçassem mudanças tecnológicas, sendo que neste período ainda não se transporia à discussão os processos de desregulação. No entanto, se observa que os congressistas cederam às ponderações dos setores e acabaram emendando quase todas as legislações fundamentais da primeira geração.

Três leis<sup>22</sup> importantes marcaram esta fase: a edição da Lei de Controle de Substâncias Tóxicas, a Lei da Conservação e Recuperação de

---

<sup>22</sup> Toxic Substances Control Act (TSCA), Resource Conservation and Recovery Act (RCRA) ambas de 1976, e Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability (CERCLA) de 1980.

Recursos, de 1976, e a Lei da Responsabilidade, Indenização e Resposta Ambiental (Lei do *Super-fundo*), de 1980, sobre os poluentes e substâncias tóxicas ou perigosas independentemente do meio.

As duas primeiras leis se caracterizavam pela amplitude e prospectiva reafirmando as diretrizes de regulamentação, de elaboração de normas para alcançar standards de melhorias ambientais.

A terceira, ao contrário, foi uma normativa inovadora, sem precedentes na legislação norte-americana, concebida para limpar as fábricas de resíduos perigosos abandonados ou inativos e para responsabilizar as partes envolvidas pelo custo da limpeza<sup>23</sup>.

No governo Reagan começa a era da desregulação, referida no início deste capítulo. No setor ambiental foi reduzido o orçamento da agência EPA e de programas ambientais. Mas, esse furor anti-ambiental acabou gerando forte reação do Congresso e das entidades ambientalistas.

De 1981 a 1990, se observa uma reação do Congresso com a aprovação de várias emendas em relação à maioria das leis de proteção ambiental<sup>24</sup> de maneira a torná-las mais fortes e menos submissas à discricionariedade do executivo e instituiu novas competências e meios para a EPA (a agência federal ambiental) poder cumprir as leis promulgadas. Ressalta-se que tais emendas foram baseadas em informações de tecnologia e considerações de risco à saúde humana<sup>25</sup> instituindo novos instrumentos de “comando e controle”.

---

<sup>23</sup> A lei da Responsabilidade, Indenização e Resposta Ambiental, foi chamada Lei do Super-fundo (Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability – CERCLA). Baseada na retrospectiva de responsabilidade por fatos passados, estabelecia que a responsabilidade alcançava os proprietários e operadores atuais, os proprietários anteriores, os geradores de substâncias perigosas bem como os transportadores.

<sup>24</sup> Lazarus (2001) cita que os anos 80 assistiram a uma proliferação legislativa ambiental envolvida em outras leis nos EUA (Leis administrativas, lei de propriedade, da quebra, dos direitos civis) que incorporaram preocupações ambientais e também aconteceram muitas alterações legislativas: 1982, emendas à Lei das Espécies Ameaçadas; 1984, emendas à Lei da Recuperação e Conservação (RCRA); 1986, emendas à Lei da Responsabilidade – Superfundo (CERCLA); 1987, emendas à Lei de Água Limpa; 1990, emendas à Lei do Ar Limpo. É digno de nota o fato de que tanto em primeira e segunda geração de leis ambientais a agricultura não é abrangida pelas determinações legais.

<sup>25</sup> A Lei do Ar Limpo, pela primeira vez, incluiu um programa baseado em mecanismos de mercado para controlar a disposição ácida.



Registra-se, por fim, que na década de 80, houve uma expansão dos escritórios de advogados com especialização em direito ambiental<sup>26</sup> devido sobretudo à Lei do *Super-fundo*. Houve, também, uma mudança na jurisprudência denotando que os juízes assumiram “posições mais céticas e hostis às causas ambientais”.

O marco da *terceira geração* reside nas controvérsias surgidas entre a emergência das leis ambientais nos EUA e as novas restrições às legislações ambientais, que culminaram em 1994 com a defesa de um programa político denominado “*Contrato com a América*”<sup>27</sup> que propunha uma ampla desregulação das leis pressionada pelos mecanismos do mercado.

O “*Contrato*” visava aos programas ambientais e impulsionou a iniciativa de inúmeros projetos legislativos propondo mudanças nos padrões ambientais baseados em considerações de limites à saúde humana, em atualizações tecnológicas, por *standards* embasados em análise de custo/benefício, em avaliações comparativas de riscos e em critérios de eficiência econômica com a eliminação de diplomas legais que impunham custos econômicos à indústria (ex. demandas ambientais).

Recorda-se que este período teve um fato político relevante, pois ao final do ano de 1988 os candidatos George Bush (pai) e Michael Dukakis disputavam credenciais ambientais na qual Bush se denominava “O Presidente Ambiental”. Todavia, o Presidente Bush mudou de posição logo após eleito, e permitiu que o seu vice fizesse da regulamentação ambiental alvo principal de críticas<sup>28</sup> e reivindicações por *desregulação*.

Posteriormente, sob o mandato presidencial de Bill Clinton a *desregulação* continuou tendo como meta significativa o Project XL de “excellence and leadership”, lançado em maio de 1995, com o objetivo de promover uma experiência pioneira como alternativa à regulamentação.

---

<sup>26</sup> Outro fato de destaque é que o Departamento da Justiça teve seu quadro ampliado de 15 para 150 advogados no final dos anos 80 devido a CERCLA referido na entrevista 42.

<sup>27</sup> Essa proposta partiu do Partido Republicano, que fizera a maioria em ambas as casas legislativas (Câmara e Senado).

<sup>28</sup> Essas críticas acabam gerando uma moratória formal das regulamentações que incluiu diversos programas de proteção ambientais.

Por fim, se observa que na década de 90, as decisões judiciais retomaram uma posição mais protetora com as questões ambientais, se tornando mais difíceis e discutíveis.

O Executivo, passado o furor inicial de uma massiva desregulação, acabou impedindo diversas propostas legislativas<sup>29</sup> sob argumentos de defesa da saúde pública e da qualidade ambiental.

De um modo geral, segundo Houck (2004), o panorama dos problemas ambientais nos Estados norte-americanos poderiam ser caracterizados da seguinte forma:

El problema ambiental proviene de las políticas y los programas adelantados de unos estados, no muchos en numero, pero con mucha influencia en el panorama nacional. El estado de California, por ejemplo, siempre ha sido un líder en los avances ambientales, superando los esfuerzos nacionales en el control de la contaminación atmosférica, la gestión de su zona costera y el manejo de las sustancias tóxicas. Los estados de Maine y Washington han establecido programas agresivos para proteger sus recursos marítimos de los derrames de petróleo. Los estados de Vermont y Oregon están a la vanguardia del ordenamiento territorial. Asimismo, se pueden añadir el reciclaje y otros programas de Nueva York, Michigan, Minnesota, Wisconsin y Maryland. Estos estados no solo son los líderes políticos, sino también los intelectuales de la política ambiental estadounidense, laboratorios exitosos de la experimentación a fondo del concepto del “federalismo”.

---

<sup>29</sup> Outro ponto relevante foi a reivindicação pela eliminação dos chamados “mandatos sem fundos” (legislações que obrigavam os Estados a atuar, mas que não forneciam fundos para isso) que eram predominantes na legislação ambiental. Quiseram compensar os proprietários privados por perdas econômicas devido às legislações federais (ex. restrições de uso do solo por conta da Lei de Água Limpa e da Lei de Espécies Ameaçadas). Além dessas proposições os republicanos impuseram fortes reduções e nenhum incentivo às agências federais (a EPA teve redução orçamentária de 40%). No entanto, fora os cortes financeiros, essas diversas mudanças de legislação não conseguiram ser aprovadas.

Por fim, o autor Lazarius (2001) assinala que alguns temas, nos últimos anos, ainda permanecem bastante controvertidos nos EUA, destacando duas questões que ganharam notoriedade: a primeira, no terreno da *equidade* no que tange à aplicação das leis ambientais perante os Tribunais; e a segunda, a cobrança mais acentuada dos governos e organizações ambientais no que diz respeito a uma maior participação dos EUA na manutenção dos *ecossistemas comuns globais*, temas que devem marcar o debate político para uma quarta geração de leis ambientais nos EUA.

### 3 CONCLUSÃO

Verifica-se que o problema da *formalização ou de sistematização normativa* da matéria ambiental, uma vez equacionado por seu respectivo sistema jurídico, remete-se a uma outra questão subsequente que consiste em se averiguar como, e em que grau de satisfação está se cumprindo a proteção constitucional do meio ambiente, seja este aplicado como princípio, direito subjetivo público ou tarefa fim do Estado, pelos seus agentes públicos em seu papel de gestor e fiscalizador das políticas ambientais.

Assim, também se tentou dimensionar, de modo sucinto, sobre a progressiva evolução da legislação infra-constitucional no sistema brasileiro e das tendências dos sistemas europeu-continental e norte-americano, como um instrumental do avanço técnico-científico do Direito Ambiental diante da responsabilidade crescente dos entes poluidores e dos danos que vêm se produzindo aos biomas nacionais desses territórios, e dos riscos ambientais em nível global.

Por fim, a respeito dos aspectos formais do ordenamento jurídico ambiental, seja pela via da *codificação* ou por normas esparsas, levando-se em conta a influência do fenômeno da *desregulação*, verificou-se que estes elementos de configuração normativa da técnica jurídica dão margem às questões de grande relevância à tutela do direito ambiental para este século XXI.

Cabe ao Brasil, através dos operadores do Direito Ambiental, e de toda a sociedade como um todo, refletir através do debate acadêmico e também popular sobre qual modelo devemos seguir, se mudamos para um sistema codificado que coordene toda a matéria ambiental sistematicamente, reorganizando-se o universo de leis existentes a fim de se criar melhores condições de maior efetividade e fiscalização desse ordenamento ambiental vigente.

**REFERÊNCIAS**

ALLI ARANGUREN, Juan-cruz. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Aranzadi. 2004.

ALMEIDA, Julian Garcia Alves de. **Políticas públicas e gestão ambiental**. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/EA/adm/admarqs/JulianAlmeida.pdf>>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito ao ambiente como direito subjetivo. **Stvdia Ivridica: A tutela jurídica do meio ambiente presente e futuro**, Coimbra, n. 81, p. 48-57, 2005.

CARVALHO PINTO, Carlos Alberto A. de. Normas gerais de direito financeiro. **Revista Finanças em Debate**, São Paulo, n. 7, p. 68-94, 1949.

DIÉZ-PICAZO, L.; PONCE DE LEÓN. Los problemas jurídicos de los daños ambientales. **Stvdia Ivridica: A tutela jurídica do meio ambiente presente e futuro**, Coimbra, n. 81, 2005.

ESER, Albin. Derecho ecológico. **Revista de derecho publico**, Madrid, n. 100-101, p. 603-652, jul./dic., 1985.

HORTA, Raul M. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HOUCK, Oliver. Tres reflexiones sobre el derecho ambiental. **Revista Electrónica de Derecho Ambiental**, n. 10, Mayo, 2004. Disponível em: <<http://www.cica.es/aliens/gimadus/>>.

JORDANO FRAGA, Jesús. El derecho ambiental del siglo XXI. **Revista de Derecho Ambiental**, Navarra (Aranzadi), n. 1, p. 95-113, 2002.

LAZARUS, Richard. The Greening of America and the Graying of United States Environmental Law: reflections on environmental law's first three decades in the United States. **Virginia Environmental Journal Law**, n. 20, p. 75-106, 2001.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental**. Madrid: Edsofer, 2003. t. 4.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva Maria. **La adaptación al derecho comunitario en materia de medio ambiente: la codificación francesa frente a la dispersión de la normativa española**. Oviedo: Iustel, 2006.

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 15, jan./dez. 2008

MIR PUIGPELAT, Oriol. **Globalización, estado y derecho**: las transformaciones recientes del derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2004.

ORTEGA ALVAREZ. **Lecciones de derecho del medio ambiente**. Valladolid: Lex Nova, 1998.

PERALES, Carlos de Miguel. **Derecho español del medio ambiente**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2003.

ROIG, Antoni. **La deslegalización**: orígenes y límites constitucionales en Francia, Italia y España. Madrid: Dykinson, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.



## POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL\*

*Carlos Eduardo Barros Gomes\*\**

*Flavio dos Santos Oliveira\*\**

*Rafhael Batista\*\**

*Renata Freire Costa\*\**

*Vivianne Macedo C. de Araújo\*\**

**Resumo:** O artigo analisa a Política Nacional de Educação Ambiental, que se insere no contexto marcado pela degradação permanente do meio ambiente, revendo como necessária uma adequação da produção de sentidos sobre a educação ambiental. A dimensão da educação ambiental se configura como um conjunto de atores do universo educativo, potencializando o envolvimento dos diversos sistemas de conhecimento, a capacitação de profissionais e o envolvimento da comunidade para um desenvolvimento sustentável. O desafio que se coloca é de formular uma educação ambiental que seja crítica e inovadora nos níveis formal e não formal. Deve ser acima de tudo um ato político e de cidadania voltado para a transformação social. Numa perspectiva holística que relaciona o homem, o meio ambiente e a sociedade, tendo como referência os recursos naturais que se esgotam e responsabilizando o homem como principal ator na transformação de suas relações de consumo para o equilíbrio do ecossistema.

**Palavras-chave:** Educação ambiental. Desenvolvimento sustentável. Cidadania.

**Abstract:** The article analyse the Political National one of Environmental Education that is inserted in the context marked by the permanent degradation of the environment reviewing as necessary an adaptation of the output of hurt about the environmental education. The dimension of the environmental education itself configures like an assembly of actors of the educational universe. The qualification of professionals and the involvement of the community for a sustainable development. The challenge that is put is of formulate an environmental education that be criticism and innovative in the levels formal and not-formal. Should be above all a political act and of citizenship come back for social transformation. In a perspective holistic that relates the man the environment and the society. Having like reference the natural resources that are exhausted and making responsible the man in the transformation of his relations of consumption for the equilibrium of the ecosystem.

**Keywords:** Environmental education. Sustainable development. Citizenship.

---

\* Estudo apresentado na disciplina Direito Ambiental, ministrada pela Profª-Mestre Maria de Jesus Rodrigues A. Heilmann, da Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

\*\* Acadêmicos do Curso de Direito da UFMA.

## 1 INTRODUÇÃO

A população consome cada vez mais novas tecnologias e novas informações, transformando cenários urbanos e perdendo, desta maneira, a relação natural que tinham com a terra e suas culturas. Os valores relacionados com a natureza não têm mais pontos de referência na atual concepção moderna de relação de consumo com o meio ambiente, o que causa sua deterioração.

A educação ambiental se constitui numa ferramenta abrangente, que se propõe atingir todos os cidadãos, através de um processo pedagógico participativo permanente que procura incutir no educando uma responsabilização sobre a problemática ambiental e a politização na transformação da sociedade, com o fim de buscar o equilíbrio das diversidades de interesses do complexo ambiente social e natural.

Considerando que a Educação Ambiental (EA) atravessa por vários campos de conhecimento, numa abordagem multirreferencial, e sua complexidade ambiental reflete um tecido conceitual heterogêneo, conforme a realidade de cada localidade, não iremos abordar apenas um conceito de EA, destacamos, porém, a classificação de Sorrentino (apud TRAJBER; MANZOCHI, 1996, p. 14-18), quanto às diversas concepções de EA:

1- conservacionista – vinculada à biologia, volta-se para as causas e conseqüências da degradação ambiental; 2- educação ao ar livre – ligada aos naturalistas até adeptos do movimento escoteiro e dos grupos de espeleologia, montanhismo e outras modalidades de lazer e ecoturismo, vinculada ao aspecto mais cultural; 3- gestão ambiental – envolve os movimentos sociais (especialmente latino-americanos), por liberdades democráticas; 4- economia ecológica – provém dos anos 70, seus desdobramentos se encontram em documentos internacionais e exercem influência na atuação de bancos internacionais e documentos da FAO, PNUMA, UNESCO e outros.



Acrescenta-se que a Lei da Política Nacional de Educação Ambiental adota a seguinte definição de EA:

Art. 1º Entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Assim, conforme prescreve esse diploma (Lei nº 9.795/99, de 27 de abril de 1999), que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental, a EA é subdividida em formal e informal:

*Formal* é um processo institucionalizado que ocorre nas unidades de ensino; *informal* se caracteriza por sua realização fora da escola, envolvendo flexibilidade de métodos e de conteúdos e um público-alvo muito variável em suas características (faixa etária, nível de escolaridade, nível de conhecimento da problemática ambiental, etc.).

O desafio que se coloca é de formular uma educação ambiental que seja crítica e inovadora nos dois níveis: formal e não formal. Assim, ela deve ser acima de tudo um ato político e de cidadania voltado para a transformação social. O seu enfoque deve buscar uma perspectiva de *ação holística* que relaciona o homem, o meio ambiente natural e artificial e a sociedade, tendo como referência os recursos naturais que se esgotam e responsabilizando o homem como principal ator na transformação de suas relações de consumo para o equilíbrio do ecossistema.

Por outro lado, um paradigma se torna um desafio no discurso ambientalista: o pessimismo impactante – ora alardeando sobre o buraco negro da camada de ozônio, o efeito estufa, o desmatamento das florestas, a erosão genética etc.

Inobstante, através deste artigo, que trata da Política Nacional da Educação Ambiental (Lei 9.795/99) – que tem como princípio básico a “concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade”, teceremos algumas reflexões, para uma possível mudança de paradigma. Senão vejamos.

## 2 ACONTECIMENTOS QUE INFLUENCIARAM NA INSERÇÃO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL NO CONTEXTO DA POLÍTICA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

As questões ambientais começaram a se manifestar nas décadas de 50 e 60, diante de episódios como a contaminação do ar em Londres e Nova York (1952 a 1960), os casos fatais de intoxicação com mercúrio em Minamata e Niigata (1953 a 1965) e a contaminação do mar em grande escala, causada pelo naufrágio do petroleiro Torrey Canyon (1966).

No âmbito educativo, ainda não se falava de Educação Ambiental, mas se processavam críticas à educação tradicional e às teorias tecnicistas que visavam à formação de indivíduos eficientes e eficazes para o mundo do trabalho, surgindo movimentos de renovação em educação.

A construção de uma ciência internacional começava a consolidar-se nas décadas de 60 e 70, sendo que grande parte dos conhecimentos atuais dos sistemas ambientais do mundo foi gerada nesse período. Em 1972, com a Conferência de Estocolmo, a Educação Ambiental passa a ser considerada como campo da ação pedagógica, adquirindo relevância e vigência internacionais.

As discussões em relação à natureza da Educação Ambiental passaram a ser desencadeadas e os acordos foram reunidos nos Princípios de Educação Ambiental, estabelecidos no seminário realizado em Tammi (Comissão Nacional Finlandesa para a UNESCO, 1974). Esse seminário considerou que a *Educação Ambiental permite alcançar os objetivos de proteção ambiental e que não se trata de um ramo da ciência ou uma matéria de estudos separada, mas de uma educação integral permanente*.

Em 1975, a UNESCO, em colaboração com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), em resposta à recomendação 96 da Conferência de Estocolmo, cria o Programa Internacional de Educação Ambiental (PIEA), destinado a promover, nos países-membros, a reflexão, a ação e a cooperação internacional nesse campo. Sem dúvida, a Conferência de Estocolmo configurou-se mais como um ponto centralizador para identificar os problemas ambientais do que como um começo da ação para resolvê-los.

Nesse período, realizou-se um conjunto de experiências e práticas de Educação Ambiental em muitos países que possibilitou avanços impor-

tantes na sua conceituação, inspirada em uma ética centrada na natureza, que pode ser identificada como a “Vertente Ecológico-Preservacionista da Educação Ambiental”.

A Conferência de Estocolmo inspirou um interesse renovado na Educação Ambiental na década de 1970, tendo sido estabelecida uma série de princípios norteadores para um programa internacional e planejado um seminário internacional sobre o tema, que se realizou em Belgrado, em 1975.

Dois anos depois, foi celebrado em Tbilisi (EUA) a Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, que constitui, até hoje, o ponto culminante do PIEA. Nessa conferência foram definidos os objetivos e as estratégias pertinentes em nível nacional e internacional. Postulou-se que a Educação Ambiental é um elemento essencial para uma educação global orientada para a resolução dos problemas por meio da participação ativa dos educandos na educação formal e não-formal, em favor do bem-estar da comunidade humana.

No Brasil (1973), cria-se a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), que se preocupa em definir seu papel no contexto nacional por meio da Lei nº. 6.983/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente e insere a Educação Ambiental como um dos princípios que garantem “a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar no país condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”. Estabelece, ainda, que a Educação Ambiental deve ser oferecida em todos os níveis de ensino e em programas específicos direcionados para a comunidade.

Em 1987, realiza-se em Moscou o Congresso Internacional sobre a Educação e Formação Relativas ao Meio Ambiente, promovido pela UNESCO. No documento final, *Estratégia Internacional de Ação em Matéria de Educação e Formação Ambiental para o Decênio de 90*, ressalta-se a necessidade de atender prioritariamente à formação de recursos humanos nas áreas formais e não-formais da Educação Ambiental e na inclusão da dimensão ambiental nos currículos de todos os níveis de ensino.

A Conferência Rio-92 estabelece uma proposta de ação para os próximos anos, denominada Agenda 21. Esse documento procura assegurar o acesso universal ao ensino básico, conforme recomendações da Conferência de Educação Ambiental (Tbilisi, 1977) e da Conferência Mundial

sobre Ensino para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem (Jomtien, Tailândia, 1990).

Nessa conferência, em relação à Educação Ambiental, destacam-se dois documentos produzidos: *Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis*, elaborado pelo fórum das ONGs, que explicita o compromisso da sociedade civil para a construção de um modelo mais humano e harmônico de desenvolvimento, e se reconhecem os direitos humanos da terceira geração, a perspectiva de gênero, o direito e a importância das diferenças e o direito à vida, baseado na ética biocêntrica e no amor; e a *Carta Brasileira de Educação Ambiental*, elaborada pela Coordenação de Educação Ambiental no Brasil em que se estabelecem as recomendações para a capacitação de recursos humanos.

De acordo com os preceitos da Agenda 21, deve-se promover, com a colaboração apropriada das organizações não-governamentais, inclusive as organizações de mulheres e de populações indígenas, todo tipo de programas de educação de adultos para incentivar a educação permanente sobre meio ambiente e desenvolvimento, centrando-se nos problemas locais. As indústrias devem estimular as escolas técnicas a incluírem o desenvolvimento sustentável em seus programas de ensino e treinamento. Nas universidades, os programas de pós-graduação devem contemplar cursos especialmente concebidos para capacitar os responsáveis pelas decisões que visem ao desenvolvimento sustentável.

Em cumprimento às recomendações da Agenda 21 e aos preceitos constitucionais, é aprovado no Brasil o Programa Nacional de Educação Ambiental (PRONEA), que prevê ações nos âmbitos de Educação Ambiental formal e não-formal.

O Ministério da Educação (MEC), o Ministério do Meio Ambiente (MMA) e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) desenvolvem diversas ações para consolidar a Educação Ambiental no Brasil. No MEC, são aprovados os novos “Parâmetros Curriculares” que incluem a Educação Ambiental como tema transversal em todas as disciplinas. Desenvolve-se, também, um programa de capacitação de multiplicadores em Educação Ambiental em todo o país. O MMA cria a Coordenação de Educação Ambiental, que se prepara para desenvolver políticas nessa área no país e sistematizar as ações existentes. O IBAMA

cria, consolida e capacita os Núcleos de Educação Ambiental (NEAs) nos estados, o que permite desenvolver Programas Integrados de Educação Ambiental para a Gestão.

Várias Organizações Estaduais do Meio Ambiente (OEMAs) implantam programas de Educação Ambiental e os Municípios criam as Secretarias Municipais de Meio Ambiente, as quais, entre outras funções, desenvolvem atividades de Educação Ambiental. Paralelamente, as ONGs têm desempenhado importante papel no processo de aprofundamento e expansão das ações de Educação Ambiental que se completam e, muitas vezes, impulsionam iniciativas governamentais.

Podemos ver nos Quadros 1 e 2, de forma cronológica, a evolução da efetivação da Educação Ambiental no contexto político global.

<b>ANO</b>	<b>EVENTO</b>
1965	Utilizada a expressão Educação Ambiental (Environmental Education) na Conferência de Educação da Universidade de Keele, Grã-Bretanha
1966	Pacto Internacional sobre os Direitos Humanos – Assembléia Geral da ONU
1967	Fundação do Clube de Roma
1972	Conferência de Estocolmo – discussão do desenvolvimento e ambiente, conceito de ecodesenvolvimento/Recomendação 96–Educação e Meio Ambiente
1973	Registro Mundial de Programas em Educação Ambiental, EUA
1974	Seminário de Educação Ambiental em Jammi, Finlândia – EA é reconhecida como educação integral e permanente
1975	Congresso de Belgrado – Carta de Belgrado – estabeleceram-se as metas e princípios da Educação Ambiental Programa Internacional de Educação Ambiental (PIEA-UNESCO)
1976	Reunião Sub-Regional de Educação Ambiental para o Ensino Secundário, em Chosica (Peru) – discussão sobre as questões ambientais na América Latina estarem ligadas às necessidades de sobrevivência e aos direitos humanos. Congresso de Educação Ambiental, em Brazzaville (África) – reconhece a pobreza como o maior problema ambiental.

1977	Conferência de Tbilisi, Geórgia – estabeleceram-se os princípios orientadores da Educação Ambiental e foi enfatizado seu caráter interdisciplinar, crítico, ético e transformador
1979	Encontro Regional de Educação Ambiental para América Latina em San José, Costa Rica
1980	Primeira Conferência Asiática sobre Educação Ambiental, em Nova Delhi (Índia)
1987	Congresso Internacional da UNESCO-PNUMA sobre Educação e Formação Ambiental, em Moscou – foi realizada a avaliação dos avanços desde Tbilisi, reafirmaram-se os princípios de Educação Ambiental e foi assinala a importância e necessidade da pesquisa e da formação em Educação Ambiental.
1989	Primeiro Seminário sobre Materiais para a Educação Ambiental – UNESCO, em Santiago (Chile)
1990	Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis Fórum das ONGS Carta Brasileira de Educação Ambiental – MEC
1994	I Congresso Ibero-americano de Educação Ambiental, em Guadalajara (México)
1995	Conferência Mundial do Clima, em Berlim
1997	Conferência sobre Educação Ambiental, em Nova Delhi (Índia)
1998	Conferência Internacional sobre Meio Ambiente e Sociedade: Educação e Conscientização Pública para a Sustentabilidade, em Thessaloniki (Grécia)

**Quadro 1** – Eventos que contribuíram para inserção da Educação Ambiental no contexto da Política de Proteção ao Meio Ambiente.

**Fonte** – MEDINA (2008).

ANO	ACONTECIMENTOS
1971	Cria-se no Rio Grande do Sul a Associação Gaúcha de Proteção ao Ambiente Natural (AGAPAN)
1972	A Delegação Brasileira na Conferência de Estocolmo declara que o país está “aberto à poluição, porque o que se precisa são dólares, desenvolvimento e empregos”. Apesar disso, contraditoriamente, o Brasil lidera os países do Terceiro Mundo para não aceitar a Teoria do Crescimento Zero proposta pelo Clube de Roma

1973	Cria-se a Secretaria especial do Meio Ambiente, SEMA, no âmbito do Ministério do Interior, que, entre outras atividades, contempla a Educação Ambiental
1977	SEMA constitui um grupo de trabalho para a elaboração de um documento sobre a Educação Ambiental, definindo o seu papel no contexto brasileiro
1978	Criação de cursos voltados às questões ambientais em várias universidades brasileiras
1984	O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) apresenta uma resolução, estabelecendo diretrizes para a Educação Ambiental
1986	A SEMA e a Universidade de Brasília organizam o primeiro Curso de Especialização em Educação Ambiental (1986-1988) I Seminário Nacional sobre Universidade e Meio Ambiente
1987	O MEC aprova o Parecer n.º 226/87, do conselheiro Arnaldo Niskier – inclusão da Educação Ambiental nos currículos escolares de 1º e 2º graus
1988	A Constituição Brasileira de 1988, art. 225 no capítulo VI – Do Meio Ambiente, inciso VI – destaca a necessidade de promover a Educação Ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. Para cumprimento dos preceitos constitucionais, leis federais, decretos, constituições estaduais e leis municipais determinam a obrigatoriedade da Educação Ambiental. I Fórum de Educação Ambiental – São Paulo.
1989	Programa de Educação Ambiental em Universidade Aberta da Fundação Demócrito Rocha, por meio de encartes nos jornais de Recife (PE) e Fortaleza (CE). Primeiro Encontro Nacional sobre Educação Ambiental no Ensino Formal, IBAMA-UFRPE, Recife (PE).
1990	I Curso Latino-Americano de Especialização em Educação Ambiental, PNUMA-IBAMA-CNPq-CAPES-UFMT, Cuiabá (MT) (1990-1994)
1991	MEC, Portaria n.º 678 (14/05/91) institui que todos os currículos nos diversos níveis de ensino deverão contemplar conteúdos de Educação Ambiental Grupo de Trabalho para Educação Ambiental coordenado pelo MEC, preparatório à Conferência Rio-92 II Fórum de Educação Ambiental – São Paulo

1992	Participação das ONGs do Brasil no Fórum de ONGs e na redação do Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis. O MEC promove no CIAC do Rio das Pedras em Jacarepaguá, Rio de Janeiro, o workshop sobre Educação Ambiental, cujo resultado se encontra na Carta Brasileira de Educação Ambiental.
1993	Criação dos Centros de Educação Ambiental do MEC, com a finalidade de criar e difundir metodologias em Educação Ambiental.
1994	Publicação em português da Agenda 21, feita por crianças e jovens/ UNICEF. III Fórum de Educação Ambiental, São Paulo.
1996	Criação da Câmara Técnica de Educação Ambiental, CONAMA
1997	Criação da Comissão de Educação Ambiental do MMA Cursos de Educação Ambiental organizados pelo MEC – Coordenação de Educação Ambiental para as escolas técnicas e segunda etapa de capacitação das SEDUCs e DEMECs – convênio UNESCO – MEC I Teleconferência Nacional de Educação Ambiental, MEC I Conferência Nacional de Educação Ambiental, Brasília

**Quadro 2** – Acontecimentos no Brasil que influenciaram na implementação da Educação Ambiental.

**Fonte** – MEDINA (2008).

### **3 PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO, EXTENSÃO E COMUNICAÇÃO AMBIENTAL**

Antes de adentrarmos à matéria da EA, procuremos resgatar reflexões sobre a educação popular no Brasil, buscadas nas lições de Paulo Freire e Carlos Rodrigues Brandão.

Brandão (1995 apud SOUZA, 1996, p. 87-95) ressalta, entre as principais idéias da educação popular, sua participação na formação e apoio ao fortalecimento de movimentos populares. Parafraseando-o:

A educação popular, mais do que um programa próprio existe como uma presença; como um modo de participar de situações, de compromissos, de serviços entre agentes educadores e sujeito populares através



do saber. Por isso, sendo política, a educação popular resiste a ser partidária, tanto quanto resiste a ser oficialmente institucional.

Paulo Freire reconhece o papel da consciência, construindo-se na práxis. Para o educador, a inteligência é sempre inventada e reinventada no processo e não como algo imóvel, de fora, completamente independente do educando.

O princípio da educação popular: “os seres humanos são sujeitos e não objetos” – refere-se ao direito humano de participar efetivamente enquanto cidadãos e cidadãs nas mais amplas esferas da sociedade, por meio de uma atuação política.

Oportuno destacar a Jornada Internacional de Educação Ambiental no contexto do Fórum Global do Rio-92, na qual se deu o maior impasse em torno da afirmação “a educação é um ato político”. Foi tal a divergência, entre aproximadamente quinhentos educadores e educadoras do mundo inteiro, que a palavra “político” não foi incluída no texto em inglês, embora na versão em português ficou assim: “A educação ambiental não é neutra, mas ideológica. É um ato político, baseado em valores para a transformação social” (4º Princípio do Tratado de Educação Ambiental).

Vários campos de conhecimento atravessam a EA, o que a situa como uma abordagem multirreferencial, e a complexidade ambiental (LEFF apud JACOBI, 2003, p. 197) reflete um tecido conceitual heterogêneo, “onde os campos de conhecimento, as noções e os conceitos podem ser originários de várias áreas do saber”. (TRISTÃO, 2002 apud JACOBI, 2003, p. 197).

A EA decorre do princípio da participação na tutela do meio ambiente, sob orientação constitucional (art. 225, CF/88) significando, conforme Fiorillo (2007, p. 46):

- a) reduzir custos ambientais, à medida que a população atuará como guardião do meio ambiente;
- b) efetuar o princípio da prevenção;
- c) fixar a idéia de consciência ecológica, que buscará sempre a utilização de tecnologias limpas;
- d) incentivar a realização do princípio da solidariedade, no exato sentido que perceberá que o meio ambiente é único, indivisível e de titularidades inde-

- termináveis, devendo ser justa e distributivamente acessível a todos;
- e) efetivar o princípio da participação, entre outras finalidades.

O direito à EA albergada na Constituição Federal de 1988<sup>1</sup> insere a transmissão dos conhecimentos sobre meio ambiente no ensino escolarizado. A noção de níveis de ensino é fornecida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96): educação básica – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – e educação superior.

Alguns exemplos de implementação do princípio da educação ambiental podem ser vistos na atuação legislativa sobre meio ambiente:

- art. 35 da Lei de Proteção à Fauna (Lei n.º 5.197/66);<sup>2</sup>
- art. 4º, V, da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/81);<sup>3</sup>
- art. 42 do Código Florestal (Lei n.º 4.771/65)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> No art. 225, §1º, VI: “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

<sup>2</sup> Art. 35. Dentro de dois anos a partir da promulgação desta Lei, nenhuma autoridade poderá permitir a adoção de livros escolares de leitura que não contenham textos sobre a proteção da fauna, aprovados pelo Conselho Federal de Educação.

§ 1º Os Programas de ensino de nível primário e médio deverão contar pelo menos com duas aulas anuais sobre a matéria a que se refere o presente artigo. § 2º Igualmente os programas de rádio e televisão deverão incluir textos e dispositivos aprovados pelo órgão público federal competente, no limite mínimo de cinco minutos semanais, distribuídos ou não, em diferentes dias.

<sup>3</sup> Art. 4º A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...] V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico. (grifo nosso)

<sup>4</sup> Art. 42. Dois anos depois da promulgação desta Lei, nenhuma autoridade poderá permitir a adoção de livros escolares de leitura que não contenham textos de educação florestal, previamente aprovados pelo Conselho Federal de Educação, ouvido do órgão florestal competente. § 1º As estações de rádio e televisão incluirão, obrigatoriamente, em suas programações, textos e dispositivos de interesse florestal, aprovados pelo órgão competente no limite mínimo de cinco (5) minutos semanais, distribuídos ou não em diferentes dias. § 2º Nos mapas e cartas oficiais serão obrigatoriamente assinalados os Parques e Florestas Públicas. § 3º A União e os Estados promoverão a criação e o desenvolvimento de escolas para o ensino florestal, em seus diferentes níveis.

Ao falarmos em participação, temos em vista a conduta de tomar parte em alguma coisa, agir em conjunto. Dadas a importância e a necessidade dessa ação conjunta, esse foi um dos objetivos da Constituição Federal de 1988 no tocante à defesa do meio ambiente (art. 225, caput) que consagrou a atuação solidária do Estado e da sociedade civil. Disso se retira uma atuação conjunta entre organizações ambientais governamentais e não governamentais, sindicatos, indústrias, comércio, agricultura e tantos outros organismos sociais comprometidos nessa defesa e preservação.

Considera-se que o resultado da omissão é um prejuízo a ser suportado pela própria coletividade, porquanto o direito ao meio ambiente possui natureza difusa. Além disso, o fato de a administração desse bem ficar sob a custódia do Poder Público não elide o dever de o povo atuar na conservação e preservação do direito ao qual é titular.

Nessa perspectiva, denotam-se presentes dois elementos fundamentais para a efetivação dessa ação em conjunto: a informação e a educação ambiental numa relação de complementaridade.

A informação ambiental está respaldada legalmente nos artigos 6º, § 3ª, e 10 da PNMA.

Ressalta-se ainda que a informação ambiental é corolário do direito de ser informado, previsto nos artigos 220 e 221 da CF/88. Porquanto a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação “[...] não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. A informação é instrumento essencial para orientar decisões e contribuir para ampliar a participação da comunidade no processo decisório relacionado à sua qualidade de vida. O cadastramento das fontes de poluição e degradação ambiental e o dimensionamento dos respectivos impactos são subsídios para implementar ações de controle e fiscalização.

Vincular o licenciamento a programas de educação ambiental é uma forma de estimular o melhor conhecimento das informações sócio-culturais relevantes sobre a área de entorno dos empreendimentos licenciados. Ações de educação ambiental devem ser implementadas para minimizar os impactos decorrentes de atividades potencialmente degradadoras. Por sua vez, quando condicionadas ao licenciamento, essas ações podem, inclusive, estimular a pesquisa na área.

Vivemos na Era da Informação, sendo potencializada por tecnologias cada vez mais sofisticadas e estendidas a todas as camadas sociais.

Uma das políticas desenvolvidas no Brasil é a Inclusão Digital, como diferencial na extensão da educação. Existe programa específico para a inclusão digital na EA, trata-se de um projeto da Diretoria de Educação Ambiental do Ministério do Meio Ambiente<sup>5</sup>, que decidiu digitalizar o acervo de filmes<sup>6</sup> temáticos para Educação Ambiental que até agora estavam disponíveis apenas em meio físico, o que dificultava a sua difusão. Os projetos que resultaram nos filmes foram financiados com recursos públicos administrados pelo Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA). Os conteúdos têm o uso restrito para fins educativos<sup>7</sup>.

### 3.1 A Lei n.º 9.795/99

Dentro desse contexto acerca da EA, no campo mundial, é implantada a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA) no Brasil, através da edição da Lei n.º 9.795/1999<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> TRESKA, Laura. **Filmes para educação ambiental grátis na internet**. Disponível em: <<http://www.inclusaodigital.gov.br/inclusao/noticia/filmes-para-educacao-ambiental-gratis-na-internet/>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

<sup>6</sup> Para ter acesso aos filmes, o público deve acessar o site <http://www.mma.gov.br>, ir ao ícone Educação Ambiental, localizado à esquerda da página inicial. Deve, então, apontar o cursor para o botão CID Ambiental. Em seguida, clicar no ícone da videoteca, localizado no alto e à esquerda da página. Aí é só começar a baixar os filmes.

<sup>7</sup> A primeira parte do acervo é composta por 80 documentários com vídeos e animações sobre temas diversificados. Com os filmes, os educadores poderão desenvolver nos estudantes noções sobre ecologia, meio ambiente, sustentabilidade, degradação e recuperação de recursos naturais – entre outros assuntos. Os filmes são um estímulo ao debate. Os filmes variam entre 6 e 90 megabytes (MB). A duração vai de dois a 120 minutos.

<sup>8</sup> Conforme o texto legal, a PNEA possui os seguintes objetivos a serem perseguidos: o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos; a garantia de democratização das informações ambientais; o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social; o incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania; o estímulo à cooperação entre as diversas regiões do País, em níveis micro e macrorregionais, com vistas à construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada, fundada nos princípios da liberdade, igualdade, solidariedade, democracia, justiça social, responsabilidade e sustentabilidade; o fomento e o fortalecimento da integração com a ciência e a tecnologia; o fortalecimento da cidadania, autodeterminação dos povos e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade.

Tal necessidade de implementar uma política de educação ambiental, além da conscientização pública para a preservação do meio ambiente, foi ratificada pelo legislador constituinte de 1988 (art. 225, § 1º, VI, CF/88). A PNEA, por sua vez, nasce no ordenamento com o intuito de esmiuçar e regular essa política nacional, bem como estabelecer bases para a sua execução.

Para tanto, segundo Rodrigues (2005), o legislador buscou ser bastante didático no texto legal. Dentre os princípios que regulam a PNEA, podemos destacar: o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo; a concepção do meio ambiente em sua totalidade, sob o enfoque da sustentabilidade; o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas; vinculação entre a ética, a educação, o trabalho e as práticas sociais; a garantia de continuidade e permanência do processo educativo; a avaliação crítica deste processo; a abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais; bem como o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural.

Para Milaré (2005, p.676-688) a nova lei apresenta três aspectos distintos da educação ambiental: o aspecto educacional, o aspecto o formal e o aspecto não formal.

### 3.1.1 Aspecto educacional

A Educação Ambiental teve seus horizontes alargados pela Política Nacional implantada pela Lei nº 9795/99, regulamentada pelo Decreto nº 4.281/02. Este decreto enfatizou alguns aspectos da PNEA.

A responsabilidade educativa passou a englobar todos os agentes ambientais, sejam eles públicos ou privados, do SISNAMA às organizações não-governamentais. A incumbência passou a ser compartilhada entre o Poder público e os entes privados, dando apoio a iniciativas e experiências locais e regionais. Além disso, as atividades do processo educativo passaram a abranger tanto as atividades de educação escolar, como aquelas desenvolvidas no âmbito da educação geral, por meio de capacitação de recursos humanos; desenvolvimento de estudos, pesquisas e experimentações; produção e divulgação de material educativo; acompanhamento e avaliação.

E ainda quanto aos estudos, pesquisas e experimentações, estes voltar-se-ão para o desenvolvimento de instrumentos e metodologias, de

forma interdisciplinar, nos diferentes níveis e modalidades de ensino, buscando a difusão de conhecimentos, tecnologias e informações, do desenvolvimento de instrumentos e metodologias, com a participação de todos os interessados, além da busca de alternativas curriculares e metodológicas de capacitação na área ambiental.

### 3.1.2 Aspecto formal

Este aspecto refere-se ao ensino curricular nas escolas, em todos os anos, tanto nas escolas públicas como nas privadas. Esta concepção, no entanto, busca não a implementação de uma disciplina isolada, mas sim uma sistemática multidisciplinar envolvendo todas as disciplinas. Exceção se faz aos cursos de pós-graduação, extensão e nas áreas voltadas ao aspecto metodológico da educação ambiental, pois quando se fizer necessário, é facultada a criação de disciplina específica. Segundo Seara Filho (1994 apud MILARÉ, 2005, p.678):

Somente a abordagem interdisciplinar seria adequada, a saber, a uma enfoque que não apenas leva a questão ambiental para dentro das disciplinas, mas provoque uma certa comunicação metodológica entre elas, tornando essa atividade uma preocupação unitária da escola como um todo[...].

Percebe-se, assim, que a referida lei deixou pouco espaço para discussões acerca da prática educacional voltada à formação da consciência ecológica.

A *educação ambiental formal* precisa permear as disciplinas curriculares das escolas públicas e privadas. Uma prática de Educação Ambiental no contexto escolar adquire uma importância primordial no sentido de efetivar um questionamento acerca da sociedade capitalista e suas ideologias, da utilização das riquezas ambientais e suas conseqüências, das diversas formas pelas quais os grupos econômicos atuam e das variadas maneiras de manutenção e perpetuação do *status quo*.

A educação se insere na própria teia da aprendizagem e assume um papel estratégico nesse processo, e, parafraseando Reigota (1998, p.43) podemos dizer que a educação ambiental na escola ou fora dela continuará a ser uma concepção radical de educação, não porque prefere ser a tendência rebelde do pensamento educacional contemporâneo, mas sim porque

nossa época e nossa herança histórica e ecológica exigem alternativas radicais, justas e pacíficas.

O papel do educador adquire significância fundamental no caráter efetivo de suas ações pedagógicas, pois é através de uma visão ética da educação, num sentido completo de compromisso político, voltado para uma atitude que busque o caráter elucidativo da sociedade moderna e teorias subjacentes aos instrumentos escolares como um todo, que nova postura será alcançada na mudança da educação reducionista atual.

### 3.1.3 Aspecto não-formal

*A educação ambiental não-formal* compreende práticas educativas voltadas para a mobilização da comunidade em ações que visem à melhoria da qualidade do meio ambiente, promovendo a transformação cultural.

Cuidou o legislador em definir como todas as ações em que não estejam vinculadas aos currículos escolares, assim, a educação não-formal abrange, segundo Antunes (2004), “o conjunto de ações de natureza educativa, cujo objetivo é a sensibilização de coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente”. Complementando, poderíamos definir a EA não-formal como nos diz Rodrigues (2005), por meio de uma interpretação contrária do art. 9º da Lei n.º 9.795/99; de tal forma que tudo o que não estiver incluso nesse artigo, e que se referir às ações e práticas destinadas à formação de uma consciência pública de proteção e valoração do meio ambiente, poderá ser entendido como EA não-formal.

Assim, é possível estender a responsabilidade pela educação não-formal não só às escolas e à família, mas sim a todos os entes que abrangem os diversos segmentos da sociedade, sejam eles governamentais, instituições religiosas, casas de cultura, centro de esporte e lazer, associações de moradores, sindicais, empresariais, ambientais, políticas, enfim, onde estiver o exercício da cidadania também deverá estar a preocupação com a formação da consciência ecológica. O processo educativo possui efeitos socializantes, se por um lado busca atingir o indivíduo, por outro mantém como alvo principal os grupos sociais, com a comunidade em si.

### 3.1.4 Regulamentação e execução

O Decreto 4.281/02 define no seu art. 1º que “a Política Nacional de Educação Ambiental será executada pelos órgãos e entidades integrantes do

Sistema Nacional de Meio Ambiente, pelas instituições educacionais públicas e privadas dos sistemas de ensino, pelos órgãos públicos da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, envolvendo entidades não governamentais, entidades de classe, meios de comunicação e demais segmentos da sociedade”.

Este elenco resumido explicita o mandamento constitucional: “art. 225. Todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A Carta Política cometeu principalmente ao Poder Público a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para preservação do meio ambiente. Dessa forma, o Poder Público seria o agente principal qualificado, cabendo à sociedade um papel coadjuvante. No entanto, a sociedade, através de segmentos e forças representativas, tem peso igual ao do Estado, sendo, portanto, co-responsável pela preservação do meio ambiente, embora as funções de cada qual devam, legalmente, ser diferenciadas.

É imprescindível ter em mente que toda essa ação participativa e conscientizadora transborda da PNEA para outras Políticas Nacionais, tais como os Recursos Hídricos, Estatuto da Cidades, nas quais se pretende associar de forma indissolúvel o Poder Público e as comunidades.

Em última análise é a pedagogia ambiental reformulando gradativamente a prática da cidadania e as bases mesmas do Estado brasileiro, envolvendo atores sociais e agentes ambientais, planejamento, recursos, técnicas apropriadas e outros fatores, todos dentro de um processo relativamente complexo.

### *Órgão Gestor e o Comitê Assessor*

Os arts. 2º e 4º do Dec. 4.281/2002 disciplinam a regulamentação da Lei 9.795/99, visto que estabelecem os principais mecanismos do Poder Público para implementação da Política Nacional de Educação Ambiental.

Os Ministros de Estado do Meio Ambiente e da Educação são os responsáveis pela direção do Órgão Gestor, aos quais incumbem a decisão e coordenação das atividades da instituição, bem como a indicação de seus respectivos representantes, que se responsabilizarão pelas ações pertinentes no âmbito de cada Ministério.



As Secretarias Executivas de ambas as Pastas proverão o suporte técnico e administrativo necessários ao desempenho das atribuições do Órgão Gestor<sup>9</sup>.

O Comitê Assessor<sup>10</sup> foi criado com o objetivo de assessorar o Órgão Gestor e é integrado por representantes de diversos órgãos, entidades e setores.

---

<sup>9</sup> O Decreto estabelece as atribuições do Órgão Gestor, *in verbis*: I – avaliar e intermediar, se for o caso, programas e projetos da área de educação ambiental, inclusive supervisionando a recepção e emprego dos recursos públicos e privados aplicados em atividades dessa área; II – observar as deliberações do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA e do Conselho Nacional de Educação - CNE; III – apoiar o processo de implementação e avaliação da Política Nacional de Educação Ambiental em todos os níveis, delegando competências quando necessário; IV – sistematizar e divulgar as diretrizes nacionais definidas, garantindo o processo participativo; V – estimular e promover parcerias entre instituições públicas e privadas, com ou sem fins lucrativos, objetivando o desenvolvimento de práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre questões ambientais; VI – promover o levantamento de programas e projetos desenvolvidos na área de Educação Ambiental e o intercâmbio de informações; VII – indicar critérios e metodologias qualitativas e quantitativas para a avaliação de programas e projetos de Educação Ambiental; VIII – estimular o desenvolvimento de instrumentos e metodologias visando o acompanhamento e avaliação de projetos de Educação Ambiental; IX – levantar, sistematizar e divulgar as fontes de financiamento disponíveis no País e no exterior para a realização de programas e projetos de educação ambiental; X – definir critérios considerando, inclusive, indicadores de sustentabilidade, para o apoio institucional e alocação de recursos a projetos da área não formal; XI – assegurar que sejam contemplados como objetivos do acompanhamento e avaliação das iniciativas em Educação Ambiental: a) a orientação e consolidação de projetos; b) o incentivo e multiplicação dos projetos bem sucedidos; c) a compatibilização com os objetivos da Política Nacional de Educação Ambiental.

<sup>10</sup> A estrutura do Comitê Assessor é formada por: I – setor educacional-ambiental, indicado pelas Comissões Estaduais Interinstitucionais de Educação Ambiental; II – setor produtivo patronal, indicado pelas Confederações Nacionais da Indústria, do Comércio e da Agricultura, garantida a alternância; III – setor produtivo laboral, indicado pelas Centrais Sindicais, garantida a alternância; IV – Organizações Não-Governamentais que desenvolvam ações em Educação Ambiental, indicado pela Associação Brasileira de Organizações não Governamentais – ABONG; V – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB; VI – municípios, indicado pela Associação Nacional dos Municípios e Meio Ambiente – ANAMMA; VII – Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC; VIII – Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, indicado pela Câmara Técnica de Educação Ambiental, excluindo-se os já representados neste Comitê; IX – Conselho Nacional de Educação – CNE; X – União dos Dirigentes Municipais de Educação – UNDIME; XI – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA; XII – da Associação Brasileira de Imprensa – ABI; e XIII – da Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Estado de Meio Ambiente – ABEMA.

### 3.2 Educação Ambiental Municipal

Para promover interação social no que diz respeito à proteção ambiental, as políticas públicas de conservação e proteção, devem buscar a harmonização entre meio ambiente e o desenvolvimento estrutural do Estado.

No colapso sócio-ambiental que vivemos, no qual o consumismo guia as ações sociais, torna-se imprescindível uma educação ambiental, como elemento humano embalado por sua consciência ambiental.

Afirmamos que as práticas de conservação, proteção e reparo de danos causados ao meio ambiente passaram a ser um emaranhado complexo de ações estruturais e por que não dizer políticas. É fato que a política ambiental sempre “morou” na periferia das prioridades, sempre atuou como coadjuvante no cenário social. Mas isto deve mudar radicalmente hoje.

O “analfabetismo ambiental” é refletido nos seguintes fenômenos: aquecimento global, derretimento das calotas polares, crise na alimentação, inundações, furações, tssunames, dentre outros, o qual se cobra o direito da Educação Ambiental ser reconhecida como prioridade na atuação da política ambiental.

Sabendo que a EA é um processo participativo, no qual o cidadão chama para si a responsabilidade, a articulação de debates dos problemas e a busca de soluções, através de uma conduta ética, a figura do órgão institucional é de suma importância, uma vez que dará o suporte físico e material para a realização das atividades que julgar pertinente às necessidades municipais relativas à educação ambiental.

No município de São Luís (MA), o órgão gestor da política de Meio Ambiente Municipal é a Secretaria Municipal de Meio Ambiente – SEMMAM, que em articulação com a ampla gama de parceiros, apresenta suas linha de ação no campo da educação ambiental. Os objetivos são alcançar e consolidar espaço na sociedade local, comunitária, empresarial e governamental, bem como fomentar experiências vitoriosas em Educação Ambiental.

#### 3.2.1 Estrutura organizacional da educação ambiental no município de São Luís – MA

A Lei Municipal é o arcabouço de que o Estado dispõe para delimitar sua atuação e sua orientação administrativa quando se propõe a reali-

zar projetos. Nesse sentido, a norma visa a estabelecer, de forma pormenorizada, o funcionamento de seus órgãos executores das políticas públicas.

A Lei n.º 4.872/07<sup>11</sup> dispõe sobre a instalação e o funcionamento da Secretaria Municipal de Meio Ambiente – SEMMAM e dá outras providências. A mesma explicita a competência de cada órgão, supervisão e coordenação, no que tange à educação ambiental, assim como suas finalidades e atribuições.

Dando prosseguimento a este percurso na legislação municipal, temos a Lei n.º 4.738/06, que institui a Política Municipal de Meio Ambiente (PMMA), que tem como um de seus princípios a EA em todos os níveis de ensino, inclusive da comunidade, com o objetivo de capacitá-la para a participação ativa na defesa do meio ambiente.

A Lei n.º 4.727/06 regula a PMMA e institui o Fundo Socioambiental Municipal que tem como finalidade mobilizar e gerir recursos para financiamentos de planos, programas e projetos.

### 3.2.2 Linhas (Projetos) de atuação da educação ambiental

Os projetos desenvolvidos pelo Município com ajuda da sociedade em geral têm sido de suma importância, uma vez que serve para o exercício da cidadania através da integração entre o Estado e a população

---

<sup>11</sup> No seu art. 3º, temos: Para cumprir as finalidades que lhe competem, a Secretaria Municipal de Meio Ambiente contará com a seguinte estrutura: (...) IV. Superintendência de Planejamento Estratégico, composta por: *Coordenação de Educação Ambiental*. Art. 4º. A Secretaria Municipal de Meio Ambiente – SEMMAM tem as seguintes atribuições: [...] *promover a educação ambiental em todos os níveis;*”(Grifo nosso). Ainda sobre a estrutura organizacional do estabelecimento de um setor estratégico para a obtenção da educacional ambientalista almejada, qual seja a Coordenação de Educação Ambiental, cuja competência está devidamente posta na Lei, como destacamos: art. 12. Compete à Coordenação de Educação Ambiental: [...] II. planejar, coordenar e avaliar programas de treinamento e desenvolvimento em educação ambiental, visando atender as necessidades da Secretaria; [...] V. promover e estimular ações compartilhadas de educação ambiental junto a órgãos do SISNAMA, organizações da sociedade civil e entidades públicas; VI. incentivar a participação da sociedade civil na formulação e execução de políticas de gestão ambiental; [...] VIII. promover e apoiar a produção e divulgação de materiais educativos, para a prática da educação ambiental; [...] XII. elaborar estudos e avaliações que busquem incorporar a preocupação ambiental às políticas públicas de transportes, educação, cultura, saúde e demais áreas.

por um objetivo comum que é a conscientização e valorização ambiental por meio da educação.

Aqui estão alguns dos projetos, como seus objetivos e atividades, desenvolvidos na linha de atuação da Educação Ambiental<sup>12</sup>:

*SEMMAM na Comunidade: “Meu Bairro Ambiental”*<sup>13</sup>

*Objetivo Geral:* realizar ações de Educação Ambiental não formal nos bairros próximos às Áreas de Preservação Ambiental (APP's) do Município de São Luís.

*Objetivos Específicos:*

- Desenvolver e experimentar metodologias educativas dirigidas ao fortalecimento da participação da comunidade para conservação ambiental;
- Fortalecer a capacidade da comunidade e seus colegiados, para a sua articulação e envolvimento em atividades relacionadas à conservação e preservação ambiental;
- Formar multiplicadores em ações de Educação Ambiental na comunidade;
- Contribuir para conter a expansão urbana irregular em APPS;
- Fornecer noções de Saneamento Básico.

*SEMANAM nas Escolas: “O Ambiente somos nós”*<sup>14</sup>

*Objetivo Geral:* propiciar a interação entre o campo do conhecimento e práticas da Educação Ambiental não-formal e formal.

---

<sup>12</sup> Disponível no site: <<http://www.saoluis.ma.gov.br/meioambiente>>.

<sup>13</sup> As atividades, aos sábados, resumem-se em: apresentação do vídeo: “Earth Song” (Canto da Terra); palestra (A Importância do Ambiente Saudável); momento lúdico - teatro e jogos; apresentação da mascote “Marisca”; show ecológico com a participação de atores locais; plantio de mudas (Campanha adote uma árvore); colocar placas para conter a expansão urbana nas APPS.

<sup>14</sup> As atividades realizadas às terças-feiras contam com momento de sensibilização - apresentação do vídeo “Earth Song” (Canto da Terra); com palestra “Meio Ambiente vida e saúde”; momento lúdico: teatro, música, oficinas e jogos; apresentação da Mascote “Marisca” e campanha “Adote Uma Árvore”.

*Objetivos Específicos:*

- Desenvolver atividades de Educação Ambiental na escola;
  - Articular a troca de conhecimento entre os saberes curriculares e a Educação Ambiental;
  - Fomentar a interação dos componentes do corpo docente da escola;
  - Criar um banco de experiências nas atividades de Educação Ambiental.
- Público Alvo: A comunidade escolar.

*SEMMAM nas Instituições: “Cidadão Ambiental”<sup>15</sup>*

*Objetivo Geral:* proporcionar às instituições (associações, organizações da sociedade civil, sindicatos, etc.) a possibilidade de adquirir os conhecimentos, os valores, as atitudes e o interesse ativo necessários para proteger e melhorar o meio ambiente.

*Objetivos Específicos:*

- Fomentar novas formas de conduta nas instituições, em seu conjunto, a respeito do meio ambiente;
- Promover consciência e sensibilização do meio ambiente global e local;
- Fomentar o comprometimento quanto às questões ambientais e a motivação para a participação ativa na melhoria e na proteção ambiental.
- Promover noções de reciclagem.

*Público Alvo:* Instituições como Associações e União de Moradores, Centros Comunitários, Clubes de Mães, Grupos de Jovens, entre outros.

*SEMMAM Comemorando: “Linha Verde”<sup>16</sup>*

*Objetivo Geral:* Promover sensibilização e mobilização junto à sociedade do Município de São Luís, com atividades de Educação Ambiental em datas alusivas a questões socioambientais.

---

<sup>15</sup> As atividades realizadas às quintas-feiras têm momento de sensibilização; dinâmica de grupo; palestra “Gerenciamento de Resíduos”; momento lúdico: oficinas e campanha “Adote Uma Árvore”.

<sup>16</sup> As atividades são diversificadas, com momentos de sensibilização envolvendo palestras, apresentação de vídeos, caminhadas, passeatas, oficinas, teatro, música, etc.

*Objetivos Específicos:*

- Desenvolver e experimentar metodologias educativas dirigidas ao fortalecimento da participação da comunidade para conservação ambiental nas datas referente ao calendário ecológico;
- Fortalecer a capacidade da comunidade e seus colegiados, para a sua articulação e envolvimento em atividades relacionadas à conservação e preservação ambiental;
- Formar multiplicadores em ações de Educação Ambiental na comunidade.

#### **4 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL**

Desde final dos anos 80, e durante a década de 90, generalizou-se a preocupação com a conservação do meio ambiente e com a melhoria da qualidade de vida. No entanto, os discursos transformaram-se em ações num ritmo bem lento.

É necessário que o indivíduo deseje e conheça as possibilidades de contribuir na construção de sociedades sustentáveis, para que ele e a comunidade do qual participa possam atuar nessa direção. Para isso, é necessário convergirem políticas públicas, leis, recursos financeiros e humanos, pesquisas, tecnologias, facilidade de acesso à informação e diversas outras condições, fomentadas pelo sistema das Nações Unidas, pelos Bancos de Desenvolvimento, por convenções e tratados internacionais, pelos países ricos, Estados de todos os tipos e níveis, empresas, organizações da sociedade civil, meios de comunicação etc.

O município é apontado como importante na promoção do desenvolvimento sustentável e as Agendas 21 locais são consideradas instrumentos indispensáveis no seu delineamento, a participação da população é entendida como essencial não só na construção dessas agendas como também na sua implantação.

Essa participação pressupõe, conforme indicam Sorrentino e Tassara (1999, p. 186 e 187):

- a disponibilização de repertórios para que todos tenham condições de decidir – para isso são necessárias políti-

cas voltadas à disponibilização constante e continuada de informações, através das escolas, dos meios de comunicação, comunitários e de massa, das redes formais e informais tecidas pelos grupos de convivência e pelas instituições, e através de outras formas que não privilegiem o saber erudito e os conhecimentos homogêneos em detrimento de outros saberes e conhecimentos;

- a criação e fortalecimento de espaços de locução – onde o aprendizado da participação se dê no exercício cotidiano do diálogo (da família à empresa; do grupo de amigos à escola; da associação de moradores às instâncias de Poder do município, do Estado e do país), e na práxis do planejamento, ações e avaliações compartilhadas, solidárias e, acima de tudo, que valorizem a diversidade e confiem no potencial da contribuição de cada um para o grupo e para a sociedade.

Os atores locais, interessados em promover processos educacionais que contribuam para o desenvolvimento sustentável, têm na elaboração participativa de Agendas 21 uma estratégia para mobilização da comunidade e inserção do seu pedaço/município/região em um movimento cada vez mais planetário.

Hall (1993 apud SORRENTINO; TASSARA, 1999, p. 189) aponta oito medidas como necessárias para apoiar uma educação ambiental voltada para um desenvolvimento sustentável:

1 – um sistema de formação e orientação da opinião pública nesse campo; 2 – um sistema de formação e capacitação de recursos humanos para a educação, tomada de decisões, administração e execução de políticas; 3 - um sistema socioeconômico que satisfaça as necessidades básicas de trabalho, alimentação, moradia, energia, vestimenta, saúde e educação da população; 4 - um sistema científico – tecnológico que promova uma tecnologia limpa e adequada (de poucos resíduos ou sem eles); 5 - um sistema de Administração Pública e privada que demonstre na prática

a capacidade e vontade de promover e controlar a sustentabilidade nas atividades de desenvolvimento; 6 – uma política de participação cidadã em toda tomada de decisões e execução de obras de desenvolvimento; 7 - um sistema jurídico que contribua para considerar e para cumprir a sustentabilidade em atividades de desenvolvimento; 8 - um sistema financeiro que garanta os recursos econômicos necessários para o desenvolvimento da educação ambiental formal e não-formal.

A EA pode e deve ter em seus propósitos uma visão política do saber em prol das aspirações coletivas da sociedade. E esta educação deve ser uma prática social constante que supõe cidadania, reflexão e ação ética em prol das liberdades e direitos fundamentais do ser humano.

## **5 EDUCAÇÃO AMBIENTAL E CIDADANIA**

A dinâmica da produção de conhecimentos na área Ambiental deve contemplar as inter-relações do meio natural com o social, numa análise dos determinantes do processo, o papel dos diversos atores envolvidos e as formas de organização social que aumentam o poder das ações alternativas de um novo desenvolvimento, numa perspectiva que priorize novo perfil de desenvolvimento, com ênfase na sustentabilidade socioambiental.

Nesse contexto, segundo Reigota (1998 apud JACOBI, 2003, p.196), a EA aponta para propostas pedagógicas centradas na conscientização, mudança de comportamento, desenvolvimento de competências, capacidade de avaliação e participação dos educandos.

Para Pádua e Tabanez (1998 apud JACOBI, 2003, p. 196), a EA propicia o aumento de conhecimentos, mudança de valores e aperfeiçoamento de habilidades, condições básicas para estimular maior integração e harmonia dos indivíduos com o meio ambiente.

A relação entre meio ambiente e educação para a cidadania assume um papel cada vez mais desafiador, demandando a emergência de novos saberes para apreender processos sociais que se complementam e amenizam os riscos ambientais que se intensificam.



As políticas ambientais e os programas educativos relacionados à conscientização da crise ambiental demandam cada vez mais novos enfoques integradores de uma realidade contraditória e geradora de desigualdades, que transcendem a mera aplicação dos conhecimentos científicos e tecnológicos disponíveis.

Para Sorrentino (1998 apud JACOBI, 2003, p. 196-197), os grandes desafios para os educadores ambientais são, de um lado, o resgate e o desenvolvimento de valores e comportamentos (confiança, respeito mútuo, responsabilidade, compromisso, solidariedade e iniciativa) e de outro, o estímulo a uma visão global e crítica das questões ambientais e a promoção de um enfoque interdisciplinar que resgate e construa saberes.

O baluarte da EA é a solidariedade e o respeito às diversidades, proporcionando, através de formas democráticas de atuação, a criação de novas atitudes diante do consumo, em conjunto, de novos estímulos a mudança de valores individuais e coletivos.

Quando nos referimos à educação ambiental, situamo-la em contexto mais amplo, o da educação para a cidadania. O desafio do fortalecimento da cidadania para a população como um todo, e não para um grupo restrito, concretiza-se pela possibilidade de cada pessoa ser portadora de direitos e deveres, e de se converter, portanto, em ator co-responsável na defesa da qualidade de vida.

Cidadania tem a ver com a identidade e o pertencimento a uma coletividade. A educação ambiental como formação e exercício de cidadania refere-se a uma nova forma de encarar a relação do homem com a natureza, baseada numa nova ética, que pressupõe outros valores morais e uma forma diferente de ver o mundo e os homens.

Nas grandes metrópoles existe a necessidade de enfrentar os problemas da degradação urbana, e o poder público deve assumir um papel indutor do processo. Mas isso implica na necessidade de romper com o estereótipo de que as responsabilidades dependem da ação governamental, e os habitantes mantêm-se passivos e aceitam a tutela. A educação para a cidadania representa a possibilidade de motivar e sensibilizar as pessoas para transformar as diversas formas de participação em potenciais caminhos de dinamização da sociedade e de concretização de uma proposta de sociabilidade baseada na educação para ruptura de tal paradigma.

O desafio de fortalecer uma EA multirreferencial é prioritário para viabilizar uma prática educativa que articule de forma incisiva para enfrentar concomitantemente a degradação ambiental e os problemas sociais. Destarte, o entendimento dos problemas ambientais se dá por uma visão do meio ambiente como um campo de conhecimento e significados socialmente construídos, perpassado pela diversidade cultural e ideológica e pelos conflitos de interesse, visto que a questão ambiental é um problema híbrido, associado às diversas dimensões humanas.

## 6 CONCLUSÃO

Entende-se que a Educação Ambiental é condição necessária para modificar o quadro da degradação sócio-ambiental, mas ela não é a panacéia universal, visto que necessita de práticas de uma nova cultura, comportamentos diferenciados, mas convergentes na proteção de ambiente saudável e equilibrado na sua biodiversidade.

O avanço para uma sociedade sustentável é permeado de obstáculos, na medida em que existem sérias deformações na distribuição de riquezas econômica e social em nosso Brasil. Pode-se também afirmar que a formação de uma cidadania, na concepção de Marshall, com todos seus elementos formadores: direitos civis, políticos e sociais, ainda é propedêutica em nosso país. Isso implica, principalmente, na necessidade de estimular uma participação mais ativa da sociedade no debate dos seus destinos, como uma forma de estabelecer um conjunto socialmente identificado de problemas, objetivos e soluções. O caminho a ser desenhado passa necessariamente por uma mudança no acesso à informação e por transformações institucionais que garantam acessibilidade e transparência na gestão.

Para tanto é preciso que se criem todas as condições para facilitar o processo de participação da comunidade, desenvolvendo e disseminando indicadores e tornando transparentes os procedimentos por meio de práticas centradas na EA que garantam os meios de criar novos estilos de vida e promovam uma consciência ética que questione o atual modelo de desenvolvimento.

As questões que o ambientalismo suscita estão hoje muito associadas às necessidades de constituição de uma cidadania para os desiguais,

à ênfase dos direitos sociais, ao impacto da degradação das condições de vida decorrentes da degradação socioambiental, notadamente nos grandes centros urbanos, e à necessidade de ampliar a assimilação, pela sociedade, do reforço a práticas centradas na sustentabilidade por meio da educação ambiental.

Trata-se de criar as condições para uma nova proposta de sociabilidade baseada na educação para a participação. Esta se concretizará principalmente pela presença crescente de uma pluralidade de atores que, pela ativação do seu potencial de participação, terão cada vez mais condições de intervir consistentemente e sem “tutela” nos processos decisórios de interesse público.

Conclui-se que o desafio político da sustentabilidade, apoiado no potencial transformador das relações sociais, encontra-se estreitamente vinculado ao processo de fortalecimento da democracia e da construção da cidadania. A sustentabilidade traz uma visão de desenvolvimento que busca superar o reducionismo e estimula um pensar e fazer sobre o meio ambiente diretamente vinculado ao diálogo entre saberes, à participação aos valores éticos como valores fundamentais para fortalecer a complexa interação entre sociedade e natureza.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

JACOBI, Pedro Japedro. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade.  **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 118, p. 189-205, mar. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ep/n118/16834.pdf>>.

MEDINA, Nana Mininni. **Breve histórico da educação ambiental**. Disponível em: <[http://paginas.terra.com.br/educacao/cepambiental/hist\\_ea.html](http://paginas.terra.com.br/educacao/cepambiental/hist_ea.html)>. Acesso em: 12 ago. 2008.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2005. v. 1.

SORRENTINO, Marcos; TASSARA, Eda Terezinha de Oliveira. Educando para o desenvolvimento sustentável. In: FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – CEPAM. **O município no século XXI**: cenários e perspectivas. São Paulo, 1999. p. 185-190. Edição Especial Comemorativa dos 30 anos do Cepam/ 30 anos da ECT.

SOUZA, Francisco Djacyr Silva de. A educação ambiental. In: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ. Grupo de Estudos Ambientais – GEA. **Ambientis na escola**: recriando a educação. Fortaleza: UFC, 1996. p. 87-95.

TRAJBER, Rachel; MANZOCHI, Lúcia Helena (Coord.). **Avaliando a educação ambiental no Brasil**: materiais impressos. São Paulo: Gaia, 1996.

## BIOMAS NACIONAIS E A TUTELA JURÍDICA DOS POVOS TRADICIONAIS DO BRASIL INDÍGENAS E QUILOMBOLAS\*

*Alaíde Sampaio Costa\*\**

*Bruna Barbieri Waquim\*\**

*Celso Henrique Souza Araújo\*\**

*Eduardo Henrique Domingos Moura\*\**

*Elma Barros Melo\*\**

*Joaquim Antonio Oliveira\*\**

*Silvia Cristina Costa Porto\*\**

**Resumo:** O Brasil é um país de grandes riquezas naturais, possuindo ecossistemas de grande relevância. Porém, desde o seu descobrimento, tanto os recursos naturais que lhe concederam fama mundial quanto as populações tradicionais de seu território têm sido dizimados sob a bandeira do “desenvolvimento”. Atento às fragilidades do meio ambiente e das populações indígenas e quilombolas, o legislador brasileiro tem criado diversos mecanismos jurídicos para efetivar sua proteção e seu desenvolvimento sustentável.

**Palavras-chave:** Biomas. Indígenas. Quilombolas. Constituição.

**Abstract:** Brazil is a country full of natural resources, owner of several environments of great relevance. However, since it was discovered the natural resources that made it famous and the traditional populations of its territory have been hurt under the flag of development. Sensible to the weakness of the environment, the Indians and quilombolas, the Brazilian legislator has been creating several legal mechanisms to accomplish its protection and healthy development.

**Keywords:** Environments. Indians. Quilombolas. Constitution.

---

\* Estudo apresentado na disciplina Direito Ambiental no 1º sem./2008, ministrada pela Professora-Mestre Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann da Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

\*\* Acadêmicos do Curso de Direito da UFMA.

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil figura como o país mais rico dentre aqueles dotados de expressiva biodiversidade. Possui cerca de 10% a 20% do total de espécies do planeta; tem a flora mais diversificada, com mais de 50 mil espécies de plantas superiores descritas, e cerca de 20% do total mundial; sozinho, dispõe de cerca de 10% dos anfíbios e mamíferos, e 17% das aves do planeta. (SILVA, 2004, p. 69, 73).

Possui mais de 500 espécies de mamíferos, dentre as quais 77 de primatas, representando 27% do total mundial; mais de 3.000 espécies de peixes de água doce; ocupa o segundo lugar mundial em número de anfíbios e vertebrados, e o terceiro lugar mundial em aves, além de possuir de 5 a 10 milhões de espécies de insetos, muitas das quais ainda desconhecidas. (SILVA, 2004, p.73).

Por este motivo, o Brasil foi classificado pela *Conservation International* como *megabiodiverso*, reunindo aproximadamente 70% das espécies vegetais e animais do planeta. (SILVA, 2004, p. 74).

Como se verifica pelos dados acima colacionados, o território brasileiro apresenta uma coleção expressiva de fauna e flora. Coleção esta que desde sua colonização vem sendo dilapidada, primeiramente, para alimentar a ganância de exploradores estrangeiros, e, hodiernamente, para fomentar seu “desenvolvimento”.

A fim de diminuir a exploração predatória dos recursos ecológicos e biológicos do nosso país, o legislador brasileiro tem se preocupado em inserir na Constituição Federal dispositivos de proteção aos biomas nacionais e de incentivo ao chamado *desenvolvimento sustentável*, a fim de que toda esta riqueza natural não se perca de forma irremediável.

Em seu artigo 225, *caput*, a Constituição brasileira reconheceu o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, completando a valorização da temática ambiental iniciada com a Lei n.º 6.938/1981 (MARCHESAN et al, 2007, p. 18), com a assinatura da Convenção de Estocolmo de 1972 e com a Declaração do Rio de Janeiro de 1992 (ECO92). (MARCHESAN et al, 2007, p. 19).

Pelo presente trabalho, serão analisadas, de forma crítica, as atividades constituintes mais relevantes para proteção das comunidades indígenas, quilombolas e dos biomas nacionais. Serão analisados os elementos caracterizados destes agrupamentos, e dado especial enfoque às políticas desenvolvidas no Estado do Maranhão.

Como metodologia deste trabalho será adotada a pesquisa bibliográfica, a fim de conhecer os diversos posicionamentos doutrinários em obras publicadas, artigos científicos, jurisprudências e outras possíveis fontes de estudo.

## 2 PROTEÇÃO E CONSERVAÇÃO DOS BIOMAS NACIONAIS

### 2.1 Aspectos gerais e conceituação

Em grego, *bioma* resulta da conjunção dos termos *bio* (vida) e *oma* (grupo ou massa). Em termos simples, pode ser entendido como a reunião da vegetação e da fauna a ela associada. (COUTINHO, 2008).

O conceito científico de “bioma” não é uniforme na doutrina especializada, porém, alguns dos critérios definidores são utilizados com maior frequência, tais como: ambiente uniforme, zona climática, altitude e solo.

Nesse sentido, Walter conceitua “bioma” como a área do espaço geográfico com dimensões até superiores a um milhão de quilômetros quadrados, representada por um tipo uniforme ambiente, identificado e classificado de acordo com o *macroclima*, a *fitofisionomia* (formação), o solo e altitude. (COUTINHO, 2008).

Para Coutinho (2008), entretanto, um conceito mais completo de bioma o definiria como:

[...] uma área do espaço geográfico, com dimensões de até mais de um milhão de quilômetros quadrados, que tem por características a uniformidade de um macroclima definido, de uma determinada fitofisionomia ou formação vegetal, de uma fauna e outros organismos vivos associados, e de outras condições ambientais, como a altitude, o solo, alagamentos, o fogo, a salinidade, entre outros.

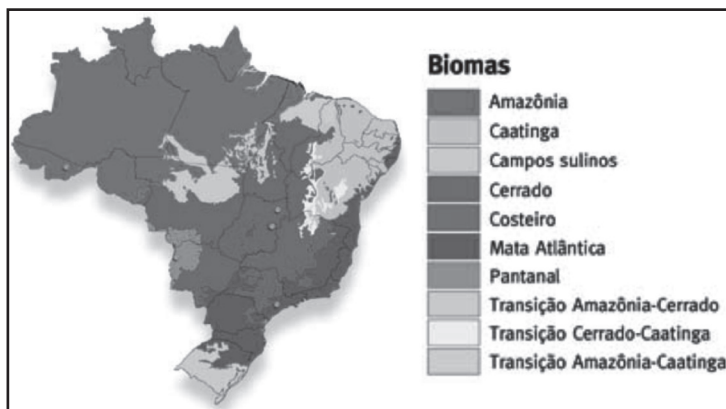
Silva (2004, p. 69), citando outros autores, apresenta conceitos mais reduzidos de bioma, como:

- Unidade biótica de maior extensão geográfica, compreendendo várias comunidades em diferentes

estágios de evolução, porém denominada de acordo com o tipo de vegetação dominante;

- Agrupamento de fisionomia homogênea e independente de composição florística, estendendo-se por uma área muito grande e controlada pelo macroclima;
- Comunidade maior composta por todos os vegetais, animais e comunidade, incluindo os estágios de sucessão da área;
- É a unidade ecológica imediatamente superior ao ecossistema.

Segundo o relatório de Atividades da World Wildlife Foundation (2003) no Brasil, os biomas existentes em solo brasileiro são: a Amazônia, a Caatinga, os Campos sulinos, o Cerrado, a Mata Costeira, a Mata Atlântica, o Pantanal e suas transições, conforme abaixo demonstrado:



Na Amazônia, na verdade, estão presentes diferentes tipos de biomas, como a floresta de terra-firme; a floresta de igapó (inundável); as caatingas do Rio Negro e os campos rupestres, nos limites com os países vizinhos. (COUTINHO, 2008). Há também as florestas de bambus, as florestas abertas de cipós e a floresta de estuário do rio Amazonas (MILARÉ, 2005, p.346).

Cerca de 60% do macrosistema amazônico encontra-se em território brasileiro, e os países vizinhos comportam os 40% restantes. Possui



clima tropical típico (quente e úmido), com precipitações freqüentes e intensas. (MILARÉ, 2005, p. 346).

No domínio atlântico, encontra-se a Mata Atlântica, propriamente, também chamada de “mata de encosta”, mas também as florestas de restingas inundáveis e não inundáveis; os manguezais; os campos de altitude e as formações rupestres nos picos das serras. (COUTINHO, 2008).

Até o início do século XX, a Mata Atlântica e seus ecossistemas associados (como a Serra do Mar) ocupavam 16 estados brasileiros, o equivalente a 12% do território nacional (MILARÉ, 2005, p. 347). Em razão do processo de ocupação do Brasil, sofreu grave redução de sua cobertura florestal, possuindo, atualmente, menos de 10% de sua área original. (MILARÉ, 2005, p. 348).

No Cerrado encontramos o Cerrado *latu sensu*; as florestas de galeria; os campos paludosos; os campos rupestres da Serra do Espinhaço; as florestas tropicais estacionais sempre verdes, as decíduas e as semidecíduas. (COUTINHO, 2008).

Cumpra ressaltar que o Cerrado *latu sensu* engloba a fisionomia campestre (campo limpo de cerrado), a savânica (campo sujo, campo cerrado ou cerrado *strictu sensu*) e a florestal (cerradão). (COUTINHO, 2008).

A Zona Costeira apresenta grandes variações na sua formação ecológica. Em seu contorno, localizam-se regiões áridas, restingas, bancos de areia, lagunas, manguezais, matas paludosas e planícies arenosas, sendo encontrados até mesmo remanescentes da Mata Atlântica. (MILARÉ, 2005, p. 350).

A caatinga apresenta diversas formas fisionômicas, como a caatinga arbórea, arbustiva, espinhosa, entre outras. São acompanhadas também de carnaubais, que acompanham a margem dos rios e suas desembocaduras. (MILARÉ, 2005, p. 350).

Apesar da severidade do clima, da irregularidade das chuvas e do baixo teor de matéria orgânica no solo, é o ecossistema que abriga a maior diversidade de plantas no Brasil (entre 15 a 20 mil espécies). (MILARÉ, 2005, p. 351).

Os Campos Sulinos encontram-se no domínio das pampas e pradarias. São terras baixas e predominantemente planas, com clima temperado e subúmido, possuindo ecossistema menos diversificado. (MILARÉ, 2005, p. 352).

O Pantanal é formado por florestas tropicais estacionais *cadufólicas* sobre afloramentos rochosos e solos rasos, campos inundáveis, baías, lagoas de água salobra e alcalina. (COUTINHO, 2008).

Sua espinha dorsal é o Rio Paraguai, que recebe dezenas de afluentes enquanto desce rumo ao sul do continente. Há mais de 200 espécies de peixes nessas águas, que servem de alimento para cerca de 600 espécies de aves, 80 espécies de mamíferos e 50 espécies de répteis. (MILARÉ, 2005, p. 349).

A Constituição Federal, porém, reconheceu em seu artigo 225, § 4º como patrimônio nacional apenas a *Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira*.

A Caatinga, que é o único bioma exclusivamente nacional, e o Cerrado não foram contemplados na Constituição como patrimônio brasileiro. Esta é uma omissão que deve ser corrigida o mais breve possível, pois por se constituírem ecossistemas endêmicos, as espécies que os povoam só conseguem sobreviver nesse ambiente. Em sendo devastados estes biomas, suas espécies endêmicas também serão perdidas (RIO GRANDE DO NORTE, 2004).

## 2.2 Aspectos Constitucionais e infraconstitucionais

A proteção à biodiversidade é, atualmente, um dos temas de maior prioridade. Tanto que foi incorporada na Constituição Federal de 1988, a primeira a tratar sobre a matéria ambiental, dispensando-lhe um capítulo no Título da “Ordem Social” (Capítulo VI do Título VIII).

Positivando o direito ao meio ambiente, seguiu a tendência verificada no final do século XX de reconhecimento e proteção de uma outra dimensão de direitos fundamentais, assentada na fraternidade, afigurando-se como direito de terceira geração, cujo destinatário é o gênero humano, toda a coletividade, representando extensão do próprio direito à vida. (SANTOS, 2006).

O artigo 225 da Constituição Federal, mais do que resguardar o direito ao meio ambiente, protege o direito a um meio ambiente equilibrado (*caput*), prevendo princípios como o do usuário-pagador (§ 2º) e poluidor-pagador (§ 3º), além de dispor sobre a indisponibilidade das terras devolutas voltadas à proteção dos ecossistemas naturais (§ 5º) e sobre os biomas reconhecidos como Patrimônio Nacional: Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira (§ 4º).

Para preservação da diversidade e integridade dos biomas brasileiros, é fundamental que o Poder Público adote medidas de fiscalização adequadas para a preservação da biodiversidade, além de adotar políticas públicas que visem a preservação dessa riqueza que é característica do Brasil. Qualquer medida que implique desobediência a esse preceito será inconstitucional.

Em 18 de Julho de 2000 foi editada a Lei n.º 9.985/2000, regulamentando o artigo 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dando outras providências.

Em seu bojo, trouxe a definição de vários elementos basilares da matéria ambiental, como os conceitos de *unidade de conservação*; *preservação*, *conservação in situ*, *uso sustentável e zoneamento*<sup>1</sup>.

Os principais objetivos desta lei (art. 4º) podem ser resumidos em: proteção do meio ambiente como um todo (fauna, flora, solo, clima, recursos hídricos, etc.), favorecimento do desenvolvimento realmente sustentável e promoção da educação ambiental como instrumento transformador da relação homem-natureza.

A criação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação é de extrema importância porque define, uniformiza e consolida critérios para

---

<sup>1</sup> a) unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção (art. 2º, I);

b) preservação: conjunto de métodos, procedimentos e políticas que visem a proteção a longo prazo das espécies, habitats e ecossistemas, além da manutenção dos processos ecológicos, prevenindo a simplificação dos sistemas naturais (art. 2º, V);

c) conservação in situ: conservação de ecossistemas e habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características (art. 2º, VII);

d) uso sustentável: exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável (art. 2º, XI);

e) zoneamento: definição de setores ou zonas em uma unidade de conservação com objetivos de manejo e normas específicos, com o propósito de proporcionar os meios e as condições para que todos os objetivos da unidade possam ser alcançados de forma harmônica e eficaz (art. 2º, XVI).

o estabelecimento e a gestão dessas Unidades, possibilitando uma melhor gestão do patrimônio ambiental brasileiro. (BRASIL, 2008).

Para Antunes (2007, p. 568) as unidades de conservação são “espaços territoriais que, por força de ato do Poder Público estão destinadas ao estudo e preservação de exemplares da flora e da fauna”.

Milaré (2004, p. 233) assinala que a categoria “unidades de conservação” é apenas espécie do gênero “espaços territoriais especialmente protegidos”, que, por sua vez, são classificados como:

[...] espaços geográficos dotados de atributos ambientais relevantes, que, por desempenharem papel estratégico na proteção da biodiversidade biológica existente no território nacional, requerem sua sujeição, pela lei, a um regime de interesse público, através da limitação ou vedação do uso dos recursos ambientais da natureza pelas atividades econômicas.

Em seus artigos 7, 9 e 14, a Lei n.º 9.985/2000 dividiu as unidades de conservação integrantes do S.N.U.C. (Sistema Nacional de Unidades de Conservação) em:

<b>Unidades de Proteção Integral</b>	<b>Unidades de uso sustentável</b>
Estação ecológica	Área de proteção ambiental
Reserva biológica	Área de relevante interesse ecológico
Parque nacional	Floresta nacional
Monumento natural	Reserva extrativista
Refúgio da vida silvestre	Reserva de fauna
	Reserva de desenvolvimento sustentável
	Reserva particular do patrimônio natural

O S.N.U.C., porém, não contemplou todas as unidades de conservação existentes. Os Jardins Botânicos, de imensa tradição no Brasil; os Jardins Zoológicos, regulados pela Lei nº 7.173/1983; e os Hortos florestais, espécie de jardim botânico voltado mais ao aprimoramento e armazenamento da flora do que à recreação, são importantes unidades de conservação que não foram referidas na Lei nº 9.985/2000.

As unidades de proteção integral têm por objetivo básico a preservação da natureza, sendo permitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais (ressalvados os casos autorizados na própria lei). Já as *unidades de uso sustentável* destinam-se à compatibilização entre a conservação da natureza e o uso sustentável de uma parcela dos seus recursos naturais. (ANTUNES, 2007, p. 568).

Em breves linhas, serão comentadas todas essas unidades.

As *estações ecológicas* são áreas representativas de um ecossistema, destinadas à realização de pesquisas básicas e aplicadas de ecologia, à proteção do ambiente natural e ao desenvolvimento da educação conservacionista. (ANTUNES, 2007, p. 569).

As *reservas biológicas*, por sua vez, visam a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais. (MILARÉ, 2004, p. 248).

Os *parques* podem ser nacionais, estaduais ou municipais, e servem tanto para estudo científico quanto para lazer da população, sendo o modelo de unidade de conservação mais conhecido pela sociedade. (ANTUNES, 2007, p. 573).

Os *monumentos naturais* foram definidos pela Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América Latina, tendo por objetivo preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica, podendo, inclusive, ser constituído por áreas particulares, desde que o uso pelos particulares seja compatível com as diretrizes nacionais de preservação ambiental, sob pena de desapropriação. (MILARÉ, 2004, p. 250).

Os *refúgios de vida* silvestre objetivam proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades de flora local e da fauna residente ou migratória. (ANTUNES, 2007, p. 577).

As *áreas de proteção ambiental* são áreas geralmente extensas, com certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e bem-estar da sociedade. (MILARÉ, 2004, p. 251).

As *áreas de relevante interesse ecológico*, por seu turno, são áreas que possuem características extraordinárias ou que abrigam exemplares raros da biota nacional, exigindo cuidados especiais de proteção por parte do Estado. (ANTUNES, 2007, p. 583).

As *florestas nacionais* foram a primeira modalidade de unidade de conservação a tratar da permanência de populações tradicionais que ali estivessem, e objetiva o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica (MILARÉ, 2004, p. 253).

As *reservas extrativistas* são frutos das lutas dos seringueiros amazônicos pela preservação de seu modo de vida e pela defesa do meio ambiente. São espaços destinados à exploração auto-sustentável e conservação dos recursos naturais renováveis, por população extrativista. (ANTUNES, 2007, p. 595).

As *reservas de fauna* são áreas naturais com populações animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, com o objetivo de estudos científicos para o manejo econômico sustentável destes recursos. (MILARÉ, 2004, p. 255).

As *reservas de desenvolvimento sustentável* são áreas que abrigam populações tradicionais, que utilizam sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais para sua sobrevivência. (ANTUNES, 2007, p. 596).

As *reservas particulares do patrimônio nacional* são unidades de conservação criadas em área particular, gravadas com perpetuidade e com isenção de impostos, a fim de engajar o cidadão no processo efetivo de proteção dos ecossistemas. (MILARÉ, 2004, p. 257).

As *unidades de conservação* somente podem ser criadas por ato do Poder Público, apresentando como roteiro para sua criação um conjunto de orientações<sup>2</sup>.

Cada *unidade de conservação* deve possuir um plano de manejo, que será elaborado por seu gestor ou proprietário, no prazo de cinco anos a partir da data de sua criação, devendo abranger toda a área da unidade de conservação, incluindo medidas para promover sua integração à vida social e econômica das comunidades vizinhas, além de incentivar a participação da população residente. (ANTUNES, 2007, p. 606).

---

<sup>2</sup> Citam-se os seguintes passos: 1. Identificação da demanda pela criação da unidade: sociedade civil, comunidade científica, poder público, etc.; 2. Elaboração dos Estudos Técnicos: poder público por meio de seus órgãos executores ou por meio de consultorias contratadas; 2.1. Vistoria da área; 2.1.1. Levantamento de dados planimétricos e geográficos; 2.1.2. Laudo acerca dos fatores bióticos e abióticos da área; 2.2. Levantamento Sócio-econômico; 2.2.1. Presença de comunidades indígenas e tradicionais; 2.2.2. Diagnóstico das ações antrópicas, como formas de uso do solo; 2.3. Elaboração do Diagnóstico Fundiário dos imóveis; 2.3.1. Levantamento da cadeia sucessória dos imóveis; 2.3.2. Identificação das áreas de domínio público e privado; 2.3.3. Avaliação do valor de mercado de 1 ha de terra na região; 2.4. Elaboração da Base Cartográfica abrangendo; 2.4.1. Limi-

Na figura abaixo, encontramos as Unidades de Conservação dispostas no território brasileiro. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2008):



tes políticos; 2.4.2. Fitofisionomia; 2.4.3. Hidrografia; 2.4.4. Uso do solo; 2.4.5. Altimetria; 2.4.6. Malha viária; 2.4.7. Áreas sob alguma forma de proteção (Terras Indígenas, Unidades de Conservação, Áreas de Mineração e Áreas das Forças Armadas); 3. Encaminhamento ao Órgão de Meio Ambiente (Ministério do Meio Ambiente; Secretarias Estaduais e Municipais de Meio Ambiente) para a elaboração de pareceres técnico e jurídico; 4. Encaminhamento a outros órgãos da estrutura do Poder Executivo, que tenham algum tipo de interesse alcançado pela criação da Unidade; 5. Realização de Audiência Pública; 6. Encaminhamento, ao Chefe do Poder Executivo, dos seguintes documentos; 6.1. Solicitação dos moradores, em se tratando de Reservas Extrativistas ou de Desenvolvimento Sustentável; 6.2. Estudo Técnico que justifique e embase a criação da UC; os limites propostos e a categoria de manejo definida, incluindo diagnóstico expedido sobre a situação fundiária da área, em se tratando de Unidades de Conservação de domínio público, bem como mapa de situação e de perímetro da Unidade proposta; 6.3. Pareceres Técnico e Jurídico elaborados pelo Órgão de Meio Ambiente; 6.4. Manifestação dos outros órgãos públicos interessados; 6.5. Ata da Audiência Pública realizada; 6.6. Minuta do Decreto de declaração da área como sendo de utilidade pública para fins de desapropriação, com a respectiva Exposição de Motivos; 6.7. Minuta do Decreto de criação da Unidade, ou do Projeto de Lei a ser enviado ao Poder Legislativo, com a respectiva Exposição de Motivos; 7. Assinatura e publicação dos Decretos, ou envio do Projeto de Lei ao Poder Legislativo. (UNIDADES ..., 2008).

### 2.3 Jurisprudência construída em torno da matéria

A proteção do meio ambiente e, mais especificamente, dos biomas nacionais, é instrumentalizada através das ações civis públicas, por se tratar a matéria de interesse difuso, ou seja, trans-individual e indivisível, que interesse a toda a coletividade.

A seguir, são colacionados alguns julgados cujo teor reproduz as idéias expostas no presente capítulo, sendo de extrema relevância sua leitura.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - DESMATAMENTO - DANO AMBIENTAL - CONDENAÇÃO NA OBRIGAÇÃO DE REFLORESTAR - CUMULAÇÃO COM INDENIZAÇÃO EM PECÚNIA - IMPOSSIBILIDADE. - Consumado o dano ambiental em razão de desmatamento de floresta nativa, deve haver a condenação do poluidor/predador na reparação específica do bem ambiental, reconstituindo ou recuperando o meio ambiente agredido, cessando-se a atividade lesiva e revertendo-se a degradação ambiental. E, somente na ausência ou na impossibilidade de recuperação da área degradada, encontra-se aberta a hipótese de reparar via indenização em dinheiro, uma vez que a simples condenação em “quantum” pecuniário, por mais vultuosa que seja, não tem o condão de reavivar o prejuízo causado em virtude da cessação de fruição de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. (TJMG, Proc. 1.0400.06.021845-2/001, Rel. Eduardo Andrade, J. 29/04/2008, DJ. 03/06/2008).  
Meio ambiente - Mandado de segurança - Pedido de autorização para supressão de vegetação nativa, no excedente às áreas de preservação permanente e de reserva legal - Indeferimento da licença requerida - Art. 16 do Código Florestal, com as alterações da MP 2.166-67/2001 - Pareceres e estudos técnicos dão suporte à legalidade do ato administrativo - Área pertencente ao bioma do Cerrado, merecedor de especial proteção ambiental - Existência de fauna e flora ameaçadas de extinção - Art. 197, III, da Constituição



Estadual e Decreto Estadual 42.838/98 - Possível a utilização, v.g., de compensação de áreas e servidão florestal, por exemplo - Arts. 44 e seguintes do Código Florestal e Decreto Estadual 50.889/2006 - Também o regime de manejo florestal sustentável, mediante aprovação das condições pelo órgão ambiental competente - Mecanismos para a compatibilização da proteção da natureza com o legítimo interesse na exploração econômica da propriedade rural - Proteção da natureza que também implica benefício fiscal - Recurso não provido. (TJSP, Proc. Apelação Cível 6015005200, Rel. J. G. Jacobina Rabello, Câmara Especial do Meio Ambiente, J. 31/01/2008, DJ. 12/02/2008)

Ação civil pública - Área de preservação permanente alagada - Impossibilidade de introdução de mudas de plantas nativas, era prejuízo da vegetação típica nesse tipo de bioma - Alteração posterior do local que não podia lançar responsabilidades sobre quem já não mais se fazia proprietário do imóvel - Julgamento de procedência da ação, não obstante - Recurso do réu acolhido, para sua reforma, nas circunstâncias. (TJSP, Apelação cível 5330855700, Rel. J. G. Jacobina Rabello, Câmara Especial de Meio-Ambiente, J. 31/01/2008, DJ. 08/02/2008)

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL - INSERÇÃO DE OBRAS CIVIS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NECESSIDADE DE RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA DEGRADADA.** A recuperação da área degradada deve ocorrer de diversas formas: demolição das obras civis incorretamente edificadas em APP, reflorestamento da área devastada, observadas as espécies nativas da região, número de mudas e diversidade necessária para a manutenção do bioma, bem assim isolamento da área a ser regenerada, observada a proibição de atividade no local pelos proprietários, possuidores ou terceiros; prazo de cento e oitenta (180) dias para recuperação da gleba na parte devastada, cabível a multa diária pelo descumprimento das obrigações. Obrigações de fazer e não fazer que

se coadunam e convivem positivamente para a recomposição ambiental na amplitude que a atual Constituição Federal permite e determina. Desnecessária no caso, apenas, a imposição de indenização pecuniária em ADel \*Rev nº 423 037 5/1-00 Possibilidade de recomposição material do ecossistema vulnerado. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO; RECURSO DO RÉU AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (TJSP, Apelação com revisão 4230375100, Rel Regina Capistrano, Câmara Especial de Meio-Ambiente, J. 31/01/2008, DJ. 08/02/2008).

### 3 DESENVOLVIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS

#### 3.1 Aspectos gerais e conceituação

Os habitantes das Américas foram chamados de índios pelos europeus que aqui chegaram. Uma denominação genérica, provocada pela primeira impressão que eles tiveram de haverem chegado às Índias. Mesmo depois de descobrirem que não estavam na Ásia, e sim em um continente até então desconhecido, os europeus continuaram a chamá-los assim, ignorando propositalmente as diferenças lingüístico-culturais.

Historiadores afirmam que antes da chegada dos europeus à América havia aproximadamente 100 milhões de índios no continente. Só em território brasileiro, esse número chegava a 5 milhões de nativos, aproximadamente. Estes índios brasileiros estavam divididos em tribos, de acordo com o tronco lingüístico ao qual pertenciam: tupi-guaranis (região do litoral), macro-jê ou tapuias (região do Planalto Central), aruaques (Amazônia) e caraibas (Amazônia). Atualmente, calcula-se que apenas 400 mil índios ocupam o território brasileiro, principalmente em reservas indígenas demarcadas e protegidas pelo governo. (ÍNDIOS ..., 2008).

A definição que os antropólogos dão sobre o que vem a ser *índio* é ser descendente genealógico de uma comunidade silvícola de origem pré-histórica, possuir a cor morena, olhos e cabelos pretos e lisos, estatura mediana baixa e aspectos fisionômicos de mongóis. Essas características fortalecem a tese dos estudiosos de serem os ameríndios originários de gru-

pos imigrantes asiáticos, australianos ou malaio-polinésios. (FUNDAÇÃO JOAQUIM NABUCO, 2003).

Principais etnias indígenas brasileiras na atualidade e população estimada: Ticuna (35.000), Guarani (30.000), Caiagangue (25.000), Macuxi (20.000), Terena (16.000), Guajajara (14.000), Xavante (12.000), Ianomâmi (12.000), Pataxó (9.700), Potiguara (7.700). (Dados da FUNAI).

### 3.2 Aspectos constitucionais e legislativos

Em termos da legislação constitucional brasileira, temos na Constituição Federal um capítulo destinado aos indígenas, onde é reconhecida sua organização social e cultural de uma maneira geral e suas diferenças culturais, assegurando-lhes o direito de manterem sua cultura e identidade. É garantida ainda, como *dever* do Estado, a sua manutenção e proteção (art. 231, CF), assegurando-lhes a legitimidade processual para defenderem seus direitos (art. 232, CF), asseverando-se que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público (adiante MP) em todos os atos do processo e, nos termos do art. 129, V, da CF, cabe ao MP defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

As comunidades indígenas podem constituir organizações indígenas na forma de associações (ONGs). A proteção territorial também está prevista nos seguintes dispositivos: art. 231, § 2º, CF, “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas dos solos, dos rios e dos lagos nelas existentes”. Diz o art. 22, XIV que compete privativamente à União legislar sobre populações indígenas. O art. 49, XVI disciplina a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas. Já o art. 210, § 2º reza que é direito o ensino fundamental nas línguas maternas das comunidades indígenas. O art. 67 das disposições transitórias estipula a demarcação de terras indígenas em cinco anos.

Em termos infraconstitucionais o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), que está em revisão no Congresso Nacional, é o diploma jurídico mais importante sobre as populações indígenas no Brasil. Segundo dispõe o seu artigo 3º, *índio ou silvícola* “é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana, que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

Conforme o art. 4º, os índios são considerados:

*I. Isolados* - quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunidade nacional;

*II. Em vias de integração* - quando em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existências comuns aos demais setores da comunidade nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

*III. Integrados* - quando incorporados à comunidade nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis ainda conservem usos, costumes e tradições características de sua cultura.

Passaremos agora a analisar os seguintes aspectos que dizem respeito aos povos indígenas quanto à capacidade civil, validade dos atos praticados, regime tutelar, capacidade processual e defesa, proteção cultural e territorial do índio, competência legislativa e Jurisdicional.

#### *Capacidade civil:*

Nos termos do art. 6º, III do Código Civil, antigo (de 1916), eles eram considerados como relativamente incapazes. O novo Código Civil deixou a questão da capacidade dos índios para ser regulada por legislação especial (art.4º, parágrafo único).

Então a questão passou a ser regulada pelo Estatuto do Índio (Lei 6.001/73).

Vale ressaltar que se encontra em tramitação um projeto de lei que o senador Lobão Filho apresentou este ano de 2008 que visa alterar o Estatuto do Índio (Lei nº 6001/73) para determinar que os índios “em via de integração” e os “integrados” à sociedade responderão como cidadãos comuns em processos penais e, se condenados, não contarão com qualquer benefício atenuante. Pela proposta, continuam inimputáveis os indígenas isolados, ou seja, aqueles que não mantêm qualquer contato com a civilização.

O autor do projeto argumenta que o novo Código Civil (Lei nº 10.406/02) retirou os índios da lista de pessoas relativamente incapazes, determinando que eles teriam a sua capacidade regulada por legislação especial - no caso, o Estatuto do Índio. Entretanto, o estatuto não faz qualquer

distinção quanto ao grau de integração dos índios, estabelecendo apenas que suas penas serão sempre atenuadas. Em face dessa omissão legislativa, uma das conseqüências em relação à capacidade, diz respeito a matéria penal, pois o indígena que for condenado à pena restritiva de liberdade, reclusão ou detenção, estará sujeito ao regime especial de semiliberdade na sede da Fundação Nacional do Índio (Funai) mais próxima de sua moradia. O senador ressalta que os juízes são obrigados pela lei atual a atenuar a pena aplicada ao indígena, determinando que eles a cumpram em regime de semiliberdade<sup>3</sup>.

*Atos nulos:*

O Art.8º, do Estatuto do Índio, trata da nulidade dos atos praticados pelos índios com terceiros sem a assistência do órgão tutelar, não se aplicando se o índio tem conhecimento do ato e que não seja prejudicial. Também o artigo 231, § 6º da CF trata dos atos nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos. A eficácia jurídica dos atos negociais depende do conhecimento de suas conseqüências.

*Regime tutelar:*

O artigo 231 da CF trata da tutela aos índios, através da competência da União, os quais são tutelados pelo Poder Público em todas as suas esferas consoante dispõe o art. 7º, Lei 6001/73. Incumbe ao Poder Público o dever de protegê-lo, bem como as comunidades indígenas preservando seus direitos (art. 2º, da lei em questão). O Órgão tutelar é a FUNAI.

*Capacidade processual e defesa dos índios:*

Nos termos do art.232, CF: Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus

---

<sup>3</sup> O senador maranhense Edson Lobão Filho citou recente decisão do ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, que acabou por autorizar um índio condenado por tráfico de entorpecentes a cumprir pena em regime de semiliberdade apenas por se tratar de indígena, mesmo tendo ele freqüentado escola, falando fluentemente o português e sendo o líder de uma quadrilha.

direitos e interesses, intervindo o MP em todos os atos do processo. Atribuição do MP: art.129,V, Lei do MP: defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

Comunidades indígenas podem constituir organizações indígenas na forma de associações, ou seja, pessoas jurídicas de direito privado (ONGs).

*Proteção cultural:*

- (art. 231, CF). A Constituição Federal do Brasil, reconhecendo as diferenças culturais indígenas, assegura aos índios o direito de manter sua cultura, identidade, e coloca como dever do Estado a sua proteção. Assim é de responsabilidade do Estado a existência, a manutenção e a integridade das comunidades indígenas.

*Proteção territorial:*

- Art. 231,§ 2º, CF - “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas dos solos, dos rios e dos lagos nelas existentes”.

- Art.17 do Estatuto dos Índios diz que são terras indígenas:

a) as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas; b) as áreas reservadas; c) as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

As terras indígenas não podem ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (art. 18, Estatuto do Índio).

Competência Legislativa<sup>4</sup>: compete privativamente à União legislar sobre populações indígenas (art. 22 CF, XIV). Além da legislação infra-

---

<sup>4</sup> Constituição Federal:

- art. 22, XIV - compete privativamente à União legislar sobre populações indígenas.
- art.49, XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais.
- 129, V - função institucional do MP: defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

constitucional hoje vigente<sup>5</sup>, assinala-se que foram editadas portarias da FUNAI regendo a matéria. O Estatuto do Índio encontra-se em revisão no Congresso Nacional desde outubro de 1991.

- 
- 210, § 2º - direito ao ensino fundamental nas línguas maternas das comunidades indígenas.
  - art.231- reconhecimento de sua organização social e cultural em geral
  - art.232 - legitimidade processual para defender seus direitos.
  - art.67 - das disposições transitórias – demarcação de terras indígenas em cinco anos.
- <sup>5</sup> Legislação:
- Lei 3.071, 01/01/1916, art. 6º (Código Civil antigo) e art.4º do atual Código Civil;
  - Decreto 58.824, de 14/7/66: promulga a Convenção n.º 107 sobre as populações indígenas e tribais;
  - Lei 5.371, de 05/12/67: autoriza a instituição da Fundação Nacional dos Índios e dá outras providências.
  - Lei 6.001, de 19/12/73: dispõe sobre o Estatuto do Índio - Decreto n.º 73.332, de 19/12/73: define a estrutura do Departamento de Polícia Federal;
  - Decreto n.º 92.470, de 18/3/86: Estatuto da Fundação Nac.do Índio;
  - Decreto n.º 22, de 04/2/91: dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas;
  - Decreto n.º 23, de 04/2/91: dispõe sobre as condições para a prestação de assistência à saúde das populações indígenas;
  - Decreto n.º 24, de 04/2/91: dispõe sobre as ações visando a proteção do meio ambiente em terras indígenas;
  - Decreto n.º 25, de 04/2/91: dispõe sobre programas e projetos para assegurar a auto-sustentação dos povos indígenas;
  - Decreto n.º 26, de 04/2/91: dispõe sobre a educação indígena no Brasil;
  - Decreto n.º 1.141, de 19/5/94 : dispõe sobre as ações de proteção ambiental, saúde e apoio às atividades produtivas para as comunidades indígenas;
  - Decreto n.º 3.799, de 19/4/01 : altera dispositivos do Decreto no 1.141, de 19/5/94, que dispõe sobre as ações de proteção ambiental, saúde e apoio às atividades produtivas para as comunidades indígenas
  - Decreto n.º 1.775, de 08/1/1996: dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas
  - Decreto n.º 3.156/99 : prestação de assistência aos povos indígenas;
  - Agenda 21-ECO-Rio/1992
  - Lei 7.347/85 – da ação civil pública
  - Decreto 6.040, de 07.02.2007 : instituiu a “Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais” – PNPCT. O responsável maior por sua implementação é a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, criada anteriormente pelo decreto de 13 de julho de 2006.

*Competência Jurisdicional*: compete aos juízes federais processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (art. 109 CF).

### 3.3 O caso da demarcação da Raposa-Serra do Sol<sup>6</sup>

A demarcação da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, em Roraima, se viu envolta numa grande polêmica nacional. Embora administrativamente concluída desde 2005, com a edição do decreto presidencial pertinente, uma operação policial para a retirada de arroteiros ocupantes de parte da área foi objeto de reação violenta e acabou suspensa por decisão liminar do STF, em abril de 2008, ensejando uma manifestação contundente do comandante militar da Amazônia contra a política indigenista. Manifestações favoráveis e contrárias à demarcação se sucederam, com farta cobertura da imprensa.

O processo oficial de reconhecimento dessa terra indígena se arrasta há décadas. Dezenas de pessoas (na maioria índios, mas também não índios) já perderam as suas vidas nessa disputa. Após estudos sucessivos, a área foi formalmente identificada pela Funai em 1993, com a publicação no Diário Oficial da União (DOU) do seu memorial descritivo com as coordenadas geográficas do perímetro proposto para demarcação, que privilegiou limites naturais e excluiu a cidade de Normandia e as terras no seu entorno. Nos doze anos seguintes até a sua homologação, fortes pressões políticas retardaram o processo administrativo e promoveram a invasão de arroteiros, a criação de mais um município dentro da área e a divisão entre lideranças e comunidades indígenas locais.

Porém, a cada fluxo de conflitos, a Terra Indígena Raposa-Serra do Sol retorna à mídia como se fosse uma novidade. Mudam os atores (agora são arroteiros, mas já foram garimpeiros e criadores de gado) e permanece o enredo.

O tratamento do caso, frequentemente, tem ignorado os próprios índios. Embora sejam quase vinte mil naquela área, de distintos povos, fa-

---

<sup>6</sup> INSTITUTO SÓCIO AMBIENTAL. **Terra Indígena Raposa Serra do Sol**: polêmica sobre demarcação, soberania e desenvolvimento na fronteira de Roraima. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa>>. Acesso em: 13 jul. 2008.



lando suas próprias línguas, agrupados em quase duzentas aldeias e organizados em entidades próprias, os índios são reduzidos a peças de tabuleiro, ou simplesmente desaparecem da história, substituindo-se os seus direitos e anseios por supostos interesses de terceiros.

### 3.4 Indígenas e quilombolas terão tratamento específico no PAC<sup>7</sup>

Os povos indígenas e remanescentes de quilombos terão tratamento específico no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) da Fundação Nacional de Saúde (Funasa). A Fundação Nacional do Índio (Funai) também lançou um PAC para os povos indígenas, o PAC Funasa vai atender os povos indígenas e quilombolas especificamente nas ações de tratamento de água e de esgoto.

De acordo com a Fundação Nacional do Índio (Funai), a idéia é atender, principalmente, índios da reserva Raposa Serra do Sol, em Roraima, e de São Gabriel, que representam mais de 90% da população do município amazonense. A Terra Raposa Serra do Sol foi homologada em 15 de maio de 2005. Com 1,74 milhão de hectares (o equivalente a dois terços do território de Sergipe), a terra abriga aproximadamente 18 mil índios.

A minoria das aldeias da Raposa do Sol dispõem de tratamento de esgoto. As metas do PAC Funasa são dobrar cobertura e soluções adequadas para esgoto nas aldeias, de 30% para 60%, e elevar a de abastecimento de água nas aldeias, de 62% para 90%. “Queremos chegar a 90% universalizando o atendimento às comunidades indígenas do eixo Sul e Sudeste do país e do Mato Grosso do Sul”, afirma o presidente da Funasa.

Na Amazônia, “apenas 7% dos índios (um quarto dos índios brasileiros) têm acesso à água tratada de qualidade. Queremos que esse número chegue a 60% em três anos”, diz o presidente.

O investido do PAC Funasa será de R\$ 220 milhões em 1,3 mil aldeias, beneficiando 122 mil indígenas. Desse percentual, R\$ 93,5 milhões serão investidos na região Norte onde está localizada a maior parte da população indígena brasileira, beneficiando 73,3 mil indígenas.

---

<sup>7</sup> MALDOS, Paulo. **Brasil**: Desenvolvimento: explorar ou emancipar? Adital - Notícias da América latina e Caribe. 11 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=27099>>. Acesso em: 13 jul. 2008.

As comunidades remanescentes de quilombos também serão priorizadas pelo PAC Funasa. A meta é oferecer água de boa qualidade e destinação adequada de esgoto para 40 mil quilombolas, em 400 comunidades, totalizando R\$ 170 milhões de investimentos. Foram priorizadas comunidades tituladas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) ou em processo de titulação. Além do tratamento de água e esgoto pela Funasa, a Funai prepara outras ações para o desenvolvimento de infraestrutura nas aldeias indígenas.

Vale também ressaltar que o PAC não teve ouvidos para as implicações dos seus impactos nos territórios indígenas e quilombolas nem para os “efeitos colaterais” na vida de comunidades inteiras que neles vivem. Ou seja, o PAC obedece a um modelo de desenvolvimento de corte eminentemente econômico, onde estão refletidos direta e exclusivamente os interesses do grande poder econômico.

Reproduzimos na íntegra o documento final – a Carta de Porto Velho – do III Fórum Permanente dos Povos Indígenas da Amazônia realizado em 01/12/07<sup>8</sup>. A definição das ações e estratégias prioritárias do movimento indígena amazônico foi presidida de análises exaustivas de temas como a situação dos direitos indígenas, a relação do Governo com os povos indígenas, “marcada pelo olhar omissivo, a convivência e o descaso do

---

<sup>8</sup> CARTA DE PORTO VELHO. DESENVOLVIMENTO SIM, MAS A QUALQUER CUSTO NÃO!

Nós lideranças, representando os diversos povos e organizações indígenas dos 9 estados da Amazônia Legal, acompanhados por lideranças de outras regiões do país e de países amazônicos, por representantes de entidades indigenistas e socioambientais, do Ministério Público Federal e de outras instituições solidárias com as nossas lutas, convocados por a nossa instância máxima de articulação, a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab), para participar do III Fórum Permanente dos Povos Indígenas da Amazônia, realizado em Porto Velho, Rondônia, de 28 a 30 de novembro de 2007, preocupados com o quadro de desrespeito aos nossos direitos sob o olhar omissivo, a convivência e o descaso do Governo Lula, vimos de público manifestar.

O Governo Brasileiro, contrário às promessas manifestadas pelo Presidente Lula, por ocasião da instalação da Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), em abril de 2007, no sentido de corrigir as falhas de seu primeiro mandato, visando atender as demandas dos povos indígenas, tem se voltado claramente a atender os interesses de setores econômicos e políticos poderosos que compõem a sua base de sustentação. Dentre os feitos que caracterizam essa opção citamos:

Governo Lula”, o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e seus impactos sobre o meio ambiente, a diversidade sócio-cultural e a biodiversidade existente nos territórios indígenas, a situação da saúde e educação

---

1. A determinação do Governo Lula de implantar empreendimentos previstos no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), como hidrelétricas (nos Rios Xingu, Madeira, Machado, entre outros), rodovias e hidrovias, sem se importar com os impactos que poderão ter sobre o meio ambiente, a diversidade sócio-cultural e a biodiversidade, preservada até hoje pelos povos indígenas, comunidades tradicionais, ribeirinhos e quilombolas. O favorecimento do grande capital, do latifúndio, da agroindústria, das empreiteiras e de outros setores econômicos e financeiros, configura-se como uma re-colonização dos nossos territórios, ameaçando gravemente a nossa integridade física e cultural, a continuidade dos nossos povos. Territórios Indígenas serão alagados, e povos voluntariamente isolados nas regiões do Rio Xingu e do Rio Madeira serão impactados pelos complexos hidrelétricos previstos pelo Governo, configurando um projeto claramente ecocida, etnocida e genocida irreversível. Os nossos territórios e as florestas conservadas em pé por nossos povos constituem hoje barreiras contra o desmatamento e a degradação ambiental, além de contribuir significativamente para conter o aquecimento global, as mudanças climáticas, que hoje ameaçam a vida da humanidade e do planeta. Dessa forma constituem um componente imprescindível de qualquer estratégia global de conservação e uso sustentável da Amazônia, mas o governo, cegado por uma visão economicista, ignora essa nossa vital contribuição. Em função disso repudiamos a exclusão dos nossos povos da discussão do modelo de desenvolvimento que se quer para a Amazônia e rechaçamos a intenção de nos caracterizar como empecilhos ao desenvolvimento. Os povos indígenas não são contra o desenvolvimento mas interessa saber qual tipo de desenvolvimento, isto é, se favorecerá às massas empobrecidas e excluídas, com suas diferenças e especificidades socioculturais. Por isso enfatizamos: desenvolvimento sim, mas a qualquer custo não!

2. Contrariando acordo consensuado com os representantes do Governo na Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), segundo o qual o tema da mineração em terras indígenas seria discutido como parte do Estatuto dos Povos Indígenas, a sua base de sustentação no Congresso Nacional instalou uma Comissão Especial, na Câmara dos Deputados, para discutir o projeto de lei (PL) 1610/96, do senador Romero Jucá, que trata da matéria. No mesmo sentido o senador Augusto Botelo apresentou no Senado PL para discutir a mineração nas terras indígenas.

O Encaminhamento em ambas as casas não só desrespeita a decisão de uma instância instituída por decreto presidencial, após intensa pressão do movimento indígena, mas, sobretudo, burla uma reivindicação pleiteada há mais de 14 anos pelos povos indígenas do país, e ratificada pelo Acampamento Terra Livre, no Abril Indígena de 2007, mobilização indígena nacional, representativa dos povos indígenas de todas as regiões do país. Frustra mais uma vez a expectativa depositada no Governo Lula, que tentou reafirmar, em 19 de abril de 2007, os compromissos de campanha não cumpridos no seu primeiro mandato e que seriam viabilizados no atual.

indígenas, as mudanças climáticas e os serviços ambientais prestados pelos povos indígenas.

### 3.5 Enfoque da situação indígena no Maranhão

No Estado do Maranhão são 17 terras indígenas: 13 com seus processos de reconhecimento concluídos, ou seja, registradas no cartório regional de imóveis (CRI), e no Departamento de Patrimônio da União (DPU), quatro delas encontram-se em processo de revisão dos limites. Existe também uma terra indígena a identificar e três terras indígenas homologadas mas que ainda não estão regularizadas, pois falta o registro em cartório e a retirada dos posseiros que ainda ocupam a área, o que implica a existência

---

3. Da mesma forma, o Governo Lula publicou a Portaria 2656, de 17 de outubro, que regulamenta o atendimento à saúde indígena, envolvendo o repasse de recursos às prefeituras municipais, sem antes ter havido uma ampla consulta aos povos e organizações indígenas, nem mesmo aos membros da Comissão Nacional de Política Indigenista. Enquanto isso, o drama da saúde indígena continua, com o alastramento de doenças como a malária, hepatite, parasitoses, desnutrição e mortalidade infantil.

4. O Governo mobiliza com muita agilidade o judiciário e a polícia federal quando por descontentamento os nossos povos e organizações decidem ocupar prédios governamentais, mas isso não acontece quando se trata de desintrusar os nossos territórios, como a Raposa Serra do Sol, em Roraima, e Maraiwatsedé, em Mato Grosso, livrando-nos assim da usurpação, das ameaças e violências praticadas pelos invasores: madeireiros, fazendeiros, garimpeiros, traficantes, pescadores ilegais e biopiratas, entre outros.

5. Por defender o seu território, lideranças nossas são presas arbitrariamente e algumas assassinadas. Só no ano de 2007, até o mês de novembro, foram assassinados 61 parentes nossos, 38 somente no estado de Mato Grosso do Sul. No entanto, o poder público e a justiça brasileira não mostram interesse algum em apurar, julgar e condenar os responsáveis.

6. O Governo brasileiro é o primeiro a descumprir as leis que garantem aos nossos povos indígenas o tratamento diferenciado, tanto a Constituição Federal como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Convenção sobre a Eliminação e Combate a Discriminação Racial, instrumentos já incorporados à legislação nacional.

Diante destes fatos exigimos do Governo Lula coerência e vontade política para se voltar aos distintos segmentos que o elegeram, não perdendo a oportunidade de passar para história como o presidente dos pobres, dos índios, negros, sem terra e demais setores excluídos pelas elites deste país.

Reafirmamos a nossa determinação de continuar lutando, para que sejam respeitados efetivamente os nossos direitos, mediante a execução do plano de lutas definido por

de recursos jurídicos contestando a homologação, resultando na situação de conflito<sup>9</sup> entre indígenas e invasores.

Sobre as terras que estão em processo de revisão dos limites, temos as terras indígenas Porquinhos, Canela, Governador e Bacurizinho.

Na **Terra Indígena Porquinhos**, do Povo Indígena Kanela Apaniekrá, próxima ao município de Barra do Corda, após a identificação da área como terra indígena foi iniciado o processo de revisão de limites, entretanto o relatório encontra-se no Departamento Fundiário da FUNAI, em Brasília, aguardando a “boa vontade” do órgão indigenista oficial para ser publicado. Enquanto isso, os Kanela ficam reféns do tempo.

No caso da **T. I. Governador**, do Povo Gavião, foi dada entrada no processo solicitando revisão dos limites, mas ainda não há G. T. formado.

Na **T. I. Bacurizinho** houve a criação de um **G. T.** Os estudos fundiários foram feitos e ficou comprovada que aquela terra é de ocupação

---

este III Fórum Permanente dos Povos Indígenas da Amazônia, que inclui entre outras, a reivindicação de que o Governo não tome quaisquer medidas administrativas, jurídicas e políticas que nos afete sem antes garantir o nosso direito ao consentimento livre, prévio e informado, conforme estabelece a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração da Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Porto Velho-Rondônia, 30 de novembro de 2007.

<sup>9</sup> Das situações conflituosas podemos citar os seguintes processos: Terra Indígena **Vila Real** do povo indígena **guajajara**, próximo aos municípios de Jenipapo dos Vieiras e Barra do Corda, espera pelo processo de demarcação; a terra indígena **Awa**, do Povo **Awa Guaja**, próxima aos municípios de Zé Doca, Carutapera e Bom Jardim, homologada pelo Decreto s/n de 19.04.05, está em litígio e espera pelo processo de desintração dos invasores. Isto porque, mesmo que a terra indígena seja declarada homologada pelo Presidente da República, existem quinze processos em andamento solicitando a indenização pelas benfeitorias empregadas naquela terra e outros questionando o ato de homologação. Trata-se, no caso deste povo, de uma situação particular no estado, considerado povo de pouco contato, eles vivem exclusivamente da caça, pesca, coleta e recentemente foi introduzido às técnicas de agricultura familiar como forma de oferecer mais uma alternativa de subsistência a este povo. Temos também a **terra indígena Krikati** onde houve a retirada de parte dos posseiros, mas o processo de desintração encontra-se parado neste momento, numa situação onde o conflito pode se acirrar se as providências cabíveis não forem tomadas (pagamento das indenizações pelas benfeitorias e prioridade no reassentamento). (CONSELHO ..., 2008).

tradicional do povo Guajajara. Entretanto, o relatório antropológico da T. I. Bacurizinho não foi publicado pela FUNAI.

Fora isso, as comunidades indígenas das **T. I. Morro Branco, Araribóia, Rodeador e Urucu Juruá** têm se manifestado e estão se mobilizando no sentido de solicitar o estudo e a revisão de limites de suas terras.

Entretanto, prevalece uma absoluta falta de políticas de fiscalização e monitoramento sócio-fundiário, resultando em muitos saques e impunidade. A grande maioria das áreas indígenas federais sofre algum tipo de agressão ambiental externa com graves conseqüências para o cotidiano das populações indígenas. Isto se manifesta desde uma mera invasão até a exploração planejada e sistemática de madeira nobre, e de criação de pastagens para bovinos e plantio de entorpecentes.

Nos últimos 4 anos foram executadas várias operações conjuntas entre FUNAI, IBAMA e Polícia Federal com o intuito de desocupar a área, mas sem conseguir resultados satisfatórios. O fato é que essas ações, além de serem unicamente repressivas e pontuais, sequer conseguem pegar invasores em flagrante.

Os cooperadores do comércio de madeira e de entorpecentes estão em toda parte. A própria madeira que é apreendida nessas operações é ironicamente arrematada em leilões públicos pelos próprios autores da extração ilegal.

Destacam-se nesse sentido a Área Indígena Alto Turiaçu (530.525,00 ha.) e a Área Indígena Araribóia (413.288,00 ha.), entre outras, alvos permanentes dos comerciantes exportadores de madeira da região de Paragominas (PA), Buriticupu, Imperatriz e Açailândia (MA). Palco de grandes operações conjuntas, as duas maiores áreas indígenas do Maranhão continuam sendo desentranhadas até hoje em diferentes locais.

Infelizmente a própria justiça sofre pressões de todos os lados. A maioria dos indígenas que denunciam os madeireiros e invasores, são ameaçados, seqüestrados e alguns deles até assassinados. São mais de três as mortes de índios ocorridas só nesses últimos seis meses por conflitos e rixas com invasores e madeireiros. Não existe um plano minimamente elaborado para coibir invasores, reassentar os ocupantes das áreas indígenas e, principalmente, faltam mediações institucionais capazes de negociar de forma pacífica disputas e conflitos, e evitar outros maiores.

Assim, a situação fundiária das terras indígenas no Maranhão<sup>10</sup> está longe de ser resolvida, pois entre outras coisas falta vontade política. É inegável o aumento populacional das comunidades indígenas, de forma que é natural que os processos de revisão dos limites das terras indígenas venham se manifestar de forma alarmante, não só no Maranhão, como em todo o Brasil. Igualmente, ao solicitar as revisões, não só trata-se de uma demanda de aumento populacional, mas é principalmente um meio de reconhecer os erros cometidos no passado, como no caso de Bacurizinho, onde parte do território tradicional, justamente aquele onde havia grandes indí-

---

<sup>10</sup> *CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO* - Órgão vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - *Regional Maranhão - N.º TERRA INDIGENA (POVO) POPULAÇÃO\* EXTENSÃO (hz) MUNICÍPIO SITUAÇÃO ATUAL SITUAÇÃO CONFLITO/PROBLEMA INCIDENCIA DE GRANDES PROJETOS* 01 *Kanela* (Kanela) 1265 125.212 Barra do Corda *Registrada\*\** - (CRI/DPU) Eco-Turismo PPTAL-I. 02 *Krikati* (Krikati e Guajajara) 538 144.775 Montes Altos, Sítio Novo e Amarante Homologada\*\*\*, Decreto s/n de 27.10.04 (DOU - 28.10.04) Invasão de fazendeiros e posseiros e arrendamento de terra. 03 *Lagoa Comprida* (Guajajara) 470 13.198 Barra do Corda *Registrada* - (CRI/DPU) --- 04 *Morro Branco* (Guajajara) 136 49 Grajaú *Registrada* - (CRI/DPU) Tráfico de maconha e alcoolismo --- 05 *Porquinhos* (Kanela) 411 79.520 Barra do Corda *Registrada\*\** - (CRI/DPU) Arrendamento de terras e agronegócio (soja) PPTAL 06 *Rio Pindaré* (Guajajara) 556 15.003 Bom Jardim *Registrada* - (CRI/DPU) Invasão de posseiros, caçadores e pescadores. Arrendamento de terras, extração de areia e de madeira. Projeto Grande Carajás PPA 07 *Rodeiador* (Guajajara) 76 2.319 Barra do Corda Homologada\*\*\*, Dec. 88.813, de 04.10.83 (SPU) PPA 08 *Vila Real* (Guajajara) ? 16.000 Barra do Corda A identificar 09 *Urucu Juruá* (Guajajara) 416 12.697 Itaipava do Grajaú *Registrada* - (CRI/DPU) --- PPA 10 *Alto Turiaçu* (Ka'apor) 534 530.525 Zé Doca, N. Olinda, Sta. Luzia do Paroá, C. Novo, Nilton Belo... *Registrada* - (CRI/DPU) Agro Indústria Alto Turiaçu, Posseiros, caçadores --- 11 *Araribóia* (Guajajara e Awa) 4.174 413.288 Amarante do Maranhão e Arame *Registrada* - (CRI/DPU) Arrendamento de terras e madeireiros --- 12 *Awa* (Awa Guaja) 198 116.582 Zé Doca, Bom Jardim, Carutapera Homologada,\*\*\* Dec. S/n de 19.04.05 (DOU - 20.04.2005) Invasão de madeireiros, fazendeiros, posseiros, caçadores. Projeto Grande Carajás CVRD 13 *Bacurizinho* (Guajajara) 1.976 82.432 Grajaú *Registrada\*\** - (CRI/DPU) Presença constante de caçadores e carvoeiros. Agronegócio (eucalipto). Índios pedem ampliação da área. PPTAL 14 *Cana Brava/Guajajara* (Guajajara) 3.924 137.329 Barra do Corda e Grajaú *Registrada* - (CRI/DPU) Presença de traficantes e caçadores PPA 15 Caru (Awa Guaja e Guajajara) 136 172.667 Bom Jardim *Registrada* - (CRI/DPU) Invasão de posseiros, fazendeiros e extração de madeira PPA 16 *Geraldo/Toco Preto* (Timbira) 104 18.506 Grajaú *Registrada* - (CRI/DPU)

cios da presença de seus descendentes, foi deixada para trás no intervalo da demarcação para a homologação da terra.

## 4 DESENVOLVIMENTO DOS POVOS QUILOMBOLAS

### 4.1 Aspectos gerais e conceituação

*Quilombolas* é a designação comum aos escravos refugiados em quilombos, ou descendentes de escravos negros cujos antepassados no período da escravidão fugiram dos engenhos de cana-de-açúcar, fazendas e pequenas propriedades onde executavam diversos trabalhos braçais, para formar pequenos vilarejos chamados de quilombos. Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos os grupos étnicos raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida, conceito construído com base em conhecimento científico, antropológico e sociológico, e fruto de ampla discussão técnica, reconhecido pelo Decreto nº 4.887/03 em seu art. 2º<sup>11</sup>.

As *Comunidades Quilombolas* são populações negras que vivem no meio rural e se auto-identificam como Comunidades Negras Rurais, Terras de Preto, Quilombos, Mocambos e outras designações correlatas; são um segmento de população negra brasileira marcada pela resistência, organização e, principalmente, pela luta em defesa de direitos sagrados: Terra, Liberdade, Cidadania e Igualdade; possuem como características muito próprias a identidade negra e a solidariedade<sup>12</sup>.

Segundo Almeida (1996), a construção do campo conceitual de quilombo, compreendendo inúmeras noções operacionais correlatas, tem como ponto de partida situações sociais específicas e coletâneas, caracterizadas sobretudo por instrumentos político-organizativos, cuja finalidade precípua é a garantia da terra e a afirmação de uma identidade própria.

---

<sup>11</sup> A Associação Brasileira de Antropologia (ABA) divulgou, em 1994, um documento elaborado pelo grupo de trabalho sobre comunidades negras rurais em que se define o termo “remanescente de quilombo”. Disponível em: <[http://www.cpis.org.br/comunidades/html/oque/home\\_oque.html](http://www.cpis.org.br/comunidades/html/oque/home_oque.html)>

<sup>12</sup> Conceito disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Quilombola>>



No Estado Brasileiro existem mais de 2 mil comunidades quilombolas e seus remanescentes, espalhadas por todo o território nacional, que se mantêm vivas e atuantes, buscando seus direitos pela propriedade de suas terras tradicionalmente ocupadas. Essas comunidades estão em pelo menos 24 estados brasileiros. São eles: Amazonas, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Pernambuco, Paraná, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins.

#### 4.2 Aspectos constitucionais e infraconstitucionais

As discussões sobre a regularização fundiária dos territórios negros no Brasil se intensificaram com a promulgação da Constituição Federal de 1998. O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias assegura que será conferido o título de propriedade dos territórios quilombolas às suas respectivas comunidades<sup>13</sup>, enquanto os artigos 215 e 216 da Carta Magna protegem os direitos Culturais dos Brasileiros e declaram tombados os locais que apresentem reminiscência histórica de antigos quilombolas.

A Constituição Federal de 1988, além de criar novas frentes de preservação do Patrimônio Cultural, inovou ao criar obrigações legais do Estado para que este agisse de forma mais ativa e eficaz na concretização desses direitos, tornando-o responsável pela titulação dos territórios quilombolas e pela proteção de sua cultura podendo, inclusive, desapropriar, por interesse cultural, terras e bens que considere necessário para a proteção do patrimônio histórico-nacional, como previsto no art. 216, §1º da Carta Magna.

Os trabalhos com a preservação da memória desses grupos quilombolas já vinham sendo realizados pela Fundação Cultural Palmares e, de forma muito incipiente, pelo **Sphan** / Pró-memória (que foi sucedido pelo **Iphan**). Como a Constituição determinou, no Ministério da Cultura, prioridade no que tange ao Patrimônio Cultural e étnico brasileiro, essas

---

<sup>13</sup>Art. 68, ADCT “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhe os títulos respectivos”.

instituições passaram a refletir e atuar com mais profundidade sobre o assunto. Atualmente, no âmbito federal, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) é o órgão responsável por titular as terras de quilombo, seguindo os procedimentos do Decreto Federal nº 4.887 de 2003 e na Instrução Normativa do Incra nº 20 de 2005.

A Constituição Federal de 1988 não se limitou ao modelo estereotipado de quilombos somente em área rural, que predominou por muito tempo, mas reconheceu a existência de quilombos urbanos, contemplando em seu art. 182, o Plano Diretor, que é o principal instrumento de ordenamento do desenvolvimento urbano e das funções sociais da cidade e da propriedade<sup>14</sup>.

O reconhecimento das áreas quilombolas, urbanas e rurais, no Plano Diretor ocorre através da instituição de Zonas Especiais de Interesse Social e Cultural (ZEIS e ZEIC). Esse instrumento jurídico permite a regularização fundiária com base em padrões urbanos diferenciados e adequados à realidade das comunidades, impedindo que os interesses do mercado imobiliário incidam sobre essas áreas. (BOLETIM ..., 2007).

A Resolução nº 34, do Conselho das Cidades, vinculado ao Ministério das Cidades, estabelece que as Prefeituras devam demarcar, através do Plano Diretor, as áreas em que vivem quilombolas, indígenas, ribeirinhos e extrativistas (art. 5º, II), em áreas urbanas e rurais. (BOLETIM ..., 2007).

Um tema bastante polêmico, no que concerne ao direito à terra das comunidades de remanescentes quilombolas, previsto no art.687 do ADCT, diz respeito à garantia à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Qual o instrumento apropriado para a viabilização do comando normativo em questão?<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> O Decreto 4.887/03 sistematiza as atribuições dos órgãos estatais na concretização do direito à propriedade de comunidades quilombolas rurais e urbanas, mas os municípios também podem auxiliar esses grupos, através do Plano Diretor.

<sup>15</sup> Na desapropriação, o proprietário privado só perde a titularidade do bem após o pagamento da indenização (CF, Art. 5º, XXIV, Art. 182, §3º, e Art. 184, caput), podendo valer-se dos procedimentos processuais reivindicatórios e possessivos, conforme o caso, visando à proteção do seu direito à posse do imóvel de sua propriedade. Parecer do Procurador Regional da República, Daniel Sarmento.

De acordo com o Parecer do Procurador Regional da República, Daniel Sarmiento, o instrumento adequado para garantir o direito à posse dos remanescentes quilombolas, antes da desapropriação, é o instrumento administrativo da **afetação**, pois, segundo o eminente procurador, o próprio texto constitucional operou a afetação das terras quilombolas a uma finalidade pública de máxima relevância, já que se trata de direitos fundamentais de uma minoria étnica vulnerável, restando aos proprietários particulares postular, se for o caso, recebimento de indenização do Poder Público, tal como ocorre na desapropriação indireta, visto que a afetação do bem foi promovida pelo próprio constituinte originário, no art. 68 do ADCT, ao destinar aos quilombolas as terras por eles ocupadas. (SARMENTO, 2006).

Em 2003, já sob o governo Lula, foi editado o Decreto Federal nº4.887/2003, que regulamenta os procedimentos para a identificação e titulação das terras quilombolas. Tanto o Decreto nº4. 887/03 quanto a IN nº 20 do INCRA vêm sofrendo ataques por parte de amplos setores da sociedade, inclusive, pelo Congresso Nacional, como é o caso do Projeto de Decreto Legislativo nº44 de 2007, que visa sustar a aplicação do referido Decreto. Esse projeto foi rejeitado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias em outubro de 2007, mas foi aprovado pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural, em dezembro, com emenda. No momento encontra-se em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Já o Governo Federal, por seu turno, resolveu alterar a IN nº 20 do INCRA, que detalha o procedimento daquele órgão para a identificação e titulação das terras quilombolas<sup>16</sup>.

Por meio dessa alteração o governo federal patrocinará um grande retrocesso na garantia de direitos reconhecidos pela Constituição Federal, pela Convenção 169 da OIT(Organização Internacional do Trabalho) e pelo Decreto Federal nº 4.887/03.

Segundo Lúcia M. de Andrade, se promulgada, a nova norma criará uma série de obstáculos burocráticos que praticamente inviabilizarão as titulações, além de adotar uma definição restritiva do conceito de terras ocupadas por comunidades quilombolas<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> A proposta de alteração da IN 20 do INCRA, por parte do Governo Federal, ocorreu sem prévia consulta às comunidades quilombolas.

<sup>17</sup> Lúcia M. M. de Andrade, Coordenadora Executiva da Comissão Pró-índio de São Paulo. Disponível em: <<http://www.cpis.org.br>>.

Infelizmente o governo federal não vem adotando uma posição firme na defesa dos direitos dos quilombolas frente aos setores conservadores e em relação à falta de incentivo e ações para concretizar esses direitos, que não são só direitos à terra, mas à educação, saúde, saneamento básico etc., enfim, toda uma estrutura necessária para a conservação desses povos representantes da cultura brasileira. Além disso, o governo tem feito muito pouco para garantir os direitos territoriais dos quilombolas, tendo titulado apenas sete terras de quilombolas entre 2003 e 2007<sup>18</sup>, sendo que em 2006 já se estimava serem mais de 1000 comunidades de remanescentes de quilombolas existentes no Brasil, sendo grande parte delas em propriedades particulares<sup>19</sup>.

Em novembro de 2007, o governo federal anunciou o programa Agenda Social Quilombola que prevê uma série de ações – como eletrificação, recuperação ambiental, incentivo ao desenvolvimento local e investimentos em educação e saúde – para melhoria das condições de vida dos quilombolas, com aporte de R\$ 2 bilhões, serão atendidas 1739 comunidades, localizadas em 22 estados.

Somente com a Constituição Federal de 1988 e com o resultado da mobilização do movimento negro é que se assegurou a essas comunidades o direito à propriedade de suas terras tradicionalmente ocupadas. E no intuito de regular esse direito constitucionalmente assegurado foram editadas inúmeras leis infraconstitucionais que buscam implementar uma política de desenvolvimento dessas comunidades.

Essas leis visam mais que simplesmente fixar essas comunidades em suas terras de origem, elas visam também garantir a conservação de suas culturas e tradições e ao mesmo tempo garantir desenvolvimento dessas comunidades, para que possam se perpetuar sem que fiquem, no entanto, paradas no tempo.

Como exemplo dessa política, podemos citar a Resolução MEC/FNDE nº 14, de 16 de maio de 2001, que estabelece as orientações e diretrizes para assistência financeira suplementar a projetos educacionais no âmbito dos Programas de Correção do Fluxo Escolar – Aceleração de

---

<sup>18</sup> Disponível em: <http://www.cpis.org.br>

<sup>19</sup> Informação obtida no site da Fundação Cultural Palmares, [www.palmares.gov.br](http://www.palmares.gov.br).

Aprendizagem e Paz na Escola, da Educação Escolar Indígena e das Áreas Remanescentes de Quilombos.

Assim como vimos, essas normas infraconstitucionais tentam promover o desenvolvimento dessas comunidades promovendo a educação, saúde e lazer.

Ressalta-se ainda que a criação desse arcabouço de leis e normas foi fruto da luta dessas comunidades, para garantir e ampliar seus direitos e estabelecendo as políticas públicas e programas governamentais dirigidos aos quilombolas.

No entanto, temos que reconhecer que os avanços dessas políticas ainda são muito lentos. Se compararmos a quantidade dessas comunidades espalhadas por todo país com a quantidade que conseguiu efetivamente assegurar seus direitos de propriedade da terra, o resultado será ínfimo. Ademais, o poder público ainda não conseguiu implantar os programas de desenvolvimento dessas comunidades nem na metade dos quilombos já com seus títulos de propriedade assegurados.

Mas essas comunidades quilombolas contam com o apoio de diversos segmentos do poder público e da sociedade civil como do Ministério Público Federal, do INCRA, dos Centros de Cultura negra em todo o Brasil e das Sociedades de Direitos Humanos.

O ajuizamento de várias ações judiciais visa a dar efetividade a esse arcabouço normativo, fazendo valer as normas; é assim que podemos destacar as importantes atuações do Ministério Público Federal e do INCRA, autores de diversas ações civis públicas, por todo o território nacional. Podemos citar algumas em curso:

- ação ordinária proposta pelo Ministério Público Federal em defesa de Rio das Rãs (1993);
- ação de usucapião proposta pelos quilombolas (2001) e ação de manutenção de posse proposta pelo INCRA e FCP (2005) em defesa da Família Silva;
- ação ordinária e ação cautelar propostas pelo Incra em defesa da comunidade de Furnas de Boa Sorte (2005);
- ação anulatória de título particular proposta pelo INCRA em defesa da comunidade de Casca (2006);
- ação de usucapião proposta pelo Incra em defesa da comunidade de André Lopes (2007).

Como também podemos indicar, eis algumas ações em curso ajuizadas pelas próprias comunidades quilombolas, senão vejamos:

- ação de usucapião proposta pelos quilombolas de Sacopã (1975);
- ação ordinária proposta pelos quilombolas (1994) em defesa da comunidade de Ivaporunduva;
- ação ordinária proposta pela Associação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas do Maranhão em defesa da comunidade de Alcântara (2003) e cinco mandados de segurança propostos por quilombolas requerendo que o Diretor do Centro de Lançamento se abstivesse de impedir que as comunidades continuassem plantando roçados (2006);
- ação de reconhecimento de domínio proposta pela Associação das Comunidades de São José da Serra (2005).

Ademais, não podemos deixar de lado os importantes avanços ocorridos no âmbito dos estados da federação, sendo que alguns deles seguiram o exemplo da Constituição Federal, e inseriram em suas respectivas Constituições Estaduais normas que asseguram o direito à propriedade das comunidades quilombolas, importante passo em direção ao desenvolvimento desses povos.

Ano	Terras tituladas pelo governo federal	Total de comunidades
1995 a 2006	19 terras	
2006	6 títulos	mais de 100
2007	1170	3.524
2008	1170	3.524

Fonte: Fundação Cultural Palmares.

### 4.3 Enfoque da situação dos quilombolas no Maranhão

O Maranhão é o estado brasileiro com o maior número de comunidades quilombolas (642), territórios ocupados por negros, portadores de uma identidade étnica e cultural que remonta à escravidão.

Esses territórios se originaram, em sua maioria, a partir da flutuação dos preços do açúcar e do algodão no mercado externo, ocorridos na

segunda metade do século XIX, que alteraram de forma profunda os mecanismos de repressão dos escravos, uma vez que proprietários endividados se viram obrigados a abandonar suas terras possibilitando até mesmo que escravos e ex-escravos as comprassem.

Essas comunidades negras rurais preservam costumes, tradições, condições sociais, culturais e economias específicas que os distinguem de outros setores da sociedade brasileira.

#### 4.3.1 Legislação *quilombola* no Maranhão

Existem comunidades quilombolas em vários estados do Brasil, em cerca de 24 estados, sendo que em muitos deles existem legislações que tratam dessa população e, conforme já informado anteriormente, o Estado do Maranhão possui o maior número de comunidades quilombolas. A Constituição Estadual faz referência em seu art. 229, que diz: “O Estado reconhecerá e legalizará, na forma da lei, as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos”.

Esta previsão de uma lei regulamentar estadual para a legalização de terras quilombolas é questionável constitucionalmente, conforme afirmou o Procurador-Geral de Justiça, Francisco das Chagas Barros de Sousa, segundo o qual haveria uma incoerência entre as constituições Federal e Estadual, uma vez que o art. 68 das Disposições Constitucionais Transitórias prevê que a titulação de todas as terras de quilombos do país seria auto-aplicável.

O artigo 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”, não se limitou apenas a ordenar ao Estado a adoção de medidas que garantissem a posse dessa terras a essas comunidades étnicas mas reconheceu diretamente que os quilombolas têm a propriedade definitiva sobre suas terras.

O que se observa é que a aplicabilidade e concretização do art. 68 é muito lenta e difícil, o que pode ser constatado pelo número muito pequeno de terras tituladas, sendo que a primeira titulação de uma terra quilombola só se deu sete anos após a promulgação da Constituição, em novembro

de 1995, e até abril de 2008 apenas 137 das mais de 2 mil comunidades quilombolas existentes no País contavam com o título de suas terras.

O Governo do Maranhão já emitiu 20 títulos de propriedade para comunidades de terras no Maranhão, sendo que até abril de 2008 existiam ainda 96 (noventa e seis) títulos em processos de regularização no estado.

Existem ainda, no Maranhão, dois decretos que tratam da questão quilombola que são: o Decreto nº 15.848 de 1 de outubro de 1997, que cria o projeto especial quilombola Jamari dos Pretos, e o Decreto nº 15.849 de 1 de outubro de 1997, que declara como prioritárias para fins de legalização, desapropriação e outras formas de acautelamento, terras ocupadas por remanescentes das comunidades de Quilombos e comunidades negras tradicionais bem como a Recomendação nº 03/2003, do Procurador-Geral de Justiça, que trata do acompanhamento dos promotores de justiça no cumprimento de reintegrações de posse, que têm por intenção evitar abusos e garantir os direitos dos quilombolas.

#### 4.3.2 Ações judiciais

No que refere às ações judiciais, atualmente estão em curso uma ação ordinária proposta pela Associação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas do Maranhão em defesa da comunidade de Alcântara (2003) e cinco ações em mandados de segurança propostos por quilombolas requerendo que o Diretor do Centro de Lançamento se abstinhasse de impedir que as comunidades continuassem plantando roçados (2006).

Estão em curso, também, ações possessórias contra os quilombolas como a que envolve o território de São Francisco Malaquias (Maranhão).

Foram ajuizadas 03 (três) ações civis públicas, sendo duas em favor das comunidades de Alcântara (em 1999 e 2003) e uma em favor da comunidade de Santa Maria dos Pinheiros, sendo que estas foram levantadas pelo Ministério Público Federal.

#### 4.3.3 O caso de Alcântara

Caso emblemático da situação em que vivem os quilombolas é a cidade de Alcântara (MA), onde cerca de 500 famílias de comunidades quilombolas, estão vivendo um verdadeiro pesadelo por conta da reforma e ampliação que será feita no Centro de Lançamentos.



Em 1980, um decreto estadual desapropriou 52 mil hectares de área para a construção do centro, deslocando 312 famílias quilombolas que foram retiradas de seus locais de origem indo para cidades e agrovilas no interior onde, longe do mar, não puderam mais combinar sua subsistência com a agricultura e a pesca.

Advogados que representam o Centro de Lançamentos de Alcântara têm procurado as famílias que moram no entorno oferecendo indenização pelas benfeitorias que promoveram nas terras. Mesmo tendo sido orientados pela coordenação do movimento a não recebê-la, muitos terminam convencidos pelos advogados. Enquanto isso, a Casa Civil está em fase final de avaliação de uma portaria que cria um grupo executivo interministerial para articular, viabilizar e acompanhar as ações necessárias ao desenvolvimento sustentável do município de Alcântara. A ameaça que paira sobre todas as comunidades que vivem no entorno do Centro de Lançamentos gerou um manifesto de organizações da sociedade civil pedindo respeito aos direitos humanos.

O Centro de Justiça Global, juntamente com o Social Watch e o Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos (Cohre), cobram uma ação mais efetiva do governo federal sobre os deslocamentos dessa comunidade, uma vez que segundo informações da diretora jurídica da entidade, Andressa Caldas, a implantação do CLA foi feita “em total desacordo às normas ambientais” uma vez que o Relatório de Impacto Ambiental omite questões essenciais, como a unidade sociocultural das comunidades afetadas pela instalação do CLA, os aspectos etnográficos daquele território, a inviabilidade econômica dos reassentamentos.

#### 4.3.4 Processo de titulação da propriedade quilombola

Para requerer a titulação de suas terras, as comunidades quilombolas devem estar organizadas em associações de comunidades remanescentes de quilombos conforme prevista na legislação sendo esta uma condição fundamental para a titulação da terra, proteção dos conhecimentos tradicionais e licenciamento para atividades de subsistência.

Qualquer pessoa pode solicitar a abertura do processo junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) para titular uma comunidade quilombola e cumprir todas as fases do processo. Mas a

pesquisa de identificação do território se inicia depois do registro da certidão da comunidade no Cadastro Geral de Remanescentes de Comunidades de Quilombos.

Com a juntada da certidão no processo é formado o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID), onde a comunidade interessada é quem inicialmente indica os limites de seu território levando em conta valores espaciais, econômicos, ambientais e culturais.

Uma vez concluído o RTID será levado à decisão do Incra, que poderá aprovar, pedir complementação ou reprová-lo. Se for reprovado, cabe recurso da comunidade e da Fundação Cultural Palmares a qualquer tempo.

Aprovado o RTID abre-se o prazo de 90 dias para manifestações e contestações. Após este prazo o Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional (Iphan), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), Secretaria de Patrimônio da União (SPU), Fundação Nacional do Índio (Funai), Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional e Fundação Cultural Palmares (FCP), Instituto Chico Mendes e Serviço Florestal Brasileiro serão ouvidos, em 30 dias. Ao todo, o Incra tem 180 dias para analisar e julgar as manifestações e contestações.

Se os territórios estiverem sobre áreas de conservação ambiental, de segurança nacional, áreas de fronteira ou Terras Indígenas, o Incra deverá notificar o Instituto Chico Mendes, Conselho de Defesa Nacional e a Funai. Em caso de conflito decidirá a Casa Civil da Presidência da República, ou o Advogado Geral da União.

Se as terras estiverem sobre áreas particulares ou públicas, há um procedimento diferente para cada situação. Se houver proprietários particulares serão aplicados os procedimentos de desapropriação ou anulação de títulos. Havendo posseiros, cabe indenização ou reassentamento.

Se forem terras públicas o Incra notifica o Estado ou a União para emissão de título de propriedade.

O título coletivo contém cláusulas de imprescritibilidade e de impenhorabilidade, significando que aquela terra não poderá ser dividida, vendida, loteada, arrendada ou penhorada.

Finalmente o título será encaminhado ao registro de imóveis da região. Lavrado o registro da terra em nome da Comunidade Remanescente de Quilombo, em livros próprios no Registro de Imóveis, conclui-se o processo de titulação.

De acordo com o Decreto nº 4887 de 2003, em seu artigo 17, o reconhecimento e registro da terra se dará mediante entrega de título coletivo às comunidades, que se farão representar por suas associações legalmente constituídas. Pela sua natureza coletiva, este título não pode ser negociado ou mesmo dividido uma vez que o mesmo contém cláusulas de imprescritibilidade e de impenhorabilidade, significando que aquela terra não poderá ser dividida, vendida, loteada, arrendada ou penhorada.

## 5 CONCLUSÃO

Ao final se pode concluir neste estudo que tanto a proteção e conservação dos biomas nacionais, quanto a tutela jurídica dos povos indígenas e quilombolas constituem questões de importância imprescindível, e que demandam soluções urgentes e eficazes por parte do poder público.

Há que se reconhecer que, ao longo de nossa história, houve um avanço considerável no que se refere aos direitos dos povos indígenas e dos remanescentes dos quilombos com o reconhecimento destas comunidades como grupos de resistência cultural, não apenas no âmbito constitucional, mas considerando-se também as legislações infraconstitucionais.

Entretanto, apesar dos inúmeros progressos obtidos no âmbito da tutela jurídica em relação a estas questões, tendo-se inclusive reconhecido os direitos fundamentais das comunidades remanescentes indígenas e quilombolas, como também a preocupação com a sua conservação e proteção, e, da mesma forma, em relação aos biomas nacionais, deve-se reconhecer que a efetivação de tais direitos, no plano da realidade social, ainda deixa muito a desejar, em virtude de inúmeros interesses políticos e econômicos.

Entretanto, apesar de tais adversidades, nos encontramos no caminho para a concretização de uma sociedade mais justa e solidária, não apenas para as minorias, mas considerando-se toda a comunidade, posto que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, e isso envolve também a proteção dos povos indígenas e remanescentes de quilombos.

Acredita-se que somente a conscientização em relação à necessidade de proteção, conservação, e responsabilização com possíveis reparações aos danos causados poderá ser a saída mais eficiente para transpor para o plano da realidade, o que já se encontra assegurado em lei.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Berno de. **Frechal**: terra de preto – Quilombo reconhecido como reserva extrativista. Projeto vida de negro (Org.) São Luís, SMDDM/CCN, 1996.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BOLETIM QUILOMBOL@, n. 18, jan./fev. 2007. Disponível em: <[http://www.cohre.org/view\\_page.php?page\\_id=202](http://www.cohre.org/view_page.php?page_id=202)>. Acesso em: 17 jul. 2008.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Legislação sobre áreas protegidas**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/sbf/dap/legisare.html>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

CARTA de Porto Velho. Disponível em: <<http://www.amazonia.org.br>>. Acesso em: 13 jul. 2008

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. **O que são?** Disponível em: <[http://www.cpis.org.br/comunidades/html/oque/home\\_oque.html](http://www.cpis.org.br/comunidades/html/oque/home_oque.html)>. Acesso em: 17 jul. 2008.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Situação jurídico-administrativa atual das terras indígenas no Brasil**. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/terras-indigenas/tis/ac.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2008.

COUTINHO, Leopoldo Magno. **O conceito de bioma**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/abb/v20n1/02.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES. **Fundação Palmares certifica quase 1.200 comunidades remanescentes de quilombos**: 2007. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2008.

FUNDAÇÃO JOAQUIM NABUCO. **Índios do Brasil**. Recife, 2003. Disponível em: <<http://www.fundaj.gov.br/notitia/servlet/newstorm.ns.presentation.NavigationServlet?publicationCode=16&pageCode=306&textCode=831&date=currentDate>>. Acesso em: 11 jul. 2008.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **O Índio**: o que é ser índio. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em: 11 jul. 2008.

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 15, jan./dez. 2008

ÍNDIOS do Brasil. Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/indios/>>. Acesso em: 11 jul. 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Unidades de conservação federais**. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/brasil\\_em\\_sintese/territorio01.htm](http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/territorio01.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2008.

INSTITUTO SÓCIOAMBIENTAL. **Terra Indígena Raposa Serra do Sol**: polêmica sobre demarcação, soberania e desenvolvimento na fronteira de Roraima. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa>>. Acesso em: 13 jul. 2008.

MALDOS, Paulo. **Brasil**: Desenvolvimento: explorar ou emancipar? Adital- Notícias da América latina e Caribe. 11 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=27099>. Acesso em: 13 jul. 2008.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira et al. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RIO GRANDE DO NORTE. Secretaria do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos. **Caatinga do nordeste receberá US\$ 20 milhões**. 2004. Disponível em: <<http://www.semarh.rn.gov.br/detalhe.asp?IdPublicacao=2727>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

SANTOS, André Antônio Souza; GÓES, Jamille Argôlo. Considerações sobre a preservação da biodiversidade e o papel da Lei nº 11.284/06 . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8341>>. Acesso em: 11 ago. 2008

SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**. Rio de Janeiro: MPF, 2006. Disponível em : <[http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombola1/documentos/Dr Daniel Sarmiento.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombola1/documentos/Dr%20Daniel%20Sarmiento.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2008.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

UNIDADES de conservação: reserva Brasil. Disponível em: <<http://reservabrasil.org.br/ucs.html>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

WORLD WILDLIFE FOUNDATION. **Relatório de Atividades WWF-Brasil**. 2003. Disponível em: <<http://assets.wwf.org.br/custom/relatorio2003/biomas.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

---

**DIREITO PENAL  
E  
PROBIDADE  
ADMINISTRATIVA**

---





## POSSIBILIDADE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 409 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELO CONTROLE DIFUSO À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Justino da Silva Guimarães\**

*A sujeição do Juiz à Lei não é de facto, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à Lei somente quando válida, ou seja, coerente com a Constituição. Luigi Ferrajoli.*

**Resumo:** O presente artigo tem por fim precípua uma abordagem crítica sobre a possibilidade de argüição de inconstitucionalidade, pelo controle difuso, da sentença de impronúncia, baseada no antigo art. 409, parágrafo único, do Código de Processo Penal, visto que não foi recepcionada pela Carta Magna, sob o império do Estado Democrático de Direito e à luz dos princípios da duração razoável do processo e da presunção de inocência.

**Palavras-chave:** Sentença de impronúncia. Fenômeno da recepção. Estado Democrático de Direito. Duração razoável do processo. Controle jurisdicional difuso.

**Abstract:** This article mainly intends to offer a critical approach to the possibility of allegation of unconstitutionality – through diffuse judicial review – of acquittal based on the only section of former article 409 of the Brazilian Code of Criminal Procedure, because it was not supported by the Brazilian Constitution under the imperium of the Democratic State of Law and in the light of the principles of the reasonable time of the judicial process and the presumption of innocence.

**Keywords:** Acquittal subject to a new process of law. Reception phenomenon. Democratic State of Law. Reasonable time of the judicial process. Diffuse judicial review.

---

\* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão, titular da 20ª Promotoria de Justiça Criminal da comarca de São Luís. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário do Maranhão (UNICEUMA). Autor da obra *A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas*, São Luís: AMPEM, 2006.

## 1 INTRODUÇÃO

Como membro do Ministério Público do Estado do Maranhão, comprometido com o Estado Democrático de Direito, com o Direito Penal/ Processual Penal garantista e com os princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, os autos da ação penal nº 7010/2003, promovida contra Fulano de Tal, incurso nas sanções insertas no art. 121, § 2º, I da Lei Substantiva Penal, vieram com carga ao Órgão Ministerial com o escopo de apresentar alegações finais.

Sob acurada análise foi constatado que não havia indícios suficientemente contundentes de autoria para pedir a pronúncia do agente, ressaltando-se, naquela oportunidade, que o magistrado não poderia travestir-se de Poncio Pilatos no sentido de encaminhar o inculcado a julgamento perante o Egrégio Tribunal do Júri Popular quando ausentes os requisitos inerentes, devendo, pois, ter a coragem de impronunciá-lo, arrimado em duas de suas primordiais funções: proteger e tornar eficazes os direitos fundamentais.

E, com pálio no atual regime político patricio consagrado pela Constituição Federal, o festejado *Estado Democrático de Direito* aguçou-se em estudar a possibilidade de argüição do incidente de inconstitucionalidade pelo controle difuso do parágrafo único do art. 409 da Lei Instrumental Penal, eis que a sua interpretação deverá ser feita à luz da Constituição Cidadã e não em sentido inverso.

Nesse compasso, a sentença de impronúncia, que tem natureza terminativa, porquanto não julga o mérito da lide, viola o princípio da razoável duração do processo consagrado no art. 5º, LXXVIII da Lei Maior, atingindo consecutivamente o princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do mesmo artigo da Carta Política Federal.

Destarte, na luta que se trava em prol de um Direito Penal e Processual Penal efetivamente democráticos e garantistas, e acreditando que o ator jurídico não poderá ficar à mercê das amarras do dogmatismo como um lídimo reproduzidor do Direito positivo, despido de críticas e de paradigmas, propõe-se alinhar a construção dessa matéria, quicá inédita, ciente de que as argumentações expostas não estão prontas e acabadas e, portanto, preparadas para receber outras no desiderato de torná-la sólida, inclusive de braços abertos para aceitar tranqüilamente

opiniões em sentido contrário, as quais certamente engrandecerão o estudo que se propõe.

Inicia-se com um esboço sobre os requisitos da sentença de impronúncia, acompanhado de críticas pontuais. Em seguida, um ensaio sobre o controle de constitucionalidade de jurisdição difusa, com fim precípuo de melhor compreender a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 409 do Código de Processo Penal de forma incidental.

Impende registrar nesta propeidética que o estudo recai sobre o multicitado dispositivo, considerando que ainda não se encontra em vigor a Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, que alterou o procedimento do Tribunal Júri Popular, precipuamente porque o novo texto que se reporta sobre os efeitos da impronúncia não trouxe alteração substancial e, sim, puramente gramatical.

## **2 SENTENÇA DE IMPRONÚNCIA: CRÍTICAS PONTUAIS**

A pronúncia, como é cediço, consiste em conduzir o inculpado a julgamento perante o Egrégio Tribunal do Júri Popular quando o juízo singular se convencer da existência do crime e de indícios de autoria. A *contrario sensu*, tem por dever legal impronunciá-lo. É o que se infere dos dispositivos destacados:

Art. 408 – Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos de seu convencimento.

Art. 409 – Se não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu o seu autor, o juiz julgará improcedente a denúncia ou a queixa.

Dessume-se que, embora para sentença de pronúncia baste a suspeita jurídica derivada de um concurso de indícios, estes devem ser idôneos, convincentes e não vagos e duvidosos. Essa assertiva é de extrema relevância, tendo em vista que a imputação de um fato delituoso a alguém há de revestir-se de segurança plausível, para que não se atropelem as garantias individuais a pretexto de salvaguardar interesse social relevante.

Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias<sup>1</sup>. Este vocábulo no sentido técnico-jurídico<sup>2</sup> tem similitude com o significado esposado pelo lexicólogo Ferreira (1999, p. 1101), segundo o qual é aquilo que satisfaz, que é bastante, apto ou capaz, no caso, de pronunciar.

Para Marques (2000, p. 129), a pronúncia tem de ser certa havendo a existência do crime e provável a autoria imputada ao réu. Se apenas razoável a existência do crime, não pode haver pronúncia, e o mesmo se verifica quando tão só possível a autoria que ao denunciado é atribuída. Acrescenta que:

Hoje já se nota ser essa uma nova tendência da doutrina e da jurisprudência, porque se assim não se fizer, se diante da simples possibilidade de ser o réu o autor do crime, for ele exposto ao Júri, ter-se-á criado verdadeiro prodígio jurídico: a garantia contra condenação arbitrária transformada monstruosamente em exposição ao risco de condenação despótica.

[...] Concluimos: é alógico o procedimento penal contra quem tem em seu favor o benefício da dúvida. Quanto mais depressa se resolva essa situação melhor para a própria sociedade de que o réu faz parte.

De igual entendimento, Greco Filho (1999, p. 119), *ad litteram*:

Em sendo o veredicto do júri qualificado pela soberania, que se consubstancia em sua irreformabilidade em determinadas circunstâncias, e tendo em vista a ausência de fundamentação da decisão, a função, às vezes esquecida, da pronúncia é a de impedir que um inocente seja submetido aos riscos do julgamento social irrestrito e incensurável.

---

<sup>1</sup> Redação dada pelo art. 239 da Lei Instrumental Penal.

<sup>2</sup> Para Moura (1994, p. 38), indício “é todo rastro, vestígio, sinal e, em regra, todo fato conhecido devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de raciocínio indutivo-dedutivo”.

A jurisprudência pátria acompanha esse posicionamento doutrinário:

TJRJ: Embora a pronúncia não exija mais do que a suspeita jurídica derivada de um concurso de indícios, de qualquer forma, os indícios devem ser concludentes. (RT 547/393).

TJRS: Pronúncia. A expressão ‘indícios suficientes’, contida no art. 409 do CPP, deve ser interpretada como exigência de suporte probatório idôneo. Simples probabilidade, suposições, conjecturas, ou presunções, não podem levar um acusado a júri. (RJTJERGS 185/159).

TJMA: Direito processual penal. Recurso em sentido estrito. Homicídio qualificado. Estando a sentença de pronúncia alicerçada no acervo probatório constantes dos autos e apto a demonstrar indícios suficientes de ser o recorrente autor do evento criminoso, deve ser mantida a decisão monocrática. (Processo nº 250472007. Acórdão nº 0743222008).

O princípio *in dubio pro societate* tão famoso quanto aplicado de forma não criteriosa, não está imune a críticas doutrinárias e jurisprudenciais, de modo que se afigura tratar de um absurdo lógico-jurídico<sup>3</sup>. Para Perez (2007, p. 3), esse princípio não passa de uma frase de efeito sem laços de parentesco com o nosso sistema jurídico positivo.

---

<sup>3</sup> Significa que havendo dúvida quanto à autoria, o juiz pronunciante encaminhará o réu a julgamento perante o Tribunal do Júri Popular em prol da sociedade. Vale dizer que, havendo dúvida, não poderá o juiz impronunciá-lo ou absolvê-lo e, sim, jogar a responsabilidade para os juizes leigos, que decidirão o seu destino. Oliveira (2008, p. 1) aduz que pelo fenômeno da recepção – toda normatividade infraconstitucional terá como parâmetro a nova Constituição – a adoção do princípio *in dubio pro societate*, após a vigência da nova Constituição é inconstitucional, na medida em que o art. 93, IX da CF disciplina que *todas* as decisões judiciais serão fundamentadas sob pena de nulidade, não abrindo exceção, assim o art. 408 do CPP não foi recepcionado pela Lei Maior, eis que o juiz, quando da pronúncia, frente a uma pessoa presumidamente inocente, somente com amparo nas provas, ainda que sem exame totalmente aprofundado do mérito, é que poderá submetê-lo a júri popular. Destarte, entende presente a inversão da regra procedimental *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*.

Raciocínio convergente é exposto por Pitombo (2007, p. 5),

Aflorando provas em sentido contrário – uma não desmentindo, ou informando a outra, inobstante opostas – tal sucesso implica falta de provas, causando hipótese de impronúncia. Jamais seria, pois, de pronunciar-se o acusado, em base do adágio: *in dubio pro societate*, mais fictício de que seu universo, ou adverso; porque fora de toda razão e proporção.

Em consonância com tais críticas, vê-se de excerto da sentença prolatada pela Dr<sup>a</sup>. Maria José Milhomem, Juíza de Direito da 4<sup>a</sup> vara criminal de entrância final, quando do exame dos autos da ação penal suso mencionado, *litteram*:

Repito não pronunciarei o acusado haja vista a ausência total de provas, portanto inexistem “indícios suficientes” de que o acusado seja o autor do delito que lhe é, ora imputado. Desse modo, no meu entender, o acusado não deve ser pronunciado sob o pálio do princípio *in dubio pro societate*, porquanto este se configura num verdadeiro absurdo jurídico.

Não pertine neste momento discutir a natureza desse princípio no contexto pontuado; o que vale renitir é que o princípio *in dubio pro societate* não poderá sobrepor ao direito do réu de ser impronunciado quando presentes os requisitos para tanto. Dessa asserção, infere-se que o magistrado não poderá travestir-se de Poncio Pilatos, ou seja, lavar as mãos e encaminhar a responsabilidade e o destino do inculcado ao conselho de sentença quando não devido. Deve, pois, ter a responsabilidade de impronunciá-lo, posto que uma de suas relevantes funções é a de preservar os direitos e garantias fundamentais do acusado. O Estado de Direito, ou melhor, o Estado Constitucional de Direito é imperativo.

Portanto, seria incoseqüente levar o réu a julgamento social quando ausentes indícios convincentes de autoria, sob pena de colocá-lo em risco a uma condenação injusta, sendo esta, indubitavelmente, a função precípua da sentença de pronúncia. Porém, não significa dizer que se é con-

trário à Instituição do Júri, cômescio de que representa um lídimio caminho para a concretização da participação popular nos mecanismos de aplicação da lei<sup>4</sup>, mas não se pode descurar que o seu ritual carece prementemente de aperfeiçoamento, a exemplo da simplificação da quesitação<sup>5</sup>.

Outra observação crítica que se traz à baila nasce da própria redação do art. 409 *caput* da Lei Instrumental Penal, ao prescrever que o juiz não se convencendo da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu o autor, *julgará improcedente a denúncia ou a queixa*. Entende-se que o legislador não foi feliz nessa parte final, haja vista que induz a uma interpretação dúbia.

Ora, a sentença de impronúncia tem natureza terminativa de inadmissibilidade da imputação, com extinção do processo sem julgamento do

---

<sup>4</sup> Streck (2001, p. 173) alerta que: “Sim, nós temos um júri brasileiro que serve de lição para o mundo. Espera-se que os reformadores não se esqueçam de que é preciso respeitá-lo por isso, e não mutilá-lo. Apenas aperfeiçoá-lo”. Necessário não olvidar que essa secular instituição é uma garantia do cidadão tida como cláusula pétrea. Dessa forma, não poderá ser banida do ordenamento jurídico pátrio por Emenda Constitucional, conforme art. 60, § 4º, IV da Carta Política Federal.

<sup>5</sup> A primeira Constituição brasileira a prever o júri foi a de 1824 no capítulo que tratava da organização do Poder Judiciário, sendo que o Código de Processo Penal de 1832 ampliou a sua competência e restringiu a função do magistrado, limitando a presidir os trabalhos e orientar os jurados. Essa relevante instituição foi mantida na Constituição Federal de 1891, sendo seguida pela Constituição de 1934. Já a Carta Política de 1937, de forma espantosa, deixou de prevê-lo, sendo revigorado pelo Decreto-lei nº 167, de 05.01.38, porém extinguindo a soberania dos veredictos. A Lei Magna de 1946, por sua vez, o inseriu no capítulo que tratava dos direitos e garantias individuais. A seguinte Constituição, promulgada em 1967, o preservou no mesmo capítulo, assim como sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e a soberania dos veredictos, sendo mantida pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.69. Sobre o regime do Estado Democrático de Direito o júri popular foi mantido na Constituição de 1988 no capítulo que trata dos direitos individuais e coletivos. A Lei nº 11.689, de 09.06.2008, que entrará em vigor no dia 10 de agosto do mesmo ano, alterou substancialmente o ritual do júri, tornando-o mais célere, em homenagem ao princípio constitucional da razoável duração do processo e simplificou a sua quesitação. Ressalta-se que o legislador, por meio da Lei nº 11.690/2008, que também entrará em vigor no dia 10 de agosto, alterou pontos do procedimento comum do processo penal, notadamente o de atender aos reclamos da vitimologia, ao prestigiar a vítima quando determina a sua intimação para todos os atos do processo, inclusive da prisão e da soltura de seu agressor.

cerne da questão, culminando em não encaminhar o indigitado a julgamento perante o Tribunal do Júri Popular. Destarte, a parte final do dispositivo em comento deixa entender que o juiz julga o mérito, o que, como se sabe, não ocorre, justamente por se tratar de uma decisão interlocutória mista terminativa<sup>6</sup>, razão pela qual melhor seria se o legislador mencionasse que a improcedência da ação impediria o encaminhamento do réu àquele tribunal<sup>7</sup>.

As concepções do *ser* e *dever ser* para alguns doutrinadores traduzem uma anomalia, pois ambas retiram do Tribunal do Júri Popular a competência de julgar os crimes dolosos contra a vida, ou seja, mesmo em se tratando de ação penal onde o magistrado não se convença da existência do crime ou indício suficiente de autoria, os autos deveriam ser remetidos ao referido Tribunal para aferir a causa, em respeito ao princípio da revisão *pro societate*.

Esta tese é defendida por Oliveira (2004, p. 689), o qual admite uma semelhante incongruência entre a absolvição sumária e a sentença de impronúncia. É que na primeira situação o juiz de direito absolve sumariamente o réu, retirando do Tribunal do Júri Popular a possibilidade de julgar os crimes de sua competência. Na segunda, ele não remete os autos àquele Tribunal, não aprecia o mérito da lide, deixando-o sem definição, à mercê de novas provas ou à espera da extinção da punibilidade. Em ambas as situações essa secular Instituição é alijada de julgar os crimes dolosos contra a vida como previsto no art. 5º XVIII, “d” da Carta Política Federal.

---

<sup>6</sup> Sentença interlocutória mista é aquela que tem força de decisão definitiva, encerrando uma etapa do procedimento processual ou a própria relação do processo, sem julgamento do mérito da causa. Afigura-se que a expressão “força de decisão definitiva” gera conseqüências negativas ao acusado.

<sup>7</sup> Art. 409 do CPP – Se não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu seu autor, o juiz julgará improcedente da denúncia ou a queixa. Em face da Lei nº 11.689/2008 a impronúncia passa a ser regida pelo art. 414 com a seguinte redação: “não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado”. Em que pese a inclusão da expressão *participação*, vê-se que permanece incólume a questão concernente ao aparente julgamento do mérito.



O mesmo autor adverte que o parágrafo único do art. 409 do Código de Processo Penal configura verdadeira e inaceitável violação do princípio da vedação da revisão *pro societate*. Assim, “de duas, uma: ou se acaba com a decisão de impronúncia, sob o fundamento da ausência de provas, remetendo o processo ao Tribunal do Júri em tais situações, ou não mais se admite também a absolvição sumária pelo juiz singular”. (OLIVEIRA, 2004, p. 689).

Todavia, não são essas respeitáveis críticas que se pretende aprofundar por se tratar de uma questão periférica no que tange ao objetivo proposto, mas, sim, a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 409 do multicitado diploma legal pelo controle difuso.

### **3 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO EM FACE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 409 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO ESTADO DE INOCÊNCIA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. POSSIBILIDADE**

Por questões meramente didáticas este item será dividido em dois subitens com o escopo de melhor compreender a possibilidade de adequação desse instituto ao que se almeja.

Com efeito, é imperativo um breve estudo concernente ao incidente de inconstitucionalidade pelo controle difuso, seguido de estudo quanto a possibilidade de aplicá-lo à regra inserta no parágrafo único do art. 409 do Código de Ritos Criminal à luz dos princípios em alusão.

#### **3.1 Incidente de inconstitucionalidade pelo controle jurisdicional difuso**

É de transparência vítrea que o ordenamento jurídico pátrio adotou o critério da rigidez como forma de alteração da Constituição Federal. Posto dessa forma, aduz-se que nos sistemas de Constituições rígidas, estas não podem ser modificadas por lei ordinária mas, tão-somente por emenda ou revisão constitucional. Porém a Constituição de 1988 já sofreu mais de cinquenta emendas e inúmeros projetos modificativos encontram-se em

tramitação no congresso nacional, do que se infere que a rigidez não está sendo cumprida pelo legislador como devido, fazendo da Lei Fundamental uma colcha de retalhos.

Todavia, é da inflexibilidade que advém o princípio da supremacia da Carta Magna, estando no ápice do sistema jurídico nacional a que lhe confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuída. (SILVA, 1988, p.47). Significa dizer que o princípio da supremacia da Constituição exige que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos por ela contextualizada, é o que se denomina de *compatibilidade vertical de normas*<sup>8</sup>, cujas normas inferiores são objeto de controle, o *controle de constitucionalidade*.

Com muita propriedade e luz própria, Jampaulo Júnior (2002, p. 228) aborda o tema:

A supremacia reside no fato, de que ela, a Constituição, é o marco inicial da ordem jurídica, é o fundamento de validade da norma fundamental hipotética, segundo Hans Kelsen. Postas as coisas dessa maneira, nenhum ato jurídico ganhará condição de validade se incompatível com a Lei Fundamental. A partir do postulado da supremacia da Constituição pode-se desenvolver raciocínio sobre a hierarquia das normas jurídicas, posto que estas normas buscarão o seu fundamento de validade em outras normas jurídicas,

---

<sup>8</sup> A compatibilidade vertical de normas sob a ótica da inconstitucionalidade por ação é muito bem exposta por Silva (1991, p. 46) ao aduzir que “ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Constituição. O fundamento desta inconstitucionalidade está no fato de que o princípio da supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um País, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com elas são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. Essa incompatibilidade é que tecnicamente se chama de inconstitucionalidade de leis ou atos do poder público”.

dentro de um encadeamento que origina um complexo sistema normativo orientador de todas as regras de direito. Assim, as normas jurídicas encontram-se de forma hierárquica dentro do sistema.

Não é por outra razão que Canotilho (1995, p. 140) denomina de *nornae normarum* a concepção de normas constitucionais como um “supra ordenamento” em comparação aos demais ordenamentos jurídicos.

O controle de constitucionalidade, dessarte, consiste em verificar a compatibilidade de uma lei inferior com a Constituição. O Brasil adotou como forma de controle, o *controle jurisdicional*, conhecido também como *controle repressivo judiciário*<sup>9</sup>, porque exercido depois de editada e publicada a norma, com o propósito de banir do ordenamento jurídico uma lei ou um ato normativo inconstitucional, o qual se apresenta em duas modalidades: concentrado, direto ou abstrato e difuso, indireto ou concreto.

O controle concentrado, como o próprio nome induz, é exercido por apenas um órgão jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal, onde todas as demandas são concentradas. Esse controle surgiu na Alemanha a partir da Constituição de Weimar e no Brasil através da Emenda Constitucional nº 16/1965, sendo mantido nas demais Constituições sem modificações significativas.

O *controle difuso* ou *controle por via de exceção ou defesa*, objeto deste item, surgiu nos Estados Unidos da América do Norte como prática

---

<sup>9</sup> Além do controle repressivo, existe o controle preventivo, o qual é realizado antes da elaboração da lei, sendo exercido pelo Poder Legislativo por meio de um órgão interno, geralmente a Comissão de Constituição e Justiça. Acresça-se, ainda, que cada ordenamento jurídico constitucional é livre para outorgar a competência para controlar a constitucionalidade das leis ao órgão que entenda conveniente. Portanto, além do controle jurisdicional criado pelo legislador constituinte pátrio, existem outros adotados por Constituições alienígenas. Destaca-se o sistema de *controle político*, cujo controle é exercido por uma instituição que não seja o Poder Judiciário. Exemplo: A Constituição Francesa prevê que o controle de constitucionalidade é realizado pelo Conselho Constitucional. Cita-se, ainda, o sistema de controle misto, segundo o qual o controle de constitucionalidade é realizado uma parte pelo Poder Judiciário e outra parte por um Órgão que não integra aquele Poder. Exemplo: A Constituição Suíça prevê que as leis nacionais estão sujeitas ao controle político, enquanto que as leis locais ao controle Judiciário. (PAULO; ALEXANDRINO, 2007, p. 17-18).

jurisprudencial, ante a ausência de preceito expresso na Constituição, no famoso caso *Marbury v. Madison*, no qual John Marshall construiu uma argumentação toda especial que originou essa modalidade de controle pela via incidental. Marshall, à época, ocupava o cargo de Chefe de Justiça da Suprema Corte Americana, e se viu compelido a interpretar e desenvolver os princípios decorrentes da Carta de 1787, tendo em conta a provocação de *Marbury* dirigida àquele Tribunal, onde requeria que lhe fosse garantida a posse como juiz de paz do Distrito de Colúmbia, título conferido pelo Presidente Adams durante as últimas horas de seu governo<sup>10</sup>.

No Brasil, a Constituição de 1824 não previu nenhuma modalidade de controle de constitucionalidade, sendo o controle difuso positivado pela primeira vez na Constituição de 1891 nos moldes norte-americano, de modo a ser exercido incidentalmente em casos concretos. A Carta Magna Republicana de 1937, por seu turno, o conservou em seu texto, com a diferença de que a declaração de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais era derivada de decisão plenária por maioria absoluta, atribuindo ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei declarada inconstitucional definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Na concepção de Paulo (2008, p. 1), a Constituição de 1937 significou um retrocesso em termos de controle de constitucionalidade, pois embora tenha mantido o controle difuso, criou a possibilidade de o Presidente da República submeter ao reexame do Parlamento a decisão do Poder Judiciário que havia declarado a inconstitucionalidade da lei; com isso, o Poder Legislativo poderia, por deliberação de dois terços dos seus membros, tornar sem efeito a decisão Judicial que havia declarado a inconstitucionalidade da lei.

A Constituição de 1946, além de conservar o controle difuso com o mesmo objetivo, criou a ação direta de inconstitucionalidade de leis federais e estaduais, a ser proposta exclusivamente pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. A Lei Fundamental de 1967 não modificou a sua finalidade, assim como a Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, que passou a ser intitulada como a “Constituição de 1969”.

---

<sup>10</sup> Sobre a contribuição americana quanto à criação do controle difuso das leis, ver artigo de Silva Neto (2007). Ver também artigo de Almeida Neto (2008).

A Carta Política Federal em voga, em termos de controle de constitucionalidade, foi a que mais evoluiu, pois além de manter vivo os controles concreto e abstrato, ampliou significativamente a legitimação ativa deste último, antes exclusivo do Procurador-Geral da República; criou a figura de inconstitucionalidade por omissão, estabelecendo duas ações para a sua repressão, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; criou a arguição de descumprimento de preceito fundamental; manteve a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada definitivamente inconstitucional pela Suprema Corte no controle difuso e a necessidade de observância da reserva de plenário para a declaração da inconstitucionalidade pelos tribunais. Em seguida, foram editadas emendas criando vários institutos<sup>11</sup>. (PAULO, 2008, p. 1).

Já é hora de asseverar que o controle difuso caracteriza-se pela possibilidade de todo e qualquer juízo e instância analisar uma causa concreta sob a ótica da compatibilidade vertical de normas, ou seja, a Lei Fundamental permite que o juiz singular, em um caso concreto, declare, de ofício ou por provocação, a inconstitucionalidade de uma lei quando incompatível com a Constituição Federal (art. 125, § 2º). Tal declaração não anula a lei eivada de inconstitucionalidade e, sim, a sua aplicação no caso concreto; não produz efeito *erga omnes* e independe do objeto principal da ação. Por isso é que se diz que a inconstitucionalidade é declarada de forma incidental (*incidenter tantum*).

Para Bahia (2007, p. 25), o controle difuso, ao permitir que um cidadão questione uma lei em determinado caso concreto, por estar contrariando alguma interpretação constitucional, lhe confere um grande potencial:

De que as interpretações realizadas por cada sujeito de direito sejam levadas em conta na proteção jurisdicional dos princípios maiores daquela comunidade consagrados constitucionalmente. Por outro lado permite que a interpretação que se dá à Constituição não se imobilize, mas seja a todo tempo revitalizada, acom-

---

<sup>11</sup> A Emenda Constitucional nº 13/1993 criou a ação declaratória de constitucionalidade de leis e atos normativos federais. A Emenda Constitucional nº 45/2004 criou a figura da súmula vinculante para as decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concreto.

panhando as mudanças que se processam — cada vez mais rápido — na sociedade.

O sistema de controle concentrado não possui aquele potencial. Jamais o Supremo Tribunal Federal terá condições de avaliar as várias situações criadas ou afetadas por uma dada lei que teve sua inconstitucionalidade requerida; e mais, tampouco poderá avaliar como se tem processado, numa sociedade descentrada e complexa como a nossa, a tensão entre a Faticidade e a Validade da Constituição a que fizemos referência anteriormente. Ao controle concentrado cabe, sim, a importante função de garantia do devido processo legislativo democrático.

Bastos (1988 apud FERRARI, 1992, p. 35) sintetiza com maestria o controle em comento quando pontifica “que a via de defesa tem por finalidade subtrair alguém dos efeitos de uma lei inconstitucional, tornando-se, portanto, um instrumento de garantia dos direitos subjetivos do indivíduo”.

Por isso comunga-se com a afirmação esposada por Silva Neto (2007, p. 141) de que é imprescindível defender o controle difuso como modalidade mais humana da discussão de questões constitucionais que afligem o cotidiano dos cidadãos, e arremata que o juiz, quando diante de tal incidente, estará exercendo a jurisdição sobre o material vivo da lide, qual seja, das pessoas de carne e osso que se dirigem ao Poder Judiciário na busca de solução de seus conflitos intersubjetivos, muitas vezes em xeque direitos fundamentais. Nessa alheta, não há como discutir direitos fundamentais sem que haja um sistema constitucional que admita correções da integridade constitucional via controle difuso.

Ainda sob a égide da humanização do controle de constitucionalidade pela via difusa, Streck (2002, p. 362) pontifica que o mesmo serve de relevante mecanismo de acesso à justiça por retirar do órgão da cúpula do Poder Judiciário o monopólio de controle de constitucionalidade, servindo, ainda, como mecanismo de vigilância em face de certos abusos e arbítrios eventualmente produzidos por uma jurisdição constitucional de cúpula. Tocando ainda no nó górdio da questão, adita que:

Ao se reconhecer os direitos fundamentais como cerne básico do direito constitucional, há que se reconhecer também uma adequada processualização dessa matéria e que, insista-se, só logrará resultados satisfatórios dentro de um arcabouço democrático e humano via implementação do controle difuso, até para que não se tenha a hipertrofia da jurisdição de modelo concentrado e monopolístico.

Portanto, não resta dúvida de que o Ministério Público e o Poder Judiciário brasileiro devem continuar a caminhar na trilha da democracia como lídimas Instituições comprometidas com o Estado Democrático de Direito, promovendo e julgando, respectivamente, os incidentes de inconstitucionalidade em busca de um Direito Penal e de um Direito Processual Penal mais democráticos, garantistas e humanos.

No mesmo diapasão, Lopes Júnior (2005, p. 40):

O Processo Penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar. A democracia pode ser vista como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, e que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-indivíduo. Como consequência, opera-se uma *democratização do processo penal*, que se manifesta através do *fortalecimento do sujeito passivo*. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente.

É por essa vertente que se afigura que o multicitado parágrafo único não foi recepcionado pela Constituição Federal, passível de controle jurisdicional pela via difusa, pois “no momento da entrada em vigor de uma nova Carta, todas as normas anteriores com ela contrastantes ficam revogadas. As normas editadas posteriormente à sua vigência, se contravierem os seus termos, devem ser declaradas nulas”. (BARROSO, 1996, p. 150).

### 3.2 Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 409 do CPP à luz dos princípios do estado de inocência e da duração razoável do processo. Possibilidade de aplicação do controle jurisdicional difuso

*O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático nele proclamadas. Ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado de Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade. Cândido Dinamarco.*

O parágrafo único do art. 409 do Código de Processo Penal tem a seguinte redação: “Art. 409 – omisses. Parágrafo único – Enquanto não exista a punibilidade, poderá, em qualquer tempo, ser instaurado processo contra o réu, se houver novas provas<sup>12</sup>”.

É consabido que entre o Direito Penal e a Constituição Federal deve existir congruência, na medida em que é na Lei Fundamental que se encontram as diretrizes a partir das quais se fundamenta e se estrutura o poder de punir estatal. (GOMES, 2003, p. 25).

*In casu sub studio*, o regime político vigente no País, denominado de Estado Democrático de Direito, adentrou no ordenamento jurídico após a vigência do Código de Processo Penal positivado desde os idos de 1941<sup>13</sup>,

---

<sup>12</sup> A Lei nº 11.689/2008, que alterou o procedimento do júri, não modificou em substância a nova redação dada ao parágrafo único do art. 409 do CPP, passando a ser prevista no parágrafo único do art. 414 do diploma legal retromencionado, *verbis*: “enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova”. Nota-se que a alteração foi apenas gramatical, eis que a nova redação retirou do texto anterior a expressão *em qualquer tempo* e modificou as expressões: *ser instaurado processo contra o réu* por *ser formulada nova denúncia ou queixa*. Dessa forma, todos os argumentos que se levanta quanto à possibilidade de argüição de inconstitucionalidade pelo controle difuso do parágrafo único do art. 409 prevalecem para a nova redação inserta no parágrafo único do art. 414 do CPP, do que se infere que a matéria sequer foi ventilada pelo legislador quando da discussão do referido projeto de lei.

<sup>13</sup> O Código de Processo Penal foi elaborado sob os auspícios ideológicos do Estado Novo, e inspirado no Código de Processo Penal Italiano de 1930, de feição e espírito autoritário, reflexo do regime fascista daquela época. (OLIVEIRA, 2007, p. 46).



o qual ainda contém resquício do sistema inquisitorial, a exemplo do famigerado *recurso de ofício* pelo juízo monocrático quando da absolvição sumária.

Para Lopes Júnior (2005, p. 42), com a Constituição de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, rompeu-se um paradigma de maior importância para o sistema jurídico. Um novo modelo de Estado impõe uma nova forma de produção do direito, acrescentando que, sobretudo, deu uma nova roupagem ao operador jurídico, tendo em vista que a função transformadora e promotora que o Direito passa a desempenhar tem sua eficácia pendente da atuação daquele.

Ora, mesmo sendo essa legislação infraconstitucional anterior à Constituição Cidadã, não denota que aquela não deverá seguir as diretrizes desta, sob pena de continuar à mercê de normas retrogradadas e destoantes do regime democrático suso mencionado. Por conseguinte, se as normas penais e processuais penais não estiverem coadunadas com o que dispõe a Constituição Federal, notadamente as atinentes aos direitos e garantias fundamentais, passam automaticamente a ser consideradas inconstitucionais.

Eis a razão para a pertinente lição de Lopes Júnior (2005, p. 42) para o qual

O Código de Processo Penal não pode mais ser lido de forma desvinculada do texto constitucional. É o Código de Processo que deve ser lido à luz da Constituição, e não o contrário, como querem alguns paleo-positivistas, que restringem a eficácia garantista da Constituição para fazer com que esta entre na sistemática autoritária e superada do nosso CPP.

Por essa ótica entende-se que o parágrafo único do artigo ora estudado encontra-se eivado de inconstitucionalidade, tendo em vista que a sentença de impronúncia, como já explicitado, não põe fim ao processo – trata-se de uma sentença terminativa *absolutio ab instancia* e não *absolutio ab causa* –, ficando ao aguardo de novas provas que nunca vêm ou à espera da extinção da punibilidade, situações estas que, iniludivelmente, violam o Estado Democrático de Direito, consubstanciado no direito do inculcado de

ter um julgamento em definitivo dentro de um prazo razoável e na inversão da finalidade do princípio do estado de inocência que se transforma num odioso estado de culpabilidade, tudo desaguando na violação do princípio mor da Constituição Federal, o da dignidade da pessoa humana.

Vale dizer que o réu ficará no banco de reservas do Estado represor por longos anos à espera de novas provas que nunca vêm ou da prescrição da punibilidade que se extinguirá em até vinte anos, transformando esse primordial princípio numa inaceitável presunção de acusação, já que o Estado não o absolve e nem o condena nesse longo período de penúria e incerteza, pena de mais uma vez valer a dádiva constitucional interpretada em favor do Estado e não do indivíduo.

Rangel (2007, p. 525-526), ao defender que a sentença de impro-núncia deva ter os mesmos efeitos da sentença absolutória, tece a seguinte crítica, *verbis*:

Contudo, não obstante tratarmos da impronúncia, entendemos que tal decisão não espelha o que de efetivo se quer dentro de um Estado Democrático de Direito, ou seja, que as decisões judiciais ponham um fim aos litígios, decidindo-os de forma meritória, dando, aos acusados e à sociedade, segurança jurídica.

Trata-se de decisão inconstitucional, que não dá ao acusado a certeza de que o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública e do ônus da prova, falecendo o seu mister, pedirá a absolvição. Até porque o princípio constitucional da inocência (para nós o princípio constitucional da inversão do ônus as prova) informa essa fase processual.

Se o réu é inocente e não se achou indícios suficientes de que o autor do fato que lhe foi imputado, não faz sentido ser interrompido e ficar aguardando, para a sua (in) segurança, a extinção da punibilidade. Inclusive, porque o legitimado poderá ir para o cível promover a competente ação civil de ressarcimento de dano.

Se não há *indícios suficientes de autoria e prova de materialidade do fato*, ou se apenas há prova de materialidade do fato, *mas não indícios de que o réu é seu autor* deve ser absolvido.

É de domínio público que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade<sup>14</sup> é assegurado a qualquer pessoa que responda a um processo penal e que ainda não tenha a sua sentença transitada em julgado. A sentença de impronúncia, por não colocar definitivamente um fim na causa, exceto quando extinta a punibilidade – crime de homicídio qualificado extingue-se em vinte anos – ou à espera de novas provas que nunca vêm, pergunta-se: o réu aguardará vinte anos para poder ficar livre de uma acusação desse porte? Presente a lesão ao princípio da duração razoável do processo, visto que o agente não terá o direito de ser julgado em definitivo dentro de um prazo tolerável.

A propósito, cumpre gizar que a Lei Instrumental Penal não prevê prazo definitivo para que o Estado conclua o processo penal em qualquer instância<sup>15</sup> e, sequer, para a prisão cautelar, afirmação essa que, iniludivelmente, vai de encontro à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Ora, não resta dúvida ser direito do cidadão que a tramitação do processo penal tenha prazo fixado por lei para a sua conclusão nas instâncias judiciais. Dessa premissa, por que não se pode saber previamente o tempo máximo de duração de um processo? O questionamento é formulado por Lopes Júnior (2005, p. 116) e por ele respondido: “porque a arrogância jurídica não quer esse limite, não quer reconhecer esse direito do cidadão e não quer enfrentar esse problema”.

Pois bem, historicamente a duração razoável do processo foi prevista na Convenção Européia para proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma no ano de 1950, servindo de inspiração para a previsão em outros textos. É o que estabelece o seu art. 6º, 1: “Toda a pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela

---

<sup>14</sup> Tal é sua relevância que Carvalho (apud LOPES JÚNIOR 2005, p. 180) afirma que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em nenhum lugar: ‘é pressuposto’ – para seguir Eros –, neste momento histórico, da condição humana”.

<sup>15</sup> O Código de Processo Penal do Paraguai em perfeita sintonia com a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos disciplina que o prazo máximo de duração do processo penal é de três anos, após o qual o juiz o declarará extinto.

dirigida”. Em 1969 foi assinada a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, segundo a qual “toda pessoa terá direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável [...]”.

Essa relevante garantia está prevista na Constituição espanhola de 1978<sup>16</sup>, na Constituição italiana de 1999<sup>17</sup> e na Constituição Portuguesa que foi repetida no Código de Processo Civil lusitano com a seguinte redação: “A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar”.

O Congresso Nacional, mediante o Decreto nº 27, de 26.05.92, aprovou o texto da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, surgindo a partir de então a polémica segundo a qual os tratados e convenções internacionais pactuados pelo Brasil teriam força de norma constitucional ou infraconstitucional, manifestando o Supremo Tribunal Federal pela segunda opção. A Emenda Constitucional nº 45/04, intitulada “Reforma do Poder Judiciário”, respeitou o entendimento da Suprema Corte, ao expressar no art. 5º, § 3º da Lei Magna que os tratados internacionais têm natureza jurídica de lei ordinária. (RODRIGUES, 2006, p. 103).

A disposição de tempo razoável do processo consubstanciado no princípio da razoabilidade<sup>18</sup> foi erigida a *status* constitucional e encontra-se elencada no capítulo que trata dos direitos e garantias individuais e coleti-

---

<sup>16</sup>Art. 24.2 da Constituição espanhola: *Asimismo todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, la defensa e a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso publico sin delaciones indebidas y con todas las garantías [...]*. Tradução para o português: “Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilação indevida e com todas as garantias”.

<sup>17</sup>A Constituição italiana, no ano de 1999, acrescentou dois parágrafos ao artigo 111, positivando a existência da duração do tempo razoável do processo, dispondo que: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolado dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge se assicura la ragionevole durata”. (RODRIGUES, 2006, p. 104).

<sup>18</sup>O princípio da razoabilidade, de origem ânglo-saxónica, tem como conteúdo central a proteção dos direitos fundamentais e a de limitar e condicionar a atuação estatal.

vos. É o que prescreve o inciso LXXVIII do art. 5º, *verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Insta acentuar que a celeridade processual para atingir a sua finalidade deverá perseguir, sem atropelos, todos os atos processuais inerentes, de forma que a prestação jurisdicional seja concretizada mediante as garantias dispostas às partes.

Por uma interpretação extensiva à luz do Direito Processual Penal garantista, a duração razoável do processo não se limita somente em assegurar ao réu o direito à liberdade nos casos em que esteja preso provisoriamente por um tempo irrazoável à espera de julgamento. A sua finalidade é mais abrangente, pois prima por assegurar ao agente delituoso o direito de ser julgado, *em definitivo*, dentro de um tempo razoável, e não ficar à espera de uma decisão definitiva ao talante do Estado. Por isso, a razoabilidade é um referencial ao controle do abuso pelo poder estatal, habilitando-se em situações de irracionalidade.

Não é outro o motivo pelo qual o Superior Tribunal de Justiça vem paulatinamente flexibilizando a aplicação de sua Súmula 52 nos casos concretos<sup>19</sup>, eis que em consonância com os princípios vetores do Estado Democrático de Direito em comento e o da dignidade da pessoa humana. É o que se vê do julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 20.566-BA, da lavra da Relatora-Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em cuja ementa restou consignada: “Ainda que encerrada a instrução, é possível reconhecer o excesso de prazo diante da garantia da razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII da Constituição. Reinterpretação da Súmula 52 à luz do novo dispositivo”.

A Ministra Andrighi (2007, p. 3), do mesmo tribunal, em outro momento, aduziu que: “o direito à Justiça compreende não só a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos do cidadão, mas, principalmente, a entrega da prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável”.

Ora, ficar à espera de novas provas de autoria que, de certo, nunca vêm, ou à espera da extinção da punibilidade, significa dizer que o Estado

---

<sup>19</sup> Súmula 52 do STJ: “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”.

colocará uma espada na garganta do réu que perdurará por longos anos, já que a extinção da punibilidade pela prescrição nos crimes de homicídio qualificado é de vinte anos. Significa dizer, outrossim, que o Estado colocará o réu no banco de reservas à espera da extinção da punibilidade, tempo em que o princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência se transformará numa inaceitável presunção de acusação ou estado de acusação, uma inversão de tais princípios que possuem efeitos jurídicos opostos.

Trata-se, por via oblíqua, de uma hedionda inversão do ônus da prova. Um exemplo que se traz à colação é que nesse longo e tenebroso interstício ficará com a sua folha de antecedentes criminais em aberto e, pior, suja, carimbada pelo poder do sistema onipotente, resultando em sérios prejuízos de toda a sorte, inclusive do direito social ao trabalho, ante ao latente preconceito social e contribuindo sobremaneira para com o processo de seletividade e de estigmatização do sistema penal.

Assim, considerando que o princípio da não culpabilidade não objetiva exclusivamente a garantia da liberdade provisória, mas, também, a garantia de segurança (defesa social), afigura-se presente a violação do princípio suso mencionado, tendo em vista que a segurança oferecida pelo Estado de Direito não foi assegurada ao agente como prescrito na Constituição.

Nesse espeque, “o processo não pode se transformar numa pena antecipada. Trata-se de decorrência lógica do princípio da não culpabilidade adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, de forma que, todo réu presumido inocente tem direito de ser julgado em prazo razoável”. (GOMES, 2008, p. 1).

Por esse enfoque, aceitar a vigência desse parágrafo único é admitir com parcimônia o irrazoável, o intolerável e retroagir ao famigerado sistema inquisitorial. Rangel (2007, p. 525) vai mais longe ao sustentar que:

A decisão de impronúncia é um nada. O indivíduo não está nem absolvido nem condenado. Se solicitar a sua folha de antecedentes, consta o processo que está paralisado pela impronúncia. Se precisar de sua folha de antecedentes criminais sem anotações, não terá. E pior: O Estado diz que não há os menores indícios de que ele é o autor do fato, mas não o absolveu. Por

que? Porque essa decisão é resquício do sistema inquisitorial, da época em que o réu tinha que, a todo custo, ser condenado.

Prima-se por um Direito Penal e um Direito Processual Penal interpretado à luz dos direitos e garantias fundamentais espalhados no copo da Constituição Cidadã. Prima-se para que tais ramos do Direito sejam efetivamente democráticos e garantistas. O garantismo penal<sup>20</sup>, nesse mister, deve ser entendido “como uma técnica de contenção da violência arbitrária, como um mecanismo de minimização dos poderes e maximização dos direitos”. (CARVALHO, 2003, p. 17).

O garantismo tem por fundamento os princípios fundamentais do Direito: toda norma jurídica deve ser lida e interpretada na conformidade de seus princípios formadores e garantidores. Ele se serve da conscientização dos direitos do homem formulados em leis e pactos internacionais para restabelecer a Justiça, mesmo contra a ordem positiva estrita<sup>21</sup>. Para que essa missão se torne eficaz, imperioso que se tenha atores jurídicos livres das amarras do dogmatismo, de visão democrática e garantista, no desiderato de criar o Direito através da técnica de interpretação sob a diretriz do novo texto constitucional.

Essa missão, felizmente, é concretizada por muitos operadores jurídicos. Destaca-se aqui a percuciente advertência da lavra da Dra. Maria José Milhomem ao subscrever na referida sentença que: “é cristalino que no viés garantista, o magistrado e demais operadores do direito cabe assumir

---

<sup>20</sup>A teoria do garantismo penal, desenvolvido por Luigi Ferrajoli, fundada na radicalização de idéias do iluminismo e da modernidade há mais de quatro séculos, na Europa Ocidental, e expandida para vários países do globo terrestre, foi direcionada à defesa dos direitos à liberdade, em face do poder ilimitado do Estado, considerado o agente que mais restringiu e ameaçou a liberdade pessoal. Observa-se que a finalidade original perdura até os dias hodiernos, posto que o poder punitivo estatal continua a restringir e ameaçar não só a liberdade pessoal, mas os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos como um todo, estendendo aos demais ramos do Direito, razão por que se infere que no mundo de hoje não é mais adequado falar-se em garantismo penal e, sim, apenas em garantismo. (PRADO, 2007, p. 1-2).

<sup>21</sup>Extraído do site: <http:pt.wikipedia.org/wiki/Garantismo>. Acesso em: 10 ago. 2007.

posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas, também, e, principalmente o conteúdo constitucional, fazendo a devida oxigenação constitucional”. E acrescentou que:

Sob a ótica do paradigma garantista, o operador do direito ou ator jurídico garantista (denominação moderna), há que tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais. Desse modo, os garantidores desse sistema não podem, portanto, ante a violação ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, quedar-se indiferentes e apáticos ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais e/ou práticas jurídicas avancem sobre esses bens, sem qualquer levante ou resistência constitucional.

Do expendido, a mensagem a ser registrada consiste na assertiva de que a intervenção do Estado nas searas do Direito Penal e Processual Penal deve ser minimizada e jamais sobrepor aos direitos e garantias fundamentais sob qualquer pretexto artimanhado pelo sistema, pena de sutilmente retroceder a um Estado absoluto, fazendo do Estado Democrático de Direito um ledó engano.

#### **4 CONCLUSÃO**

A nova Constituição Federal contemplou o Estado Democrático de Direito como o regime vigente no País, assegurando vários direitos e garantias individuais e coletivos ao cidadão e princípios basilares que norteiam o ordenamento jurídico, entre os quais os princípios da duração razoável do processo e o da presunção de inocência ou da não culpabilidade, coroando o princípio da dignidade da pessoa humana no patamar da pirâmide normativa constitucional.

Destarte, os direitos fundamentais devem ser assegurados a todos, amparados por regras e princípios. E, quando violados, devem ser reparados pela via judicial através de mecanismos processuais próprios e solucionados dentro de um prazo razoável, sem atropelos aos atos processuais.

Nessa vertente, a impronúncia viola o princípio da duração razoável do processo, o qual exige um julgamento em definitivo dentro de um



prazo tolerável. Sendo a sentença de natureza terminativa, o acusado não é julgado em definitivo, ficando à mercê do Estado repressor, que não o condena e não o absolve, apenas à espera de novas provas que nunca vêm ou da extinção da punibilidade que poderá durar até vinte anos.

O princípio da presunção de inocência, nesse compasso, acaba por ser atingindo, tendo em vista que o longo tempo de indefinição faz com que sofra odiosa mutação, passando a prevalecer a presunção de culpabilidade, uma inversão do ônus da prova que culmina em violar o princípio da dignidade da pessoa humana, situações estas que possibilitam a arguição do controle jurisdicional difuso.

É imprescindível, pois, que o legislador ordinário, obedecendo rigorosamente aos dispositivos constitucionais aplicáveis, crie mecanismos no sentido de equacionar os princípios constitucionais suso mencionados à impronúncia, ou substitua esta espécie de sentença por outro instituto que atenda aos preceitos constitucionais, de forma que haja um julgamento em definitivo dentro de um prazo tolerável com o fito de evitar que autores de crimes contra a vida fiquem impunes.

A Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008, alterou substancialmente o procedimento do júri popular, homenageando o princípio da duração razoável do processo ao encurtar o seu procedimento, tornando-o ainda mais simples, ao adotar a oralidade e o informalismo em busca de uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz. Homenageou, outrossim, o princípio da eficiência ao tornar defeso o adiamento de atos processuais, exceto quando imprescindíveis, e como ponto peculiar, a substituição do recurso em sentido estrito pelo recurso de apelação contra a decisão de impronúncia.

No que toca à sentença de impronúncia, a nova lei continua a carcer de reparo constitucional, posto que a redação dada ao parágrafo único do art. 414 do Código de Processo Penal, em substituição ao que dispõe o parágrafo único do art. 409, previu apenas mudanças gramaticais, pois cingiu em retirar do texto anterior a expressão “em qualquer tempo” e modificar as expressões: “ser instaurado processo contra o réu” por “ser formulada nova denúncia ou queixa”.

Assim, os argumentos que se levanta quanto à possibilidade de arguição de inconstitucionalidade pelo controle difuso do parágrafo único do art. 409 da Lei Instrumental Penal prevalecem para a nova redação inserta no parágrafo único do art. 414 do mesmo diploma legal, do que se infere

que a matéria sequer foi debatida pelo legislador quando da discussão do projeto que a originou.

É imperativo, pois, interpretar as leis infraconstitucionais à luz da Constituição Federal e não em sentido contrário, respeitando-se o que a doutrina denomina de recepção de normas, de modo que uma lei hierarquicamente inferior deva cogentemente se coadunar com as modificações normativas constitucionais trazidas ao ordenamento jurídico, sendo de vital importância que todo cidadão fique atento às modificações legislativas de ordem penal e processual penal com o propósito de evitar atropelos a direitos e garantias fundamentais, mormente quando em cena o sensacionalismo midiático.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos. **Antecedentes históricos do controle difuso de constitucionalidade das leis**. Disponível em: <<http://www.juis.2uol.com.br>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A responsabilidade do Estado pela violação do direito à justiça num prazo razoável**. Disponível em: <<http://dgjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2007.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Interpretação jurídica no marco do estado democrático de direito a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18 jul. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 15, jan./dez. 2008

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **O excesso de prazo no direito processual penal**. Disponível em: <<http://www.wiki-iuspedia.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães Gomes. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JAMPAULO JÚNIOR, João. O controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 10, n. 40, p. 227-251, jul./dez. 2002.

LENNACO, Rodrigo. **Principais mudanças. Alterações propostas no CPP relativas ao tribunal do júri**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 3 jul. 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Encerramento da formação da culpa no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, José Aparecido Fausto de. **Da não-recepção do art. 408, caput do código de processo penal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.Br/doutrina/texto.asp?id>>. Acesso em: 3 jul. 2008.

PAULO, Vicente. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: histórico. Disponível em: <<http://www.pontodosconcursos.com.br>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

\_\_\_\_\_; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade**. 6. ed. Niterói (RJ): Impetus, 2007.

PERES, César. **Sentença de pronúncia**: in dubio pro societate? Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 4 jun. 2007.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Pronúncia e o in dubio pro societate**. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/boletim>>. Acesso em: 4 jun. 2007.

PRADO, Geraldo. **Prisão e liberdade**. Disponível em: <<http://www.estacio.com>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Direito e Democracia**, Canoas (RS), v. 7, n. 1, p. 101-116, 1. sem. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA NETO, Francisco da. O controle difuso: uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 131-143, abr./jun. 2007.

STRECK, Lênio. **Tribunal do júri**: símbolos e rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TROVÃO, Cezar Silva. **Súmula 52 do STJ e razoável duração do processo**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id>>. Acesso em: 4 jun. 2008.

## SUTHERLAND, A TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL E O CRIME DE COLARINHO BRANCO

Ana Luiza Almeida Ferro\*

**Resumo:** O presente artigo procura oferecer uma visão geral e sistemática sobre o pensamento de Edwin Sutherland, particularmente no tocante à teoria da associação diferencial e às características do crime de colarinho branco como fenômeno criminológico, em busca de uma maior compreensão das semelhanças e diferenças entre a criminalidade dos indivíduos das classes sociais mais baixas e a criminalidade dos indivíduos das classes mais altas.

**Palavras-chave:** Criminologia. Sutherland. Associação diferencial. Crime de colarinho branco. *Underworld. Upperworld.*

**Abstract:** This article intends to present a general and systematic view on Edwin Sutherland's ideas, emphasizing his theory of differential association and the characteristics of white collar crime as a criminological phenomenon, in search of a deeper understanding of the similarities and differences between the criminality of lower social class individuals and the criminality of upper-class individuals.

**Keywords:** Criminology. Sutherland. Differential association. White collar crime. *Underworld. Upperworld.*

---

\* Promotora de Justiça do Estado do Maranhão. Mestre e Doutora em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora de Direito do Centro Universitário do Maranhão (UNICEUMA). Coordenadora de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito e Professora da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão (ESMP/MA). Membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas e da Academia Caxiense de Letras. 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* e *Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely*. Autora de *Quando* e co-autora de *Versos e aversos*, ambos livros de poesias.

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria da associação diferencial, elaborada por Edwin Sutherland, conquanto não seja definitiva ou esteja acima de qualquer crítica ou questionamento – como nenhuma teoria o é ou está, aliás –, é fundamental para uma compreensão mais abrangente e específica dos crimes associativos e, mais importante, do fenômeno do crime organizado. Foi introduzida pelo autor na edição de 1939 do seu livro *Principles of criminology*, sofrendo modificação na edição de 1947, o qual se tornaria *the most influential textbook in the history of criminology*<sup>1</sup>.

## 2 A TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL

Edwin Sutherland constrói sua teoria<sup>2</sup> com alicerce em alguns pilares, princípios que dizem respeito ao processo pelo qual uma determinada pessoa mergulha no comportamento criminoso:

- a) o comportamento criminoso é aprendido, o que implica a dedução de que este não é herdado e de que a pessoa não treinada no crime não inventa tal comportamento, da mesma maneira que o indivíduo sem treinamento em Mecânica não cria invenções mecânicas;
- b) o comportamento em questão é aprendido em interação com outras pessoas, em um processo de comunicação, que é, em muitos aspectos, verbal, o que não exclui a gestual;
- c) a principal parte da aprendizagem do comportamento criminoso se verifica no interior de grupos pessoais privados, significando, em termos negativos, o papel relativamente desimportante desempenhado pelas agências impessoais de comunicação, do tipo dos filmes e jornais, na gênese do comportamento criminoso;
- d) a aprendizagem de um comportamento criminoso compreende as técnicas de cometimento do crime, que são ora muito complexas, ora

---

<sup>1</sup> “[...] o mais influente manual na história da Criminologia”. (WRIGHT, 2002, p. 1, tradução nossa).

<sup>2</sup> Ver, sobre o assunto, Ferro (2006, f. 140-161).

- muito simples, bem como a orientação específica de motivos, impulsos, racionalizações<sup>3</sup> e atitudes;
- e) a orientação específica de motivos e impulsos é aprendida a partir de definições favoráveis ou desfavoráveis aos códigos legais, de feição que, em algumas sociedades, o indivíduo está cercado por pessoas que invariavelmente concebem os códigos legais como normas de observância necessária, ao passo que, em outras, acontece o inverso, o mesmo se encontra cercado por pessoas cujas definições apóiam a violação dos códigos legais, sendo que, na sociedade americana, quase sempre, tais definições se apresentam mescladas, resultando na ocorrência de conflito normativo no respeitante aos códigos legais;
  - f) o fato de a pessoa se tornar delinqüente se deve ao excesso de definições em favor da violação da lei sobre aquelas em oposição à infringência desta, constituindo este o princípio definidor da associação diferencial e referindo-se tanto a associações criminosas quanto a anticriminosas, sem deixar de incluir forças contrárias<sup>4</sup>;

---

<sup>3</sup> A propósito, registra Becker (1997, p. 38-39) que a maioria dos grupos desviantes possui uma razão fundamental auto-justificante (*a self-justifying rationale*) ou uma “ideologia”, sendo uma de suas funções fornecer ao indivíduo razões que pareçam ser justas e justifiquem a continuidade da linha de atividade por ele iniciada. E completa: *A person who quiets his own doubts by adopting the rationale moves into a more principled and consistent kind of deviance than was possible for him before adopting it.* “Uma pessoa que acalma suas próprias dúvidas ao adotar a razão fundamental se move para um tipo de comportamento desviante mais marcado por princípios e consistente do que lhe era possível antes de adotá-la”. (Tradução nossa).

<sup>4</sup> Acerca desse princípio, aduz Sutherland (1983, p. 240): *The hypothesis of differential association is that criminal behavior is learned in association with those who define such criminal behavior favorably and in isolation from those who define it unfavorably, and that a person in an appropriate situation engages in such criminal behavior if, and only if, the weight of the favorable definitions exceeds the weight of the unfavorable definitions.* “A hipótese da associação diferencial é que o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que definem tal comportamento criminoso favoravelmente e em isolamento daqueles que o definem desfavoravelmente, e que uma pessoa em uma situação apropriada se envolve em tal comportamento criminoso se, e unicamente se, o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis”. (Tradução nossa).

- g) as associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade, o que quer dizer que as associações com o comportamento criminoso e igualmente aquelas com o comportamento anticriminoso sofrem variações nesses aspectos<sup>5</sup>;
- h) o processo de aprendizagem do comportamento criminoso por associação com padrões criminosos e anticriminosos envolve todos os mecanismos peculiares a qualquer outro processo de aprendizagem, o que implica, no plano negativo, a constatação de que a aprendizagem do comportamento criminoso não está limitada ao processo de imitação, de sorte que a pessoa seduzida, a título de exemplificação, aprende o comportamento criminoso mediante associação, não sendo tal processo ordinariamente caracterizado como imitação;

---

<sup>5</sup> As variações são assim caracterizadas por Sutherland: *Frequency and duration as modalities of associations are obvious and need no explanation. Priority is assumed to be important in the sense that lawful behavior developed in early childhood may persist throughout life, and also that delinquent behavior developed in early childhood may persist throughout life. This tendency, however, has not been adequately demonstrated, and priority seems to be important principally through its selective influence. Intensity is not precisely defined, but it has to do with such things as the prestige of the source of a criminal or anticriminal pattern and with emotional reactions related to the associations. In a precise description of the criminal behavior of a person, these modalities would be rated in quantitative form and a mathematical ratio would be reached. A formula in this sense has not been developed, and the development of such a formula would be extremely difficult.* (SUTHERLAND; CRESSEY; LUCKENBILL, 1992, p. 89) “A frequência e a duração como modalidades de associações são óbvias e não necessitam de qualquer explicação. A prioridade é presumida importante no sentido de que o comportamento legal desenvolvido na primeira infância pode persistir por toda a vida, e também de que o comportamento delinqüente desenvolvido na primeira infância pode persistir por toda a vida. Esta tendência, entretanto, não tem sido adequadamente demonstrada, e a prioridade parece ser importante principalmente mediante a sua influência seletiva. A intensidade não é definida precisamente, mas ela tem a ver com tais coisas como o prestígio da fonte de um padrão criminoso ou anticriminoso e com reações emocionais relacionadas às associações. Em uma descrição precisa do comportamento criminoso de uma pessoa, estas modalidades seriam avaliadas em forma quantitativa e uma ratio matemática seria alcançada. Uma fórmula neste sentido não foi desenvolvida, e o desenvolvimento de uma tal fórmula seria extremamente difícil”. (Tradução nossa).



- i) o comportamento criminoso, embora constitua uma expressão de necessidades e valores gerais, não é *explained by those general needs and values, since noncriminal behavior is an expression of the same needs and values*<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> “[...] explicado por aquelas necessidades e valores gerais, uma vez que o comportamento não criminoso é uma expressão das mesmas necessidades e valores”. Sutherland critica, por isso, o esforço de vários estudiosos no sentido do oferecimento de explicação acerca da conduta criminosa por meio de impulsos e valores gerais: *Thieves generally steal in order to secure money, but likewise honest laborers work in order to secure money. The attempts by many scholars to explain criminal behavior by general drives and values, such as the happiness principle, striving for social status, the money motive, or frustration, have been, and continue to be, futile, since they explain lawful behavior as completely as they explain criminal behavior. Such drives and values are similar to respiration, which is necessary for any behavior but does not differentiate criminal from noncriminal behavior.* (SUTHERLAND; CRESSEY; LUCKENBILL, 1992, p. 90, tradução nossa) “Os ladrões geralmente furtam a fim de obter dinheiro, porém igualmente trabalhadores honestos trabalham a fim de obter dinheiro. Os esforços de muitos estudiosos para explicar o comportamento criminoso por impulsos e valores gerais, tais como o princípio da felicidade, a luta por status social, o motivo do dinheiro, ou a frustração, foram, e continuam a ser, vãs, já que eles explicam a conduta lícita tão completamente quanto eles explicam a conduta criminosa. Tais impulsos e valores são similares à respiração, que é necessária para qualquer comportamento, mas não diferencia o comportamento criminoso do não criminoso”. (Tradução nossa). Os nove princípios da teoria da associação diferencial apresentados foram extraídos da indigitada obra *Principles of criminology*. (SUTHERLAND; CRESSEY; LUCKENBILL, 1992, p. 88-90). A associação diferencial é uma das construções teóricas enquadradas entre as teorias da aprendizagem social ou *social learning*, para as quais “o comportamento delituoso se aprende do mesmo modo que o indivíduo aprende também outras condutas e atividades lícitas, em sua interação com pessoas e grupos e mediante um complexo processo de comunicação. O indivíduo aprende assim não só a conduta delitiva, senão também os próprios valores criminais, as técnicas comissivas e os mecanismos subjetivos de racionalização (justificação ou autojustificação) do comportamento desviado”. Cf. García-Pablos de Molina (1997, p. 278). O delito, em tal formulação teórica, “não é algo anormal nem sinal de uma personalidade imatura, senão um comportamento ou hábito adquirido, isto é, uma resposta a situações reais que o sujeito aprende”. Cf. García-Pablos de Molina (1997, p. 279). A pobreza e a classe social não são fatores suficientes para a explicação da tendência de alguém para o crime, no contexto das teorias da aprendizagem: *Experts who study learning theory suggest that poverty and social class are not enough to explain one's propensity for criminal activity. Persons learn how to become criminals and how to deal emotionally with the consequences of their acts.* (LYMAN; POTTER, 1999, p. 74). “Especialistas que estudam a teoria da aprendizagem sugerem que a pobreza e a classe social não são suficientes para explicar a propensão de alguém para a atividade criminosa. As pessoas aprendem como se tornar criminosas e como lidar emocionalmente com as consequências dos seus atos”. (Tradução nossa).

Sutherland considera não ser necessário explicar porque as pessoas possuem determinadas associações, em virtude da complexidade dos fatores em causa. Como exemplo, ele cita que um garoto sociável, expansivo e ativo, vivendo em uma área de elevada taxa de delinqüência, apresenta grande probabilidade de vir a travar contato com outros garotos do bairro, aprender padrões de comportamento criminoso com eles e, por derradeiro, se tornar, ele próprio, um delinqüente. Na outra face da moeda, um garoto emocionalmente perturbado, no mesmo dado bairro, que seja sozinho, introvertido e inativo, pode permanecer mais em casa, deixando de conhecer outros garotos do bairro e de se envolver em comportamento criminoso. Na terceira hipótese levantada pelo doutrinador, o garoto sociável, expansivo e ativo pode virar escoteiro, jamais se engajando em atividades delinqüentes. Sua ilação é de que a definição das associações de uma pessoa se dá em um contexto geral de organização social, pois, como específica, uma criança é geralmente criada em uma família, cujo lugar de residência depende largamente da renda familiar, não se olvidando a existência de relação entre a taxa de delinqüência da área e o valor de aluguel das casas, entre outros fatores da organização social que influenciam as associações de alguém. (SUTHERLAND; CRESSEY; LUCKENBILL, 1992, p. 90).

Resumindo, todo comportamento, para o criminólogo, seja legal ou criminoso, é aprendido em decorrência de associações com outros<sup>7</sup>,

---

<sup>7</sup>Nesse sentido, contribui Becker (1997, p. 30-31): *Here it is sufficient to say that many kinds of deviant activity spring from motives which are socially learned. Before engaging in the activity on a more or less regular basis, the person has no notion of the pleasures to be derived from it; he learns these in the course of interaction with more experienced deviants. He learns to be aware of new kinds of experiences and to think of them as pleasurable. What may well have been a random impulse to try something new becomes a settled taste for something already known and experienced. The vocabularies in which deviant motivations are phrased reveal that their users acquire them in interaction with other deviants. The individual learns, in short, to participate in a subculture organized around the particular deviant activity.* “Aqui é suficiente dizer que muitas espécies de atividade desviante jorram de motivos que são socialmente aprendidos. Antes de se engajar na atividade numa base mais ou menos regular, a pessoa não tem noção dos prazeres a serem derivados da mesma; ela os aprende no curso da interação com desviantes mais experientes. Ela aprende a dar-se conta de novas variedades de experiências e a pensar nelas como prazerosas. Aquilo que poderia bem ter sido um impulso fortuito para tentar alguma coisa nova se torna um gosto assentado por alguma coisa já conhecida e experimentada. Os vocabulários nos

dando-se a parte mais importante da aprendizagem no seio de grupos pessoais íntimos<sup>8</sup>. O comportamento criminoso, conquanto exprima necessidades e valores gerais, não é explicado por tais referenciais, posto que o comportamento conformista, não criminoso, reflete iguais necessidades e valores. As fontes motivacionais do comportamento são, portanto, as mesmas tanto para o criminoso como para o conformista, respeitador da lei, morando a distinção no fato de que a persecução dos objetivos, pelo primeiro, se faz com a utilização de meios ilícitos. A associação diferencial emerge, então, como produto de socialização no qual o criminoso e o conformista são orientados por muitos princípios idênticos. As variáveis da frequência, duração, prioridade e intensidade da associação determinam o que é aprendido, sendo que, se são suficientes e as associações, criminosas, a pessoa aprende as técnicas de cometimento de delitos, além dos impulsos, atitudes, justificativas e racionalizações que integram o conjunto de pré-condições para o comportamento criminoso, significando que o desenvolvimento de uma predisposição favorável aos estilos de vida delinquentes é desencadeado pela aprendizagem dessa congêrie de instrumentais<sup>9</sup>.

Esclarecem Lyman e Potter (1999, p. 75) que a propensão para o comportamento inovador (criminoso) depende da força das associações com outras pessoas:

Sutherland argues that criminal behavior occurs when definitions favorable to violation of the law exceed definitions unfavorable to violation of the law. Sutherland (1973) suggests that factors such as

---

quais as motivações desviantes são expressas revelam que os seus usuários os adquirem em interação com outros desviantes. O indivíduo aprende, em resumo, a participar de uma subcultura organizada em torno da atividade desviante particular". (Tradução nossa).

<sup>8</sup> Para Sutherland (apud WRIGHT, 2002, p. 2), fatores múltiplos como o gênero, a raça e a idade não podem em si mesmos fornecer uma explicação para o comportamento criminoso. Segundo ele, o crime é causado pelas diferentes interações e padrões de aprendizagem que têm lugar em grupos — a exemplo das gangues juvenis —, primariamente compostos de pessoas do sexo masculino, jovens ou membros de grupos minoritários.

<sup>9</sup> Ver Abadinsky (2003, p. 34-35) e Lyman; Potter (1999, p. 75-76).

deprivation, limited access to legitimate alternatives, and exposure to innovative success models (i.e., pimps, gamblers, or drug dealers) create a susceptibility to criminal behavior<sup>10</sup>.

Abadinsky (2003, p. 35) ressalta, no contexto da associação diferencial, a importância do ambiente socioeconômico propício à aprendizagem de técnicas da criminalidade sofisticada:

Learning the techniques of sophisticated criminality requires the proper environment – ecological niches or enclaves where delinquent/criminal subcultures [...] flourish and this education is available. In a capitalist society, socioeconomic differentials relegate some persons to an environment wherein they experience a compelling sense of strain – anomie – as well as differential association. In the environment where organized crime has traditionally thrived, strain is intense. Conditions of severe deprivation are coupled with readily available success models and associations that are innovative, such as racketeers and drug dealers. This makes certain enclaves characterized by social disorganization and delinquent/criminal subcultures spawning grounds for organized crime<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> “Sutherland argumenta que o comportamento criminoso ocorre quando definições favoráveis à violação da lei excedem definições desfavoráveis à violação da lei. Sutherland (1973) sugere que fatores tais como privação, acesso limitado a alternativas legítimas e exposição a modelos de sucesso inovadores (isto é, proxenetas, jogadores ou traficantes de drogas) criam uma suscetibilidade ao comportamento criminoso”. (Tradução nossa).

<sup>11</sup> “Aprender as técnicas da criminalidade sofisticada requer o ambiente apropriado — nichos ou encaves ecológicos, onde as subculturas delinquentes/criminosas [...] florescem e esta educação está disponível. Em uma sociedade capitalista, os diferenciais socioeconômicos relegam algumas pessoas a um ambiente no qual elas experimentam uma sensação competente de tensão — anomia — bem como a associação diferencial. No ambiente onde o crime organizado tem tradicionalmente prosperado, a tensão é intensa. Condições de privação aguda estão ligadas a modelos e associações de sucesso prontamente disponíveis, que são inovadoras, tais como criminosos organizados e traficantes de drogas. Isto torna certos encaves caracterizados pela desorganização social e por subculturas delinquentes/criminosas campos de desova para o crime organizado”. (Tradução nossa).

### 3 O CRIME DE COLARINHO BRANCO SOB A ÓTICA CRIMINO-LÓGICA

Contudo, a teoria da associação diferencial de Edwin Sutherland não se concentra unicamente nas associações que determinam a criminalidade das classes baixas. Foi o autor quem introduziu o termo *white-collar crime* (crime de colarinho branco) no mundo acadêmico – em discurso intitulado *The white collar criminal*, proferido à *American Sociological Society* (Sociedade Americana de Sociologia), como seu presidente, em 1939 –, que seria pouco a pouco incorporado à linguagem científica nos Estados Unidos e em vários outros países, a exemplo da França (crime en col blanc), da Itália (criminalità in colletti bianchi) e da Alemanha (*Weisse-Kragen-Kriminalität*). O seu ensaio sobre o crime de colarinho branco, no universo da Criminologia, publicado em 1949, foi a sensação editorial daquela década.

O argumento de sua obra *White collar crime*, a propósito, é de que o comportamento criminoso não encontra uma explicação apropriada em patologias sociais – caso da pobreza<sup>12</sup>, no sentido de necessidade econômica, e de outras causas a ela associadas, como habitação pobre, falta de educação e de recreações organizadas e disrupção na vida familiar – ou pessoais – primeiro, pela seqüência evolutiva dos estudos, anormalidades biológicas<sup>13</sup>, depois inferioridade intelectual e, mais recentemente, instabilidade

<sup>12</sup>Acerca da posição de Edwin Sutherland sobre a inadequação da pobreza como fator explicativo da conduta delituosa, noticia Wright (2002, p. 2): *Sutherland considered differential association to be a general sociological theory of criminal behavior. He was especially suspicious of theories that related poverty to crime, believing that police statistics were biased when they showed that most crimes occurred in lower-class neighborhoods*. “Sutherland considerava a associação diferencial como uma teoria geral sociológica do comportamento criminoso. Ele suspeitava especialmente de teorias que relacionavam a pobreza ao crime, acreditando que as estatísticas policiais eram tendenciosas quando mostravam que a maior parte dos crimes ocorria em bairros da classe mais baixa”. (Tradução nossa).

<sup>13</sup>Os ataques mais incisivos de Sutherland (apud WRIGHT, 2002, p. 3) foram direcionados contra explicações biológicas do comportamento criminoso: *He saw these as a threat to the first principle of differential association theory (“criminal behavior is learned”). For Sutherland, learning was entirely a social product, disconnected from the functional operation of the body and the mind. In a number of book reviews published from 1934 to 1951, he harshly attacked scholars who attributed criminal behavior to the physical inferiority of offenders (E. A. Hooton), to “mesomorphy” (or a strong, muscular body type; William H. Sheldon), or to a multiple-factors approach that included “constitutional”*

emocional. O vetor causal habita nas relações sociais e interpessoais, ora associadas com a pobreza, ora com a riqueza, ora com ambas. O crime de colarinho branco, a título exemplificativo, não pode ser justificado pelo fator pobreza, nem tampouco por qualquer das patologias sociais ou pessoais que a acompanham. Mais ainda, o argumento é de que as pessoas situadas nos estratos socioeconômicos superiores se envolvem em muito comportamento criminoso, não sendo este, por conseguinte, um fenômeno determinado pelo fator classe, nem mais nem menos associado às classes inferiores; e de que a diferença entre o comportamento criminoso nos primeiros e aquele peculiar às últimas está sobretudo nos procedimentos administrativos empregados no tratamento dos transgressores. (SUTHERLAND, 1983, p. 5-7).

Para dar maior apoio factual à sua tese relativa aos crimes praticados por pessoas do *upperworld*, toma como objeto de sua análise as setenta maiores empresas americanas, nos ramos da manufatura, mineração e comércio, com base nas listas das duzentas maiores corporações não financeiras nos Estados Unidos, elaboradas por Berle e Means em 1929 e pela *Temporary National Economic Committee* (Comissão Econômica Nacional Temporária) em 1938, especialmente no tocante às decisões dos tribunais e comissões administrativas contra as mesmas, levando em conta formas de violações da lei como a concorrência desleal, a propaganda enganosa, as infrações contra o privilégio de invenção, as marcas de indústria e comércio e os direitos autorais, as práticas desleais no campo das normas trabalhistas, a fraude financeira, as infrações às regulamentações de guerra, entre outras, algumas propriamente consideradas como crimes e outras estreitamente

---

(or biological) elements (Sheldon Glueck and Eleanor Glueck). These book reviews were a crucial part of Sutherland's campaign to define crime as social behavior. "Ele via estas como uma ameaça ao primeiro princípio da teoria da associação diferencial ("o comportamento criminoso é aprendido"). Para Sutherland, o aprendizado era inteiramente um produto social, desconectado da operação funcional do corpo e da mente. Em um número de críticas de livros publicadas de 1934 a 1951, ele asperamente atacou estudiosos que atribuíam o comportamento criminoso à inferioridade física dos infratores (E. A. Hooton), à "mesomorfia" (ou um tipo de corpo forte, musculoso; William H. Sheldon), ou a uma abordagem de múltiplos fatores que incluía elementos "constitucionais" (ou biológicos) (Sheldon Glueck e Eleanor Glueck). Estas críticas de livros foram uma parte crucial da campanha de Sutherland para definir o crime como um comportamento social". (Tradução nossa).

aparentadas com o comportamento criminoso, contra uma ou mais classes de vítimas, tais como os consumidores, os concorrentes, os acionistas e outros investidores, os inventores, os empregados e o próprio Estado, na feição de fraudes na seara tributária e de suborno de servidores públicos.

Como resultado de seu estudo, constata que 779 das 980 decisões contrárias às setenta corporações selecionadas atestavam a prática de crimes e que a criminalidade em questão não era evidenciada pelos procedimentos convencionais inerentes ao Direito penal, porém, ao contrário, encoberta por procedimentos especiais, de maneira a propiciar a supressão ou, pelo menos, a minimização do estigma do crime. (SUTHERLAND, 1983, p. 52-53). Nesse sentido, aponta semelhança entre o crime de colarinho branco e a delinquência juvenil, pois, em ambos os casos, identifica a ocorrência de alteração dos procedimentos próprios do Direito penal visando a evitar que o estigma do delito seja atribuído aos ofensores. Em seguida, todavia, reconhece que a redução ou eliminação do estigma tem sido menos eficaz no caso da delinquência juvenil do que no da criminalidade do “colarinho branco”, face ao fato de os procedimentos para a primeira configurarem um desvio menos completo em relação aos procedimentos penais convencionais, de a maior parte dos delinquentes juvenis pertencer à classe social inferior e de os jovens não serem organizados para a salvaguarda de suas reputações, razão pela qual permanece-lhes o estigma do crime, bem como a inclusão no âmbito de abordagem das teorias sobre a conduta criminosa e, mesmo, a expressiva participação em termos de dados para análise criminológica. Já na criminalidade do “colarinho branco”, os símbolos externos se encontram mais eficazmente apagados, motivo pelo qual tais delitos têm sido excluídos como objeto de estudo da Criminologia, conquanto esses símbolos não tenham o poder de lhes retirar a natureza de delitos<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Cf. Sutherland (1983, p. 55) O sociólogo sintetiza suas anotações *in verbis*: *First, the white collar crimes [...] have the general criteria of criminal behavior, namely, legal definition of social injuries and penal sanctions, and are therefore cognate with other crimes. Second, these white collar crimes have generally not been regarded by criminologists as cognate with other crimes and as within the scope of theories of criminal behavior because the administrative and judicial procedures have been different for these violations of criminal law than for other violations of criminal law.* (SUTHERLAND, 1983, p. 60) “Primeiro, os crimes de colarinho branco [...] possuem os critérios gerais do comportamento criminoso,

No trecho a seguir reproduzido, Sutherland (1983, p. 53-54) destaca o efeito neutralizador da estigmatização do crime proporcionado pela aplicação diferencial da lei no caso das empresas e oferece exemplo de sua concretização nos Estados Unidos:

This differential implementation of the law as applied to the crimes of corporations eliminates or at least minimizes the stigma of crime. This differential implementation of the law began with the Sherman Antitrust Act of 1890. As previously described, this law is explicitly a criminal law and a violation of the law is a misdemeanor no matter what procedure is used. The customary policy would have been to rely entirely on criminal prosecution as the method of enforcement. But a clever invention was made in the provision of an injunction to enforce a criminal law; this was an invention in that it was a direct reversal of previous case law. Also, private parties were encouraged by treble damages to enforce a criminal law by suits in civil courts. In either case, the defendant did not appear in the criminal court and the fact that he had committed a crime did not appear on the face of the proceedings.

The Sherman Antitrust Act, in this respect, became the model in practically all the subsequent procedures authorized to deal with the crimes of corporations<sup>15</sup>.

---

a saber, definição legal de danos sociais e sanções penais, e são portanto cognados de outros crimes. Segundo, estes crimes de colarinho branco não têm geralmente sido considerados por criminólogos como cognados de outros crimes e como estando incluídos no campo de observação das teorias sobre a conduta criminosa, porque os procedimentos administrativos e judiciais têm sido diferentes para estas violações do Direito penal em comparação com outras violações do Direito penal". (Tradução nossa).

<sup>15</sup> "Esta implementação diferencial da lei como aplicada aos crimes das corporações elimina ou, pelo menos, minimiza o estigma do crime. Esta implementação diferencial da lei começou com a Lei Antitruste de Sherman, de 1890. Como anteriormente descrito, esta lei é explicitamente uma lei penal e uma violação da lei é uma contravenção não obstante qual procedimento seja usado. A política costumeira teria sido contar inteiramente com a persecução penal como o método de cumprimento da lei. Mas uma engenhosa invenção



O seu conceito de *white collar crime*, adverte o sociólogo, não tem a pretensão de ser definitivo, porém exatamente de atrair a atenção para delitos que não são comumente incluídos no campo das investigações criminológicas, embora devessem. Para ele, tal crime *may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation*<sup>16</sup>.

Mannheim (1984 ou 1985, v. 2, p. 724) decompõe o conceito do doutrinador em cinco elementos:

Embora SUTHERLAND acentuasse que a sua definição de crime de colarinhos brancos era apenas “aproximada”, a verdade é que ela tem sido, em geral, pacificamente aceite. Consta de cinco elementos: a) é um crime; b) cometido por pessoas respeitáveis

---

foi feita na prescrição de um remédio jurídico para aplicar uma lei penal; isto foi uma invenção que representou uma reversão direta da jurisprudência anterior. Ademais, partes privadas foram encorajadas por altos prejuízos a executar uma lei penal por meio de ações nos tribunais cíveis. Em qualquer caso, o réu não aparecia na corte penal e o fato de que ele havia cometido um crime não aparecia diante dos procedimentos. A Lei Antitruste de Sherman, neste pormenor, tornou-se o modelo em praticamente todos os procedimentos subseqüentes autorizados a lidar com os crimes das corporações”. (Tradução nossa). Vale recorrer aqui à assertiva de Foucault (1987, p. 239): “Ora, essa delinquência própria à riqueza é tolerada pelas leis, e, quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discrição da imprensa”. Também merece lembrança a visão de Schilling (2001, p. 402) sobre o mecanismo das “ilegalidades toleradas”, em comentário ao pensamento do célebre filósofo francês: “As ilegalidades toleradas funcionariam nos interstícios das leis, apresentando uma heterogeneidade de modalidades, encaixando-se no jogo das tensões entre os ordenamentos legais, as práticas e técnicas administrativas e o que cada sociedade vai reconhecendo como normal e anormal, lícito ou ilícito, legítimo ou ilegítimo”.

<sup>16</sup> “[...] pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e elevado status social no desempenho de sua ocupação”. (SUTHERLAND, 1983, p. 7, tradução nossa). Em razão desses termos, o autor exclui do alcance do seu conceito muitos crimes da classe superior, tais como a maioria dos casos de homicídio, intoxicação ou adultério, posto que não integram a rotina profissional, o mesmo se verificando em relação às fraudes, do tipo conto-do-vigário, levadas a cabo por opulentos membros do submundo, por não serem consideradas pessoas dotadas de respeitabilidade ou alto *status* social. Cf. Sutherland (1983, p. 7).

e c) com elevado *status* social; d) no exercício da sua profissão. Para além disso, constitui, normalmente, uma *violação da confiança*<sup>17</sup>.

Três fatores, na percepção de Edwin Sutherland, podem explicar a implementação diferencial da lei penal no tocante às grandes corporações. São eles o *status* do homem de negócios, a tendência à não utilização de métodos penais e o ressentimento relativamente inorganizado do público contra crimes de colarinho branco.

Com respeito ao primeiro fator, sustenta ele que, representando os métodos empregados no cumprimento de qualquer lei uma adaptação das características dos prováveis infringentes da lei segundo as apreciações dos legisladores e das pessoas ligadas à engrenagem da Justiça, as apreciações referentes aos homens de negócios, visivelmente os prováveis infringentes das leis que combatem o crime de colarinho branco, revelam uma mistura de medo e admiração. O medo dos responsáveis pelo sistema da Justiça penal é de hostilizar os homens de negócios, em virtude do seu poder econômico e da sua capacidade de represália. A admiração possui suas raízes na homogeneidade cultural que os legisladores e magistrados compartilham

---

<sup>17</sup> Ele também alerta para o sentido extensivo que a expressão “crime de colarinho branco” adquire no universo anglo-saxão: “Por outro lado, nas suas referências a casos paradigmáticos, o próprio SUTHERLAND foi, de forma muito consciente, além do campo das grandes sociedades e dos delinquentes de elevado estatuto social, incluindo fraudes ou furtos praticados por pessoas da classe média como empregados bancários de baixos salários, proprietários de pequenas oficinas de reparação de automóveis, relógios, rádios, máquinas de escrever ou vendedores destes produtos. A utilização da expressão “colarinhos brancos” com este alcance está perfeitamente sintonizada com o significado que genericamente lhe é atribuído nos Estados Unidos e na Inglaterra”. (MANNHEIM, 1984 ou 1985, v. 2, p. 727). Contudo, analisando o conceito do crime do colarinho branco em Edwin Sutherland, Geis (2002, p. 10-11) afirma que, para ele, o que sobressai é uma impressão de que o autor *was most concerned with the illegal abuse of power by upper-echelon businessmen in the service of their corporations, by high-ranking politicians against their codes of conduct and their constituencies, and by professional persons against the government and against their clients and patients*. Isto é, “estava mais preocupado com o abuso ilegal de poder por homens de negócios dos escalões mais altos, a serviço de suas empresas, por políticos de alta posição contra seus códigos de conduta e seu eleitorado, e por profissionais contra o governo e contra seus clientes e pacientes”. (Tradução nossa).

com os homens de negócios, porquanto os legisladores, *exempli gratia*, admiram e respeitam estes últimos, não podendo enxergá-los como criminosos, já que não combinam com o estereótipo popular do “criminoso”, e acreditando que estes homens de “respeitabilidade” se conformarão à lei como decorrência de pressões muito brandas.

Quanto ao segundo fator, o criminólogo especifica que a tendência ao não uso ou à redução do espaço de métodos penais, cujo avanço mais rápido ocorreu precisamente no campo dos crimes de colarinho branco em contraste com outros delitos, é geralmente visualizada nas seguintes medidas: o abandono de penalidades extremas como morte e tortura; a substituição de métodos penais convencionais por métodos não penais do tipo da suspensão condicional da pena; e a suplementação de métodos penais por métodos não penais, a exemplo das políticas educacionais no interior das prisões. Esta tendência se deve, continua o autor, a um conjunto de mudanças sociais, representadas no ampliado poder da camada socioeconômica mais baixa, alvo tradicional das penalidades; na inclusão no âmbito da legislação penal de uma parte expressiva do estrato socioeconômico mais alto; na maior interação social entre as classes, gerando um clima de maior compreensão e solidariedade; no insucesso dos métodos penais para operar reduções substanciais nas taxas de criminalidade; e no enfraquecimento da concepção psicológica que enfatizava a utilização da dor no controle do comportamento.

Por derradeiro, sobre o terceiro fator, o do ressentimento relativamente inorganizado do público contra crimes de colarinho branco, indica o sociólogo três motivos para a natureza diversa da relação entre a lei e os costumes nesse domínio:

- a) as violações da lei por homens de negócios têm caráter complexo, não consistindo em ataque simples e direto de uma pessoa contra outra, como o são as lesões corporais, com efeitos difusos, que podem se espalhar por um longo período de tempo e atingir um elevadíssimo número de pessoas, sem que alguém, em particular, sofra muito, em um dado tempo, e exigindo, em muitos casos de crimes de colarinho branco, a apreciação por parte de expertos nos ramos profissionais da verificação do fato sob investigação;
- b) os meios de comunicação não exprimem os sentimentos moraisorganizados da comunidade quanto aos crimes de colarinho

branco, parcialmente devido à complexidade destes e à dificuldade de apresentá-los como notícias, mas possivelmente muito mais em razão do fato de tais agências pertencerem a homens de negócios ou serem por eles controladas e de elas próprias se envolverem nas violações de muitas das leis sob comento;

- c) as normas regulando o mundo dos negócios e os crimes relacionados se encontram alocadas em uma parte relativamente nova e especializada das legislações, enquanto os delitos tradicionais permanecem inseridos no corpo dos códigos penais regulares, recebendo estes delitos a maior atenção dos professores de Direito penal, os quais têm negligenciado o conhecimento da maior parte do Direito penal do Estado moderno, sendo que, de modo semelhante, o público em geral comumente não possui consciência de muitas das disposições especializadas, daí resultando a falta de organização do sentimento do público<sup>18</sup>.

Lembra Sutherland (1983, p. 61-62), em adição, que os princípios que alicerçavam a posição contrária à admissibilidade da responsabilidade penal das empresas sofreram reversão no seio dos tribunais americanos, passando a permitir a condenação freqüente destas, por delitos como homicídio culposo, furto e destruição de propriedade, entre muitos outros:

Such decisions involved reversal of the three principles on which the earlier decisions were based. First, the corporation is not merely a legislative artifact. Associations of persons existed prior to the law and some of these associations have been recognized as entities by legislatures. These corporations and other associations are instrumental in influencing legislation. Consequently legislation is in part an artifact of

---

<sup>18</sup> Sobre os três fatores apresentados, determinantes da implementação diferencial da lei penal quanto aos crimes e criminosos de colarinho branco. (SUTHERLAND, 1983, p. 56-60).

corporations, just as corporations are in part an artifact of legislatures. Second, the requirement that criminal intent be demonstrated has been eliminated from an increasing number of criminal laws [...]. Third, the location of responsibility has been extremely difficult in many parts of modern society, and responsibility is certainly a much more complicated concept than is ordinarily believed. The old employers's liability laws, which were based on the principle of individual responsibility, broke down because responsibility for industrial accidents could not be located. [...] Some attention has been given to the location of responsibility for decisions in the large corporations. Although responsibility for actions of particular types may be located, power to modify such actions lies also at various other points. Due largely to the complexity of this concept, the question of individual responsibility is frequently waived and penalties are imposed on corporations. This does, to be sure, affect the stockholder who may have almost no power in making decisions as to policy, but the same thing is true of other penalties which have been suggested as substitutes for fines on corporations, namely, dissolution of the corporation, suspension of business for a specified period, restriction of sphere of action of the corporation, confiscation of goods, publicity, surety for good behavior, and supervision by the court<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup>“Tais decisões envolveram a reversão dos três princípios nos quais as decisões anteriores estavam baseadas. Primeiro, a corporação não é meramente um artefato legislativo. Associações de pessoas existiram antes da lei e algumas destas associações foram reconhecidas como entidades pelas legislaturas. Estas corporações e outras associações são instrumentais em influenciar a legislação. Conseqüentemente, a legislação é em parte um artefato das corporações, exatamente como as corporações são em parte um artefato das legislaturas. Segundo, o requisito de que o dolo seja demonstrado tem sido eliminado de um crescente número de leis penais [...]. Terceiro, a localização da responsabilidade tem sido extremamente difícil em muitas partes da sociedade moderna, e a responsabilidade é certamente um conceito muito mais complicado do que ordinariamente se acredita. As velhas leis sobre a responsabilidade dos empregadores, que eram baseadas no princípio

Partindo da referência de Thorstein Veblen ao “homem pecuniário ideal” e ao “delinqüente ideal”, Edwin Sutherland comenta que o primeiro representa a cultura especial do mundo dos negócios, enquanto o segundo é exemplo da cultura especial do submundo, tendo como melhor representante o ladrão profissional<sup>20</sup>, e passa a estabelecer semelhanças e diferenças entre esses dois tipos de criminalidade e os seus respectivos protagonistas.

---

da responsabilidade individual, sucumbiram porque a responsabilidade por acidentes industriais não podia ser localizada. [...] Alguma atenção tem sido dada à localização da responsabilidade por decisões nas grandes corporações. Embora a responsabilidade por ações de tipos particulares possa ser localizada, o poder de modificar tais ações encontra-se também em vários outros pontos. Devido largamente à complexidade deste conceito, a questão da responsabilidade individual é freqüentemente posta de lado e as penas são impostas às corporações. Isto efetivamente, sem dúvida, afeta o acionista que pode não ter qualquer poder em tomar decisões no que tange à política, mas a mesma coisa é verdade em relação a outras penas que têm sido sugeridas como substitutos para multas impostas às corporações, isto é, a dissolução da empresa, a suspensão das atividades por um período especificado, a restrição da esfera de ação da empresa, o confisco de mercadorias, a publicidade, a fiança por bom comportamento e a supervisão pela corte”. (Tradução nossa).

<sup>20</sup> Mack (1977, p. 7) refere-se a algumas características do criminoso profissional na concepção inspirada por Edwin Sutherland: *Cependant nous estimons que les définitions que l'on trouve dans la plupart des écrits théoriques, à la suite de Sutherland, sont encore pleinement valables; c'est-à-dire que les criminels professionnels constituent une élite, une toute petite fraction admirée et faisant partie d'un groupe plus large de malfaiteurs à plein temps; et que le statut de cette élite a été acquis à la suite d'une formation dispensée par leurs supérieurs, ce qui en a fait des spécialistes. Il y a également dans la signification du terme la notion d'intelligence supérieure, ou du moins celle d'un jugement pratique supérieure, qui permet à celui qui en jouit d'éviter les risques du métier, tel l'emprisonnement, plus fréquemment que les autres criminels moins doués.* “Contudo, estimamos que as definições que encontramos na maior parte dos escritos teóricos, seguindo Sutherland, são ainda plenamente valiosas; tal quer dizer que os criminosos profissionais constituem uma elite, uma pequenina fração admirada e fazendo parte de um grupo maior de malfeitores em tempo integral; e que o estatuto desta elite foi obtido como resultado de uma formação dispensada pelos seus superiores, o que fez deles especialistas. Há igualmente na significação do termo a noção de inteligência superior, ou pelo menos aquela de um julgamento prático superior, que permite àquele que dele desfruta evitar os riscos do ofício, tal como a prisão, mais freqüentemente que os outros criminosos menos dotados”. (Tradução nossa). Por outro lado, ele sustenta que o principal defeito do estereótipo ínsito na palavra “profissional” reside no fato de o mesmo centralizar a atenção na pessoa e na personalidade do criminoso, em detrimento da atenção que deve ser dispensada ao elemento organizacional nos delitos maiores. (MACK, 1977, p. 7-8).

Em primeiro lugar, diz ele, no atinente às similaridades, tanto a criminalidade das corporações quanto a dos ladrões profissionais é persistente, de forma que há grande incidência de reincidentes entre os transgressores. O doutrinador constata que nenhuma das medidas aplicadas aos homens de negócios por infringência à lei tem sido muito efetiva no escopo de reabilitá-los ou de desencorajar outros a práticas assemelhadas.

O segundo ponto está no reconhecimento de que o comportamento ilícito é muito mais extensivo do que revelam as ações penais e as petições iniciais, significando, por exemplo, que muitas modalidades de violação da lei são perpetradas pela grande maioria das empresas e indústrias, não representando condutas isoladas de um ou alguns homens de negócios colhidos na malha da Justiça, mas práticas reiteradas de muitos, nem sempre processados.

Como terceiro ponto, está a realidade de que o homem de negócios violador das leis reguladoras do mundo dos “colarinhos brancos” habitualmente não perde *status* entre seus colegas, cujas reações são muitas vezes de admiração pelas práticas do *smart man*. O princípio geral costumeiramente invocado é o da violação do código legal não implicar necessariamente a violação do código dos negócios, de maneira que a perda de prestígio está vinculada à infração do código de negócios e não à infração do código legal, salvo quando coincidentes.

Uma quarta característica que aproxima os homens de negócios dos ladrões profissionais reside na atitude de desrespeito dos dois grupos em relação à lei, ao governo e a membros da estrutura do Estado. Os primeiros usualmente sentem e exprimem menosprezo pela lei, pelo governo e seu pessoal, enquanto os últimos ostentam o mesmo desprezo pela lei, e ainda por policiais, promotores de justiça e magistrados. Esse desprezo pela lei, compartilhado por ambas as categorias, alimenta-se do fato de que esta lhes impede o comportamento reprovado. No caso dos homens de negócios, o pessoal do governo lhes parece uma equipe de políticos e burocratas e as pessoas com autorização para a investigação das práticas de negócios, bisbilhoteiros. Esses homens de “colarinho branco”, que, muitas vezes, vêem a promulgação de uma lei e não a sua violação como o autêntico crime, pensam que quanto menos governo melhor, exceto quando pretendem obter favores especiais deste.

Ainda no terreno das semelhanças, Edwin Sutherland menciona três aspectos da racionalidade da corporação com respeito ao comportamento ilícito. Primeiramente, as empresas levam em consideração dois fatores principais para a escolha dos delitos: o menor perigo destes serem detectados e identificados e a seleção de vítimas com menor probabilidade de reação. Tanto os crimes das corporações como os furtos profissionais são cuidadosamente selecionados, sendo praticados contra vítimas consideradas fracas como oponentes. Quanto aos delitos das empresas, suas vítimas raramente se encontram em situação de travar luta contra a direção das mesmas. A título ilustrativo, os consumidores encontram-se espalhados e desorganizados, além de carecerem de informação objetiva, e os acionistas, similarmemente, raramente conhecem os procedimentos complexos das corporações às quais estão ligados, além de receberem pouca informação relativa às políticas ou à condição financeira das ditas empresas.

O segundo aspecto se refere à escolha de delitos de difícil prova, seja no contexto dos criminosos de colarinho branco, seja no dos ladrões profissionais. O ramo da publicidade é um bom exemplo, pois, uma vez que um pouco de propaganda exageradamente elogiosa é admitida como justificável, há dificuldade quanto à obtenção de prova atestando a utilização de propaganda exageradamente elogiosa desarrazoada.

No respeitante ao terceiro aspecto, o autor evoca a política das corporações de “dar um jeito” nos casos e processos, à semelhança dos ladrões profissionais que confiam no dinheiro e na boa relação com um mediador eficiente junto aos canais próprios, para explorar uma peça fraca no mecanismo das pessoas necessárias a uma condenação. Como exemplos concretos, o órgão federal da *Food and Drug Administration* (Administração de Alimentos e Drogas) já sofreu pressões de senadores e deputados, com ameaças de corte de verbas, para impedir a aplicação da lei no concernente a determinadas pessoas e, após a Primeira Grande Guerra Mundial, face à atuação dinâmica da *Federal Trade Commission* (Comissão Federal do Comércio), o Presidente dos Estados Unidos, procurado por representantes de grandes empresas, substituiu alguns membros da comissão em tela por outros mais solidários com as práticas do universo dos negócios, ocasionando o indeferimento de pleitos formulados contra muitas corporações. Outra tática empregada é a do suborno. E a prática habitual das empresas de fazer um acordo com acionistas minoritários, quando estes propõem uma



ação contra a administração das mesmas, faz lembrar a indenização do ladrão profissional ao ofendido, pelo furto cometido, com o intuito de deter a persecução penal<sup>21</sup>.

Finalmente, Sutherland (1983, p. 230) não olvida as diferenças entre o crime de colarinho branco e o furto profissional, assegurando que as principais se referem às concepções dos transgressores sobre si próprios e às concepções do público sobre estes:

The professional thief conceives of himself as a criminal and is so conceived by the general public. Since he has no desire for a favorable public reputation, he takes pride in his reputation as a criminal. The businessman, on the other hand, thinks of himself as a respectable citizen and, by and large, is so regarded by the general public<sup>22</sup>.

Os homens de negócios, leciona o doutrinador, não se vêem como enquadrados no estereótipo do “criminoso” ainda quando violam a lei. Por outro lado, usualmente pensam em si mesmos como “violadores da lei” – um eufemismo, sem dúvida –, contudo o fazem com orgulho, jactando-se, em suas relações particulares, pela prática de tais violações, porque a lei e não a sua infringência é que lhes parece reprovável. São apoiados por seus colegas nas violações em causa, o que lhes assegura uma consciência que geralmente não lhes incomoda. O sentimento de vergonha pelas práticas de negócios desleais, quando existente, parece reservado, com maior frequência, aos homens de negócios mais jovens, por não haverem assimilado ainda, completamente, a mentalidade e as atitudes peculiares ao reino dos negócios.

---

<sup>21</sup> Acerca das similaridades expostas, entre a criminalidade dos agentes do “colarinho branco” e a dos ladrões profissionais, ver Sutherland (1983, p. 227-229, 236-239).

<sup>22</sup> “O ladrão profissional concebe a si mesmo como um criminoso e é assim concebido pelo público geral. Uma vez que não tem qualquer desejo por uma reputação pública favorável, ele se orgulha de sua reputação como criminoso. O homem de negócios, por outro lado, pensa em si próprio como um cidadão respeitável e, de modo geral, é assim considerado pelo público geral”. (Tradução nossa).

Argumenta o sociólogo que a concepção de alguém sobre si próprio como criminoso se assenta sobre uma caracterização geral e um tipo ideal. Como, prossegue ele, dois dos fatores mais determinantes para a identificação do eu com o tipo ideal correspondem ao tratamento oficial como criminoso e à associação pessoal íntima com aqueles que enxergam a si mesmos como criminosos, a conclusão é de que o criminoso do “colarinho branco” não se julga um criminoso, porquanto ele não é submetido aos mesmos procedimentos oficiais reservados a outros violadores da lei e, mercê de seu *status* social, não se envolve e não é envolvido em associação pessoal íntima com aqueles que se autodenominam criminosos.

Não são apenas os homens de negócios que repudiam a identificação como criminosos; o público também, em geral, lhes recusa o enquadramento no estereótipo, sendo a sua concepção associada algumas vezes à idéia do status, e este aparentemente alicerçado na detenção de poder. O público, é claro, não atribui ao homem de negócios, em princípio, o cultivo de altos padrões de honestidade e de escrupulosidade na observância da lei, mas, devido ao seu *status* baseado no poder, não consegue visualizá-lo como criminoso, isto é, o típico, como o ladrão profissional<sup>23</sup>.

Visando à proteção de suas reputações, os homens de negócios promovem justificativas e racionalizações – como a de que todo mundo faz propaganda exageradamente elogiosa de suas mercadorias, para descaracterizar o caráter reprovável da fraude na publicidade –, cuja função é a ocultação do fato do crime, rechaçando, *exempli gratia*, o uso de palavras que denotem pejorativamente a natureza de suas práticas, como “desonesto” e “fraudulento”, e estimulando a sua substituição por palavras e expressões eufemísticas<sup>24</sup>. Nesse sentido, o homem de negócios e o ladrão profissional se distanciam:

---

<sup>23</sup>Sobre as diferenças apontadas, entre a criminalidade dos agentes do “colarinho branco” e a dos ladrões profissionais, ver Sutherland (1983, p. 230-232).

<sup>24</sup>Louk Hulsman, porém no contexto de sua proposta abolicionista do sistema penal, é um dos autores que enfatizam o poder estigmatizante das palavras e a necessidade de mudança de linguagem, mas sem a conservação das velhas categorias nas novas palavras e expressões. (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 95-96).

The policy of corporations is general public adherence to the law and secret defections from the law. In this respect the businessman is quite different from the professional thief. In professional theft the fact of crime is a matter of direct observation, and the important problem for the thief is to conceal his identity in order to avoid punishment but not in order to maintain his status in the general public. In white collar crime, on the other hand, the important problem for the criminal is to conceal the fact of crime, since the identity of the firm which violates the law is generally known<sup>25</sup>.

Outra estratégia dos homens de negócios em prol da salvaguarda de suas reputações é o seu esforço no sentido de uma implementação diferente das leis a eles aplicáveis, mediante substituições dos procedimentos cabíveis por outros menos estigmatizantes, posto que não desejam ser presos por policiais, nem ser forçados ao comparecimento perante uma corte penal, ou tampouco ser condenados pelo cometimento de delitos.

Para conservar o *status* e a concepção de não enquadramento no mundo criminoso, as empresas também empregam expertos em Direito, bem como em relações públicas e propaganda. O porta-voz dos homens de negócios, que equivale ao advogado que defende o ladrão profissional contra acusações específicas, desempenha uma função de caráter bem mais inclusivo, que é a de influenciar a promulgação e a aplicação da lei no atinente a seus clientes, de antecipadamente recomendar a estes os métodos passíveis de utilização com relativa impunidade e de defender os mesmos duplamente, tanto perante os tribunais, quanto perante o público, diante de acusações específicas que lhes forem feitas. (SUTHERLAND, 1983, p. 233-234).

---

<sup>25</sup> “A política das corporações é adesão pública geral à lei e defecções secretas da lei. Neste aspecto, o homem de negócios é inteiramente diferente do ladrão profissional. No furto profissional, o fato do crime é uma questão de observação direta e o problema importante para o ladrão é ocultar sua identidade a fim de evitar a punição, mas não para manter seu status perante o público geral. No crime de colarinho branco, por outro lado, o problema importante para o criminoso é ocultar o fato do crime, uma vez que a identidade da firma que viola a lei é geralmente conhecida”. (SUTHERLAND, 1983, p. 232, tradução nossa).

De suas observações, deduz Sutherland que os crimes de colarinho branco não constituem, em princípio, infrações isoladas e involuntárias de regulamentos técnicos – ainda que possam sê-lo, como exceção à regra –, mas, ao contrário, são, em grande parcela, deliberados, com uma unidade relativamente consistente, e, mais que isso, são igualmente organizados. No entendimento do sociólogo, a organização para o crime pode ser de duas espécies: formal ou informal, encontrando-se a primeira, no caso dos crimes das empresas, por ilustração, na concorrência desleal e nos esforços para o controle da legislação, a seleção de administradores e a restrição de verbas para a execução de leis que possam atingi-las, e a segunda, na formação de consenso entre homens de negócios, direcionado, por exemplo, para a prática da concorrência desleal. Daí a sua visão do crime de colarinho branco como “crime organizado”. (SUTHERLAND, 1983, p. 227, 229, 239).

Uma passagem que bem reúne as idéias do criminólogo sobre o crime de colarinho branco como “crime organizado” é a que ora se transcreve:

Evidence has been presented in previous chapters that crimes of business are organized crimes. This evidence includes references not only to gentlemen's agreements, pools, trade associations, patent agreements, cartels, conferences, and other informal understandings, but also to the tentacles which business throws out into the government and the public for the control of those portions of the society<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> “Evidência foi apresentada nos capítulos anteriores de que os crimes de negócios são crimes organizados. Esta evidência inclui referências não apenas a acordos de cavalheiros, trustes, associações comerciais, acordos de patentes, cartéis, reuniões e outros entendimentos informais, mas também aos tentáculos que a empresa lança sobre o governo e o público pelo controle daquelas porções da sociedade”. (SUTHERLAND, 1983, p. 256, tradução nossa). É claro que o sentido que Edwin Sutherland empresta à expressão “crime organizado” não coincide exatamente com a noção mais corrente na doutrina e com a propugnada em Ferro (2006). Mas oferece relevantes subsídios para a compreensão do fenômeno do crime de colarinho branco dentro do contexto do crime organizado, particularmente quanto às alusões do sociólogo às estratégias do mundo dos negócios com o objetivo de controlar o governo e o público em benefício de seus interesses.

Em um dos últimos capítulos de seu livro *White collar crime*, o autor afirma que os dados disponíveis, embora não possibilitem uma explicação completa do crime de colarinho branco, sugerem que a gênese do mesmo se encontra no mesmo processo geral aplicável a outras modalidades de comportamento criminoso, ou seja, a associação diferencial<sup>27</sup>, que, na sua avaliação, a despeito de não fornecer, como hipótese, uma explicação total ou absoluta do fenômeno do crime de colarinho branco ou de qualquer outro delito, é talvez a que melhor se ajuste aos dados sobre tais crimes, em comparação com outras hipóteses gerais. (SUTHERLAND, 1983, p. 240).

Firmado este ponto, ele passa a desenvolver uma teoria sobre o crime de colarinho branco, aproveitando para expor, em dado momento, a anatomia simplificada da associação diferencial no caso do criminoso em questão:

---

<sup>27</sup>Sutherland descreve a associação diferencial nestes termos: *When persons become criminal, they do so because of contacts with criminal behavior patterns and also because of isolation from anticriminal behavior patterns. Any person inevitably assimilates the surrounding culture unless other patterns are in conflict; thus a southerner does not pronounce r because other southerners do not pronounce r. Negatively, this proposition of differential association means that associations which are neutral as far as crime is concerned have little or no effect on the genesis of criminal behavior. Much of the experience of a person is neutral in this sense, such as learning to brush one's teeth. This behavior has no positive or negative effect on criminal behavior except as it may be related to associations which are concerned with the legal codes. Such neutral behavior is important especially in occupying the time of a child so that he or she is not in contact with criminal behavior while engaged in the neutral behavior.* (SUTHERLAND; CRESSEY; LUCKENBILL, 1992, p. 89). “Quando as pessoas se tornam criminosas, elas o fazem devido a contatos com padrões de comportamento criminoso e também devido ao isolamento em relação a padrões de comportamento anticriminoso. Qualquer pessoa inevitavelmente assimila a cultura circundante a menos que outros padrões estejam em conflito; por conseguinte, um sulista não pronuncia *r* porque outros sulistas não pronunciam *r*. Negativamente, esta proposição da associação diferencial significa que as associações que são neutras no que diz respeito ao crime têm pouco ou nenhum efeito sobre a gênese da conduta criminoso. Muito da experiência de uma pessoa é neutro neste sentido, tal como aprender a escovar os dentes. Este comportamento não tem qualquer efeito positivo ou negativo sobre a conduta criminoso exceto quando possa estar relacionado a associações que tratam dos códigos legais. Tal comportamento neutro é importante especialmente em ocupar o tempo de uma criança, de modo que ele ou ela não esteja em contato com a conduta criminoso enquanto envolvido no comportamento neutro”. (Tradução nossa). Ver também nota de rodapé nº 4.

White collar criminals, like professional thieves, are seldom recruited from juvenile delinquents. As a part of the process of learning practical business, a young man with idealism and thoughtfulness for others is inducted into white collar crime. In many cases he is ordered by managers to do things which he regards as unethical or illegal, while in other cases he learns from those who have the same rank as his own how they make a success. He learns specific techniques of violating the law, together with definitions of situations in which those techniques may be used. Also, he develops a general ideology. This ideology grows in part out of the specific practices and is in the nature of generalization from concrete experiences, but in part it is transmitted as a generalization by phrases such as "We are not in business for our health," "Business is business," and "No business was ever built on the beatitudes". These generalizations, whether transmitted as such or constructed from concrete practices, assist the neophyte in business to accept the illegal practices and provide rationalizations for them<sup>28</sup>.

Em sendo um processo de associação diferencial, os homens de negócios, além de expostos a definições em favor da prática do crime de

---

<sup>28</sup> "Criminosos de colarinho branco, como ladrões profissionais, são raramente recrutados entre delinqüentes juvenis. Como parte do processo de aprendizagem dos negócios práticos, um jovem com idealismo e consideração pelos outros é iniciado no crime de colarinho branco. Em muitos casos, ele recebe ordens de gerentes para fazer coisas que ele considera antiéticas ou ilegais, enquanto em outros casos ele aprende daqueles que possuem a sua mesma graduação como fazer sucesso. Ele aprende técnicas específicas de violar a lei, juntamente com definições de situações em que aquelas técnicas podem ser usadas. Ademais, ele desenvolve uma ideologia geral. Esta ideologia cresce em parte pelas práticas específicas e está na natureza da generalização de experiências concretas, mas em parte é transmitida como uma generalização por expressões tais como "Não estamos no ramo de negócios pela nossa saúde", "Negócios são negócios" e "Jamais um negócio foi construído sobre as beatitudes". Estas generalizações, quer transmitidas como tais ou construídas a partir de práticas concretas, ajudam o neófito nos negócios a aceitar as práticas ilegais e prover racionalizações para as mesmas". (SUTHERLAND, 1983, p. 245, tradução nossa).

colarinho branco, encontram-se isolados de definições hostis a tal delito e protegidos contra as mesmas. Mesmo crescendo em um lar onde a honestidade é estabelecida como virtude, tais ensinamentos domésticos exibem pouca relação explícita com as práticas dos negócios, até porque aqueles que as classificam como indesejáveis e ilícitas são usualmente tidos como “comunistas” ou “socialistas”, o que praticamente lhes retira qualquer poder de influência de suas definições.

Os meios de comunicação, conquanto prossigam frequentemente definindo as infrações comuns do Código Penal de uma forma assaz crítica, não dedicam o mesmo tratamento ao crime de colarinho branco e aos seus perpetradores, por vários motivos, entre os quais: a inegável homogeneidade existente nos padrões e princípios compartilhados pelos proprietários e dirigentes dos jornais mais destacados e das corporações de radiodifusão e cinema, *exempli gratia*, que constituem grandes empresas capitalistas, e pelos dirigentes de outras corporações; o fato de a receita mais significativa destas agências de comunicação provir dos anúncios e demais instrumentos publicitários de outras empresas, resultando uma eventual adoção de linha crítica das práticas dos negócios em geral ou de corporações específicas em uma provável perda de expressiva parcela da receita aludida; e o envolvimento das próprias empresas de comunicação em violações da lei enquadráveis como crimes de colarinho branco, como concorrência desleal, propaganda enganosa e outras.

Não são apenas os meios de comunicação que protegem os homens de negócios e suas empresas de severas críticas e da estigmatização do crime; também membros da estrutura do Estado o fazem, de que é exemplo a implementação diferencial das leis, como a opção, no contexto ianque, por procedimentos perante o Juízo de Equidade para homens de negócios acusados de concorrência desleal e por procedimentos penais para sindicalistas enfrentando acusações semelhantes.

Esta posição menos crítica dos integrantes do Estado e do governo com referência aos homens de “colarinho branco”, em contraste com o tratamento dispensado às pessoas da camada socioeconômica mais baixa, é produto, consoante o doutrinador, de diversas relações:

- a) a homogeneidade cultural existente, de modo geral, entre os membros do governo e os homens de negócios, ambos estando situados, no caso americano, nas classes mais altas da sociedade;

- b) a presença de homens de negócios, como membros, nas famílias de muitos integrantes do governo;
- c) a freqüente existência de amizade pessoal ligando muitos homens de negócios a componentes do governo;
- d) a presença de muitas pessoas em posições no governo, como executivos, diretores, advogados e outros, com ligações, no passado, com firmas e empresas;
- e) o desejo de muitas pessoas situadas no governo de assegurar emprego nas firmas ou empresas após o encerramento de sua participação no mesmo;
- f) o grande poder das corporações na sociedade americana, objeto de seu estudo, com sua capacidade de promover ou prejudicar os programas de interesse do governo;
- g) a íntima conexão entre o programa do governo e os partidos políticos, cujo sucesso nas campanhas eleitorais depende da contribuição de grandes somas providas de importantes homens de negócios<sup>29</sup>.

Edwin Sutherland traça um paralelo entre a associação diferencial, entendida como uma explicação hipotética do delito pelo ângulo do processo pelo qual se verifica a iniciação de uma pessoa no mundo do crime, e a desorganização social, vista como uma explicação hipotética do fenômeno criminoso pelo prisma da sociedade, sendo uma compatível com a outra, de forma a funcionarem como contraparte uma da outra, e aplicando-se ambas aos crimes em geral, inclusive o de “colarinho branco”<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Ver Sutherland (1983, p. 250-252). O criminólogo resume as relações determinantes da posição menos crítica dos membros do governo contra os homens de “colarinho branco”, *ipsis litteris*: *Thus, the initial cultural homogeneity, the close personal relationships, and the power relationships protect businessmen against critical definitions by government.* (SUTHERLAND, 1983, p. 252). “Assim, a homogeneidade cultural inicial, as relações pessoais íntimas e as relações de poder protegem os homens de negócios contra definições críticas pelo governo”. (Tradução nossa).

<sup>30</sup> Para o autor, a desorganização social pode se manifestar como ausência de padrões (anomia) ou conflito de padrões. Esta última situação, por sua vez, assemelha-se à associação diferencial, por envolver uma ratio entre a organização em favor de infrações à lei e a organização em vez da desorganização social. Assim, a empresa possui uma organização rígida voltada para a violação das regulamentações do universo dos negócios, ao passo que a sociedade política não está similarmente organizada contra tais violações. (SUTHERLAND, 1983, p. 255-256).



Por conclusão, o sociólogo observa a pouca importância das leis no controle do comportamento no mundo dos negócios, salvo se apoiadas por uma administração com disposição política para combater o comportamento ilegal. E esta, por sua vez, ostenta pouca força para deter tal tipo de comportamento, salvo se apoiada por um público disposto ao cumprimento da lei. Sua sugestão repousa na formação de um claro antagonismo entre o público e o governo, de um lado, e os homens de “colarinho branco” infratores da lei, do outro:

This calls for a clear-cut opposition between the public and the government, on the one side, and the businessmen who violate the law, on the other. This clear-cut opposition does not exist and the absence of this opposition is evidence of the lack of organization against white collar crime. What is, in theory, a war loses much of its conflict because of the fraternization between the two forces. White collar crimes continue because of this lack of organization on the part of the public<sup>31</sup>.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da associação diferencial é essencial para um maior entendimento do fenômeno do crime organizado, ao estabelecer uma ponte entre o *underworld*, com seus delitos peculiares, como os patrimoniais, e o *upperworld*, com seus crimes de colarinho branco; e entre a criminalidade dos indivíduos das classes sociais mais baixas, recrutados em favelas, bairros propícios ao seu desencadeamento, e em prisões divididas em facções, e a criminalidade dos indivíduos das classes mais altas, recrutados, por exemplo, no próprio ambiente de trabalho, em contato com homens de negócios,

---

<sup>31</sup> “Isto pede uma oposição bem delineada entre o público e o governo, de um lado, e os homens de negócios que violam a lei, do outro. Esta oposição bem delineada não existe e a ausência desta oposição é evidência da falta de organização contra o crime de colarinho branco. O que é, na teoria, uma guerra perde muito do seu conflito por causa da confraternização entre as duas forças. Os crimes de colarinho branco continuam por causa desta falta de organização por parte do público”. SUTHERLAND, 1983, p. 257, tradução nossa).

executivos, autoridades e membros do governo; ao expor as relações nem sempre éticas ou lícitas entre os homens de negócios e as autoridades e os esforços no sentido de uma implementação especial da lei em relação aos primeiros e de lhes apagar as marcas estigmatizantes do crime; e, sobretudo, por evidenciar algumas dessas conexões promíscuas com o Poder Público ou com alguns de seus agentes e chamar a atenção para uma criminalidade quase “invisível”, mas não por isso menos socialmente danosa, a dos que trajam ternos e mantêm seus colarinhos não tão imaculadamente brancos.

## REFERÊNCIAS

ABADINSKY, Howard. **Organized crime**. 7. ed. Belmont, California: Wadsworth, 2003.

BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: The Free Press, 1997.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **O crime organizado e as organizações criminosas: conceito, características, aspectos criminológicos e sugestões político-criminais**. 845 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. Título do original francês: *Surveiller et punir*.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. A moderna criminologia “científica” e os diversos modelos teóricos. *Biologia Criminal, Psicologia Criminal e Sociologia Criminal*. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171-299.

GEIS, Gilbert. White-collar crime: what is it? In: SHICHOR, David; GAINES, Larry; BALL, Richard (Org.). **Readings in white-collar crime**. Prospect Heights, Illinois: Waveland Press, 2002. p. 7-25.

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 15, jan./dez. 2008

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Niterói: Luam, 1997. Título do original francês: Peines perdues: le système pénal en question.

LYMAN, Michael D.; POTTER, Gary W. **Organized crime**. 2nd ed. New Jersey: Prentice Hall, 1999.

MACK, J. A. Le crime professionnel et l'organisation du crime. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, Paris, n. 1, p. 5-18, jan./mars 1977.

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1984 ou 1985]. v. 2.

SCHILLING, Flávia. Corrupção, crime organizado e democracia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 401-409, out./dez. 2001.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime**: the uncut version. New Haven/London: Yale University Press, 1983.

\_\_\_\_\_; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. **Principles of criminology**. 11. ed. New York: General Hall, 1992. (The Reynolds Series in Sociology).

WRIGHT, Richard A. Sutherland, Edwin H. 1883-1950. In: **ENCYCLOPEDIA of criminology**. Disponível em: <<http://www.fitzroydearborn.com/chicago/criminology/sample-sutherland-edwin.php3>>. Acesso em: 8 Jun. 2002.



## FUNÇÕES DOGMÁTICAS E LEGITIMIDADE DOS TIPOS PENAIIS NA SOCIEDADE DO RISCO

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães\*  
Davi Uruçu Rego\*\*

*Encontramo-nos diante da necessidade de elaborar um discurso limitador e não há limites cuja eficácia não seja neutralizada quando se estabelece um discurso cujas bases gnoseológicas permitem que seja manipulado de forma tal que a cor dos olhos pode ser interpretada como “ação”. Eugenio Raúl Zaffaroni.*

**Resumo:** O presente artigo tem por escopo demonstrar que no âmbito da sociedade do risco acontecem fenômenos de difícil previsibilidade, próprios de uma sociedade ameaçada pela sua própria dinâmica, fruto essencial das decisões humanas que impõem a necessidade imperativa de dar respostas às novas questões sociais, cujos contornos e aspectos mais expressivos repercutem significativamente no direito penal. Assim sendo, o ponto de partida não poderia ser outro senão o estudo das funções dogmáticas atribuídas ao tipo penal, a partir de uma perspectiva criminológica crítica, vez que melhor evidencia as contradições internas inerentes ao discurso dogmático penal.

**Palavras-chave:** Sociedade do risco. Tipos penais de perigo. Legitimidade. Funções do tipo penal.

**Abstract:** The purpose of this article is to show that in a high-risk society which is threatened by its own dynamic development, unpredictable phenomena will occur as a result of basic human choices. These decisions result in new social questions which when answered, outline repercussions on the criminal law. Therefore, the starting point could be non other than the study of the dogmatic functions given to the criminal type, from the critical criminology perspective but also from the inner contradictions inherent in the dogmatic penal speech.

**Keywords:** Society of the risk. Penal types of danger. Legitimacy. Functions of the penal type.

---

\* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Coordenador Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – ABPCP. Sócio Fundador do Instituto Panamericano de Política Criminal. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade

## 1 INTRODUÇÃO

No presente artigo será abordado um fenômeno emergente na sociedade contemporânea (para alguns pós-moderna ou pós-industrial), que se caracteriza fundamentalmente pela imprevisibilidade, pelo risco, ou pelo aparecimento de novos riscos<sup>1</sup>.

A insegurança, a globalização, a integração supranacional, a identificação de sujeitos-agentes com a vítima, o predomínio econômico sobre o político, o reforço da criminalidade organizada<sup>2</sup>, o descrédito nas instâncias de proteção e a maior relevância do crime macroespacial são características desta sociedade que tencionam ao alargamento do domínio de intervenção do direito penal, não somente pelo aparecimento de novos bens jurídicos, mas, sobretudo, pela criminalização de condutas que outrora ou estavam pura e simplesmente desprotegidas ou eram sancionadas por outros ramos do direito.

Neste cenário acontecem fenômenos de difícil previsibilidade e controlabilidade, próprios de uma sociedade ameaçada pela sua própria dinâmica, fruto essencial das decisões humanas<sup>3</sup>.

---

Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior pelo Centro Universitário do Maranhão (UNICEUMA). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Pesquisador do CNPq. calguimaraes@yahoo.com.br

\*\* Acadêmico do 7º período do Curso de Direito do UNICEUMA e Bolsista do Grupo de Estudos: Evolução dogmática do Direito Penal. Análise crítica da Teoria do Crime, pertencente ao Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) do UNICEUMA sob a orientação do Professor Doutor Cláudio Alberto Gabriel Guimarães. daviphrego@hotmail.com

<sup>1</sup> Sobre os conceitos de sociedade pós-moderna ou pós-industrial, imprescindível a leitura de Giddens (1991, p. 51-58).

<sup>2</sup> Sobre o polêmico conceito de crime organizado, Cf. Batista (2007).

<sup>3</sup> Segundo Giddens (2000a, p. 42-43), “[...] não existem dúvidas quanto à necessidade de não encararmos o risco como um fator inteiramente negativo. O risco tem sempre de ser controlado, mas a aceitação de riscos é um dos elementos fundamentais de uma economia dinâmica e de uma sociedade inovadora. Viver numa época global significa a necessidade de enfrentar uma série de novos fatores de risco. Em muitas situações teremos de ser mais atrevidos do que cautelosos no apoio que dispensamos à inovação científica ou a outros tipos de mudança. Ao cabo e ao resto, uma das raízes da palavra ‘risco’, no português original, levou à criação de outra palavra que também significa ‘ousar’”.

Surge, portanto, como imperativa a necessidade de dar respostas às novas questões sociais, cujos contornos e aspectos mais expressivos impelem a uma prática legislativa penal arraigada, por exemplo, em tipos penais de perigo (abstrato ou presumido), em tipos confusos e vagos, na delegação de função legislativa penal e, por derradeiro, na criminalização dos deveres de vigilância.

Em tal cenário, assaz preocupante, necessário que se elabore uma crítica responsável, e o marco teórico referencial não poderia ser outro senão o estudo das funções dogmáticas atribuídas ao tipo penal a partir de uma perspectiva criminológica crítica, haja vista ser um pensamento que, de forma clara, aponta as contradições internas inerentes ao discurso dogmático penal.

Ressalta-se que, no âmbito dogmático, optamos pela escolha das funções aduzidas por Francisco Muñoz Conde ao tipo, em detrimento dos diversos posicionamentos doutrinários, sobretudo pela visão utilitarista atribuída à função motivadora geral – a qual tem sido disseminada entre os tipos penais feis às características da sociedade do risco.

Por fim, sobreleva-se que o grande objetivo a ser alcançado está longe da oferta de um ponto de vista acabado acerca da temática desenvolvida; todavia, encontra agasalho, sobretudo, no desejo de fomentar o resgate da capacidade questionadora, que foi suprimida pela massificação de uma passividade indolente que, indubitavelmente, não apenas corrompe, mas também desfalece o potencial intelectual de uma parcela relevante daqueles que atuam na seara penal.

## **2 AS SOCIEDADES DO RISCO E O DIREITO PENAL DO PERIGO**

Ao se realizar uma análise histórica percuciente, constata-se que a sociedade foi sempre uma sociedade de risco<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Segundo Cavalcanti (2005, p. 150-151), “Nos tempos pré-modernos a sociedade sofria com azares, infortúnios e infelicidades. Porém, na Modernidade o conceito de risco substituiu o de *sorte, destino ou fortuna*, pois ocorreu uma alteração na percepção da determinação da contingência, de tal modo que os imperativos morais humanos, as causas naturais e o acaso reinam no lugar das cosmologias religiosas. Mais ainda: tais azares e infortúnios passaram a ser riscos quando o projeto da Modernidade, implantado com sucesso na con-

Entende-se como acertada tal observação, até porque viver em sociedade implica compartilhar riscos. Contudo, o que se deve levar em conta é justamente a nova dimensão dos riscos contemporâneos, visto que estes são globalmente difundidos e irrefreáveis – em função de uma nova ordem financeira e internacional, de um novo modelo de desenvolvimento capitalista que se baseia em novos padrões de produção, na elevadíssima concentração de capital, na revolução tecnológica, nas precarizações das relações de trabalho, na ampliação da exclusão social, na degradação do meio ambiente, entre tantos outros fatores.

Desta forma, pertinentes as observações conceituais de Sociedade do risco desenvolvidas por Fernandes (2001), ao estabelecer que:

O conceito de Sociedade de (ou do) risco chama a atenção precisamente para o lado obscuro do desenfreado desenvolvimento da técnica (que temos vindo apelidar de tecnociência de raiz de calculadora), com a falácia conseqüente do seu sistema de cálculo de riscos, que originou, origina e virá certamente a originar conseqüências negativas, as quais fazem mesmo perigar a própria continuação da vida no planeta [...].

Neste sentido, a expressão sociedade do risco representa uma reviravolta da idéia de risco tradicionalmente moldado sob os alentos de total controle da Modernidade. Isto porque os riscos que se podiam calcular na

---

fiança dos indivíduos, emergiu com a fórmula de previsão e probabilidade da ocorrência de perigos. A fórmula da Modernidade valorizou a capacidade de explicar as indeterminações, a partir da construção da racionalidade cartesiana. Ora, a Modernidade caracteriza-se pela sua capacidade de controlar as indeterminações. E, assim, de produzi-las. Este paradoxo acrescenta a necessidade de proteção e segurança. É a necessidade de agir para que as indeterminações não adquiram valor de estrutura [...]. Com a Pós-modernidade os riscos se acentuam devido, sobretudo, à incapacidade metodológica da Modernidade. A convincente relação de causa e efeito desmanchou-se no ar e o que resta são apenas possibilidades. O desejo de segurança de tranqüilidade, não mais suprido pela técnica cartesiana, abre espaço para o sentimento de insegurança e intranqüilidade sociais”.



esteira da Modernidade tornaram-se incalculáveis e imprevisíveis na sociedade dos riscos contemporâneos.

Destarte, corroborando o que acima exposto, Cavalcanti (2005, p. 151) aduz que

Ao revés da noção linear de causa e efeito, possibilitando a delimitação de responsabilidade pelos danos e perigos, a atual sociedade de risco produz a entropia nos fenômenos, diluindo as linearidades e certezas. Os riscos acentuados implicam desta forma, novas modalidades de riscos<sup>5</sup>.

Observa-se, nesse mister, que o *modus vivendi hodierno* agasalha uma série de novos interesses, os quais, ou não existiam anteriormente – ou não com a mesma incidência – ou, por outro lado, encontravam-se em processo de deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, ou ainda, certas realidades que sempre se fizeram presentes e que, graças à evolução social e cultural, experimentaram um incremento essencial de valor que outrora não existia. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 27).

O que se quer dizer com isso é que, através do processo de globalização neoliberal, de uma reestruturação econômica e das novas formas de tratamento dada às questões sociais, culturais e políticas, ou seja, graças à integração supranacional, a sociedade do risco se caracteriza por sobrelevar uma gama de relações jurídicas originadas dos novos avanços tecnológicos, dos cidadãos *on line*, da manipulação genética, assim como das relações advindas da difusão dos preceitos de sustentabilidade do patrimônio material e imaterial, tais como meio ambiente e patrimônio histórico-artístico<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Dentre as novas modalidades de riscos, Silva Sánchez (2002, p. 29) ressalta a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural. “Isto pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc.) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, etc. Mas, também, porque a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, desloca para a marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais”.

<sup>6</sup> Sobre o tema, em profundidade, Giddens (2000b, p. 31-46).

Em face destas características, surge um número expressivo de novos riscos que radicam não apenas nas decisões individuais que geram insegurança, mas, sobretudo, naquelas decisões que distribuem, ou mesmo, institucionalizam a insegurança.

Nesse mister, seria correto afirmar que o “outro” é realmente um delinqüente animalesco, predador, monstro sexual, nocivo ou pernicioso, membro de uma classe inferior, desprovido de valores familiares, um inimigo a ser combatido?<sup>7</sup> Teriam a incerteza, a insegurança e o medo do “outro” adquirido uma resignificação em função do imprevisível, do imperceptível e de tantos desastres maciçamente divulgados na sociedade de riscos?<sup>8</sup> Tem-se que não!<sup>9</sup>

O certo é que binômio risco-perigo torna-se indissociável e “impõe” à sociedade uma busca desenfreada por mecanismos de proteção, sejam eles de efeito mediato ou imediato, independentemente do local o qual o cidadão encontre-se, seja no trânsito, no trabalho, na escola, ou durante o

---

<sup>7</sup> Para Garland (2002, p. 86), “a criminologia oficial é cada vez mais dualista, polarizada e ambivalente”, ou seja, divide em “criminologia de si” e “criminologia do outro”. “A primeira é invocada para banalizar o crime, moderar os medos desproporcionais e promover a ação preventiva, enquanto a segunda tende a diabolizar o criminoso, a estimular os medos e as hostilidades populares e a sustentar que o Estado deve punir mais”.

<sup>8</sup> Dornelles (2002, p. 123), aduz que, “No contexto contemporâneo, onde parte da população não convive diretamente com a violência, mas sim com a sua intensa e exaustiva divulgação nos meios de comunicação, ampliando os seus efeitos e criando um relativo aumento da consciência dos riscos e das violências que são ameaçadoras, a violência passa a apresentar uma natureza subjetiva, passa a ser também um sentimento. O sentimento de estar exposto, fragilizado, expressa uma subjetividade que é resultado da violência real. [...] A sensação de exposição ao risco, a sensação subjetiva de insegurança, mesmo quando se torna objetiva, está ligada, portanto, a um sentimento. Mesmo quando esta insegurança objetivamente não existe, vive-se sob a sensação subjetiva do medo. Assim o indivíduo passa a se sentir mais exposto aos perigos do que efetivamente está sob o risco de sofrer alguma violência [...]. Sobre a vivência subjetiva dos riscos, Cf. Silva Sánchez (2002, p. 37).

<sup>9</sup> A assertiva resulta da observação de que a incerteza, a insegurança e o medo do outro que circundam o cidadão contemporâneo são sementes plantadas pelos meios de comunicação social e pelos titulares de cargos políticos, em função de interesses escusos que alavancam uma série de crenças e encobrem um silêncio sorridente sobre as informações que as desmintam. Neste sentido, Batista sinaliza para a ultrapassagem da mera função comunicativa por parte da mídia. (BATISTA, 2002, p. 271).

lazer, o que mais importa é a busca insaciável pela sensação de segurança.

Ao se fazer uma radiografia da situação expendida, é imperioso destacar que todo o medo e a insegurança existentes na Sociedade do Risco são gerados pelas políticas neoliberais de massificação do desemprego estrutural, expansão do subemprego, surgimento de subculturas e guetos sociais, manutenção de uma estrutura vertical da sociedade e, por fim, mecanismos impiedosos de seleção<sup>10</sup>, discriminação e marginalização, que geram, amiúde, no seio das sociedades capitalistas, movimentos sociais violentos que anatematizam o processo de exclusão-marginalização, o qual lhes é imposto pela expansão da globalização.

Em resumo, a vivência dos riscos é gerada pela massificação de excluídos<sup>11</sup> na sociedade, que, por sua vez, é então somatizada pela população incluída, que vê como única saída para combater esse mal, a utilização do Direito Penal.

Na visão de Tangerino (2006, p. 166)

O Direito Penal, mercê de sua forte carga emocional, tornou-se fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, ante o fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população [...].

Como se pode observar, o direito penal é convocado a responder às exigências da globalização e de integração supranacional, reforçadas pelas rupturas de barreiras jurídicas na livre circulação de bens e de pessoas, assim como a responder ao novo catálogo de perigos existentes na sociedade contemporânea<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Sobre criminalização primária e secundária, Cf. Baratta (2002, p. 161-176).

<sup>11</sup> “No mundo globalizado neoliberal, os excluídos são produto do sistema, mas carregam a culpa de não terem sabido alcançar sua inclusão. Incluído, da sua parte, é aquele que está dentro do mercado, consumindo e, de consequência, produzindo. O excluído, por seu turno, sobrevive das migalhas porque, à margem do mercado é um não consumidor, coloca-se na condição de descartável e, portanto, no quadro atual, mostra-se como um empecilho dado continuar demandando pelas necessidades básicas, *homo famelicus*”. (COUTINHO, 2000, p. 78).

<sup>12</sup> Sobre direito penal simbólico, Cf. Andrade (2003, p. 292).

Desta forma, cabe não somente refletir sobre os motivos condicionantes da ampliação do direito penal na sociedade do risco, mas, sobretudo, sobre quais respostas o direito penal tem dado às interações surgidas deste novo contexto social.

Nessa seara, Cavalcanti (2005, p. 161) observa que, com a insegurança e o medo, frutos da supressão do Estado-previdência, os princípios da prevenção e da precaução não somente ganharam força, como condicionaram a idéia de futuro ao dueto informação-conhecimento das incertezas e riscos provenientes da sociedade do risco (princípio da prevenção) – razão que atribui ser fomentadora da criação freqüente de tipos penais de perigo, precipuamente de perigo abstrato<sup>13</sup>.

Assinala-se que a opção pelos tipos penais de perigo abstrato traz consigo a pretensão de resguardar e suprimir as lacunas decorrentes das novas situações de ameaça. Ou seja, não se deseja apenas evitar a produção dos resultados lesivos, mas sim, adiantar a prevenção a fim de propiciar uma sensação de segurança.

Atenta a tal concepção, Buergo (2001, p. 78, tradução nossa) adverte que,

Resulta manifesto que um dos traços que mais claramente caracteriza este Direito penal moderno é a crescente utilização, na maioria das reformas penais, da técnica dos tipos de perigo abstrato, assim como de delitos de empreendimento ou de consumação antecipada e a punição específica de atos preparatórios, com a finalidade confessada de ampliar a capacidade de resposta e a eficácia no controle de condutas, posto que ao diminuir nesses delitos os requisitos da punibilidade, facilitam enormemente a aplicação do tipo e com isso o alcance da utilização do instrumento penal.

---

<sup>13</sup> “A perigosidade da conduta típica é determinada *ex ante*, através de uma generalização, de um juízo hipotético do legislador, fundado na idéia de mera probabilidade. O perigo atua como um mero motivo, ratio de criação do delito, mas não chega a ser o resultado típico do mesmo. Assim, para a consecução desse tipo de delito, não é necessário provar se o perigo foi ou não produzido, bastando apenas a demonstração de que foi executada a conduta que, de um ponto de vista geral e abstrato, foi reputada perigosa”. (GOMES; BIANCHINI, 2003, p. 276-277).

Com este desiderato, potencializador do desvalor das “formas de condutas perigosas”, amiúde profético, a própria liberdade de ação torna-se um perigo em si mesma, pois,

O preço a se pagar pela proteção contra o crime é, em última análise, tornar as ruas, praças, ônibus e metrô um gigantesco cárcere, onde todos sejam suspeitos de crimes que ainda não ocorreram e eternos vigias de seus pensamentos, palavras e ações<sup>14</sup>. (VIANA, 2002, p. 63).

Isto posto, constata-se que se o bem jurídico e a conduta lesiva se distanciam ao ponto desta satisfazer-se com um mero juízo probabilístico – que antecede, prescinde a ofensa àquele, é óbvio que a exigência de cuidado será sobrelevada a níveis aviltantes de vigilância recíproca, graças à gravidade das sanções impostas às “condutas perigosas” (“princípio da precaução”)<sup>15</sup>.

Ademais, imprescindível

[...] se mencionar a antecipação não propriamente da lesão ao bem jurídico, chegando ao nível da pura abstração nos crimes de perigo abstrato, porém a antecipação quanto à determinação da autoria e do elemento subjetivo do injusto, vale dizer, a criminalização dos deveres de vigilância por meio de crimes omissivos próprios e impróprios. (TANGERINO, 2006, p. 170).

---

<sup>14</sup>Ademais, “La expansión de un Derecho penal del peligro (Gefährdungstrafrecht) es explicada como la respuesta a la complejidad e inseguridad de la vida moderna, que crea la correspondiente necesidad y demanda de seguridad y reclama el aumento de los tipos de perigo. Y en esa medida, el Derecho penal ya no se presenta como una mera reacción represiva o retributiva ante lesiones de bienes jurídicos, sino que asume una tarea en el sistema del aseguramiento y previsión estatal de la existencia”. (BUERGO, 2001, p. 86-87).

<sup>15</sup> Sobre os princípios da prevenção e da precaução, Cf. Cavalcanti (2005, p. 161).

A grande controvérsia que surge, quando se fala desta necessidade latente de fornecer respostas aos riscos criados – ou mesmo aos riscos imaginados (decorrente do crescente processo de normatização de expectativas de ação), oriundos de uma sociedade globalizada, multifacetada, etc. – é justamente admitir a busca reiterada a juízos de prognose, a fim de evitar determinados resultados naturalísticos, em detrimento dos princípios garantistas que deveriam estruturar a dogmática penal, e conseqüentemente, das funções imputadas aos tipos penais.

Desta maneira, constata-se que as respostas que o direito penal tem dado às interações sociais surgidas da Sociedade do Risco, através da generalização dos tipos penais de perigo (abstrato ou presumido) e da criminalização dos deveres de vigilância, resultam contraproducentes para a credibilidade e eficácia do próprio sistema, pois definham a dogmática penal ao atribuir à legitimidade e à proporcionalidade um caráter contingente<sup>16</sup>.

### 3 DAS FUNÇÕES DOUTRINÁRIAS ATRIBUÍDAS AO TIPO PENAL

O ponto essencial para aprofundamento do tema proposto, pela via dialética, não poderia ser outro senão o tipo penal, visto que, somente após a descrição deste é que surgirão valorações acerca da antijuridicidade e culpabilidade, categorias que juntamente com o tipo penal integram a Teoria do Delito<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Ao dissertar sobre as últimas tendências mundiais do poder punitivo, Zaffaroni (2007, p. 14) assevera que, “Na doutrina jurídico-penal, pode-se distinguir o debilitamento do direito penal de garantias através da imputação jurídica conforme critérios que são independentes da causalidade; da minimização da ação em benefício da omissão, sem que interesse o que o agente realmente faça, a não ser o dever que tenha violado; da construção do dolo sobre a base do simples conhecimento (*teoria do conhecimento*), que lhe permite abarcar campos antes considerados próprios da negligência; da perda de conteúdo material do bem jurídico, com os conseqüentes processos de clonagem que permitem uma nebulosa multiplicação de elos; do cancelamento da exigência da lesividade conforme à multiplicação de tipos de *perigo sem perigo* (perigo abstrato ou presumido); da lesão à legalidade mediante tipos confusos e vagos e a delegação de função legislativa penal, sob o pretexto das chamadas *leis penais em branco*, etc”.

<sup>17</sup> Para Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 392), “O conceito de delito como conduta típica, antijurídica e culpável elabora-se conforme um critério sistemático que corresponde a um critério analítico que primeiro observa a conduta e depois o seu autor: delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável)”.

É de observar-se, portanto, que o tipo penal é um “instrumento logicamente necessário”, pois a ausência deste implicaria, por conseguinte, a averiguação da antijuridicidade e da culpabilidade de uma conduta que, repetidas vezes, seria desprovida de relevância penal. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 443).

Tipo, ou *Tatbestand*<sup>18</sup>, é o modelo legal de comportamento proibido, não é o fato delituoso em sua realidade fenomênica, mas, sim, a descrição legal de um fato que a lei proíbe ou ordena.

De acordo com Bemfica (1990, p. 63),

O tipo legal é um conceito abstrato, mas elaborado de conformidade com o material obtido dos elementos objetivos e subjetivos, que passa a representar. Ele não se confunde com a tipicidade, porque é fórmula que pertence à lei e a tipicidade pertence à conduta<sup>19</sup>.

Sem maiores indagações diz-se que o tipo e, conseqüentemente, a tipicidade representam garantias individuais, pois, se o Estado tem o direito de punir, não pode fazê-lo arbitrariamente. Deve ser autorizado pela sociedade, através de seus legisladores, e o faz através da positivação do delito tipo<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Conforme Luisi (1987, p. 13), “A palavra *Tatbestand* (literalmente “estado de fato”) tem sido traduzida de diversos modos nas línguas românicas, tais como: “*fattispecie*”, “*fatto*”, “*contenido legal del hecho*” [...]; contudo, os autores portugueses e brasileiros em geral têm usado o vocábulo “tipo” para referir-se ao *Tatbestand*. No presente artigo são usadas como sinônimas as expressões “*Tatbestand*”, “tipo” e “delito tipo”.

<sup>19</sup> De acordo com Fragoso (1991, p. 153), “O conceito de tipo remonta historicamente ao *corpus delicti*, sendo empregado na antiga doutrina para significar o conjunto das características de determinado delito. Adquiriu função autônoma na estrutura do fato punível com a obra de *Belling* (1906), que limitava o conceito de tipo às características objetivas do crime, por contraposição à antijuridicidade e à culpabilidade. O conceito de tipo desde então evoluiu consideravelmente na doutrina do Direito Penal, com a introdução dos componentes subjetivos do comportamento.

<sup>20</sup> Sabadell (2002, p. 111-112) aduz que “Nos sistemas capitalistas, a legitimidade é do tipo formal-legal. Os cidadãos aceitam submeter-se somente a ordens que emanam de normas jurídicas estabelecidas segundo procedimentos previstos na Constituição. [...]”.

Destarte, tem-se que a atividade legislativa é uma ação normatizada, mediatizada em todas as suas expressões por um conjunto de regras que se ordenam em um edifício normativo inseparável da arquitetura jurídica que o sustenta (GOYARD-FABRE, 1999, p. 251) – e que, conseqüentemente, fundamenta o direito de punir do Estado.

Nesse contexto, a dogmática penal é a arquitetura jurídica que permite ao Estado efetivar seu direito de punir e embasar a produção legislativa criadora de tipos penais. Com base nela é que se efetivará o estudo das funções atribuídas aos delitos tipo, percorrendo-se, para tanto, todos os mais importantes matizes teóricos (CONDE MUÑOZ, 1988, *passim*) afetos a tal estudo.

Em razão da maioria dos autores investigados compreender que uma das principais funções do tipo reside na garantia decorrente do princípio da legalidade<sup>21</sup> ou da reserva legal, inscrito no artigo 5.º, XXXIX da Constituição Federal e no art. 1.º do Código Penal brasileiro, informando também as modernas legislações penais estrangeiras: *nullum crimen nulla poena sine typo*, este será o nosso ponto de partida.

Pode-se visualizar três significados, ao abordar o princípio da legalidade. No prisma político implica uma garantia individual contra eventuais abusos do Estado. Na ótica jurídica subdivide-se em dois sentidos, um lato e outro estrito. Em sentido amplo, significa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, II, CF). Quanto ao sentido estrito (ou penal), quer dizer que não há crime sem lei que o defina, nem tampouco pena sem lei que a comine. (NUCCI, 2007, p. 85).

---

<sup>21</sup> “Desde uma conceituação formal de princípio, verifica-se que a legalidade penal desdobra-se, na contemporaneidade – objetivando cumprir uma função de garantia (*in casu*, limitação ao poder de punir estatal), em quatro outros princípios – que devem ser aplicados concomitantemente – a saber: a) a proibição de retroatividade da lei penal que fundamenta ou agrave o direito de punir (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); b) proibição de recorrer aos costumes para a identificação de práticas criminosas e suas respectivas penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); c) proibição do uso da analogia em relação às normas incriminadoras (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); e d) proibição da existência de normas penais em linguagem vaga, ambígua ou indeterminada (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Cf. Soares Júnior (2005, p. 84).



De acordo com o que preceitua Tavares (2000, p. 169),

O princípio da legalidade, pelo qual se exige exata descrição da conduta criminosa, tem por escopo evitar possa o direito penal transformar-se em instrumento arbitrário, orientado pela conduta de vida e pelo ânimo. [...] a exata descrição dos elementos que compõem a conduta criminosa serve, primeiramente, ao propósito de sua materialização, quer dizer, sua condição espaço-temporal; depois, como instrumento de comunicação entre o Estado e os cidadãos, pelo qual se assinalam as zonas do proibido e do permitido, por fim, de regulação sistemática.

Esta condição espaço-temporal de que fala o autor, nada mais é do que a fixação de elementos-objetos apreensíveis de acordo com a linguagem cotidiana, que impõem ao tipo a exigência de que este se refira à lesão ou perigo de lesão de bem jurídico, objetivamente concretizável através desses objetos<sup>22</sup>.

Constata-se, pois, que o tipo, com sua função de garantia ou de política criminal, serve para delimitar o setor de intervenção estatal, mediante a descrição da conduta criminosa; ou ainda, oportunizar ao cidadão, antes da realização do fato, saber, com precisão e clareza, se sua conduta é punível ou não.

Destarte, vale sobrelevar a insuficiência de uma lei anterior à conduta, que não seja claramente individualizadora do comportamento delituoso, e que se regozija na pura e simples legalidade formal.

Eis agora alguns posicionamentos acerca das funções atribuídas ao tipo.

---

<sup>22</sup> Muñoz Conde (1988, p. 46) assevera que “Para cumprir sua função de garantia, o tipo tem que estar redigido de tal modo que de seu texto se possa deduzir com clareza a conduta proibida. Para isso, deve-se utilizar uma linguagem clara e precisa, acessível ao nível cultural médio. Deve-se reprimir o uso de elementos normativos que implicam sempre uma valoração e, por isso, certo grau de subjetivismo e empregar sobretudo elementos lingüísticos descritivos que qualquer um pode apreciar ou conhecer em seu significado”.

Tavares (2000, p. 168-170) destaca a função sistemática e a função dogmática como das mais importantes atribuídas ao tipo penal.

A função sistemática, assim se entende, é compreendida dentro de um processo no qual o tipo deve desempenhar o papel de objeto referencial, pelo qual se assinala a identificação do conflito social que se quer regulamentar, ou seja, a individualização desse objeto referencial permite a diferenciação entre os diversos delitos alocados na parte especial do Código Penal.

A função dogmática se reserva o papel de esclarecer, fundamentadamente, em que medida e de que forma se deve considerar que determinada conduta ingressa na zona do ilícito, não prescindindo, em função das variações que comporta, da identificação das respectivas espécies de delito, doloso ou culposo, como exigência de sua materialização em termos de imputação. Desta forma, constata que no art. 20 do Código Penal encontra-se a expressão desta função.

Fragoso (1991, p. 156) e Bemfica (1990, p. 65), por sua vez, compartilham o entendimento segundo o qual o Tatbestand possui duas funções: sendo a primeira uma função de garantia e a segunda uma função fundamentadora da ilicitude do fato.

No que tange à função fundamentadora, observa-se que, embora o tipo seja valoração jurídica da conduta, não implica necessariamente em sua antijuridicidade, à qual apenas serve, em regra, de indício. Funciona, portanto, em relação à antijuridicidade, em geral, numa relação de regra-exceção.

Isto posto, depreende-se que o tipo pode desempenhar uma função indiciária da antijuridicidade (*ratio cognoscendi*)<sup>23</sup>, mas não se pode identificar com ela (*ratio assendi*)<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> “El carácter indiciario de la tipicidad fue enunciado por M. E. Mayer en 1915, al precisar las relaciones con la antijuridicidad. Conforme a su construcción la tipicidad es el más importante fundamento cognoscitivo de la antijuridicidad y se comporta, a su respecto, como el humo y el fuego (Sie verhalten sich wie Rauch und Feuer)”. Cf. Zaffaroni (2000, p. 427-428).

<sup>24</sup> “A identificação entre tipo e antijuridicidade conduz à teoria dos elementos negativos do tipo. As conseqüências da teoria dos elementos negativos do tipo refletem-se, sobretudo, no setor do erro, pois ao considerar as causas de justificação como elementos negativos do tipo, não há mais recurso do que tratar unitariamente o erro sobre os elementos do tipo e o erro sobre os pressupostos das causas de justificação”. (MUÑOZ CONDE, 1988, p. 43).

Por fim, Muñoz Conde (1988, p. 41-42) assevera que o tipo no direito penal possui uma tríplice função: a) uma função selecionadora<sup>25</sup> dos comportamentos humanos penalmente relevantes; b) uma função de garantia; e c) uma função motivadora geral.

A função selecionadora é umbilicalmente ligada ao princípio da intervenção mínima, pois, da ampla gama de comportamentos antijurídicos que ocorrem na realidade, o legislador seleciona somente aqueles mais intoleráveis e mais lesivos aos bens jurídicos de maior importância e os ameaça com uma pena, descrevendo-os na hipótese de uma norma penal.

Note-se que o tipo não cria a conduta, mas apenas a valora, transformando-a em crime, através de um processo que seleciona situações agressoras dos bens jurídicos penalmente protegidos e que, por sua vez, as inclui como juridicamente relevantes – em detrimento de outras que continuam disponíveis para futuras seleções.

Com a descrição dos comportamentos no tipo penal o legislador indica aos cidadãos quais os comportamentos proibidos e espera que, com a cominação penal contida nos tipos, esses cidadãos se abstenham de realizar a conduta proibida, a matéria da proibição. Sob estes parâmetros deve-se edificar a função motivadora geral.

Assim sendo, não é difícil perceber a similitude, ou mesmo a reprodução, do posicionamento das teorias relativas da pena – mais precisamente a teoria da prevenção geral negativa<sup>26</sup> – segundo a qual a pena é concebida como meio para a obtenção de ulteriores objetivos, entranhado na função motivadora geral que se atribuiu ao delito tipo.

---

<sup>25</sup> A única função dos tipos penais para Zaffaroni é a individualização das condutas humanas que são penalmente proibidas. Daí a necessidade lógica do tipo ser ditada por esta função. Cf. Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 444).

<sup>26</sup> Guimarães (2007, p. 39-40) afirma que “sucendendo a teoria retributiva e embasada na idéia de defesa social, surgiram as teorias preventistas da pena, formuladas a partir de novas posições teóricas que entendiam ser função da pena inibir, tanto quanto possível, a prática de novos delitos. Dentro dessas novas concepções teóricas, a pena despiu-se de sua roupagem retributiva, com fundamentos morais e éticos, afastando-se discursivamente da concepção do “fim em si mesmo”, e foi se transformando, paulatinamente, em um conjunto de medidas sociais, preventivas e repressivas, que, alimentadas por uma nova filosofia pôde melhor compreender a natureza do crime e, por via de consequência, implementar uma defesa mais eficaz e mais humana da sociedade”.

Desta forma, através da referida função, o tipo adquire a capacidade de coagir psicologicamente<sup>27</sup> todos os autores potenciais, a fim de afastá-los, da prática delitiva, através do simples estabelecimento do preceito secundário da norma penal.

A prevenção geral negativa, portanto, tem por finalidade tão somente a intimidação, vez que, através da representação do caráter drástico do sofrimento advindo da pena imposta, visa dissuadir os comportamentos infratores, potenciais e atuais.

Em síntese, pode-se afirmar que a dogmática penal, de forma geral, assevera que o tipo penal é de importância fundamental para o direito punitivo, pois sua função não se esgota na descrição das condições elementares do fato punível, mas também fundamenta e limita a antijuridicidade, especifica a conduta proibida, demarca o *iter criminis*, assinalando o início e o término da ação, ajusta a culpabilidade a cada figura penal, motiva a generalidade dos cidadãos a não delinquir e torna o Código Penal um instrumento de estabilidade e segurança, limitando o poder estatal de punir. (BEMFICA, 1990, p. 72).

#### **4 DAS FUNÇÕES DOUTRINÁRIAS ATRIBUÍDAS POR FRANCISCO MUÑOZ CONDE AO TIPO PENAL: ANÁLISE CRÍTICA**

Não é demais repisar que a escolha das funções aduzidas pelo referido doutrinador, em detrimento dos diversos posicionamentos existentes, é decorrente, sobretudo, da visão utilitarista que ele atribui à função motivadora geral – a qual tem sido disseminada entre os tipos penais fieis às características da sociedade do risco.

Destarte, uma vez ambientado às características da Sociedade do Risco – e, após conhecer o posicionamento doutrinário objeto de estudo –, deve-se delinear a discordância entre o programático de um direito penal submetido a limites e o cotidiano de uma criminalização crescente<sup>28</sup>, o que

---

<sup>27</sup> Sobre o tema, imprescindível, Feuerbach (1989).

<sup>28</sup> Para Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 407-408), “A nota característica da legislação penal do momento é a contradição crescente sob a aparência de *pragmatismo*: a repressão conforme a ideologia da *segurança urbana* (demagogia legislativa) cria leis que anulam garantias, corrompem as agências e acabam em destruição institucional, com insegurança

é intolerável porque, atualmente, a “incapacidade”<sup>29</sup> do direito penal para solucionar problemas é pública e notória.

#### 4.1 Crítica à função selecionadora do tipo penal

Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizaram ou formalizaram o poder (Estado) selecionaram<sup>30</sup>, através das agências políticas, um reduzido número de pessoas que submeteram à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. (ZAFFARONI et al, 2003, p. 43).

Em sentido diverso do supracitado, aduz-se que o poder disciplinador do sistema penal “elege algumas condutas” ofensivas a bens jurídicos universais desencadeando o processo de sua criminalização, o qual é submetido à decisão da agência judicial, que deve agir pautada nos princípios constitucionais, mormente os princípios da legalidade e da igualdade, levando a população, por esta via, à ilusão da segurança jurídica.

Faz ver o exposto que, em função de o tipo penal ser utilizado para “valorar condutas”, ou melhor, selecionar pessoas e torná-las criminosas<sup>31</sup>, o delito não pode ser reconhecido onticamente.

---

para o investimento; a impotência dos operadores políticos que, devido à minimização dos estados, não podem resolver problemas com mudanças reais, fomenta respostas às demandas de solução mediante leis penais com efeito negativo sobre a corrupção e o mercado de trabalho. A rigor, parece que a velha proposta de Radbruch (não um direito penal melhor, mas sim algo melhor que o direito penal) se inverte radicalmente na legislação recente, que sequer recorre a melhores leis penais, e sim acresce mais e mais soluções penais a novos âmbitos conflitivos”.

<sup>29</sup> Silva Sánchez (2002, p. 61) ao discorrer acerca do uso exacerbado do direito penal aduz o seguinte: “O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas principalmente, porque tão expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar”.

<sup>30</sup> Andrade (2003, p. 267), ao analisar a criminalidade como conduta majoritária e ubíqua orientada pela seleção de pessoas e não pela incriminação de condutas, afirma: “O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime”.

<sup>31</sup> “Chama atenção que, na grande maioria dos casos, os chamados de “delinquentes” pertencem aos setores sociais de menores recursos. Em geral, é bastante óbvio que quase

Assim sendo, o discurso legitimante – servindo-se do aporte teórico da ideologia da defesa social<sup>32</sup> - emprega o delito tipo para “censurar a conduta”<sup>33</sup> daquele que lesionou um bem jurídico penalmente protegido.

Nesse mister, cabe vislumbrar duas conseqüências, que põem em xeque a coerência da função selecionadora, advindas do poder criminalizante da agência política.

A primeira conseqüência é a ampliação irrestrita do âmbito da matéria criminalizável, pois,

Não sendo a gravidade objetiva da lesão uma característica pré-jurídica diferencial do delito, pode-se pensar em encontrá-la na objetivação de um dado subjetivo referente à culpabilidade, como por exemplo, o grau de perversidade da motivação. (ZAFFARONI et al, 2003, p. 135).

Destarte, amiúde, o ato político que valora tanto a gravidade da lesão, quanto a perversidade da motivação, fomenta decisões e programas

---

todas as prisões do mundo estão povoadas de pobres. Isto indica que há um processo de seleção das pessoas às quais se qualifica como “delinqüentes” e não, como se pretende, um mero processo de seleção das condutas ou ações qualificadas como tais”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 58).

<sup>32</sup> “O Direito Penal seria o ramo do direito que protege bens jurídicos universais, caros a todos aqueles que fazem parte da sociedade por ele protegida, sendo aplicado de forma rigidamente igualitária e se pautando inexoravelmente no princípio da legalidade. Tem-se assim, configurada a ideologia da defesa social”. (GUIMARÃES, 2007, p. 54). Especificamente sobre a ideologia da defesa social. (BARATTA, 2002, p. 41-47).

<sup>33</sup> Andrade (2003, p. 267) assevera que “a conduta criminal não é, por si só, condição suficiente de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de pessoas. Pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desviantes dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados”.

de decisão que não serão orientados para modificar a realidade, mas, sobretudo, para falseá-la aos olhos dos espectadores e saciar o clamor punitivo da opinião pública<sup>34</sup>.

Compreendida desta forma, a função selecionadora não se destina a identificar e precisar a ação que o Estado considera criminosa, mas sim a encobrir os graves problemas sociais advindos da inoperatividade do Estado minimalista e das falácias do, tão sonhado, discurso do bem estar social.

O que se observa, portanto, é um processo expansivo de substituição da democracia pela comunicação entre políticos e seu público que antagoniza a interrelação da função selecionadora com o princípio da intervenção mínima, pois vulgariza a quintessência da construção dogmática, a *ultima ratio*.

Paralelamente à primeira consequência, ocorre o fortalecimento do poder de vigilância e seleção das agências policiais, porque

a realidade do poder punitivo é exatamente inversa à sustentada no discurso jurídico, que pretende colocar em primeiro lugar o legislador, em segundo o juiz, e quase ignora a polícia: na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualizadamente exercida. (ZAFFARONI et al, 2003, p. 51).

Desta forma, sob o pretexto de prevenir, de investigar condutas “perigosas”, de identificar suspeitos, de deter ações lesivas, de vigiar espaços públicos, de exercer o controle veicular, etc., fertiliza-se o terreno

---

<sup>34</sup> “Em qualquer país podem-se encontrar exemplos deste tipo de leis que são produto de um moderno pensamento mágico. “O pintor-caçador do paleolítico pensava que com a pintura possuía a coisa mesma, pensava que com o retrato do objeto adquiria poder sobre o mesmo objeto; acreditava que o animal da realidade sofria a mesma morte que animal retratado”. Nossos projetos de leis, movidos pelo desejo de acalmar campanhas pela “lei e ordem”, ou com fins “eleitoreiros”, lembram os caçadores do paleolítico”. (ZAFFARONI, 1991, p. 18).

tanto para o arbítrio quanto para o desregramento do exercício de criminalização.

Em síntese, observa-se que os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem<sup>35</sup> graças aos órgãos legislativos, que ao inflacionarem as tipificações, aumentam o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e, conseqüentemente, seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador.

#### 4.2 Crítica à função de garantia do tipo penal

A função de garantia traduz-se no princípio da legalidade, o qual se mostra como o primado da lei decorrente da decisão popular e reveste-se no fundamento de um Estado limitado pelo direito<sup>36</sup>. Entretanto, essa roupagem funcional é passível de questionamentos quanto à sua eficácia e operacionalização.

Isto porque,

O discurso jurídico-penal exclui de seus requisitos de legalidade o exercício de poder de seqüestro e estigmatização que, sob pretexto de identificação, controle

---

<sup>35</sup> “Sabe-se que, em razão da estrutura seletiva do poder punitivo e do descomunal poder de vigilância das agências executivas, cada criminalização primária implica um aumento do poder seletivo e de vigilância, ao mesmo tempo que fomenta o poder subterrâneo das agências integradas por funcionários do Poder Executivo. Portanto, conforme o âmbito da criminalização primária e das leis que toleram o exercício do poder punitivo subterrâneo, os direitos e garantias individuais que a Constituição tanto desejou preservar estarão mais ou menos à mercê dos supramencionados funcionários”. (ZAFFARONI et al, 2003, p. 240).

<sup>36</sup> Sabadell (2002, p. 111-112), ao discorrer sobre o papel do Direito no processo de legitimação do poder político, aduz que: “O Direito dá ao poder o que o constitucionalista alemão Carl Schmitt (1978) chamou de “mais-valia política” – ou seja, através do Direito é possível criar legitimidade para um governo, que passa a usufruir as vantagens que oferece a aceitação popular (estabilidade social, diminuição de conflitos, obediência espontânea). [...] Como apontava Max Weber, a forma de legitimidade hoje mais corrente é a crença na legalidade: a submissão a estatutos estabelecidos pelo procedimento habitual e formalmente correto”.



migratório, contravenções, etc., fica a cargo de órgãos executivos, sem intervenção efetiva dos órgãos judiciais. A lei permite, deste modo, enormes esferas de exercício arbitrário do poder de seqüestro e estigmatização, de inspeção, controle, buscas irregulares, etc., que se exercem cotidiana e amplamente no discurso jurídico-penal. O saber penal só se ocupa da legalidade das matérias que o órgão legislativo quer deixar dentro de seu âmbito e, enfim, de reduzidíssima parte da realidade que, por estar dentro desse âmbito já delimitado, os órgãos executores decidem submeter-lhe. (ZAFFARONI, 1991, p. 23).

Assim sendo, a função de garantia torna-se um simulacro, pois trata problemas sociais como questões de ordem legal, negando sua motivação político<sup>37</sup> -econômica<sup>38</sup> que impede a efetivação de uma justiça social, além de fazer crer, de maneira irreal, que a sua simples positivação tem valor de garantia efetiva dentro do Estado democrático.

Ressalta-se ainda que o discurso jurídico-penal ignora o fato de as leis penais renunciarem à legalidade ao contemplarem tipificações com limites difusos, com elementos valorativos moralistas, com referências de ânimo, com omissões ou ocultamentos do verbo do tipo, e, por fim, com uma concepção calcada, predominantemente, na periculosidade, vinculan-

---

<sup>37</sup> “Desnudando a função política da legalidade, no que diz respeito àquela que se cala (legitimadora e instrumental), maquiada por uma função (declarada) ideologicamente neutra de garantia de direitos, pode-se começar a questionar a natureza (de verdade) do discurso jurídico, implicando inexoravelmente em um questionamento da própria dogmática e de sua metodologia no sentido da consciência de seus limites como os limites da própria sociedade”. (SOARES JÚNIOR, 2005, p. 136).

<sup>38</sup> “As normas proibitivas (negativas), incrementadas por meio de uma produção legislativa incomensurável, continuam a servir de símbolo de poder, especialmente contra a criminalidade aberta, a criminalidade de rua, aquela que mais incomoda e que mais destrói o prestígio do poder. Recorde-se que, por exemplo, na época da ditadura militar, as leis de segurança sempre dedicaram maior atenção às manifestações de rua, que consideravam altamente subversivas, ainda que pacíficas e ingênuas, porque isto desconcertava a imagem que o poder queria passar, de estabilidade e força. No modelo neoliberal, o quadro não mudou”. (TAVARES, 2004, p. 138).

do a punição à personalidade do criminoso, e desqualificando, na imposição do castigo, a própria tipicidade<sup>39</sup>.

Por fim, constata-se que, assim como ocorre com a função seletiva – que racionaliza a seletividade decisória – a função de garantia insere-se em um contexto jurídico no qual teoria e práxis são duas realidades distintas. De um lado possibilita a crença na decidibilidade do conflito, enquanto do outro implica violação seletiva e arbitrária dos Direitos Humanos ao contrariar os princípios constitucionais do Estado de Direito, do Direito Penal e, numa perspectiva mais aprofundada, caracteriza-se por sua eficácia instrumental às avessas à qual a eficácia simbólica legitima.

### 4.3 Crítica à função motivadora geral do tipo penal

A percepção de que a função motivadora geral reproduz os preceitos da prevenção geral negativa<sup>40</sup> conduz à ordem pragmática-instrumental de contenção da delinquência que está ligada ao objetivo de, no futuro, evitar práticas delitivas através da capacidade de “coagir psicologicamente”, a fim de dissuadir os comportamentos infratores, potenciais e atuais com o simples estabelecimento do preceito secundário da norma penal, afigurando-se, portanto, como instrumento pedagógico de contenção embasado na ideia de defesa social.

---

<sup>39</sup> Segundo Zaffaroni et al (2003, p. 133), “O novo direito penal do autor, sob a forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento”.

<sup>40</sup> Ao discorrer sobre as funções da pena nas teorias econômicas, Guimarães evidencia a adoção da teoria da prevenção geral negativa pelas proposições economicistas, “pois, acima de tudo, em uma perspectiva ex ante, pretende gerar, através de sua política criminal, óbices para a prática delitiva e, portanto, como a abstenção da conduta delituosa, economia para a vítima e para o Estado, em razão da busca pela diminuição de custos causados pelo cometimento do delito. Deste modo, pode-se afirmar que a hipótese dissuasória atribuída à pena – mormente à pena privativa de liberdade – faz referência à função básica do Direito Penal para as correntes dominantes da análise econômica dos delitos e das penas pode fazer com que o indivíduo deixe de agir contra a ordem jurídica e, por conseguinte, contra a ordem econômica. A intimidação seria, conseqüentemente, o principal escopo das sanções afetas ao Direito Penal”. (GUIMARÃES, 2007, p. 38).

Contudo, esse afastamento teórico da concepção da pena como “fim em si mesma”, de roupagem retributiva, ao se transformar em um conjunto de medidas sociais, preventivas e repressivas que discursivamente implementam uma defesa mais eficaz e mais humana da sociedade, traz no bojo o estabelecimento da antinomia entre interesses da sociedade e direitos dos indivíduos.

Isto porque,

Não estabelece quais seriam os critérios capazes de mensurar a denominada necessidade de intimidação. Ademais, a teoria da prevenção geral negativa não só prescindiria da culpabilidade do autor como também poderia provocar um aumento desmedido das penas dos delitos mais graves ou mais frequentes. (PRADO, 2004, p. 151).

Desta forma, sob o pretexto de desmotivar condutas agressivas aos bens jurídicos penalmente protegidos, é possível suprimir garantias dos indivíduos selecionados para conformar o trauma social advindo do delito<sup>41</sup>.

O que se observa é que a capacidade intimidatória pretendida pela função motivadora geral tem como presunção absoluta o que se critica na teoria da retribuição, isto é, a impossibilidade de ser empiricamente demonstrada a racionalidade absolutamente livre do homem. E, ademais, não consegue superar o grave óbice da manipulação do homem.

---

<sup>41</sup> “O fenômeno da identificação com a vítima, no panorama proposto por alguns autores, conduz também a entender a própria instituição da pena como mecanismo de ajuda à superação por parte da vítima do trauma gerado pelo delito. O raciocínio é o seguinte: já que a sociedade não foi capaz de evitar que a vítima sofresse o trauma causado pelo delito, tem, ao menos, em princípio, uma dívida, perante a ela, consistente no castigo do autor. A pena – se afirma – significa muito para a vítima. Não porque satisfaça as necessidades de vingança, pois na maioria dos casos não faz. Senão porque a pena manifesta solidariedade do grupo social para com a vítima. A pena deixa de fora o autor e, assim, reintegra a vítima”. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 53).

Nessa linha,

Cabe assinalar que o próprio texto constitucional (Preâmbulo e arts. 1º, III, e 5º, *caput*, da CF) agasalha a noção do ser humano, como pessoa livre, digna de paz, portanto, dotada de responsabilidade no âmbito social, opondo-se firmemente a qualquer possibilidade de sua eventual utilização como meio a serviço de finalidades político criminais. (PRADO, 2004, p. 158).

Com efeito, conclui-se que a utilização do ser humano como meio para a consecução de fins sociais meramente utilitários, de duvidosa eficácia, nutrindo as tendências atuais<sup>42</sup> de um direito penal máximo, não somente edifica o autoritarismo penal, mas, sobretudo, infringe o princípio da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, agride o Estado Democrático de Direito.

## 5 CONCLUSÃO

Pode-se concluir que o discurso que afirma o tipo penal como sendo um instrumento de estabilidade e segurança, limitador do poder estatal de punir, selecionador de condutas lesivas, garantidor de uma contra-motivação que repele a prática delitativa, é tão contraditório em si mesmo quanto ao ser materializado na Sociedade do Risco.

Isso porque, seja na teoria ou na *práxis*, ele se esgota na confrontação de suas premissas basilares, ou seja, não há como ser garantista se os

---

<sup>42</sup> “Novas variações da prevenção geral negativa têm surgido, valendo-se destacar as penas desonrosas (*shamefull sentences*) de origem norte-americana, que com o claro intuito de intimidar as pessoas, se valem da publicidade estigmatizante. Neste diapasão o condenado é obrigado a comparecer a um programa de televisão e confessar seu delito ou, numa segunda modalidade, a utilizar braceletes ou adesivos em carro ou cartazes na porta da residência explicitando a condenação, ou ainda, levar um cartaz ou camisa, durante certo período e em um determinado local indicado pelo juiz, frases em que se leia a condenação de que tenha sido objeto, e, por fim, pedir desculpas públicas através de um veículo de comunicação ou mesmo com megafone”. (GUIMARÃES, 2007, p. 50).

preceitos que prevêm e orientam a estruturação do delito tipo tem consequências deletérias para alguns direitos fundamentais.

Enfatiza-se: ainda que o discurso dogmático não fosse contraditório, a tendência expansiva do Direito Penal que se observa na Sociedade do Risco já seria por demais significativa para questionar o embate do programático direito penal com a síndrome criminalizante instalada na sociedade, visto que essa tendência também ocasiona o conflito com os princípios tidos como básicos do direito penal, como o de exclusiva proteção de bens jurídicos, também denominado de princípio da ofensividade ou lesividade, ou da *ultima ratio*, ou da subsidiariedade ou intervenção mínima, e o da culpabilidade.

Portanto, não se pode pretender condicionar a legalidade de determinados tipos penais, característicos da Sociedade do Risco, à legitimidade de seus conteúdos porque lhes falta coerência interna, valor de verdade quanto à sua operatividade social, falta fundamentação antropológica – imposição de considerar o homem como pessoa e nunca como meio para alcançar qualquer finalidade – ou seja, falta levar em conta a crítica deslegitimadora oriunda, sobretudo, da sociologia, em oposição à expansão desmesurada do poder punitivo.

Resta, por fim, o alento do ressuscitar crítico com a realidade e capacidade do direito penal para realizar os Direitos Humanos através de uma intervenção mínima e menos violenta, portanto, mais racional do *jus puniendi*.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 292 p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 254 p.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos Seduciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12. p. 271-288, 2. sem. 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. Insânia, anarquia e Estado policial. **Início**, ano 6, n. 35, jul. 2007.

BEMFICA, Francisco Vani. **Da teoria do crime**. São Paulo: Saraiva, 1990. 259 p.

BUERGO, Blanca Mendoza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. 209 p.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização. Campinas, SP: LNZ, 2005. 362 p.

DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 119-137, 2. Sem. 2002.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001. 127 p.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter V. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 1989. 415 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 470 p.

GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11. p. 86-92, 1. Sem. 2002.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. 177 p.

\_\_\_\_\_. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2000a. 91 p.

\_\_\_\_\_. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000b. 108 p.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Globalização e direito penal. In: \_\_\_\_\_. **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 476 p.

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 15, jan./dez. 2008

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 525 p.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. O impacto da globalização sobre o direito penal. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, São Luís, ano 1, n. 1. p. 2-6, 1. Sem. 2004. Disponível em: <<http://www.ampem.com.br>>. Acesso em: 18 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 350 p.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal e a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987. 139 p.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. 238 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1072 p.

PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. **Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais**, São Paulo, ano 1, n. 00. p. 143-158, 1. Sem. 2004.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura do direito. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 238 p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luís Olavo de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 151 p.

SOARES JÚNIOR, Antonio Coêlho. **O princípio da legalidade penal**: o que se fala e o que se cala. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2005. 145 p.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Reflexões acerca de inflação legislativa em matéria penal: esvaziamento semântico da ultima ratio e o direito penal disfuncional. **Revista Ultima Ratio**, Rio de Janeiro, p. 159-192, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 335 p.

\_\_\_\_\_. A globalização e os problemas de segurança pública. **Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais**, São Paulo, ano 1, n. 00. p.127-158, 1. Sem. 2004.

VIANA, Túlio Lima. A era do controle: introdução crítica ao direito penal cibernético. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, ano 9, n. 14. p. 61-81, 1./2. Sem. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Alves, Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. 281 p.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2000. 1017 p.

\_\_\_\_\_ et al. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 658 p.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 222 p.

\_\_\_\_\_ ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 888 p.



## VITIMIZAÇÃO E PROCESSO PENAL

*Sandro Carvalho Lobato de Carvalho\**  
*Joaquim Henrique de Carvalho Lobato\*\**

**Resumo:** A vítima sempre teve papel secundário no Processo Penal nacional. O seu esquecimento pelo sistema penal lhe causa danos tão graves quanto aos sofridos pelo crime. A sobrevivitização causada pelo sistema de justiça é uma realidade e é necessário que os operadores do sistema penal tenham consciência disso e, principalmente, de que há meios de minorar o sofrimento da vítima ante ao processo penal.

**Palavras-chave:** Vítima. Vitimização. Processo penal.

**Abstract:** The victim always had secondary paper in the criminal proceeding national. It's forgetfulness by the criminal proceeding system cause damages which are so serious as the suffered by the crime. The undervictimization caused by the justice system is a reality and is necessary that the operators of the criminal system have conscience of this and, mainly, of that there's ways to decrease the victim's suffering front of the criminal proceeding.

**Keywords:** Victim. Victimization. Criminal proceeding.

### 1 INTRODUÇÃO

É fato público e notório que o sistema penal estigmatiza e exclui pessoas. A atuação seletiva da justiça criminal cria e reforça as desigualdades sociais; o sistema criminal rouba o conflito das partes diretamente envolvidas, estigmatizando-as como “delinqüente” e “vítima”. A pena imposta pelo Estado perde sua legitimidade porque não guarda nenhuma relação com a pessoa efetivamente prejudicada no conflito. A vítima sofre o mesmo processo de privação de identidade que o delinqüente; suas expectativas

---

\* Promotor de Justiça do Estado Maranhão. Pós-graduando em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal pela ESMP/MA.

\*\* Promotor de Justiça do Estado Maranhão.

não são levadas em conta. O Estado substitui a vítima sem levar em conta suas necessidades.

Como bem diz Oliveira (1999, p. 109), embasada em Nils Christie:

No sistema penal atual, os conflitos são decididos por pessoas estranhas e as partes originalmente envolvidas desaparecem. Aquela que é representada pelo Estado – a vítima – só tem papel de desencadear o processo e prestar algumas informações. A vítima é uma perdedora diante do autor da infração e diante do Estado; não recupera o que perdeu para o infrator, pois as penas não levam em conta seus interesses, e perde ainda a oportunidade de vivenciar de forma positiva o conflito, que não é mais seu. A localização das salas de julgamento nos tribunais das cidades grandes, a ritualização dos atos, a linguagem peculiar – uma verdadeira subcultura –, tudo afasta a vítima que, quando comparece em juízo, percebe que seu conflito é propriedade dos advogados, dos promotores, dos juízes. A despersonalização dos conflitos reflete o desempenho dos papéis sociais; nas sociedades industrializadas, as pessoas se conhecem em fragmentos, de acordo com os papéis que desempenham em cada cenário da vida, e o sistema penal não oferece oportunidade para que as partes e os operadores atuem como seres humanos integrais.

Ou seja, no processo penal a vítima é – em regra – esquecida, abandonada, relegada a segundo plano. Em verdade, ninguém se preocupa com a vítima penal.

Nos dizeres de Molina (2000, p. 73):

O abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos: no Direito Penal (material e processual), na Política Criminal, na Política Social, nas próprias ciências criminológicas. Desde o campo da Sociologia e da Psicologia social,

diversos autores têm denunciado esse abandono: O Direito Penal contemporâneo – advertem – acha-se unilateral e equivocadamente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, no âmbito da previsão social e do Direito civil material e processual.

A simples previsão de crimes cuja ação penal é de iniciativa privada não desmente o alegado abandono, já que poucos são estes crimes. Também a utilização da ação penal privada subsidiária da pública é raríssima no processo penal brasileiro, apesar da previsão constitucional, o que demonstra o pouco caso com a vítima.

É bem verdade que com a Lei nº 9.099/95 a vítima foi “redescoberta” no processo penal nacional, dando maior ênfase à reparação do dano às vítimas. Mas referida lei só tem incidência no âmbito da criminalidade pequena e média, ficando as vítimas de graves delitos no esquecimento, sobretudo quanto à reparação de danos<sup>1</sup>.

Essa falta de atenção do processo penal para com a vítima (o abandono) causa o fenômeno conhecido por “sobrevitimização” ou “vitimização secundária” que é o dano adicional causado à vítima de crime ocasionado pela própria mecânica da justiça penal formal.

O presente texto tem por objetivo demonstrar como ocorre esta sobrevitimização e como evitá-la ou, pelo menos, minorá-la, sobretudo nas hipóteses de apuração de crimes sexuais que tenham por vítimas mulheres e crianças, sendo a aplicação da recente Lei nº 11.690/2008 – que alterou diversos artigos do Código de Processo Penal – um forte instrumento para a minoração da sobrevitimização.

---

<sup>1</sup> Existe a Lei nº 9.807/1999 que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas e que instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, mas tal legislação não atende por completo aos interesses das vítimas, pois trata apenas daquelas que são ameaçadas, nada tratando sobre aquelas vítimas que sofrem danos materiais e psicológicos decorrentes do próprio crime, sem serem posteriormente ameaçadas.

## 2 CONCEITOS INICIAIS

Vítima. Vitimização primária, secundária e terciária. Autovitimização secundária.

No Código Penal e no Código de Processo Penal brasileiros, encontramos os termos vítima, ofendido e lesado várias vezes e até indistintamente. Entretanto, a doutrina usa a terminologia vítima para designar aquele que o foi nos crimes contra a pessoa; já o termo ofendido é usado nos crimes contra a honra e contra os costumes e, por fim, lesado, nos crimes contra o patrimônio.

Pelo enfoque da vitimologia, a vítima não se restringe àquela vítima de um delito, havendo outras fontes de vitimização além do delito.

Valendo-se da vitimologia, Oliveira (1993) conceitua vítima como sendo “aquela pessoa que sofre danos de ordem física, mental e econômica, bem como a que perde direitos fundamentais, seja em razão de violações de direitos humanos (reconhecidos internacionalmente), bem como por atos criminosos comuns”.

Entretanto, para o presente trabalho utilizaremos o conceito restrito de vítima, nos moldes da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1985:

1 – Entende-se por ‘vítimas’ as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros, incluída a que prescreve o abuso criminal de poder.

Ou seja, vítima é aquele indivíduo que sofre ou foi agredido de alguma forma por uma infração criminal praticada por um agente.

A vitimização primária é normalmente entendida como aquela provocada pelo cometimento do crime, pela conduta violadora dos direitos da vítima – pode causar danos variados, materiais, físicos, psicológicos, de acordo com a natureza da infração, personalidade da vítima, relação com o agente violador, extensão do dano, dentre outros.

Por vitimização secundária ou sobrevivitização, entende-se aquela causada pelas instâncias formais de controle social, no decorrer do processo de registro e apuração do crime, a qual estudaremos mais detidamente ao longo deste trabalho.

Já vitimização terciária é levada a cabo no âmbito dos controles sociais, mediante o contato da vítima com o grupo familiar ou em seu meio ambiente social, como no trabalho, na escola, nas associações comunitárias, na igreja ou no convívio social. (BARROS, 2008, p. 72). Também desta trataremos, de forma resumida.

Além dos três conceitos vitimológicos acima, encontramos ainda o conceito de autovitimização secundária fornecido pela Psicologia Jurídica. Segundo Trindade (2007, p. 158-159), a vítima se culpa do evento criminoso, passando a “recriminar-se pelo que aconteceu, procurando encontrar motivos para explicar o fato, supondo-se co-responsável pelo evento”, o que lhe poderá causar sérios problemas de ordem psicológica.

### **3 SOBREVITIMIZAÇÃO (VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA)**

Como bem afirmou Barros (2008, p. 73): “O estudo das hipóteses de vitimização inicia-se no momento do cometimento do fato; posteriormente, passa pela fase investigativa do inquérito policial; e seguem as fases cronológicas do processo penal”.

Com a prática de um delito, temos de pronto, a vitimização primária mencionada acima.

A vítima é um “agente informal de controle do sistema” (MANZANERA, 1999, p. 323), pois é através dela, de regra, que o fato delituoso chega ao conhecimento das autoridades responsáveis.

Após a prática do delito, começa o drama da vítima. Além da dor física, patrimonial e/ou moral decorrente do crime, a vítima é colocada em frente a um primeiro dilema: levar o fato criminoso ao conhecimento da polícia ou “deixar para lá”?

A segunda opção (“deixar para lá”) causa as famosas “cifras negras” que são os fatos delituosos que não chegam ao conhecimento das autoridades competentes.

As “cifras negras” possuem diversos fatores determinantes: medo de vingança ou represálias, falta de confiança na atuação da polícia, falta

de confiança no sistema penal brasileiro, a sensação de que a impunidade é a regra no Brasil, o entendimento de que determinados conflitos são de natureza “doméstica” (âmbito privado) e que por isso não devem ser expostos ao público, a influência de amigos, familiares etc. que tendem, muitas das vezes, a minimizar o ocorrido, a angústia da sensação de insegurança, a vergonha etc.

Influencia ainda o fenômeno da autovitimização secundária, onde a vítima, abalada psicologicamente com o fato delituoso, passa a sentir-se responsável pelo crime.

Diz Molina (2000, p. 93):

A vítima sofre, com frequência, um severo impacto ‘psicológico’ que se acrescenta ao dano material ou físico provocado pelo delito. A vivência criminal se atualiza, revive e perpetua. A impotência frente ao mal e ao temor de que se repita produz ansiedade, angústia, depressões, processos neuróticos etc. A tudo isso se acrescentam, não poucas vezes, outras reações psicológicas, produto da necessidade de explicar o fato traumático: a própria atribuição da responsabilidade ou autoculpabilização, os complexos etc.

Tais reações são mais comuns em crimes contra os costumes – especialmente estupro e atentado violento ao pudor – e em crimes como o seqüestro, o roubo, a tentativa de homicídio, os crimes de violência doméstica e nos crimes que têm por vítimas crianças e adolescentes.

Passada esta etapa, em que a vítima vence seus próprios medos e suas angústias, decidindo-se por procurar a polícia (em regra) para comunicar o fato criminoso, inicia-se o calvário “formal” da vítima, pois as *misérias do processo penal* não são apenas para o acusado.

Anota Barros (2008, p. 77):

É importante ressaltar que a atuação da denominada ‘polícia investigativa’ pode causar possível sobrevivitização, como a decorrente da primeira fase

acima analisada, em virtude da falta de preparo das autoridades em lidar com a vítima, que já se encontra fragilizada com a situação vitimizadora, ou, mesmo, da própria estrutura do inquérito e da polícia, assim como das questões estruturais que se denotam da contingência brasileira.

Ao procurar a polícia, a vítima, por vezes, é tratada como objeto de investigação e não sujeito de direitos. A grande demanda de questões policiais faz com que a polícia não dê a devida atenção às vítimas e se importe unicamente com o suspeito do crime. O caso apresentado, de suma importância para a vítima, é fato corriqueiro para os policiais que tratam as vítimas todas de maneira igual como se um crime fosse igual aos outros e por vezes com desconfiança e sem nenhum respeito<sup>2</sup>.

Fernandes (1995, p. 69) faz excelente resumo da situação:

Há uma grande diferença entre o anseio da vítima, vinculada a um só caso, para ela especial, significativo, raro e o interesse da autoridade policial ou agente policial, que tem naquele fato um a mais de sua rotina diária, marcada muitas vezes por outros de bem maior gravidade; ainda, assoberbada pelo volume, impõe-se naturalmente a necessidade de estabelecer prioridades. As deficiências burocráticas por outro lado, aumentam geralmente a decepção. Não há funcionários suficientes e preparados. Não há veículos disponíveis para diligências rápidas. Tudo ocasiona demora e perde tempo. Mais do que tudo isso, muitas vezes a vítima é vista com desconfiança, as suas palavras não merecem logo de início, crédito, mormente em

---

<sup>2</sup> Em reportagem veiculada no Jornal “O Globo”, de 27/05/2008, foi noticiado que uma jovem, após ser ameaçada com uma faca, teve sua bicicleta roubada enquanto trafegada às 22 h pelo calçadão de uma das praias do Rio de Janeiro. A vítima foi à delegacia registrar ocorrência e ouviu do policial que a culpa do crime era da própria vítima, pois não deveria andar de bicicleta àquela hora da noite e que nada poderia fazer em relação ao caso. A jovem foi embora, sem registrar a ocorrência.

determinados crimes como os sexuais. Deve prestar declarações desagradáveis. Se o fato é rumoroso, há grande publicidade em torno dela, sendo fotografada, inquirida, analisada em sua vida anterior. As atenções maiores são voltadas para o réu. Isso gera o fenômeno que os estudos recentes têm chamado de vitimização secundária do ofendido.

Já na delegacia, as vítimas – sem qualquer acompanhamento especializado (assistentes sociais, p. ex.) – são ouvidas pelas autoridades policiais muitas das vezes do sexo masculino, o que torna o ato mais constrangedor quando se trata de crimes como estupro e atentado violento ao pudor, caso a vítima seja do sexo feminino; depois as vítimas são submetidas a exames de conjunção carnal ou atentado violento ao pudor – também por vezes são médicos do sexo masculino que fazem o exame –, tudo isso de uma forma impessoal, sem qualquer cuidado com os sentimentos da vítima, sem levar em consideração sua condição de pessoa violada em sua dignidade.

Ainda há aqueles que entendem, com fulcro no art. 201, § 1º, do CPP, que caso a vítima se recuse a fazer exame de corpo de delito pode ser conduzida coercitivamente para tanto – desde que o exame não seja invasivo, consistente na ofensa à sua integridade corporal ou à intimidade –, podendo inclusive ser processada por crime de desobediência. O que causará nova vitimização.

No fórum criminal, a situação continua desfavorável à vítima. Primeiro, antes de começar a audiência, ela fica no corredor aguardando ser chamada, quase sempre desacompanhada e sem saber ao certo o que acontecerá, e muitas vezes bem próximo ao seu agressor que também aguarda ser chamado no mesmo corredor para a audiência.

Quando começa a audiência, pelo menos até o magistrado mandar o acusado se retirar da sala – isto quando manda –, a vítima fica “cara a cara” com o seu algoz. Depois, vai reviver todos os momentos do crime, respondendo às perguntas do juiz, do promotor e do advogado na frente do digitador, do oficial de justiça e até do funcionário que serve cafezinho, tornando o ato mais constrangedor quando se apura um crime sexual e os inquiridores são todos do sexo masculino e a vítima é do sexo feminino ou é uma criança!



Adverte Trindade (2007, p. 158):

Mesmo depois de ocorrer o evento vitimizador (vitimização primária), a vítima precisa continuar a se relacionar com outras pessoas, colegas, vizinhos, profissionais da área dos serviços sanitários, tais como enfermeiros, médicos, psicólogos e assistentes sociais, e profissionais da área dos serviços judiciais e administrativos, funcionários de instâncias burocráticas, policiais, advogados, promotores de justiça e juízes, podendo ainda se defrontar com o próprio agente agressor ou violador, em procedimentos de reconhecimento, depoimentos ou audiências. Essas situações, se não forem bem conduzidas, podem levar ao processo de vitimização secundária, no qual a vítima, por assim dizer, ao relatar o acontecimento traumático, revive-o com alguma intensidade, reexperienciando sentimentos de medo, raiva, ansiedade, vergonha e estigma. Devido a essa possibilidade, as agências de cuidados sanitários e judiciais devem estar adequadamente aparelhadas, tanto do ponto de vista material, quanto do ponto de vista humano, para evitar a revitimização-hetero-secundária, ou pelo menos, para minimizá-la.

Enquanto na fase policial a vitimização aparece com maior intensidade por ocasião da realização de exame de corpo de delito nos crimes sexuais e nas declarações prestadas perante a autoridade policial, na fase judicial parece ser a audiência de instrução o maior foco de vitimização, tanto antes, como durante e depois da oitiva da vítima pelo magistrado. Antes há o constrangimento de, como dito, por vezes aguardar no corredor com o acusado. Durante, devido ser “bombardeada” de perguntas sobre o fato delituoso, fazendo com que reviva o momento que deseja esquecer. Depois da audiência, a vítima fica angustiada ou sofre retaliações por parte do acusado ou mesmo da família dele e ainda a dúvida de que nada esqueceu ou aumentou em suas declarações.

Devido a importância da audiência no processo penal, mais a frente retornaremos ao tema em tópico separado.

No Tribunal do Júri, não raro são os ataques à vítima, tentando fazer dela a culpada pelo crime. A vítima, quando presente, sente os efeitos das acusações, o mesmo ocorrendo com seus familiares que muitas vezes, apesar da condenação do acusado, saem abaladas psicologicamente pelas ofensas sofridas.

Com o fim do processo criminal, que pode ou não acabar com a condenação do acusado, nada muda para a vítima, pois sua dignidade já foi ferida e nada vai ser capaz de repará-la, ainda mais pelo fato de que no Brasil poucos são aqueles que ficam presos por muito tempo.

O processo penal volta a colocar a vítima no esquecimento, afinal já cumpriu seu papel, pois já foi ouvida em Juízo. A Justiça vira seus olhos para, no caso de condenação, a execução da pena privativa de liberdade.

A vítima pode sentir grande frustração e desamparo, pois a Justiça “não mais quer saber dela”.

Como revela Oliveira (1999, p. 113):

Vale analisar alguns possíveis motivos pelos quais a vitimização secundária é mais preocupante que a primária. O primeiro deles diz respeito ao desvio de finalidade: afinal, as instâncias formais de controle social destinam-se a evitar a vitimização. Assim, a vitimização secundária pode trazer uma sensação de desamparo e frustração maior que a vitimização primária (do delinqüente, a vítima não esperava ajuda ou empatia).

Assim, temos o acusado (vitimização primária) e o aparelho de repressão policial/judicial estatal vitimizador (vitimização secundária). Mas temos mais ainda, pois há a vitimização terciária.

#### **4 VITIMIZAÇÃO TERCIÁRIA**

A vitimização terciária, como visto, é aquela que ocorre no meio social em que vive a vítima. É a vitimização causada pela família, grupo de amigos, no seio de seu trabalho etc.

A comunidade em que a vítima vive a vitimiza. Após a divulgação do crime, sobretudo aqueles contra os costumes, muitos se afastam, os comentários são variados e os olhares *atravessados* para a vítima, o que a fazem se sentir cada vez mais humilhada e, não raras vezes, até culpada do delito. Quando se trata de vítimas crianças e adolescentes na escola, por exemplo, muitos são solidários; mas outros, até mesmo pela curiosidade, fazem perguntas demais, brincam com o fato, e impõem mais constrangimentos. No ambiente de trabalho, o mesmo acontece.

Entretanto, talvez a pior vitimização seja imposta pela família. Quando a família, alicerce da sociedade (art. 226 da CF) impõe à vítima mais sofrimento em decorrência do crime é que os efeitos são deletérios ao extremo.

Muitos parentes rejeitam as vítimas, fazem comentários impertinentes, tratando-as como eternos *coitados* sem lhes dar força para se erguer e superar *a derrota imposta pelo agressor*.

Há casos em que mães voltam a viver com os companheiros agressores ou abusadores de seus filhos na mesma casa como se nada houvesse acontecido, causando danos irreparáveis às chamadas *vítimas familiares*, sobretudo quando são crianças e adolescentes, colocando-as sob permanente estado de alerta devido ao medo de que o fato criminoso volte a acontecer.

Tais fatos também são verificados com maior freqüência em crimes como estupro, atentado violento ao pudor, seqüestro, extorsão, maus-tratos de menores, violência doméstica etc. Sendo necessário esclarecer que, devido a inúmeras circunstâncias, inclusive comportamento da própria vítima, nem sempre o que ora se relata sobre vitimização, tanto secundária como terciária, acontece. Entretanto, parece correto dizer que a incidência com que tais fatores vitimológicos ocorrem são em grande quantidade, principalmente nas camadas mais pobres e nas menores cidades do País.

## **5 AINDA SOBRE A VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA: A AUDIÊNCIA PENAL**

Como dito, parece ser a audiência de instrução o maior foco de vitimização na fase judicial de apuração de um crime.

A afirmação consiste na constatação de que, em determinados crimes e com determinadas vítimas, os operadores do Direito, entenda-se: juí-

zes, promotores de Justiça e advogados não são as pessoas mais adequadas para a inquirição direta de vítimas.

Algumas vezes, tais inquirições causam grande constrangimento às vítimas, dificultam a apuração correta do fato delituoso, causando-lhes danos psicológicos.

Em matéria de crimes sexuais é visível a dificuldade de magistrados e promotores de Justiça em elaborar perguntas extremamente íntimas às vítimas. Fato que se torna ainda mais constrangedor quando se trata de criança ou adolescente.

O despreparo ainda é evidente quando advogados de defesa, com o único objetivo de defender os seus clientes, custe o que custar, elaboram perguntas mais do que indiscretas às vítimas de crimes sexuais e perguntam detalhes minuciosos destes crimes para crianças de pouca idade.

Segundo informa Pereira (2008), há um movimento chamado “*backlash*” que, surgido no Canadá, nos estados Unidos e na Inglaterra na década de 80 e com grande aceitação na Argentina, a partir do ano 2000, investe pesado para desacreditar as vítimas de violência sexual, sobretudo menores de idade.

Afirma Pereira que

também no Brasil, um grupo de advogados e especialistas passou a atuar, sobretudo em São Paulo e no Rio de Janeiro, se utilizando de questionáveis mecanismos para desmontar os serviços de apuração e atendimento de abuso e violência intrafamiliar, buscando invalidar as denúncias, invertendo o sentido da conduta abusiva e atribuindo culpa a quem denuncia ou protege a vítima. Magistrados e promotores, acusados de ‘parcialidade’, e profissionais responsáveis (advogados, psicólogos, assistentes sociais e médicos) têm sido denunciados em seus órgãos de classe, visando intimidá-los ou impedi-los de atuar em situações de abuso sexual.

Ora, tal movimento, ainda que de outra forma, ocorre sempre que, em audiência, advogados tentam desacreditar as vítimas de crimes

sexuais, questionando suas condutas e atitudes, fazendo perguntas a menores de idade sobre coisas que elas ainda não estão aptas a responder por não conhecer, usando este argumento na tentativa de desqualificar seus depoimentos.

Na realidade, quando se trata de vítimas de crimes sexuais, crimes estes que dificilmente são praticados na presença de testemunhas, suas declarações são sempre encaradas com ressalva e desconfiança. Se a vítima é criança então, há imenso lastro de argumentos para desacreditar o que foi dito por uma criança vítima de crime sexual, o que faz esta vítima sentir-se culpada da situação em que está o acusado, pois seu testemunho é colocado em xeque, podendo causar abalo mental em sua consciência.

Myra y Lopez (2008, p. 129) diz que “geralmente, nem as crianças nem os velhos são testemunhos dignos de confiança”.

Nucci (2006, p. 452) cita Enrico Altavilla que na sua “Psicologia Judiciária”, 3. ed., vol.1, p. 80 e segs., chega ao ponto de afirmar que “a criança possui defeitos inatos inabilitando-a para o papel de testemunha confiável”.

Veja-se que se coloca a vítima, sobretudo quando se trata de criança, em uma posição de inferioridade e desconfiança.

Refutando os clássicos autores acima mencionado, diz Pereira (2008):

Mitos a serem combatidos – Diante da afirmação frequente de que a criança abusada mente e inventa o abuso, um documento oficial de orientação aos professores nas escolas comprova que ‘apenas 6% dos casos são fictícios e, nessas situações, trata-se, em geral, de crianças mais velhas que objetivam alguma vantagem.

Sabe-se da dificuldade que é para as vítimas, especialmente a de crimes sexuais, comparecerem ao fórum para prestar esclarecimentos. Há a questão do medo de represálias, o constrangimento etc., além da questão sócio-econômica já que muitos fóruns são distantes da residência da vítima, que tem que gastar um dinheiro que não possui para comparecer até a presença do magistrado.

Muitos magistrados, devido à ausência da vítima em audiência, absolvem os acusados de crimes sexuais por entenderem que a vítima não tem interesse no processo, como se sua presença fosse imprescindível para a resolução da causa.

Essa postura não leva em conta as dificuldades financeiras e, principalmente, psicológicas em que se encontram as vítimas de crimes graves.

Em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Maranhão, acolhendo a recurso do Ministério Público, reformou sentença absolutória na qual o magistrado entendeu que a ausência da vítima na audiência de instrução de um crime sexual demonstrava seu desinteresse pela causa, condenando o acusado pela prática do delito. Vejamos a importante decisão na íntegra:

Segunda Câmara Criminal  
Sessão do dia 27 de março de 2008  
Apelação criminal nº 024407-2007  
Apelante: MPE  
Promotor: Joaquim Henrique de Carvalho Lobato  
Apelado: A.F.R  
Comarca: São Luís/MA  
Vara: 5ª Vara Criminalidade  
Relator: Des. Jaime Ferreira de Araújo  
Revisora: Des<sup>a</sup>. Maria dos Remédios Buna C. Magalhães  
Acórdão nº 72.169/2008  
Ementa: Penal e Processual Penal. Apelação Criminal. Estupro e Atentado ao Pudor. Constranger mulher a ato sexual. Importância da palavra da vítima colhida na fase de inquérito, ainda que não ratificada em Juízo em face de sua ausência para prestar depoimento. Condenação que se impõe tendo em vista outros elementos de prova, colhidos durante a fase instrutória, a corroborarem o que disse a vítima na Polícia. O delito de estupro é sempre vexatório para a ofendida que não acusaria seu algoz se tal não fosse verdadeiro. Delito configurado. Concurso material. Sentença reformada. 1. Nos crimes contra o costume atribui-se especial importância à palavra da ofendida se coerente e harmônica com as demais provas produzidas. O fato de a vítima não ter comparecido em juízo para prestar

declarações não tem o condão de, por si só, excluir a culpabilidade do Apelado.

2. Na ausência do testemunho da ofendida, perante a autoridade judicial, devem ser analisadas as outras evidências probatórias, pois se estas demonstrarem a materialidade e a autoria delitiva, certo é que servirão de subsídio válido para originar um juízo de certeza acerca do fato delituoso.

3. Apesar de o Inquérito Policial se constitui em fase prévia, investigatória, que confere lastro probatório ao oferecimento da denúncia, as provas nele coligidas não possuem valor meramente informativo.

4. A prova policial só deve ser rejeitada como prova válida quando existir prova judicial, ou, ainda, quando for desmentida ou contrariada durante a instrução criminal.

5. Nos crimes contra a liberdade sexual, especialmente o estupro, a acusação contra o estuprador é sempre vexatória para a vítima que não a faria se não fosse verdadeira.

6. Há concurso material dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor se o agente praticar conjunção carnal com a vítima, além de outros atos libidinosos.

7. Apelação conhecida e provida.

Decisão: Acordam os Desembargadores, por maioria e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, modificado em banca, contra o voto do desembargador Mário Lima Reis que votou pela condenação do Apelado por tentativa de estupro e de atentado violento ao pudor, a Segunda Câmara Criminal deu provimento ao Recurso para reformar a sentença, condenando o Apelado por ambos os crimes, fixando a pena em 12 (doze) anos de reclusão a ser cumprido em regime inicialmente fechado, determinado a expedição de mandado de prisão, dando-lhe ciência por meio de nota de culpa e inscrevendo seu nome no rol dos culpados, após o trânsito em julgado, nos termos do voto do desembargador Relator.

Assim, as vítimas de crimes devem ser respeitadas e seus depoimentos, sejam elas crianças ou não, sejam prestados na fase policial ou judicial, devem ser levados em consideração e valorados em conjunto com as demais provas.

De fato as vítimas podem sofrer danos psicológicos durante a audiência penal, sendo certo, porém, que as crianças vítimas são as que maior cuidado necessitam para que a vitimização não seja agravada devido a atuação da Justiça.

No Estado do Rio Grande do Sul foi implantado o sistema denominado “Depoimento sem danos” em que o depoimento das crianças vítimas de crimes sexuais é acompanhado por vídeo, na sala de audiência, pelo juiz, pelo promotor de Justiça, pelo acusado e seu defensor, que dirigem perguntas por meio de uma escuta a uma assistente social ou psicóloga que está conversando com a vítima em uma sala separada e repleta de brinquedos, papéis, lápis etc. que faz o questionamento à vítima de forma mais amena. Tal depoimento é gravado e o DVD anexado aos autos do processo.

Esse tipo de depoimento visa minorar a vitimização secundária e tem obtido excelentes resultados, tanto que há, inclusive, um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional que tem por objetivo inserir no Código de Processo Penal a dinâmica do “depoimento sem dano” (PLC 35/2007 em tramitação no Senado Federal).

Claro que como tudo novo e diferente, há pessoas contra esse tipo de procedimento, inclusive de profissionais da área da psicologia que entendem que o “depoimento sem dano” transforma os psicólogos e assistentes sociais em meros intermediários do magistrado nada tendo haver com a formação do profissional. Entretanto, o que se deve levar em consideração é a necessidade de se minorar as conseqüências do delito para as vítimas, sobretudo devido à condição peculiar em que as crianças se encontram.

## **6 A NOVA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL E A REDESCOBERTA DA VÍTIMA**

Mais de 12 anos depois da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, onde a vítima foi finalmente valorizada no campo criminal nacional, pelo menos no âmbito da criminalidade pequena e média, novas leis foram promulgadas dando ênfase à vítima no processo penal.



A Lei nº 11.690/2008 alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, especialmente acrescentando cinco parágrafos ao artigo 201 que trata da vítima de crime (“ofendido” na linguagem do código).

Merece aplausos o legislador pátrio pelas alterações feitas no intuito de valorizar a vítima no processo penal.

Pela nova legislação, a vítima será comunicada do ingresso e da saída do acusado da prisão, das datas de todas as audiências e da sentença e do acórdão (§ 2º do art. 201 do CPP). Importante essa previsão, pois a vítima passa a ter conhecimento oficial do que de fato ocorreu com aquele que lhe causou o dano criminal já que, até então, a vítima, em regra, participava apenas da audiência para sua oitiva e raras vezes sabia o que acontecia com seu algoz e ficava sujeita a diversos boatos do tipo “ele praticou o crime e nada ocorreu”.

A lei trata dos meios pelos quais a vítima será comunicada dos atos processuais citados e reserva espaço na sala de audiência para a vítima (§§ 4º e 5º do art. 201).

Entretanto, a regra prevista no novo § 5º do art. 201 do CPP nos parece a mais importante. Prevê que “se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado”.

Aqui se percebe uma clara preocupação com a vítima no que diz respeito às conseqüências do delito, tanto no campo social quanto psicológico. A vítima, agora, não mais será abandonada pelo sistema criminal, pois terá um atendimento especializado para que possa superar o trauma causado pelo delito, sobretudo naqueles de extrema gravidade e que além do físico ou material atingem o psicológico (crimes de estupro e atentado violento ao pudor, etc).

O referido dispositivo visa, em suma, minorar a ocorrência da vitimização secundária da vítima e que por isso, acreditamos que com o § 5º do art. 201 do CPP, os juízes adotarão, em regra, a postura de encaminhar a vítima para atendimento especializado sempre que o crime for grave ou que envolver crianças e adolescentes.

Por isso, além de se utilizar dos profissionais ligados aos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), o Poder Judiciário deve contar, em seus quadros, com profissionais da área da psicologia, do

serviço social, da saúde etc., o mesmo valendo para o Ministério Público e a Defensoria Pública, pois assim o objetivo de minorar as conseqüências do delito para a vítima seriam alcançados com menos dificuldades operacionais.

Também o § 6º do art. 201 do CPP tem a idêntica pretensão de minorar a sobrevivitização, pois procura evitar a exposição da vítima à imprensa, sendo importante, em nosso sentir, que referido dispositivo seja aplicado, inclusive e principalmente, nos casos em que se apuram condutas de associações criminosas, velando o magistrado pelo segredo, inclusive aos advogados, do endereço das vítimas.

Por outro lado, concordamos com a afirmativa de Reis (2008), pois:

Embora não expressamente previstas no novo art. 201, cremos que os mesmos direitos assistem os sucessores da vítima, em caso de morte desta, por analogia com o direito à assistência (CPP, art. 268 c/c 31). Quanto aos herdeiros e sucessores carentes de vítimas de crimes dolosos, aliás, a Constituição Federal (art. 245) já determinava que a lei deveria dispor sobre hipóteses e condições em que o Poder Público lhes daria assistência, por isso que a Lei 11.690/08 pode ser entendida como uma regulamentação parcial desse dispositivo da Constituição.

Também a Lei nº 11.719/2008 que alterou tantos outros dispositivos do Código de Processo Penal preocupou-se com a vítima, estabelecendo no parágrafo único do art. 63 do citado código que “transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido” e dando nova redação ao art. 387, IV, do CPP, onde o juiz ao proferir a sentença condenatória “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Como se depreende dos citados artigos, o valor a ser fixado na sentença a título de reparação de danos é mínimo e não impede que a vítima ajuíze ação civil própria para complementação do ressarcimento por parte do autor do crime.

Merece destaque a legislação existente desde 2001 no Município de São Paulo que trata da “assistência às vítimas de violência” onde, dentre outras coisas, consta que as vítimas terão “assistência médica e psicológica integral, de forma exclusiva ou subsidiária, durante todo o tempo necessário à reabilitação” e que as vítimas terão “orientação e assessoria técnica para a proposição e acompanhamento de ações visando o ressarcimento dos danos causados pela violência” (Lei nº 13.198/2001 e Decreto nº 43.667/2003 do Município de São Paulo).

Sendo interessante que outros municípios adotem a postura do Município de São Paulo em se preocupar com as vítimas de crimes violentos.

## **7 FUNDO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS ÀS VÍTIMAS DE CRIMES**

Com as novas redações dos arts. 201, § 5º, e 387, IV, do CPP, acima citados, entendemos mais do que necessário a instituição de um Fundo de Amparo às Vítimas de Crimes para se evitar a alegação de impossibilidade financeira de se reparar o dano e deixar a vítima com os prejuízos, material e moral, causados pelo crime, tornando as disposições legais inaplicáveis.

Note-se que o condenado, durante a execução da pena, pode trabalhar e para isso é remunerado (art. 29 da Lei nº 7.210/84), sendo aberta uma caderneta de poupança ao condenado que, na época da libertação, receberá o dinheiro (art. 29, § 2º, da Lei nº 7.210/84) oriundo do seu trabalho na prisão.

Também a família do condenado não fica desamparada, já que existe o benefício de prestação continuada chamado de “auxílio-reclusão”, cuja existência é justificada como forma de não deixar desamparados aqueles que dependiam economicamente do condenado<sup>3</sup>.

Entretanto, as vítimas de crimes e seus familiares não possuem benefício semelhante ao auxílio-reclusão.

Com raras exceções (art. 16 do CP, p. ex.) a vítima acaba no prejuízo, quando por exemplo, tem seu relógio furtado e não recuperado pela polícia.

---

<sup>3</sup> O auxílio-reclusão está previsto nos seguintes dispositivos: art. 201, IV, da CF, art. 13 da EC nº 20/98; art. 80 do Plano de Benefícios da Previdência Social, art. 2º da Lei nº 10.666/2003 e arts. 116 a 119 do Regulamento da Previdência Social.

O Fundo de Amparo às Vítimas de Crimes poderia ser constituído das receitas obtidas com as multas penais, com os valores obtidos pela fiança criminal, confisco de bens e valores comprovadamente obtidos por meios ilícitos (art. 91, II, “b”, do CP) e com verbas estatais<sup>4</sup>. Também o dinheiro obtido pelo condenado em seu trabalho durante a execução da pena, poderia ser revertido para o Fundo, dando-se total aplicação ao art. 29 § 1º, alínea “a”, da Lei nº 7.210/1984, hoje praticamente esquecido.

O referido Fundo serviria para que, sobretudo através do trabalho do condenado, do pagamento efetuado por ele da multa penal e da fiança criminal houvesse uma reparação do dano à vítima, ainda que não fosse uma reparação integral, e para o pagamento do atendimento multidisciplinar mencionado no art. 201, § 5º, do CPP, quando necessário.

Nos crimes como homicídio consumado, os familiares da vítima seriam indenizados, na forma de pensão, com o dinheiro do Fundo, cujo valor seria arbitrado pelo juiz, assim como o tempo de duração, levando-se em conta as condições da vítima, a sua idade e expectativa de vida etc.

Em casos como os crimes de lesão corporal grave ou gravíssima, o condenado pagaria uma pensão à vítima cujo valor equivaleria ao salário que a vítima estava recebendo por seu trabalho na época do crime ou que poderia vir a receber quando fosse trabalhar, levando-se em conta, novamente, a idade, as condições pessoais da vítima etc, aplicando-se o raciocínio estabelecido quando da aplicação pelos juízes em casos de pensão de alimentos e de responsabilidade civil do Estado.

Inclusive os danos morais seriam arbitrados pelo juiz criminal, como, por exemplo, nos casos de estupro, atentado violento ao pudor etc.

Se a vítima ou seus familiares, por questões de ordem moral, religiosa, social etc., não quisesse receber a indenização arbitrada pelo magistrado criminal, o valor deveria ser revertido ao próprio Fundo ou para instituições assistenciais, inclusive porque o condenado sempre estaria apenado também na forma pecuniária.

Com essa nova postura não apenas as vítimas de crimes pequenos e médios seriam ressarcidos (como já o são devido principalmente após o

---

<sup>4</sup> Apenas de forma complementar.

surgimento da Lei nº 9.099/95), mas também aqueles que foram vítimas de graves delitos<sup>5</sup>.

A reparação do delito através do Fundo seria uma forma de “humanização das vítimas dos delitos”<sup>6</sup>, visando minimizar os prejuízos sofridos pela vítima e seus familiares.

## 8 CONCLUSÃO

Com as mudanças no Código de Processo Penal fica a convicção de que a tendência atual do direito penal (material e processual) é a valorização da vítima e que há mecanismos legais que podem ser utilizados para minorar a sobrevivitização acarretada pelo crime e levada a cabo pelo processo penal nacional.

A instituição do Fundo de Amparo às Vítimas, a adoção de leis como a do Município de São Paulo e a realização de audiências no estilo “depoimento sem dano” são formas de tornar escassa a sobrevivitização do processo penal. A aplicabilidade dos novos artigos 201 e 387 do CPP é um enorme avanço nesse sentido que deve ser de logo analisado e posto em prática pelo poder público federal.

Juízes, promotores de Justiça, defensores públicos, advogados, delegados de polícia e demais servidores da Justiça devem ter noções de psicologia para melhor tratar as vítimas, bem como ter o auxílio dos profissionais da área de Serviço Social e de Psicologia, fato que não diminui a competência dos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e nem da Advocacia, ainda mais se estes profissionais fossem do quadro de servidores ligados aos Órgãos mencionados. Ao contrário, apenas engrandece as carreiras. O mesmo se diga aos psicólogos e assistentes sociais. Não há qualquer rebaixamento ao ajudar a se alcançar uma Justiça plena e com danos minimizados àqueles que a procuram.

---

<sup>5</sup> Está em tramitação no Congresso Nacional o PL nº 3.503/2004 que cria o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (FUNAV), cuja proposta é parecida a exposta no presente artigo.

<sup>6</sup> Forma de equilibrar o discurso – correto, diga-se –, de “humanização da pena” (do criminoso).

Nas palavras de Trindade (2007, p. 160):

O fenômeno da vitimização secundária parece estar se tornando comum no mundo moderno e servindo para o agravamento da situação das vítimas. Por isso, há necessidade de um olhar atento tanto da psicologia quanto do direito, tanto dos psicólogos, quanto dos operadores judiciais. Reconhecer essa situação revitimizatória é sempre questionar os fundamentos em que se baseia a própria sociedade, por isso uma missão de difícil execução.

Não se pode esquecer que um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e esta deve ser respeitada e aplicada a todos, pouco importando se são réus ou vítimas.

As vítimas, como já acontece com os acusados, devem ser tratadas como sujeitos de direitos e respeitadas por todos a sua volta e, principalmente, pelos membros do sistema de Justiça.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima, direito penal e cidadania**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1124>>. Acesso em: 20 maio 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. **Criminologia**. 3. ed. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MANZANERA, Luís Rodrigues. **Victimologia: estudos de la víctima**. México: Porrúa, 1999.

MIRA Y LOPEZ, Emilio. **Manual de psicologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Impactus, 2008.

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 15, jan./dez. 2008

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Vítimas e criminosos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

PEREIRA, Tânia da Silva. Abuso Sexual de Menores. **Revista Visão Jurídica**, São Paulo, n. 25, 2008.

REIS, Nazareno César Moreira. **Primeiras impressões sobre a lei nº 11.690/2008**. A prova no processo penal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11414>>. Acesso em: 25 jun. 2008.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.





## A REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL

*André Gonzalez Cruz\**

**Resumo:** O presente artigo objetiva o estudo do recém-criado instituto da “repercussão geral da questão constitucional”, com foco principal na sua aplicabilidade ao recurso extraordinário criminal, passando obrigatoriamente pelas questões mais controvertidas sobre a matéria, sempre destacando a formação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Repercussão geral. Requisito de admissibilidade. Recurso Extraordinário Criminal. Supremo Tribunal Federal.

**Abstract:** The present article intends to study the just-servant institute of “general repercussion of the constitutional matter”, with main focus in its applicability to the criminal appeal to the Brazilian Supreme Court, passing obligatorily for the controverted questions more on the substance, always detaching the jurisprudential formation of the Supreme Federal Court.

**Keywords:** General repercussion. Requirement of admissibility. Criminal Appeal to the Brazilian Supreme Court. Supreme Federal Court.

### 1 INTRODUÇÃO

A Reforma do Judiciário, consubstanciada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, introduziu o § 3º no art. 102 da Constituição Federal, que define a competência do Supremo Tribunal Fede-

---

\* Assessor de Procurador de Justiça do Maranhão. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão e pós-graduando em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes.

ral, passando a integrar o núcleo da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da “repercussão geral da questão constitucional”, *litteris*:

Art. 102. § 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Institucionalizada a “repercussão geral da questão constitucional”, esta se traduz em um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, sendo seu principal argumento a necessidade de constituir uma espécie de barreira de contingência para a subida de processos ao Supremo Tribunal Federal – STF, acarretando, assim, a diminuição sensível de sua sobrecarga processual.

Sobre a matéria, arguta a lição do professor Arruda Alvim (2005, p. 64), para quem: “a expressão ‘repercussão geral’ significa praticamente a colocação de um filtro ou de um divisor de águas em relação ao cabimento do recurso extraordinário”.

No mesmo sentido, preleciona Dinamarco (2005):

Essa exigência, muito semelhante a uma que já houve no passado (a arguição de relevância), tem o nítido objetivo de reduzir a quantidade dos recursos extraordinários a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal e busca apoio em uma razão de ordem política: mirando o exemplo da Corte Suprema norte-americana, quer agora a Constituição que também a nossa Corte só se ocupe de casos de interesse geral, cuja decisão não se confine à esfera de direitos exclusivamente dos litigantes e possa ser útil a grupos inteiros ou a uma grande quantidade de pessoas. Daí falar em repercussão geral – e não porque toda decisão que vier a ser tomada em recurso extraordinário vincule todos, com eficácia ou autoridade erga omnes, mas porque certamente exercerá influência em julgamen-

tos futuros e poderá até abrir caminho para a edição de uma súmula vinculante.

Afirmam ainda Luiz Wambier, Teresa Alvim Wambier e Medina (2005) que:

Está-se, aqui, diante de um sistema de filtro, idêntico, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto. Entende-se, com razão, que, dessa forma, o STF será reconduzido à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação –, na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação.

O instituto *sub examen* teve inspiração em outras cortes constitucionais, dentre as quais o Tribunal Constitucional Espanhol (juízo de relevância), a Suprema Corte Argentina (requisito de transcendência) e, em especial, a Suprema Corte Norte-Americana (*writ of certiorari*).

## 2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E APLICABILIDADE

É bem verdade que o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04, introduziu a repercussão geral como o mais recente requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Todavia, referido regramento não estipulou o que deveria ser entendido por “repercussão geral da questão constitucional”, ficando tal incumbência a cargo de lei ordinária.

Analisando o dispositivo retromencionado, verifica-se que se trata de uma norma, seguindo a classificação do professor José Afonso da Silva<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> A norma contida no art. 102, § 3º, da Constituição Federal, possuía eficácia limitada, assim entendida, consoante lição de Silva (2000, p. 82-83), aquela que não produz, “com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”.

de aplicabilidade mediata e eficácia limitada, pois carece de regulamentação para sua plena eficácia.

Buscando conferir aplicabilidade ao regramento *sob foco*, foi editada a Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, acrescentando os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil.

Assim, restou positivado que as questões constitucionais teriam repercussão geral se relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil).

Não se pode discordar que o conceito dado para a “repercussão geral da questão constitucional” se apresenta, em certa medida, vago. Entretanto, não se deve buscar uma definição objetiva do que o instituto significa, deixando ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de considerar se determinada questão tem ou não repercussão geral, tendo em vista o caráter dinâmico e complexo da realidade social.

Com efeito, a presença de normas contendo conceitos vagos é fenômeno cada vez mais crescente, pois, devido ao aumento e à complexidade das relações sociais, impossível seria o legislador prever todo tipo de relação onde possa nascer conflitos de repercussão geral.

Nessa linha de raciocínio, o ilustre jurista Barbosa Moreira (1988, p. 64 apud MEDINA et al, 2005, p. 375) enfatiza que: “às vezes, a lei se serve de conceitos juridicamente indeterminados, ou porque seria impossível deixar de fazê-lo, ou porque não convém usar outra técnica”.

Corroborando o entendimento de ser a “repercussão geral da questão constitucional” novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, o art. 543-A, *caput*, do Código de Processo Civil, prevê que, na hipótese de a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso.

Ainda no Código de Processo Civil, com as inovações advindas da Lei nº 11.418/06, consta que o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, a existência da repercussão geral (art. 543-A, § 2º).

Não obstante, o art. 3º da Lei nº 11.418/06 conferiu ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, o encargo de estabelecer as normas necessárias à execução do diploma, ao passo que o art. 4º dispôs

este ser aplicável aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência, iniciada após 60 (sessenta) dias da data de sua publicação (art. 5º).

Tal fato gerou enorme controvérsia no meio jurídico, uns entendendo ser exigível, antes mesmo das normas regimentais serem implementadas pelo Supremo Tribunal Federal, que o recorrente demonstrasse, na petição do recurso extraordinário, a repercussão geral da questão; outros entendendo que a referida exigência somente seria imprescindível após a modificação do Regimento Interno do STF.

Nesse passo, calha registrar que a determinação expressa de aplicação da Lei nº 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia, tanto é assim que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução do diploma (art. 3º).

O objetivo do art. 4º da Lei nº 11.418/06, na verdade, foi tão-somente evitar a aplicação retroativa do requisito da repercussão geral, pois, sem o seu esclarecimento, fatalmente surgiria a apaixonante interpretação de que a repercussão geral seria exigida nos recursos interpostos antes de sua própria vigência, notadamente nos recursos interpostos após a Emenda Constitucional nº 45/04.

Dessa forma, o STF editou a Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007, fazendo as alterações regimentais necessárias à execução da Lei nº 11.418/06, as quais somente entraram em vigor no dia 03 de maio de 2007, data de sua publicação e termo inicial para a exigência de demonstração, na petição do recurso extraordinário, da repercussão geral da questão constitucional.

Partindo dessa premissa, outra dúvida surgiu: ser exigível a demonstração da “repercussão geral da questão constitucional” nos recursos extraordinários protocolados após 03 de maio de 2007 ou de cujas decisões recorridas tenham sido publicadas após essa data?

Solucionando referido problema, o Supremo Tribunal Federal, em decisão Plenária<sup>2</sup>, entendeu que a exigência da “repercussão geral da questão constitucional” somente abrange os recursos extraordinários de cujas

---

<sup>2</sup> AI-QO nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18.06.2007.

decisões combatidas tenham sido publicadas após 03 de maio de 2007, pois, regra geral, a lei do recurso é a lei da data da publicação ou intimação da decisão. Do outro modo, os recorrentes seriam surpreendidos com uma exigência que não constava ao tempo em que poderiam recorrer.

A esse respeito, salutar os ensinamentos de Lacerda (1974, p. 68), manifestados em sua clássica obra sobre a lei processual no tempo:

Em direito intertemporal, a regra básica no assunto é que a lei do recurso é a lei do dia da sentença. Roubier, citando dentre outros, Merlin e Gabba, afirma, peremptório, que ‘os recursos não podem ser definidos senão pela lei em vigor no dia do julgamento: nenhum recurso novo pode resultar de lei posterior e, inversamente, nenhum recurso que existe contra uma decisão poderá ser suprimido, sem retroatividade, por lei posterior’. Isto porque, proferida a decisão, a partir desse momento nasce o direito subjetivo à impugnação, ou seja, o direito ao recurso autorizado pela lei *vigente nesse momento*. Estamos, assim, que não pode ser ferido por lei nova, sob pena de ofensa à proteção que a Constituição assegura a todo e qualquer direito adquirido.

Especializando ainda mais a questão, Nery Júnior (2000, p. 426) constata que: “a lei vigente no dia em que foi proferido o julgamento é a que determina o cabimento do recurso; e a lei vigente no dia em que foi efetivamente interposto o recurso é a que regula o seu procedimento”.

Nessa oportunidade, merece transcrição julgado do STF:

III – Recurso extraordinário: exigência de demonstração, na petição do RE, da repercussão geral da questão constitucional: termo inicial. 1. A determinação expressa de aplicação da L. 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia. Tanto que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a

tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da mesma lei (art. 3º). 2. As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da L. 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 – data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007. 3. No artigo 327 do RISTF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser ‘formal e fundamentada’. 4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007<sup>3</sup>.

Conforme já ressaltado anteriormente, o art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.418/06, prescreve que o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso extraordinário, a existência da “repercussão geral da questão constitucional”.

Similar disposição é encontrada no art. 327 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com redação dada Emenda Regimental nº 21, segundo o qual:

Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão.

---

<sup>3</sup> STF, AI-QO nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18.06.2007.

Destarte, verifica-se que a Emenda Regimental nº 21 inseriu norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral no recurso extraordinário, acrescentando que esta deve ser “formal e fundamentada”, sem a qual o recurso será recusado.

Casos há em que será presumida a existência da repercussão geral, previsão do art. 323, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, são eles: quando o recurso extraordinário versar sobre questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal ou quando o referido recurso impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante. Entretanto, ainda assim imprescindível a observância ao disposto no art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, que exige a apresentação de preliminar formal e fundamentada sobre a repercussão geral. Segue jurisprudência do STF a respeito:

2. Inobservância ao disposto no art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, que exige a apresentação de preliminar formal e fundamentada sobre a repercussão geral, significando a demonstração da existência de questões constitucionais relevantes sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes, em tópico destacado na petição de recurso extraordinário. 3. É imprescindível a observância desse requisito formal mesmo nas hipóteses de presunção de existência da repercussão geral prevista no art. 323, § 1º, do RIS-TF. Precedente. 4. A ausência dessa preliminar permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal negue, liminarmente, o processamento do recurso extraordinário, bem como do agravo de instrumento interposto contra a decisão que o inadmitiu na origem (13, V, c, e 327, caput e § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). 5. Agravo regimental desprovido<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> STF, AI-ED nº 692.400/MG, Tribunal Pleno, rel. min. Ellen Gracie (Presidente), julgado em 16.04.2008. No mesmo sentido: STF, AI-AgR nº 707.121/DF, Tribunal Pleno, rel. min. Ellen Gracie (Presidente), julgado em 16.04.2008; STF, RE-AgR nº 569.773/SP, Tribunal Pleno, rel. min. Ellen Gracie (Presidente), julgado em 14.04.2008; STF, AI-AgR nº 692.125/RJ, Tribunal Pleno, rel. min. Ellen Gracie (Presidente), julgado em 14.04.2008; e STF, RE-AgR nº 573.342/SC, Tribunal Pleno, rel. min. Ellen Gracie (Presidente), julgado em 14.04.2008.



No voto dirigente do julgado supracitado, a Ministra Ellen Gracie afastou ainda a hipótese de repercussão geral implícita, consoante delineado a seguir:

3. A legislação sobre o instituto enfatiza a necessidade de que a argumentação desenvolvida pelo recorrente seja apresentada em preliminar formal e fundamentada na petição do recurso extraordinário. Assim, a demonstração de que as questões constitucionais suscitadas, além de relevantes de ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassam os interesses subjetivos das partes, deverá ser apresentada em um tópico destacado na petição do recurso (...). 4. Cabe mencionar que este Plenário, recentemente, na Sessão de 02 de abril de 2008, ao apreciar o RE 569.476-AgR, por mim relatado, em votação unânime, confirmou essa exigência e ratificou tal procedimento, afastando a alegação de repercussão geral implícita<sup>5</sup>.

Por último, ainda soam vozes no sentido da inaplicabilidade da exigência da “repercussão geral da questão constitucional” aos recursos extraordinários criminais, sob o argumento de que a Lei nº 11.418/06 teria modificado unicamente o Código de Processo Civil; entendimento este não sedimentado na doutrina e na jurisprudência brasileiras, com destaque novamente para o Supremo Tribunal Federal.

É cediço que os recursos criminais de um modo geral e, em especial, o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas particularidades. No entanto, estas não afetam substancialmente a disciplina constitucional comum reservada a todos os recursos extraordinários.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição Federal, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da “repercussão geral da questão constitucional”.

---

<sup>5</sup> STF, AI-ED nº 692.400/MG, Tribunal Pleno, rel. min. Ellen Gracie (Presidente), julgado em 16.04.2008.

A regulamentação desse dispositivo ocorreu com o advento da Lei nº 11.418/06, que, inadvertidamente, se limitou a alterar o texto do Código de Processo Civil. Todavia, tal regulação se aplica plenamente ao recurso extraordinário criminal, seja porque, como já ressaltado outrora, a repercussão geral passou a integrar a disciplina constitucional de todos os recursos extraordinários, seja porque inequívoca a finalidade do referido diploma de regulamentar o instituto nessa extensão (art. 1º).

Por outro lado, nada impede a aplicação subsidiária ou por analogia da exigência da “repercussão geral da questão constitucional” nos recursos extraordinários criminais; a exemplo da aplicação do parágrafo único do art. 120 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 9.756/98, o qual possibilita o relator, se houver jurisprudência dominante do Tribunal sobre a questão suscitada, decidir individualmente determinado conflito de competência, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>.

Vale ressaltar que não há presunção da repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção, conclusão a que se chega pelo fato do apelo extremo, mais que a solução justa do caso concreto, buscar preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição Federal.

Sob esse aspecto, brilhantes as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence no voto condutor do AI-QO nº 664.567/RS, de sua relatoria, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no dia 18 de junho de 2007, o qual pode ser considerado verdadeiro marco jurisprudencial da matéria:

Relevo para as partes sempre haverá num conflito entre a pretensão de punir do Estado e o direito de liberdade de determinado cidadão: para efeito da repercussão geral, contudo, considera-se, mais do que isso, a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos em causa (cf. C. Pr. Civil, art. 543-A, § 1º, com a redação dada pela L. 11.418/06).

---

<sup>6</sup> HC nº 89.951/RS, 1ª Turma, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgado em 05.12.2006.

No que pertine à aplicabilidade da exigência da “repercussão geral da questão constitucional” aos recursos extraordinários criminais e ao seu alcance, bastante esclarecedora a seguinte decisão do STF:

1. O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da Lei nº 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais. 2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular, o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades – referentes a requisitos formal ligados a prazos, formal de intimação e outros – que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III). 3. A partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 – que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição –, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional. 4. Não tem maior relevo a circunstância de a Lei nº 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas. 5. Cuida-se de situação substancialmente diversa entre a L. 11.418/06 e a L. 8.950/94 que, quando editada, estava em vigor norma anterior que cuidava dos recursos extraordinários em geral, qual seja a L. 8.038/90, donde não haver óbice, na espécie, à aplicação subsidiária ou por analogia do Código de Processo Civil. 6. Nem há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele

versadas, assim entendidas aquelas que ‘ultrapassem os interesses subjetivos da causa’ (C. Pr. Civil, art. 543-A, § 1º, incluído pela L. 11.418/06)<sup>7</sup>.

### 3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

À primeira vista, infere-se que o § 3º do art. 102 da Constituição Federal conferiu competência privativa ao Supremo Tribunal Federal para exercer o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário com relação à exigência da “repercussão geral da questão constitucional”, ficando a cargo do tribunal local somente a apreciação dos demais requisitos de admissibilidade do recurso.

Aludida tese tinha por fundamento o fato do juízo de admissibilidade do tribunal local ser exercido pelo seu presidente, por meio de decisão unipessoal, ao contrário do conteúdo do dispositivo sob testilha, que prevê a recusa do recurso, por falta de repercussão geral, somente pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do tribunal, a evidenciar que sua apreciação deve ser realizada por órgão colegiado, impedindo o exame desse tema pelo presidente do tribunal *a quo*.

Nesse prisma, o § 2º do art. 543-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.418/06, que, por sua vez, regulamentou o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, explicita que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a apreciação da existência da “repercussão geral da questão constitucional”.

A esses argumentos, alinha-se outro: a localização da norma. O instituto da “repercussão geral da questão constitucional” foi inserido no art. 102 da Constituição Federal, que trata da competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal, na forma de parágrafo (3º), indicando que o seu conteúdo tem indissociável vínculo com o *caput*. Assim, tem-se que o vocábulo “tribunal”, lá constante, significa STF, de forma que incumbe a este e não ao tribunal *a quo* apreciar a alegação de repercussão geral.

---

<sup>7</sup> STF, AI-QO nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18.06.2007.

Não obstante, tal entendimento já está ultrapassado.

Evidencia o art. 327, do Regimento Interno do STF, a existência de 02 (duas) fases na apreciação da repercussão geral do apelo extremo. A primeira seria a análise da presença ou não da abordagem e fundamentação do recorrente em relação à “repercussão geral da questão constitucional”; enquanto a segunda seria a verificação se a alegada repercussão geral seria relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassasse os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil).

Essa última análise, por expressa disposição legal (art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil), é de exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal, ao passo em que a constatação da abordagem e fundamentação do recorrente no que concerne à existência da “repercussão geral da questão constitucional” deve ser exercida tanto pelo STF quanto pelo tribunal local, como num exame formal.

Desta feita, poderá o tribunal *a quo* negar seguimento ao recurso extraordinário se o recorrente não cumprir o ônus da demonstração da “repercussão geral da questão constitucional”, ou seja, se não declinar, em preliminar formal e fundamentada, a existência do requisito, não permitindo a este unicamente a análise da presença efetiva da repercussão geral.

A matéria já foi pacificada no Pretório Excelso, segundo demonstrado abaixo:

II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência. 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade – seja na origem, seja no Supremo Tribunal – verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C. Pr. Civil, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da

efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita ‘à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal’ (art. 543-A, § 2º)<sup>8</sup>.

#### 4 CONCLUSÃO

Sem dúvida, a institucionalização da “repercussão geral da questão constitucional”, como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, alcança o seu intuito de frear a subida de processos ao Supremo Tribunal Federal, acarretando a diminuição, sobremaneira, de sua carga processual.

Outro objetivo atingido pelo referido instituto é firmar o papel do STF como Corte Constitucional e não como instância recursal, ensejando que o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro só analise questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes.

É bem verdade que muitas dúvidas surgiram juntamente com a Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/04), a Lei nº 11.418/06 e a Emenda Regimental nº 21 do Supremo Tribunal Federal, inobstante, quase todas já pacificadas pela jurisprudência do próprio Tribunal.

O Pretório Excelso já se manifestou no sentido de que a “repercussão geral da questão constitucional” somente deve ser exigida nos recursos extraordinários interpostos das decisões publicadas após 03 de maio de 2007, data da entrada em vigor da Emenda Regimental nº 21.

Também pacificada por nossa Corte Constitucional a necessidade do recorrente demonstrar no apelo extremo, em preliminar formal e fundamentada, a existência da “repercussão geral da questão constitucional”, ainda que se trate de caso de presunção da repercussão geral, afastando, ainda, qualquer alegação de sua configuração implícita.

Não obstante, o foco central do presente trabalho foi a demonstração da aplicabilidade da exigência da “repercussão geral da questão constitucional” aos recursos extraordinários criminais, máxime a Lei nº 11.418/06 tenha alterado somente o Código de Processo Civil; entendimento este adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>8</sup> STF, AI-QO nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18.06.2007.

Já no que concerne ao juízo de admissibilidade do novo requisito do recurso extraordinário, o STF se posicionou no sentido do tribunal *a quo* analisar a presença ou não da abordagem e fundamentação do recorrente em relação à “repercussão geral da questão constitucional”, como num exame formal, não permitindo a este unicamente a constatação da presença efetiva da alegada repercussão geral, acometida exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

Superadas essas questões pelo próprio Pretório Excelso, através de recentes julgamentos, aguarda-se a chegada dos resultados, provavelmente divulgados estatisticamente e satisfatórios, aumentando a autoridade do Supremo Tribunal Federal e reforçando as jurisdições inferiores, as quais estão funcionando como verdadeiros entrepostos judiciais, visto que invariavelmente suas decisões são questionadas frente aos Tribunais superiores.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM. A EC nº 45 e o Instituto da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63-99.

DINAMARCO, Candido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. **Revista Jurídica Unicoc**, Ribeirão Preto (SP), ano 2, n. 2, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/arquivos/imprensa/IMPRESSA-INTERNET2.pdf>>.

LACERDA, Galeno. **O novo direito processual civil e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MEDINA, José Miguel Garcia et al. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 373-389.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual**: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001; e Lei 10.352/2001. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



## ESTUDO DE UM CASO CONCRETO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE TORTURA COM BASE NA LEI DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

*Márcio Thadeu Silva Marques\**

*A proteção dos direitos humanos iniciou-se com a proteção e o respeito da atividade filosófica. Do direito do indivíduo à verdade, à autonomia, ao respeito pela sua dignidade e pela sua liberdade e a todos os outros direitos que tal respeito condiciona, há um longo caminho que é o dos progressos da consciência no Ocidente. **Chaim Perelman.***

**Resumo:** O artigo investiga o processo nº 139232005 (4ª Vara/Fazenda Pública), em que dezessete militares são acusados da prática de ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública, em razão de , em 24 de novembro de 2002, no complexo penitenciário de Pedrinhas, terem torturado presos que já haviam sido dominados, após a sufocação de rebelião.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Tortura. Proibidade Administrativa.

**Abstract:** The article investigates lawsuit nº 139232005 (4th Judgeship/ Treasury Affairs), what seventeen militaries are charged of practicing offenses against constitutional principals of the Public Administration because they, in November 24 of 2002, into the Pedrinhas penitentiary complex, had tortured prisoners what already they get dominated , after the suffocation of a rebellion.

**Keywords:** Human rights. Torture. Administrative virtue.

---

\* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão e Pós-Graduando em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal, pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão.

## 1 DO PROCESSO

Conforme a inicial em epígrafe<sup>1</sup>, a AÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, com pedidos liminares de tutela antecipada e de seqüestro, foi ajuizada em 27/07/2005, sendo distribuída para a 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual da comarca da capital maranhense, com base nos arts. 127 e 129, III, § 1º e 37, § 4º da Constituição Federal; pelo art. 25, IV, ‘a’ e ‘b’ da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei federal nº 8.625/93) e no art. 17 da lei nº 8.429/92, narrando assim os fatos que a motivaram:

“A partir de comunicado da Secretaria para Assuntos Institucionais do Ministério Público, órgão de representação institucional no Comitê Estadual contra a Tortura<sup>2</sup>, sobre os fatos ocorridos, instaurou-se o Procedimento Administrativo nº 038/2004 nesta Promotoria de Justiça Especializada na Defesa da Probidade Administrativa e do Patrimônio Público, cujos autos, consubstanciados em cópias dos autos da Ação Penal nº 4.674/2004, que tramita na 8ª Vara Criminal de São Luís, seguem em anexo, como parte integrante desta inicial, a exemplo dos demais documentos igualmente acostados.

Conforme consta dos autos da citada ação penal, no início da noite do dia 24 de novembro de 2002, os denunciados acima descritos, na condição de policiais militares, submeteram, mediante violência, a inten-

---

<sup>1</sup> São signatários da inicial os Promotores de Justiça Eliane da Costa Ribeiro Azôr, Justino da Silva Guimarães, Carlos Jorge Avelar Silva, Ana Teresa Silva de Freitas, Danilo José de Castro Ferreira, Márcio Thadeu Silva Marques, Marcos Valentim Pinheiro Paixão, Geraulides Mendonça Castro, Francisco Fernando M. Meneses Filho, Fabíola Fernandes Faheina Ferreira, Rosanna Conceição Gonçalves e Cássius Guimarães Chai.

<sup>2</sup> O Comitê Estadual contra a Tortura é composto por organizações públicas e da sociedade civil, sob a coordenação conjunta do Ministério Público Estadual e da Sociedade Maranhense de Direitos Humanos, sendo reconhecido como instância de articulação entre essas representações, na forma do Protocolo de Intenções contra a tortura, firmado em 24/03/2002, pelo Tribunal de Justiça, Ministério Público e outras instituições e entidades relacionadas no link <http://www.mp.ma.gov.br/pgjma/asp/index.asp>.

so sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal, os presos de justiça CLEONES COSTA SILVA, ROGÉRIO MOTA RIBEIRO, JOAQUIM LIMA DA SILVA, ANTÔNIO CARLOS PEREIRA SOUSA, ANTÔNIO DE NAZARÉ SOUSA, ALDIVINO ALVES DA SILVA, JOSÉ RIBAMAR GARCÊS PEREIRA FILHO, JOSÉ DE RIBAMAR JESUS MIRANDA, CARLOS ALBERTO DA CONCEIÇÃO, MANUEL DE JESUS FERNANDES, JOSÉ RIBAMAR BARBOSA DA SILVA, RAILSON FRANÇA DE JESUS, FRANCISCO DAS CHAGAS COSTA, MANOEL LEONARDO BATISTA ALVES, CARLOS ANTÔNIO NOGUEIRA DE OLIVEIRA, FERNANDO SERRA FERREIRA, FRANCISCO FERREIRA SOUSA, ANTÔNIO FERNANDES LIMA, REGIS DA SILVA LIMA, JOSÉ PEREIRA CHAVES, ANTÔNIO EDSON PEREIRA DA SILVA, EDVALDO SOUSA SILVA, WAGNER COSTA CANTANHEDE, RAIMUNDO NONATO DA CONCEIÇÃO, CLAUDIOMIR REIS CANTANHEDE, CARLOS SILVA E SOUSA, VALDEMIR DA MOTA, JOSÉ PEREIRA DA SILVA, ROSIVALDO VIANA DE MENDONÇA, PEDRO AIRES COELHO CAMPO, GILSON LOPES PEREIRA, ANDERSON ROBERT SOARES LEAL, FRANCISCO FEITOSA LOPES, JOSÉ BONIFÁCIO BRITO, EMERSON AUGUSTO MORAIS, MÁRCIO ANTÔNIO CORDEIRO LISBOA, MARCELINO PEREIRA DA SILVA, JOCIRLEI VIEIRA DA COSTA, CLAUDINEI PEREIRA DOS SANTOS, ADENILSON LOPES MOREIRA, ALDENIR SILVA COSTA, ALEXANDRE LUIS PINHEIRO GOMES, JOÃO ALTERLIM MENDES DO NASCIMENTO, FRANCISCO DOS SANTOS NUNES, ERIVALDO DINIS BARROS, MANOEL DOMINGOS NOGUEIRA, CLEUDSON LUIS PINHEIRO COSTA, ELCIVAN VIANA DA SILVA, VILCICLÁUDIO SANTOS CHAGAS, MATUSALÉM MACEDO DE ANDRADE FEITOSA, NILSON CARNEIRO DA SILVA, CÍCERO FORTUNATO DA SILVA, ANTONILSON DA CONCEI-

ÇÃO, JOSÉ FRANCISCO MARTINS FERREIRA, JOSÉ LEITE DA SILVA, ANTÔNIO FRANCISCO DOS SANTOS, ANTÔNIO DOS SANTOS REIS, JOEL PINHEIRO DOS SANTOS, KLEBER SILVA SANTOS, JOSÉ AMÉRICO FERREIRA DA CRUZ, ARIOSVALDO LIMA GOMES, ANTÔNIO JOSÉ GOMES, VALDENILSON COUTINHO ALVES, VALDEMIR NERES DA MOTA e GENILSON CÉSAR DINIS GONÇALVES, entre outros não identificados, causando-lhes as lesões descritas nos pareceres médico-legais de fls. 107/325 e laudos de lesão corporal de fls. 333 e 404/424.

A teor da denúncia, naquele dia (24.11.02), por volta das 18:15h, a segurança da Casa de Detenção do Complexo Penitenciário de Pedrinhas foi avisada sobre a presença de um interno na parte superior do bloco “b”, fato que determinou uma vistoria por agentes e inspetores penitenciários no referido bloco, ocasião em que foi constatada a existência de várias grades de cela serradas. O fato foi comunicado ao Diretor da Casa de Detenção, Carlos James Moreira da Silva, que se deslocou até o complexo penitenciário e pediu apoio do Batalhão de Choque da Polícia Militar, hoje Batalhão de Missões Especiais, para que os presos fossem retirados das celas e os agentes penitenciários pudessem proceder a uma minuciosa inspeção no local. Durante tal operação, contudo, referido batalhão policial agiu com excesso de rigor, humilhando e torturando os presos, espancando-os com chutes e golpes de cacetetes, causando-lhes uma série de lesões corporais, fato que levou a Promotoria de Justiça de Execução Penal de São Luís a instaurar procedimento administrativo para apurar o ocorrido.

Visando comprovar materialmente os abusos cometidos pela polícia militar, foram requisitados parecer técnico e pareceres médico-legais a Dra. Ieda Maria Silva Araújo, com atuação na Procuradoria Geral de Justiça deste Estado, a qual concluiu no primeiro (fls. 107/108) que “...dos 62 presos examinados, 14 apresentam lesões caracterizadas por extensas equi-

moses nas regiões glúteas (...) Tais lesões traduzem uma postura de agressividade exacerbada com o intuito de satisfação de instintos cruéis, com o abuso de golpes com instrumentos contundentes precisamente sobre uma região, como se o agressor estivesse demonstrando a sua superioridade física sobre o agredido e ao mesmo tempo humilhando-o, atingindo-os em regiões destinadas a castigos infantis ou que apresentam conotação relacionada à sexualidade. (...) A coloração e a forma das equimoses, três dias depois de produzidas, chamam a atenção para a repetitividade e a intensidade dos golpes, afastando o interesse do agressor apenas de ferir ou imobilizar o preso, mas em impor-lhe um tratamento desumano, humilhante e cruel. Os corpos lesionados expõem uma maldade desnecessária e injustificável sob o ponto de vista de contenção mecânica de presos rebeldes”.

Ouvidos na Promotoria de Investigação Criminal que apurou o caso, conforme Termos de Declarações inclusos, os presidiários declararam que, embora já se encontrassem dominados, foram espancados pelos policiais, que fizeram uma espécie de “corredor polonês”, pelo qual os presos teriam que passar, quando eram agredidos com chutes e golpes de cacete, além de serem obrigados a se despir e permanecer na posição de decúbito abdominal, quando então eram submetidos a nova seção de tortura, através de chutes e golpes de cacete nas nádegas e nas costas.

Afirmaram ainda os presidiários que eram obrigados a gritar “eu amo o choque” e ao retornarem as celas, eram novamente agredidos no “corredor polonês”.

Às fls. 109/323, observam-se os citados pareceres médico-legais, todos sustentados por fotografias que demonstram as lesões sofridas pelos presos”.

O titular da 4ª Vara da Fazenda Pública julgou-se suspeito, por motivo de foro íntimo, em 19/08/2005, tendo a Corregedoria Geral de Justiça designado, como substituto no feito (art. 5º, XVI, Provimento nº 04/99), o Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, que determinou a notificação

dos requeridos para, no prazo de 15 (quinze) dias, oferecerem manifestação por escrito, *ex vi* do artigo 17, §7º da lei nº 8.429/92.

Em 27/11/2006, o Presidente do processo exarou o seguinte despacho:

“Diante do Exposto, preenchidos os requisitos previstos no art. 273 do CPC, concedo a tutela requerida para determinar ao Comando Geral da Polícia Militar do Estado do Maranhão, por meio de ofício, o afastamento dos demandados na forma requerida na inicial, de modo a suspender as atividades policiais e militares nos ambientes externos aos quartéis e repartições policiais, sem prejuízo das respectivas remunerações ou vantagens de índole pessoal a que fizerem jus, bem como a proibição de ingressarem no complexo penitenciário Estadual, ressalvadas as hipóteses de prisão em flagrante ou de ordem judicial. Cite-se o Estado do Maranhão, Pessoa Jurídica interessada, na pessoa de seu procurador geral para , no prazo de 20 (vinte ) dias, assumir a posição na presente ação que lhe convier, nos termos do art. 17, § 3º da Lei 8.249/92 c/c artigo 6º, § 3º da Lei 4.717/1965. Quanto ao seqüestro pretendido, deixo de decretá-lo, tendo em vista que o fundamento invocado pelo Ministério Público (assegurar o pagamento de multa imposta com o eventual julgamento procedente dessa ação) não se amolda aos comandos do art. 16 da Lei nº 8.429/92. Na verdade, o fundamento jurídico para tal medida seria o de garantir as bases patrimoniais da futura execução de sentença condenatória de ressarcimento de danos ou restituição de bens e valores havidos ilicitamente por ato ímprobo, o que não se vislumbra no caso vertente, ao menos nessa fase da cognição. cite-se os requeridos para, no prazo de 30 (trinta ) dias, contestarem a presente ação, consoante o disposto no art. 17, § 9º da Lei nº 8.429/92 c/c o art. 191 do Código de Processo Civil. Cumpra-se. São Luís (MA), 27 de outubro de 2006. José Jorge Figueiredo dos Anjos Titular da 3ª Vara da Fazenda Pública”.

Citados todos os réus e apresentadas as contestações, o Estado do Maranhão peticionou requerendo a suspensão do processo, enquanto não dirimida a instância penal. O pedido foi indeferido pelo Juiz Edmar Fernando Mendonça, que havia recebido, em audiência, o Comitê Estadual contra Tortura, que apresentou memorial no sentido da independência entre as responsabilidades, lembrando que a Procuradoria Geral do Estado havia, em 29/03/2003, expedido a Recomendação nº 01/2003-PGE<sup>3</sup>, que orientava posição contrária ao pedido que atravessara nos autos.

O Ministério Público, que tem atravessado diversas petições pelo regular prosseguimento do feito, requereu, em 10/08/2007, o saneamento dos autos e a deliberação sobre a prova a ser produzida. Segundo o site do Tribunal de Justiça ([http://www.tj.ma.gov.br/site/cons/proc1g/vw\\_proc1g](http://www.tj.ma.gov.br/site/cons/proc1g/vw_proc1g)).

---

<sup>3</sup> *Recomendação nº 01/2003/PGE-MA*-Cuida dos procedimentos para responsabilização cível de servidores estaduais nos casos de tortura (Lei 9.455/97) e dá outras providências. A Procuradoria Geral do Estado do Maranhão, no exercício de suas atribuições dispostas no art. 4º, II, IV, V e XXXIV da Lei Complementar 20/94, CONSIDERANDO os termos do art. 5º, III e XLIII da Constituição Federal, condenando a prática de tortura; CONSIDERANDO que a Procuradoria Geral do Estado do Maranhão se incorporou ao esforço de combater a prática da tortura através de assinatura de PROTOCOLO DE INTENÇÕES juntamente com diversas instituições em 24 de março de 2003 na sede da Procuradoria Geral de Justiça; CONSIDERANDO que a missão constitucional da Procuradoria Geral se relaciona com a defesa judicial e extrajudicial da Administração Pública Estadual (art. 103, Constituição Estadual) RECOMENDA aos Procuradores do Estado, que no exercício de suas funções:

Art.1º - Quando apresentada ação de ressarcimento contra o Estado do Maranhão em consequência de prática de tortura por servidor público estadual, deve ser ajuizada ação regressiva contra o servidor nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Parágrafo único - A ação mencionada no caput deste artigo não prejudica a comunicação à esfera policial para instauração de inquérito sobre a alegação de tortura.

Art. 2º. Além da ação regressiva prevista no art. 1º, o Procurador deve ingressar com ação civil por improbidade administrativa nos termos do art. 17 da Lei 8429/92.

Art. 3º Para fins estatísticos da Campanha Nacional Permanente contra Tortura deve ser encaminhada à Sociedade Maranhense dos Direitos Humanos comunicação sobre o ajuizamento das ações de que trata a presente recomendação, bem como sua conclusão, para repasse ao Comitê Nacional da Campanha.

Art. 4º - Esta recomendação entra em vigor na data de sua publicação.

Gabinete da Procuradora-Geral do Estado do Maranhão, em São Luís/MA, 29 de março de 2003.

ANA MARIA DIAS VIEIRA - Procuradora-Geral do Estado do Maranhão.

php?comarca=1&processo=139232005) , desde 11/09/2007 os autos aguardam deliberação judicial sobre o pleito do Ministério Público.

## **2 TORTURA COMO ATO DE IMPROBIDADE: BASES LEGAIS DO ARGUMENTO**

Este e os próximos dois itens deste artigo são fiel transcrição de seus correlatos, consoante a inicial da ação sob exame:

### **“II – DO REPÚDIO CONSTITUCIONAL E DA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE A PRÁTICA DE TORTURA**

Diversos são os instrumentos internacionais que apontam a tortura como prática atentatória contra a dignidade humana, o que a torna objeto da somatória de todos os esforços para sua erradicação. O mais recente desses diplomas é o Estatuto de Roma, pelo qual a ONU institui o Tribunal Penal Internacional, cuja jurisdição acaba de ser admitida no plano interno ante a nova redação do § 3º do art, 5.º da Carta Federal, modificada pela EC n.º 45, de 8/12/2004<sup>4</sup>. É a tortura considerada crime de lesa humanidade, nos termos seguintes:

#### **“Artigo 7º**

##### **Crimes contra a Humanidade**

**1 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a Humanidade” qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:**

(...)

**f) Tortura;**

(...)

---

<sup>4</sup> Acerca deste ponto, ver comentário do Promotor de Justiça Márcio Thadeu Silva Marques, Secretário para Assuntos Institucionais do MP/MA, em Nota Técnica disponível na intranet do portal da PGJ ([www.pgj.ma.gov.br](http://www.pgj.ma.gov.br)).



## 2 - Para efeitos do n.º 1:

(...)

**e) Por “tortura” entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do argüido; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas acidentalmente”.**

Não poderia ser de outra forma, eis que a dignidade da pessoa humana é fundamento republicano por força do art. 1.º, III da Constituição Federal, vedando-se toda a forma de tortura ou tratamento desumano ou degradante, sendo considerada crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia sua prática, por ela respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (art. 5.º, III e XLIII). Além disso, os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte<sup>5</sup>, como a Declaração Universal Sobre Direitos Humanos<sup>6</sup> (ONU/1948), que inspirou a maioria dos instrumentos multilaterais na área, o Pacto de San José da Costa Rica<sup>7</sup> (OEA/1969), a Convenção

---

<sup>5</sup> “CF: Art. 5.º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

<sup>6</sup> “Artigo 5 -Ninguém será submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

<sup>7</sup> “Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>8</sup> (ONU/1984) e Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>9</sup> (OEA/1985), além de outros ainda não vigentes, como o Protocolo Adicional à Convenção Central a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>10</sup> (ONU/2002).

### III - DA CARACTERIZAÇÃO DA TORTURA COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A questão fucral no exame desta ação trata exatamente da caracterização da tortura - ilícito contra a humanidade - como ato de improbidade administrativa passível das sanções da Lei 8.429/92, na forma de seu art. 11, em especial, inciso I e art. 12:

---

<sup>8</sup> Artigo 2 - 1. Cada Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciais ou de outra natureza com o intuito de impedir atos de tortura no território sob a sua jurisdição. 2. Nenhuma circunstância excepcional, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, poderá ser invocada como justificativa para a tortura. 3. Uma ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificativa para a tortura.

(...)

Artigo 4 - 1. Cada Estado Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes nos termos da sua lei penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de infligir tortura e a todo ato praticado por qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação em tortura. 2. Cada Estado Parte penalizará adequadamente tais crimes, levando em consideração sua gravidade.

<sup>9</sup> Artículo 5 - No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura.” (Versão extraída, em espanhol, do site da OEA - <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html> - sem o destaque que ora se apresenta).

<sup>10</sup> Artigo 1º - O objetivo do presente Protocolo é estabelecer um sistema de visitas regulares por organismos internacionais e nacionais a locais onde pessoas estão privadas de sua liberdade, para prevenir tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano e degradante.

**“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:**

**I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;**

**(...)**

**Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:**

**(...)**

**III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.**

**Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.**

A questão não é inédita e tem antecedentes apreciáveis no âmbito estadual e nacional. Ações com o mesmo conteúdo jurídico e igual ordem de pedidos são cada vez mais noticiadas na imprensa, seja pelo Ministério Público Federal, seja pelos Ministérios Públicos Estaduais (no Paraná por exemplo, ver a matéria constante do sítio <http://www.mp.pr.gov.br/releases/200303b.html>, capturado em 08/02/2005, às 13:30 h), inclusive no Maranhão, sendo a mais recente a ajuizada na comarca de Riachão, cuja cópia da inicial segue em anexo.

A judicialização de outras formas de repressão à tortura, além da penal, é reflexo da posição que a Re-

pública Federativa do Brasil vem adotando desde a formulação de seus Planos Nacionais de Direitos Humanos (na primeira e segunda versões), em resposta à pressão da sociedade civil e dos organismos multilaterais internacionais. No sentido dessas pressões temos o relatório da ONU (Relatório Nigel Rodley) sobre tortura no Brasil, em 11 de abril de 2.001, além da declaração do comitê contra a tortura da ONU, de 26/11/2001, bem como as conclusões das sucessivas Conferências Nacionais de Direitos Humanos, desde sua VII edição, e, finalmente, os resultados da Campanha Nacional Permanente contra a Tortura, a qual apontou a tortura institucional como a de maior incidência do delito, principalmente no interior do País. Essas pressões levaram o Estado brasileiro a comentar formalmente o Relatório Nigel Rodley<sup>11</sup> (<http://www2.mre.gov.br/sei/bras-rodley.htm>) e a promover o PROTOCOLO DE AÇÃO CONTRA A TORTURA (2003), envolvendo o Superior Tribunal de Justiça e demais órgãos e instituições do Poder Judiciário do Brasil; a Procuradoria Geral da República, pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão; Ministérios Públicos dos Estados representados pelo seu Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça; a Ordem dos Advogados do Brasil e os demais órgãos e instituições essenciais à administração da

---

<sup>11</sup> Do texto, interessante a leitura dos seguintes extratos: “1. Em primeiro lugar, as mais altas lideranças políticas federais e estaduais precisam declarar inequivocamente que não tolerarão a tortura ou outras formas de maus tratos por parte de funcionários públicos, principalmente as polícias militar e civil, agentes penitenciários e monitores de instituições destinadas a menores infratores. É preciso que os líderes políticos tomem medidas vigorosas para agregar credibilidade a tais declarações e deixar claro que a cultura de impunidade precisa acabar. (...) 12. Os promotores deveriam formalizar acusações nos termos da Lei Contra a Tortura de 1997, com a frequência definida com base no alcance e na gravidade do problema, e deveriam requerer que os juízes apliquem as disposições legais que proíbem a concessão de fiança em benefício dos acusados”.

Justiça no Brasil; o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e os demais órgãos e instituições incumbidos, nos âmbitos de suas competências, da formulação, implementação e controle de políticas criminais e atuação no sistema de justiça e segurança no Brasil, reunidos em torno de um compromisso genérico de dar cabo a esta prática aviltante da dignidade humana.

No Maranhão, idêntica mobilização vem crescendo em intensidade e compromisso das instituições, como anotado no relatório de um ano da CAMPANHA NACIONAL PERMANENTE CONTRA A TORTURA no Estado ([http://www.pgj.ma.gov.br/mp\\_torturarel.asp](http://www.pgj.ma.gov.br/mp_torturarel.asp), capturado em 08/02/2005, às 14:00 h), com a assinatura, em 2002, de um PROTOCOLO DE INTENÇÕES por órgãos governamentais para a formalização do Comitê Estadual da Campanha Nacional de Combate à Tortura como um órgão colegiado composto pela Sociedade Maranhense dos Direitos Humanos – SMDH, pelo Ministério Público do Maranhão, pelo Poder Judiciário, pela Defensoria Pública do Estado, pela Procuradoria Geral do Estado, pelas Gerências de Estado de Segurança Pública e de Justiça e Cidadania, pela Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa, pela Seccional Maranhense da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/MA, dentre outras entidades que representam os vários segmentos da sociedade civil, conformando o PACTO MARANHENSE CONTRA A TORTURA, com vistas “ao enfrentamento da impunidade nesta espécie de crime e a pedagogia social pela indignação contra este tipo de aviltamento da dignidade humana”, reconhecendo “a tortura praticada por agentes do Estado como a mais abjeta, por inverter a própria lógica da existência da autoridade estatal e por representar uma das formas de mais difícil punição pela tendência corporativa das instituições”.

Tradicionalmente, a repressão à tortura é feita quanto ao aspecto criminal e indenizatório. A ação penal, de iniciativa exclusiva do Ministério Público<sup>12</sup>, pode levar o torturador a uma pena de até dezesseis anos de reclusão, se da ação resulta morte.

O torturador ainda, na condição de funcionário público, pode ter sua conduta reprimida com as sanções administrativas próprias do estatuto de sua categoria, as quais podem implicar até na exoneração a bem do serviço público.

Tal condição de funcionário público deve ser explorada sob a ótica da Lei de Improbidade Administrativa. À Administração Pública, que se rege pela legalidade estrita, somente são admitidas práticas expressamente previstas em norma positiva, o que, por evidente, exclui a tortura. Logo, se sua prática se dá por funcionário público, no exercício de funções próprias de sua atividade, além da responsabilidade penal e administrativa, tem-se como cabíveis, em tese, as sanções pela prática do tipo descrito no caput do art. 11 da Lei n° 8.429/92 (ofensa ao princípio da legalidade), com a perda do cargo público, suspensão dos direitos políticos e multa, dentre outras punições. Aqui, se pode ter a ampliação da relação dos legitimados para a busca da aplicação dessas sanções, o que reforça a possibilidade de sua aplicação. A Procuradoria Geral do Estado do Maranhão, por exemplo, através da Recomendação n° 01/2003, orienta os Procuradores do Estado a buscarem não apenas as ações regressivas, já referidas, mas também a ajuizarem as ações civis públicas por improbidade administrativa nos casos de tortura”.

---

<sup>12</sup> Pela Recomendação n° 02/2003, a Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão, aponta aos membros do Ministério Público, sem caráter vinculativo, a necessidade de se requisitar a instauração de inquérito policial, sem prejuízo de instauração de procedimento administrativo, inclusive para apuração de improbidade administrativa (que será mais adiante neste texto explicitada), bem assim, para possibilitar a ação civil *ex delicto*, diretamente ou esclarecendo a vítima sobre a busca da indenização devida pelo ato ilícito.

Como guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127 e Carta Estadual, art. 94), cabe ao Ministério Público utilizar-se de todas as vias, inclusive a judicial, para o cumprimento de sua missão constitucional. Nesse aspecto, releva notar que o alcance dos meios utilizados pelo Ministério Público para o desempenho de tal missão deve ser sempre ampliado, interpretando-se sua atuação como instrumento de manutenção das garantias e direitos fundamentais, com os quais tem compromisso essencial de plena eficiência e eficácia em tal guarda, em especial quando se trata de defender elemento fundamental da República, *id est*, a dignidade da pessoa humana, aviltada pela tortura.

Discorrendo sobre esse limites expandidos da atuação do MP, escreveu a Procuradora Regional da República LUIZA CRISTINA FRISCHEISEN, Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP e Doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP o artigo **Proteção e Garantia dos Direitos Humanos: Alguns Aspectos da Atuação do Ministério Público** (capturado em 08/02/2005, às 11:00h no sítio [http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud9/protecao\\_e\\_garantia.htm](http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud9/protecao_e_garantia.htm)): A Constituição Federal inovou no âmbito dos ofícios do Ministério Público, ao determinar no art. 129, inciso VII, que cabe a esta instituição o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar. Tal atividade poderia ser um excelente mecanismo de coibir abusos dos integrantes das forças policiais contra investigados e pessoas submetidas à custódia, bem como a tortura nas dependências das delegacias policiais. (...)

“São o inquérito civil público, a ação civil pública e o termo de compromisso de ajuste e, ainda, as recomendações, que permitem ao Ministério Público promover ações judiciais e extrajudiciais para a efetiva implementação dos direitos dos cidadãos estabelecidos na Constituição Federal e, eventualmente, promover

a responsabilização do administrador pela atuação em desacordo com aquela e até mesmo por sua omissão em relação às normas constitucionais”.

Arremata FRISCHEISEN que “é possível quanto ao delito de tortura, promover também ação de improbidade contra os autores do delito”.

O Procurador da República no Rio de Janeiro Daniel Sarmento, no texto Improbidade administrativa e tortura, a dignidade da pessoa humana e a interpretação da Lei nº 8.429/92, de DANIEL SARMENTO, (Boletim dos Procuradores nº 19, Novembro/1999, pp. 03/05), traça as seguintes considerações, com a mesma perspectiva adotada nesta peça, também expostas em ação em que atuou, com o idêntico conteúdo jurídico:

“A Constituição brasileira de 1988, à semelhança do que ocorre em diversas cartas contemporâneas, reconheceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (art. 1º, III, CF<sup>13</sup>). A proclamação solene do princípio da dignidade da pessoa humana no primeiro artigo do texto constitucional é rica em simbolismo. A Carta de 1988 – Constituição cidadã, nas palavras do saudoso Ulisses Guimarães – representa um marco essencial na superação do autoritarismo e na restauração do Estado Democrático de Direito, timbrado pela preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social no país. Neste contexto, é natural que o constituinte tenha querido tingir com um colorido humanista a sua obra, consagrando a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional que instaurou”.

---

<sup>13</sup> Não se olvide que a Carta Estadual maranhense também assim erige a dignidade como fundamento do Estado (art. 2º, III), obrigando assim todos seus Poderes e Funções Estatais a terem tal direito como norte de suas ações.



“É interessante observar que o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição de 1988 resultou exatamente de uma reação do constituinte contra a tortura e outros desrespeitos aos direitos humanos perpetrados durante o regime militar”.

(...)

A Lei nº. 8.429/92 tipificou como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.

A análise sistemática da lei torna patente a desnecessidade da intenção de dano ao Erário para configuração do ato de improbidade. De fato, o Capítulo II do diploma legal, intitulado “Dos Atos de Improbidade Administrativa”, está dividido em três seções: Seção I, que trata “dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito”; Seção II, que cuida “dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao Erário”; e Seção III, que enuncia os “ato de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública”.

Portanto, pela própria leitura do título das seções da lei fica patente que a existência de dano ao Erário não se afigura fundamental para caracterização do ato de improbidade administrativa. Aliás, o próprio legislador se encarregou de dissipar possíveis dúvidas ao estabelecer, com todas as letras, que a aplicação das sanções por atos de improbidade administrativa “independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.” (art. 21, I, Lei nº 8.429/92)

“É certo que não se deve banalizar a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, diante da severidade das suas penas. Se toda e qualquer ilegalidade praticada por agente público – por mais irrelevante e inocente que fosse - tivesse de ser punida com a perda do cargo e outras sanções estabelecidas na Lei nº 8.429/92, provavelmente não sobraria um único servidor em

atividade no país. Esta lei, como todas as demais, tem de ser interpretada e aplicada com bom senso, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade”.

Sem embargo, daí não se segue que a lei não possa ser empregada em casos de gravíssima lesão aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, apenas por não ter se configurado dano patrimonial ao Erário.

**Nessa linha, é ocioso frisar que não há afronta mais grave à maior das leis, que é a Constituição, do que a tortura. Torturar é um ato infame, vil e covarde, que merece o repúdio mais enérgico e veemente da sociedade e do Poder Judiciário. O texto constitucional, no afã de por um fim definitivo a esta abominação, chegou a ser redundante ao proibir a tortura em vários dos seus preceitos (art. 5º, incisos III, XLIII e XLIX).**

Por outro lado, a realização de tortura e de atos destinados a acobertá-la viola não apenas a lei e a Constituição, mas sobretudo a ética e a moral, que são pressupostas na conduta de todo e qualquer agente público.

**E a vileza da tortura é ainda maior quando praticada por autoridades policiais contra prisioneiros indefesos, como ocorreu no caso presente. Ao torturar, o policial rebaixa-se à condição de criminoso, e ofende não apenas a integridade física e moral de sua vítima, mas a própria honra e imagem do Estado, que ficam indelevelmente conspurcadas pela conduta abominável do seu agente. No Estado de Direito, a atividade policial deve se pautar pelo estrito respeito aos direitos humanos do investigado. O policial, que deve ser o fiel guardião da sociedade, não pode transformar-se no seu implacável verdugo.**

(...)

Para que a tortura nas instituições policiais deixe de ser uma trágica realidade no Brasil, é preciso que todos assumam as suas responsabilidades.

O Poder Judiciário, neste quadro, desempenha um papel vital. No Estado Democrático de Direito, o juiz

deve assumir uma postura ativa e enérgica de defesa dos direitos humanos, reprimindo com rigor as suas violações, sobretudo quando perpetradas por agentes estatais. **E a tortura, é ocioso dizer, constitui a mais grave violação aos direitos do cidadão que se pode conceber**<sup>14</sup>. (Grifo nosso).

Exposta, quantum satis, a possibilidade jurídica do pedido principal, o passo imediato é demonstrar quais princípios constitucionais da Administração Pública foram violados, para a caracterização da improbidade administrativa prevista pelo art. 11 e seu inciso I da Lei nº 8.429/92, o que se passa imediatamente a escandir.

#### **IV – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA VIOLADOS *IN CASU***

São expressos, na forma do art. 37 da Carta Federal, após a EC 19/98, os princípios da **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** para a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Percebe-se da narração dos fatos a prática de tortura como ato que configura improbidade administrativa, nos termos do artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei 8.429/92, a saber, ofensa aos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência.

---

<sup>14</sup> Além de todo o já expandido, há dois pontos objetivos a considerar sobre a importância da prestação jurisdicional no combate à prática da tortura: a) a possibilidade de subtração da competência da Justiça estadual, se aplicado o incidente de deslocamento previsto pelo art. 109, V-A e seu § 5.º da CF, modificado pela EC 45/2004; e, b) se não suficiente a “avocação” federal, de acordo com a idiossincrática compreensão do Promotor do Tribunal Penal Internacional, o caso pode ir ao julgamento daquela Corte internacional. Apenas para melhor aferir as conseqüências da novidade constitucional sobre a jurisdição em torno das causas de direitos humanos, remete-se à Nota Técnica, já referida, do Promotor de Justiça Márcio Thadeu Silva Marques.

Para a plena tipificação da ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública, a advertência de WALDO FAZZIO JÚNIOR exposto em sua obra *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*, Editora Atlas, 2ª Edição, página 181:

“Em resumo, numa leitura tópica e superficial, tem-se a impressão que o art. 11 da LIA resume o ato de improbidade à pura e simples quebra da legalidade. Não é bem assim. Se o escopo da LIA é regulamentar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, ampliando o controle jurisdicional da probidade administrativa, impossível conceber a improbidade como mero contraste à lei. Nem toda ilegalidade perfaz a improbidade. Assim fosse, o legislador simplesmente cuidaria da ilegalidade administrativa, não da improbidade. Com efeito, esta reclama um plus. Há que se acrescer à ilegalidade a má-fé, que é a essência da imoralidade”.

Nesse art. 11, tem-se, pura e simplesmente, a soma da ilegalidade com a imoralidade.

Sobre a caracterização da quebra dos princípios constitucionais da Administração Pública como improbidade administrativa, é de se tratar de cada um *per se*, para sua completa amoldação ao desenho do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 como improbidade administrativa.

Discorrendo sobre o que é a MORALIDADE ADMINISTRATIVA, a Mestranda em Direito pela UNIC/UNESP e Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 23ª Região do Trabalho, Inês Oliveira de Sousa, no artigo *Moralidade Administrativa* e Ministério Público do Trabalho, capturado em 07/02/2005, às 09:40 h, no sítio <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub30.html>, escreveu:

“Não se confunde a moralidade administrativa com a moralidade comum, na medida em que é ela composta não só pela distinção entre o bem e o mal, mas, também, pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa, formando-se através de regras de boa administração, como disse o também francês Henri Welter. Assim, a atividade dos administradores deve ser inabalavelmente marcada pela vontade cons-

tante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence. Encontrando-se os princípios constitucionais administrativos em linha horizontal de importância, é correto afirmar que apenas a verificação da legalidade do ato não mais satisfaz as aspirações dos cidadãos, tornando-se necessária a obediência a princípios que valorizem a dignidade humana, repudiando atos administrativos que se apresentem como legais e oportunos, todavia eivados de vício, contagiados por uma vontade particular do administrador, que não encontra respaldo no interesse público.

(...)

Ampliando o rigor sobre a análise dos atos administrativos, para coibir eventuais abusos de poder praticados por administradores ímprobos, o Constituinte nacional de 1988 sabiamente incluiu no caput do art. 37, da Carta Magna, o princípio da moralidade, impondo a sua observância a todos os níveis e formas de Administração Pública”.

**A prática de tortura**, indiscutível e cabalmente fere a ética dos povos e caracteriza, quando praticada por funcionário público, a perda da própria razão de ser do Estado. **Sua imoralidade, como prática institucional, é tonitruante, em especial quando sujeita vítimas em situação de cárcere, após sua completa submissão**, restando inequívoca, na hipótese em exame, sua caracterização como **ato de improbidade administrativa na forma do art. 11 da Lei nº 8.429/92**, por ofensa ao princípio da moralidade administrativa. Quanto à **ilegalidade da tortura como violação do conteúdo principiológico da Administração Pública**, cabe fazer expressa remissão a todos os diplomas legais adotados pelo ordenamento jurídico pátrio, quer de forma expressa, quer como orientação axiológica de outros conteúdos legais, fazendo remissão ao tópico II desta peça.

Importa repetir, para registro, que o Brasil já considera tortura como crime contra a humanidade, passível de punição através da jurisdição internacional admiti-

da pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 7º, item 1.f), cuja execução e cumprimento foram determinados nacionalmente por via do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002<sup>15</sup>. Registre-se, por necessário, que a tortura já tinha sua ilicitude definida, no plano normativo internacional admitido na ordenação normativa interna também pela Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução nº 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984, e ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989 (Decreto nº 40, de 15/2/1991), como também pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, promulgada pelo Decreto nº 98.386/1989, de 9/11/1989, *ex vi* do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Além desses diplomas, não é de se olvidar do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU/66) e da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), promulgado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, igualmente contrários à prática de tortura.

O tratamento constitucional da repulsa às práticas de tortura já foi devidamente anotado nesta peça, bem assim trazida elucidativa análise do diploma infraconstitucional que integra, como também as disposições da Lei de Execuções Penais<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Ver também o Decreto nº 4.463, de 8/11/2002, que promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.

<sup>16</sup> Consoante o mencionado diploma legal, se por um lado “cumprido ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena” (Art. 38), por outro, cabe ao Estado e a seus agentes, respeitar as formas prescritas em lei para apuração, julgamento e execução das sanções disciplinares cabíveis em caso de prática de faltas desta natureza (“art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Também relacionado com a conduta de funcionários com relação a encarcerados, as REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIRO, adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU, através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2.076 (LXII) de 13 de maio de 1977, trazem, entre suas diretrizes de aplicação geral, quanto à imposição de sanções:

**“Disciplina e sanções**

**1.Nenhum preso será punido senão de acordo com a lei ou regulamento, e nunca duas vezes pelo mesmo crime.**

**2.Nenhum preso será punido a não ser que tenha sido informado do crime de que é acusado e lhe seja dada uma oportunidade adequada para apresentar defesa. A autoridade competente examinará o caso exaustivamente.**

**3) Quando necessário e possível, o preso será autorizado a defender-se por meio de um intérprete.**

**31. Serão absolutamente proibidos como punições**

---

Parágrafo único. A decisão será motivada”). Já que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (art. 3º), “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios” (art. 40), o que é de ser observado, repita-se, com atenção ao devido processo legal (“art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar. § 1º As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado. § 2º É vedado o emprego de cela escura. § 3º São vedadas as sanções coletivas”). Não cabe às forças de segurança, como o batalhão de choque da PM, o exercício do poder disciplinar (art. 47). Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina, como v.g. rebelião ou levante de presos, é considerado falta grave (art. 50, parágrafo único, inciso I), mas a máxima sanção que pode ser aplicada é a de inclusão no RDD – Regime Disciplinar Diferenciado ( art. 52; 53, V e parágrafo único do art. 57), “por prévio e fundamentado despacho do juiz competente” (art. 54), que “será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias” (§ 2º do mesmo artigo), devendo ser individualizada, levando-se “em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão” (art. 57).

**por faltas disciplinares os castigos corporais, a detenção em cela escura e todas as penas cruéis, desumanas ou degradantes”.**

Segundo o art. 4º da Lei nº 8.429/92, o dever da legalidade é de velamento obrigatório por qualquer agente público, como definido pelo art. 2º do mesmo diploma legal, o que é também reforçado pelo conteúdo específico do Estatuto da Polícia Militar, a Lei Estadual nº 6.513, de 30 de novembro de 1996, constituindo “violação dos preceitos da ética policial-militar” a “inobservância dos deveres específicos nas leis e regulamentos ou falta de exatidão no cumprimento dos mesmos” (art. 55, caput e § 1.º), posto que “todo cidadão, após ingressar na Polícia Militar”, prestou “compromisso de honra”, no qual firma “sua aceitação consciente das obrigações e deveres policiais-militares”, notadamente os enunciados pelos artigos seguintes:

**“Art. 40 – O sentimento do dever, a dignidade policial-militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes da Polícia Militar, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com observância dos seguintes preceitos da ética policial-militar:**

**I – amar a verdade e a responsabilidade como fundamento da dignidade pessoal;**

**II – exercer com autoridade, eficiência e probidade as funções que lhe couberem em decorrência do cargo;**

**III - respeitar a dignidade da pessoa humana;**

**IV – cumprir e fazer cumprir as leis, regulamentos, a instruções e as ordens das autoridades competentes;**

**(...)**

**XVIII – zelar pelo bom nome da Polícia Militar e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer os preceitos da ética policial-militar<sup>17</sup>.**

---

<sup>17</sup> Implícito resta, da leitura deste dispositivo, que a tortura imposta aos presos pelos integrantes do pólo passivo também acarretou ferimento ao princípio constitucional da lealdade administrativa, pois houve quebra de preceito ético essencial ao desempenho da função policial-militar, atingindo o bom nome da instituição policial militar estadual, como se vê da repercussão, inclusive internacional, do caso.



Nunca é demais rememorar que o art. 21 da Lei nº 8.429/92, em seu inciso I, informa a desnecessidade de efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público para a aplicação das sanções ali previstas, o que torna a apreciação da tortura por policiais militares dentro do presídio, com o fim de punição de presos que tentaram motim, elemento suficiente, mesmo à luz do princípio da proporcionalidade, para sua caracterização como ilegalidade tipificadora de ofensa a princípio constitucional da Administração Pública ensejadora das sanções do art. 12, III da Lei da Improbidade Administrativa, ante o disposto pelo art. 11 e seu inciso I da mesma lei.

De final, em breves considerações, a ofensa ao princípio da eficiência, através dos comentários insitos no artigo **O princípio da eficiência na administração pública e o cidadão**, escrito pelo Juiz de Direito no Ceará, *Michel Pinheiro*, mestrando em Direito pela UVA/UFPE (Texto extraído do *Jus Navigandi* no sítio <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=341>, em 08/02/2005 10:14h):

“O cidadão tem o direito a serviço público de bons resultados. Tem o princípio da dignidade da pessoa humana em destaque na Constituição, prevalecendo até sobre outros princípios nela consagrados”.

Pelo que se percebe, pretendeu-se, com a inclusão do dever de eficiência dentre os princípios constitucionais aplicáveis às atividades da Administração Pública, tornar indubitosa que a atuação do administrador, além de ater-se a parâmetros de presteza, perfeição e rendimento, deverá se fazer nos exatos limites da lei, sempre voltada para o alcance de uma finalidade pública e respeitados parâmetros morais válidos e socialmente aceitáveis. E tudo isso mediante a adoção de procedimentos transparentes e acessíveis ao público em geral. Significa dizer que não bastará apenas atuar dentro da legalidade, mas que ter-se-á, ainda, necessariamente, que se visar resultados positivos para o Serviço Público e o atendimento satisfatório, tempestivo e eficaz das necessidades coletivas.

É de se dizer: Como atestar a qualidade de atividade administrativa – sanção de preso amotinado – realizada por autoridade incompetente e sem o devido processo legal, inclusive com extrapolação dos limites punitivos legalmente estabelecidos? O tempo dos militares, sua organização logística e a disposição material de seus recursos foram desperdiçados no desempenho de atribuição que praticamente usurpam da autoridade penitenciária e do Juízo de Execuções. O que faziam no Complexo Penitenciário do Estado se a rebelião já havia sido dominada? A resposta é clara: desperdiçavam os serviços do Estado em um atuar teratológico, desnecessário e ineficaz, posto que irrito juridicamente.

Daí, portanto, a ineficiência e ineficácia de sua atuação como autores de tortura<sup>18</sup> à título; – indevido, imoral, ilegal e aético – de sanção administrativa pela tentativa de rebelião, fazendo incidir mais essa hipótese como causa a justificar sua condenação nas penas do art. 12, III da Lei n.º 8.429/92, como preconiza o *caput* do art. 11 do mesmo diploma”.

### 3 DAS CONSEQÜÊNCIAS MATERIAIS DA VERTENTE AÇÃO

A ação em exame não é a primeira, seja no cenário nacional, seja no cenário estadual, mas é, sem dúvida, uma das mais importantes, em face do número de réus e das conseqüências imediatas obtidas.

O afastamento determinado “de modo a suspender as atividades policiais e militares nos ambientes externos aos quartéis e repartições policiais, sem prejuízo das respectivas remunerações ou vantagens de índole pessoal a que fizerem jus, bem como a proibição de ingressarem no complexo penitenciário Estadual, ressalvadas as hipóteses de prisão em flagrante ou de ordem judicial” é providência que a um só tempo que traz a preserva-

---

<sup>18</sup> Onde a legitimidade e a economicidade da “operação” punitiva, para os fins do art. 70 e seu parágrafo único da Carta Federal?

ção da prova oral e atende ao reclamo ético de se ter afastados os militares demandados de atividades em que sua conduta possa ser questionada, sem que se tenha uma condenação transitada em julgado. É providência que substitui, com grandes vantagens, medidas preventivas mais graves, como a prisão processual, que sequer foi cogitada na ação penal correspondente. A esse respeito, é de se destacar que o processo criminal, instaurado antes da ação em exame, não foi concluído, inexistindo qualquer provimento processual efetivo para prevenir a repetição do ato ilícito.

O Comitê Estadual contra a Tortura e o próprio Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos vêm tratando do processo como um caso exemplar, que merece atenção e divulgação no cenário das organizações de defesa dos direitos humanos. Nesse sentido, foi este processo o tema central da intervenção do Comitê Estadual contra a Tortura maranhense durante a oficina autogestionada, organizada pelo Movimento Nacional de Defesa dos Direitos Humanos, que ocorreu durante o II Encontro Nacional de Direitos Humanos, no dia 25 de setembro de 2007, no auditório Nereu Ramos, na Câmara dos Deputados, em Brasília, tendo grande receptividade entre os Ouvidores de Polícia que ali estavam presentes, como também pela coordenação Nacional da Pastoral Carcerária.

Assim, tem ocupado a pauta do Comitê Estadual, seja no plano nacional, seja no plano local, inclusive com a realização, programada para 07 de dezembro de 2007, de um seminário sobre o tema da tortura como ato de improbidade, com o objetivo de difundir a tese jurídica dentre os operadores do direito.

A ação sob exame também tem sua parcela de contribuição para a proposição, pelo Deputado Federal Flávio Dino (PC do B/MA), do Projeto de Lei nº 417/2007 que, segundo o site NOTADEZ (<http://www.notadez.com.br/content/noticias.asp?id=43452>, acessado em 09/11/2007, às 17 horas)

“classifica a prática de tortura como ato de improbidade administrativa, quando praticada por agente público. A proposta altera a Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8429/92) no artigo que especifica os atos que atentam contra os princípios constitucionais da administração pública. O objetivo do projeto é definir as sanções cíveis, já que a prática de tortura está bem caracterizada no direito penal por meio da

Lei dos Crimes de Tortura (Lei 9455/97), que considera a prática crime inafiançável e livre de anistia. Dessa forma, independentemente das sanções penais para o crime de tortura, o agente público estará sujeito às seguintes penas: ressarcimento integral do dano, se houver; suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; e pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração recebida. Além disso, o torturador ficará proibido de firmar contrato com o Poder Público, receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. A lei de tortura também estabelece penas específicas para o caso de o crime ser praticado por agente público: o tempo de reclusão é aumentado de um sexto a um terço; e o agente público perde o cargo, função ou emprego público e fica proibido de seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Definição do crime: A Lei 9455/97 define tortura como constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental. A tortura tem por objetivo obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; provocar ação ou omissão de natureza criminosa; ou ocorre em razão de discriminação racial ou religiosa. Também se enquadra como tortura submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. É ainda submeter pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico e mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. Penalidades atuais: A Lei dos Crimes de Tortura estabelece reclusão, em regime fechado, de dois a oito anos para o crime. Se resultar

em lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos. Se resultar em morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos. Essas sanções valem ainda para quando o crime de tortura não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira. Tramitação: O projeto tem caráter conclusivo e será analisado pelas comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público; e de Constituição e Justiça e de Cidadania”.

Atualmente o Projeto de Lei está pronto para apreciação pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, após ter recebido parecer favorável do relator designado na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, da lavra do Deputado Edgar Moura, aprovado à unanimidade por aquela comissão, nos termos seguintes<sup>19</sup>:

A rigor, tal conduta já seria alcançada pela definição contida no caput do art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, uma vez que a relação constituída pelos incisos desse dispositivo não é exaustiva, mas meramente exemplificativa. Entrementes, não se pode permitir que paire a menor dúvida quanto à incompatibilidade entre a prática de tortura e o princípio da legalidade. Há de se pôr fim à controvérsia relativa às medidas cabíveis, além da esfera criminal, para reprimir a prática de tal conduta odiosa. É inadmissível que um agente público se valha de tal condição para submeter outra pessoa a tratamento sádico e humilhante<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Para acompanhar o trâmite do PL, acesse [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=344662](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=344662)

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/472313.pdf>>. Acesso em: 09/11/2007, às 17:30 horas.

Tem-se que, como anota o relator no trecho supra, não obstante a já existente possibilidade, no ordenamento legislado, de se caracterizar a tortura como ato de improbidade, a explicitação do tema, como sugerido pelo PL em comento, apenas agrega valor a tal perspectiva, em nada importando para as ações já em trâmite com essa *causa petendi*.

#### 4 CONCLUSÕES

É de se concluir:

- a) A caracterização da tortura como ato de improbidade administrativa, na forma do *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429/92 se dá por expressa ofensa, por parte do servidor público tido como torturador, aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência expresso pelo art. 37 da Constituição Federal;
- b) A AÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, com pedidos liminares de tutela antecipada e de seqüestro, ajuizada pelo Ministério Público Estadual maranhense tem tido maiores resultados práticos que a ação penal correspondente aos mesmos fatos, eis que já possibilitou, em sede de antecipação de tutela, o afastamento dos militares demandados “de modo a suspender as atividades policiais e militares nos ambientes externos aos quartéis e repartições policiais, sem prejuízo das respectivas remunerações ou vantagens de índole pessoal a que fizerem jus, bem como a proibição de ingressarem no complexo penitenciário Estadual, ressalvadas as hipóteses de prisão em flagrante ou de ordem judicial”;
- c) O acompanhamento da ação pelo Comitê Estadual contra a Tortura e pelo Conselho Estadual de Direitos Humanos expõe a necessidade de se manter, através de petições frequentes pelo regular prosseguimento do feito, a celeridade adequada no trâmite, para que seu valor simbólico seja potencializado<sup>21</sup>,

---

<sup>21</sup> Sobre a força simbólica dos direitos humanos, ver o artigo com esta denominação, de autoria do Prof. Dr. Marcelo Neves, publicada na Revista Eletrônica de Direito do Esta-

- inclusive para a expansão deste entendimento como estratégia jurídica nacional na área;
- d) O PL nº 417/2007, de autoria do Deputado Federal Flávio Dino (PC do B/MA), que busca incluir a tortura como ato de improbidade administrativa por meio da inclusão de um inciso ao art. 11 da Lei nº 8.429/92, embora colabore com a explicitação da possibilidade de tal caracterização, não influi no resultado de ações já ajuizadas, como a ação em comento, por se poder fixar tal natureza à chamada tortura institucional pela fórmula referida no item “a” destas conclusões.

---

do (Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>).





---

**DISCURSOS  
INSTITUCIONAIS**

---



## DISCURSO DE POSSE DA PROCURADORA DE JUSTIÇA\*

Senhores e Senhoras,

“Por mais que alguém entre os mortais seja perfeito, se lhe faltar a tua sabedoria, será considerado como nada”.

Invoco, assim, essas palavras bíblicas do Livro da Sabedoria a me conduzirem nesta tribuna.

Neste momento singular de minha vida, após mais de vinte anos de ininterrupto exercício na carreira do Ministério Público, hoje, dentre tantas alegrias, vivo a grande emoção de ser empossada perante o Egrégio Colégio de Procuradores no cargo de Procurador de Justiça, vaga esta decorrente da aposentadoria da ilustre Procuradora de Justiça Dra. Rosa Maria Pinheiro Gomes.

Honra-me, sobremaneira, ocupar a 3ª Procuradoria de Justiça Criminal, na vaga da notável Exma. Sra. Procuradora de Justiça Dra. Maria dos Remédios Figueiredo Serra.

Volto no tempo e recordo-me do dia em que ingressei na carreira. Lembro-me que estava em discussão a Constituinte de 1988, que traçou o novo perfil institucional do Ministério Público. Naquele momento toda a sociedade brasileira voltava-se para conferir à Instituição Ministerial autonomia financeira, administrativa e independência funcional para seus membros, sendo credenciada à defesa da sociedade, para uma atuação firme e determinada na efetivação dos direitos e garantias sociais, desatrelada, pois, do Poder Executivo, e, assim, assumir a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, elevando-o à categoria de Instituição permanente e essencial à prestação jurisdicional do Estado.

---

\* Pronunciado pela Procuradora de Justiça do Estado do Maranhão Dr<sup>a</sup> *Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro* em 26/11/2007.

Em meio à discussão da Constituinte, vigia a Lei Delegada Estadual nº 156/84, oportunidade em que fui nomeada, por Decreto do então Governador Luís Rocha, no dia 11 de março de 1987, para exercer o cargo de Promotor de Justiça Substituto, após aprovação em concurso público de provas e títulos. Assim, cabia ao Governador do Estado o ato de nomeação para provimento dos cargos da carreira do Ministério Público, quando já se delineava a nova Carta da República, dando nova feição ao *Parquet*.

Na condição de Promotora de Justiça Substituta, atuei na Comarca de Pedreiras, onde respondi pela colega aposentada Dra. Rosa Maria Pinheiro Gomes e, logo em seguida, assumi a titularidade da Promotoria de Justiça da Comarca de Riachão, de 1ª Entrância, onde permaneci até 27 de abril de 1989, quando fui removida para a Comarca de Dom Pedro, de mesma entrância, também por Decreto governamental.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da nossa Constituição Estadual, no ano subsequente, fui promovida, por merecimento, para a Comarca de Rosário, de 2ª Entrância, na vaga proveniente da promoção da Dra. Regina Maria da Costa Leite, por meio do Ato nº 170, da então Procuradora-Geral Dra. Elimar Figueiredo de Almeida e Silva, primeira Procuradora-Geral da carreira eleita pela classe e nomeada pelo então Governador Eptácio Cafeteira – o qual teve a incumbência primeira de afirmar a Administração Superior do Ministério Público dentro do novo perfil constitucional –, exercendo com competência, dedicação e denodo a Chefia, orientada pela missão que a nova ordem constitucional atribuiu ao *Parquet*.

Em 31 de julho de 1990, fui promovida, por merecimento, para a 6ª Promotoria Cível da Comarca de Imperatriz, de 3ª Entrância, e, em 06 de agosto de 1990, removida, pelo critério de antiguidade, para a 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itapecuru-Mirim, de igual Entrância.

Fui removida, por permuta, para a 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itapecuru-Mirim, em 13 de março de 1992, permanecendo nesta até 19 de outubro de 1993, quando, antes de ser apreciada minha promoção, foi apreciado meu pedido de permuta e, por isso, fui removida para a 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Bacabal, tendo a satisfação de ter sido sucedida, na Comarca de Itapecuru-Mirim, pela colega Rita de Cássia Maia Baptista Moreira, Procuradora de Justiça, ora Sub-Corregedora Geral do Ministério Público e Conselheira do Egrégio Conselheiro Superior.

Pelo Ato 743, da Procuradoria-Geral de Justiça, fui promovida, por merecimento, para a extinta 1ª Promotoria de Justiça Assistente, da Co-

marca de São Luís, de 4ª Entrância, e, em 03 de dezembro de 1993, fui titularizada na 14ª Promotoria Cível da Comarca de São Luís, vaga decorrente da promoção da Ilustre colega Procuradora de Justiça Doutora Lígia Maria da Silva Cavalcanti, permanecendo naquela por mais de dez anos.

Em 22 de setembro de 2003, fui removida, pelo critério de antiguidade, para a instigante e desafiadora recém-criada Promotoria de Justiça Especializada em Crimes contra Criança e Adolescente, 15ª Promotoria Criminal desta Capital, exercendo as funções criminais nesta por mais de quatro anos, até o último dia 05 de novembro do corrente ano, quando, pelo Ato nº 608, do justo Procurador Geral de Justiça Dr. Francisco das Chagas Barros de Sousa, fui promovida, pelo critério de merecimento, para a 3ª Procuradoria de Justiça Criminal, cujo voto somou-se aos dos Exmos. Srs. Conselheiros que o antecederam: os distintos Procuradores de Justiça Dra. Eliza Brito, Dr. Suvamy Vivekananda Meireles, Dra. Teresinha Guerreiro e Dra. Selene Coelho de Lacerda, a quem agradeço o reconhecimento.

Aproveito, ainda, o momento para enfatizar as qualidades pessoais e funcionais dos dignos colegas que comigo concorreram, agradecendo mais uma vez os cumprimentos que recebi carinhosamente de todos, em demonstração de elevado espírito público e de fraterna convivência.

Conquistei, assim, por desígnio de Deus, a Segunda Instância do Ministério Público ainda no vigor de minha juventude e força laboral. Para mim, o início de uma nova jornada de trabalho é a oportunidade de renovar os votos de compromisso de bem servir o Ministério Público e a sociedade de meu Estado, quando de meu ingresso na carreira.

Assim, trago comigo o sentimento de amor, amizade, solidariedade e partilha de vivências e dons que Deus me deu e, dessa forma, pretendo dar a minha contribuição para o aprimoramento e fortalecimento da Justiça Criminal em nosso Estado, com o inarredável compromisso institucional de buscar sempre nas minhas manifestações perante o Tribunal de Justiça, a 3ª Câmara Criminal, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal a correta aplicação da lei, servir à sociedade, dedicar-me ao estudo da ciência do Direito e da boa hermenêutica das leis, colimando o combate à criminalidade e à impunidade no Estado e, no Colégio de Procuradores, concorrer para o aprimoramento da Administração Superior do *Parquet*, das Procuradorias e Promotorias de Justiça e serviços auxiliares.

A nova era dos direitos difusos e coletivos exige de todos nós uma atuação mais dinâmica nas Procuradorias de Justiça, em processos, nas funções administrativas de coordenação de Centros de Apoio Operacional e nas representações ministeriais em órgãos colegiados.

O Ministério Público cresceu, extrapolou a atuação delimitada na órbita do Direito Penal e na diminuta inserção nas demandas do juízo cível, para acolher as querelas envolvendo esses interesses.

Com a força de trabalho que sempre animou o exercício de meu ministério na Primeira Instância, renovo agora o compromisso há pouco prestado, de bem fielmente cumprir a Constituição Federal, a Constituição Estadual, as leis do meu país e do Ministério Público, na promoção da Justiça, e colaborar na administração da nossa briosa Instituição.

Peço vênia para enfatizar que, no combate aos crimes contra crianças e adolescentes, na minha atuação junto à 11ª Vara Criminal desta Capital, tive a oportunidade de constatar as tristes realidades social e econômica das vítimas e avaliar a vulnerabilidade a que está submetida as nossas crianças e adolescentes, sujeitos a todo tipo de criminalidade e violação de direitos, além de ficar angustiada por perceber que também o agressor vivenciou experiência de violência, reproduzindo-a, de regra, no ambiente intrafamiliar.

Da análise desse quadro, conclui-se que muito ainda tem que ser feito para a mudança dessa realidade, com a efetiva implementação de políticas públicas de proteção, a despeito de se reconhecer o esforço do gestor público no arrefecimento das tensões sociais. Daí ser imperiosa a participação pró-ativa do Ministério Público na vigilância da atuação do poder público, buscando pela via administrativa ou judicial o respeito aos direitos da criança e do adolescente, na construção de uma sociedade verdadeiramente igualitária, justa e fraterna, ao tempo em que contribui para refrear a criminalidade.

Essa vocação libertadora da Instituição é tanto mais presente quanto desafiadora, porque árdua é a tarefa de espancar os vergonhosos índices de desigualdade social, estes derivados do modelo patrimonialista de nossa deturpada infraestrutura econômica, devendo o Ministério Público, por isso, ser um dos protagonistas na construção do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A violência doméstica contra a infância e a adolescência é responsável por cerca de 70% dos crimes que tramitam na referida Justiça Especializada, desafiando as políticas públicas e a Justiça Criminal no seu

enfrentamento, exigindo firme atuação do Estado, por meio de suas Instituições, e da sociedade civil organizada, de sorte que as políticas e programas sociais alcancem a proteção da família no processo de reconstrução dos vínculos em ruptura.

Egrégio Colégio de Procuradores, trago a experiência do bom combate, acumulada ao longo destes mais de vinte anos de Ministério Público, que, tenho certeza, me permitem refletir sobre as mais inquietantes questões jurídicas com as quais certamente irei me deparar no cotidiano da Procuradoria e do Colégio de Procuradores, norteadas pelos princípios constitucionais, legais e éticos que sempre balizaram minha atuação funcional na Primeira Instância.

Colegas Procuradores, a minha oferenda é a disposição de colaborar para o fortalecimento de nossa atuação na área criminal, por isso, coloco-me a serviço de todos para, somando com V. Exas., em reuniões periódicas, fixarmos juntos orientações, ainda que não vinculativas, sobre questões jurídicas relevantes, as quais deverão ser encaminhadas à Procuradoria Geral de Justiça, nos termos do artigo 20 da Lei Complementar Estadual nº 013, de 31 de outubro de 1991.

Vivemos um momento em que o Ministério Público brasileiro passa por sérias dificuldades orçamentárias, exigindo de todos nós a soma de esforços para o enfrentamento da problemática, que a cada dia faz com que o seu quadro de membros ativos não atue na sua plenitude, não permitindo, assim, há um bom tempo, o preenchimento, por concurso público, dos cargos vagos de Promotor de Justiça Substituto, o que afeta, inclusive, a movimentação na carreira. Isso é grave, e preocupa-nos, uma vez que já há sinais evidentes do estrangulamento da atuação funcional dos membros do *Parquet*.

Diante desse contexto, torna-se necessária a mobilização dos membros do Ministério Público e da sociedade brasileira na sensibilização das diversas Instâncias políticas da federação e dos Poderes do Estado para essa realidade, cuja preocupação deve ser compartilhada com o Conselho Nacional do Ministério Público, Conselho Nacional dos Procuradores Gerais e a CONAMP, envolvendo a sociedade civil organizada para a manutenção da democracia sustentável no Brasil.

Desde já, solidarizo-me com o Procurador-Geral de Justiça, Dr. Francisco das Chagas Barros de Sousa, que tem empreendido esforços para superação dos problemas apresentados pelo *Parquet* maranhense.

Não cabe resignação diante das dificuldades, nem adoção de medidas paliativas, mas, sim, a busca de soluções que favoreçam o fortalecimento do Ministério Público, o que refletirá no aperfeiçoamento do papel do Estado, em benefício da sociedade brasileira, a qual clama por uma justiça célere e eficiente, exigindo de nossa Instituição atuação planejada e de mediação social.

Acolhendo as palavras do grande Hugo Nigro Mazzilli, reproduzo-as por oportunas: “não nos iludamos. O principal está por vir, ou seja, o correto e eficiente exercício dos misteres à instituição conferidos, para a busca da sua efetiva consciência social. Deve o Ministério Público chegar ao povo, de forma mais ampla possível, para que saiba este o que a instituição pode fazer, o que deve fazer, o que está fazendo, o que não está fazendo, mas deveria fazer, quais seus instrumentos de trabalho, quais suas garantias, quais suas principais falhas e qualidades, bem como suas mais prementes necessidades e reivindicações”.

Em que pese todos os avanços da Instituição, carecemos de Procuradorias e Promotorias de Justiça estruturadas com os necessários serviços auxiliares da atividade-meio para o desenvolvimento regular da atividade-fim nas inúmeras atribuições constitucionais e legais cometidas ao Ministério Público. Igualmente, necessário se dê tratamento isonômico à distribuição da estrutura funcional disponível para todos os colegas, corrigindo-se as distorções existentes.

Esta é a realidade do Ministério Público do Maranhão, com Promotorias de Justiça carentes de suporte material e humano, ditada, principalmente, pela limitação orçamentária imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Quero, agora, registrar a minha satisfação e o meu orgulho em pertencer ao Ministério Público do Estado do Maranhão, vanguardista de grandes lutas e conquistas para o povo, e expressar aqui a satisfação de conquistar o ápice da carreira, simbolicamente, nesta solenidade, ao receber as vestes talares e o colar do mérito institucional.

É hora de agradecimentos.

Quero, pois, finalizar a minha fala, agradecendo a Deus, em primeiro lugar, por tudo que sou e pela missão que me confiou como sua serva, pois sem Ele não seria nada.

Meus agradecimentos aos diversos atores sociais do Sistema de Garantias de Direitos, destacando-se os Conselhos de Direitos, Conselhos



Tutelares e as Entidades de proteção à criança e ao adolescente, bem como os operadores do Direito que partilharam o enfrentamento da violência contra vítimas crianças e adolescentes no Complexo de Proteção, composto, além da 15ª Promotoria de Justiça, pela DPCA, CPO e 11ª Vara Criminal.

Ademais, àqueles que estiveram ao meu lado nas diversas Comarcas onde atuei e, especialmente, na 15ª Promotoria de Justiça Criminal desta Capital, auxiliando-me, nos últimos anos, minha gratidão pelas mãos estendidas. Agradeço, também, aos servidores da Procuradoria-Geral de Justiça que sempre me dispensaram atenção, respeito e amizade, esperando acolhimento no exercício de meu novo mister funcional.

Também quero agradecer a minha família aqui presente, as minhas filhas Fabéri e Tarsila pela compreensão de minhas ausências oriundas do labor funcional; ao meu pai, Manoel, meu incentivador maior; aos meus irmãos, por tudo que representam na minha vida; e lembrar, por fim, com alegria, neste momento, de duas pessoas que marcaram com saudades eternas o meu coração pelo sentido que deram à minha existência: minha mãe, Maria José Rodrigues Travassos, e meu esposo Raimundo Nonato Rodrigues Cordeiro, já falecidos.

Encerro esta minha fala, concitando a todos a deixarem impregnar suas mentes e corações, nesta hora, pelos eternos ensinamentos das bem-aventuranças das sagradas escrituras, tão bem colocadas, há pouco, na homilia do sacerdote:

Felizes os pobres em espírito, porque deles é o Reino do Céu.

Felizes os que choram, porque serão consolados.

Felizes os mansos, porque receberão a terra em herança.

Felizes os que têm fome e sede da justiça, porque serão saciados.

Felizes os misericordiosos, porque alcançarão a misericórdia.

Felizes os puros no coração, porque verão a Deus.

Felizes os que promovem a paz, porque serão chamados filhos de Deus.

Felizes os perseguidos por causa da justiça, porque deles é o Reino do Céu.

Felizes sois vós, quando vos injuriarem e perseguirem e, mentindo, disserem todo mal contra vós por causa de mim.

Amém!

Muito Obrigada!



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

Saudações (...)

Permitam-me, neste momento solene, provocar uma reflexão absolutamente necessária pela ocasião da troca da Chefia de nossa Instituição.

Indago aos presentes: o que é o Ministério Público? O sentimento comum de todos que o compomos nos permite inferir uma resposta em unísono: é mais que uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado para a defesa da democracia e dos direitos sociais. O Ministério Público é o sonho coletivo de homens e mulheres ávidos de Justiça, sedentos de equidade, insones pela luz da dignidade envolvendo toda a sociedade.

O Ministério Público é a própria sociedade posta de pé para exigir que o contrato social que erigiu o Estado se fortaleça, não em benefício de uns, mas em prol de todos os cidadãos.

Não há democracia sem o respeito aos direitos humanos e à concretização de um Estado-servidor. Não há outra razão para um Estado que não o de garantir a cidadania. Por isso é que o Ministério Público brasileiro é de perfil inédito no plano mundial e deve ter, sempre, a vanguarda da emancipação dos direitos da população como única e central meta.

Não há outro espaço para o Ministério Público que não o de arena em que cada um do povo possa dizer de suas necessidades a fim de que nossa instituição colabore na construção coletiva das soluções exigíveis e das quais é credor o cidadão.

**Isso é o Ministério Público!** A voz de todos e de cada um. Um emissário dos anseios sociais que não pretende nunca ser substituído do po-

---

\* Pronunciado pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Maranhão Dr. *Francisco das Chagas Barros de Sousa* (Biênio 2006-2008) em 13/06/2008.

der popular diretamente exercido. Não! O Ministério Público não quer e nem pode tutelar a sociedade a que serve. O Ministério Público é a ferramenta, posta à disposição do cidadão, para apoiar a sua luta pela dignidade humana e pela liberdade do povo.

**É por isso que somos todos Promotores de Justiça!** Somos parte da força soberana da sociedade que se move, contra todos os obstáculos, para superar as lesões e as ameaças de lesão aos direitos dos homens e mulheres de todas as idades, raças, etnias, orientações e origens. O Ministério Público repudia a discriminação, pois a discriminação é o reverso da essência da organização social democrática. O Ministério Público se enoja com a tortura, em qualquer de suas modalidades, pois não se pode permitir a injusta opressão baseada em qualquer forma de desequilíbrio de forças. O Ministério Público não admite o desvio do dinheiro público, pois o público não quer dizer “sem dono”, e sim “bem de todos”, não se admitindo que haja supremacia de interesses mesquinhos e vis de alguns em detrimento das necessidades e sonhos de todos os outros.

Somos homens e mulheres que nos espelhamos em nossos semelhantes para nos renovarmos em forças indispensáveis ao cotidiano desafio de não nos curvamos à vontade do Príncipe, quando dessa vontade nada mais se extrai que não interesses pessoais, distantes do interesse público. É na face cansada, despida de fé, dos espoliados que o Ministério Público se espelha, para refletir a intensa e permanente necessidade de ser sempre aliado do cidadão.

Somos homens e mulheres que temos a mesma sede e fome de Justiça que atormenta o povo a que servimos. Se não mais temos essa urgência em saciarmos o próximo com a aplicação da lei justa, não mais servimos para o Ministério Público.

Por isso é que somos fortalecidos a cada vez que somos chamados a nos manifestarmos, sejam quais forem as circunstâncias de tal chamado, quer pela via da fé em nossas intenções, quer seja por eventual descrédito em nossa resolutividade. Se somos lembrados, mesmo nas cobranças mais rígidas de nosso patrão, o povo, é porque não nos atingiu o desprezo e, por essa razão, temos que reiniciar, a cada dia, a conquista da confiança popular que se faz muito mais por atos e posturas que por discursos e pompa.

Dificuldades há por todos os lados. Não é fácil ser fiscal e exigir a aplicação da norma justa. Há que se ter sobrelevado espírito público e de-

sapego aos falsos incensos lançados por aqueles que tentam amainar nossa ação pelo elogio gratuito. Muito tem que enfrentar os homens e mulheres que vestem a toga ministerial.

Mas as dificuldades têm a estatura que permitimos que elas tenham. Os problemas têm o poder de modificar nossos ideais na exata proporção da capacidade que admitimos ter esses problemas. Nossos inimigos nos impactam com o exclusivo alcance que lhes concedemos, se nos acovardamos.

O Maranhão, para nosso gáudio, sabe que os obstáculos postos no caminho do trilhar ministerial têm sido superados pela ação intemorata e altaneira de nossos Promotores e Procuradores, Promotoras e Procuradoras de Justiça. Nem a força de turbas iniquamente orquestradas pode superar a autoridade moral de nossos guerreiros ministeriais.

É por essa razão que peço licença para, em breve parêntesis, homenagear os colegas Moisés Brant e Emmanuel Guterres, recentemente testados em sua têmpera e que demonstraram que é insuperável a força do diligente e operoso Promotor de Justiça, presente em sua comarca e atento aos clamores legítimos da população, mesmo quando forças obscuras tentam demonstrar os fatos de modo inverso ao padrão republicano e democrático. Recebam, colegas, em nome de todos os outros membros de nossa tão valorosa Instituição, covardemente agredidos em suas prerrogativas, nossos respeitos por manterem a altivez de seus cargos nas mais adversas situações. A unidade e a indivisibilidade do Ministério Público não é por força de interesses corporativos, mas para enunciar a necessária união em torno da intransigente e destemida defesa da sociedade. **Somos e seremos sempre uma só força, por isso, tremam os que esperam intimidar qualquer um de nós!**

É, portanto, do orgulho de sermos membros do Ministério Público que vos falo. Não de um orgulho pessoal, igualmente legítimo, decorrente do êxito profissional. Não! Falo do orgulho de nos sabermos parceiros da sociedade, em especial dos segmentos mais vulneráveis, e que, nesta parceria, podemos acessar os mecanismos legais para a civilizada conquista e ampliação dos direitos cidadãos.

Somos, na voz sonante do hino nacional, o braço que eleva a clava forte e não teme a morte, pois seguiremos sempre e em qualquer situação, compromissados apenas com nossas consciências e com o espírito público que nos anima.

É por isso que demos, nesses dois anos, importantes passos na construção de um Ministério Público Social que não seja apenas um ideal, mas se torne realidade concreta, a permitir que cada cidadão reconheça em nós o fiel intérprete de suas aspirações.

Buscamos encontrar esses espaços comuns de idealização institucional, compartilhando com a comunidade a construção de nosso Planejamento Estratégico 2008/2011, hoje verdadeiro compromisso público e solenemente pactuado entre o Advogado da Sociedade e seu constituinte: o povo.

Foram quilômetros percorridos em todo o Estado para dar voz às sugestões e críticas, às dúvidas e aos elogios. Não se construiu um plano de gestão, porém, um mandato popular a legitimar a agenda e as prioridades de nossa instituição para este quadriênio.

E não fomos parceiros somente na elaboração desse plano que hoje não é apenas do Ministério Público, mas que se conforma em um verdadeiro condomínio com cada segmento social que nos honrou com sua participação. Somos e seremos parceiros no acompanhamento das ações desse plano, pois somente com transparência é que poderemos aferir os resultados por todos nós perseguidos.

Transparência é a forma sucinta de manifestar o pensamento do juiz Hugo Black, da Corte Suprema norte-americana: “a luz do Sol é o melhor detergente”. De forma transparente planejamos o futuro do Ministério Público. De forma transparente nos conduzimos na gestão que se encerra.

A transmissão *on line* das sessões dos órgãos colegiados é apenas uma das formas mais visíveis do exercício dessa transparência. A publicidade e a possibilidade de livre manifestação de qualquer interessado nas sessões desses órgãos colegiados, que fiz garantir com denodo, em homenagem a todos os princípios democráticos da Administração Pública, também revelam tal compromisso.

Transparência igualmente foi a razão de termos recebido, de forma desassombrada, todos os questionamentos feitos interna e externamente sobre os mais diversos aspectos institucionais e administrativos. Quase sempre à unanimidade, o Conselho Nacional do Ministério Público, por exemplo, referendou todas as decisões da Administração Superior ali questionadas. Vencedores houve? Sim! O legítimo direito de petição, o devido processo legal e a consagração das vias democráticas de resolução dos interesses conflitantes.

Mas esses compromissos do Ministério Público para com a sociedade não podem ser efetivados se não possibilitarmos aos homens e mulheres que o integram, seja como servidores, seja como membros, as melhores condições para o exercício de suas atividades.

E mais uma vez aqui residem as dificuldades. A Lei de Responsabilidade Fiscal tem criado obstáculos à capilaridade que conquistamos em todo o Estado. Os cargos vagos de Promotor de Justiça desafiam nossa capacidade de organização, sem prejuízo da qualidade dos serviços prestados. No início de nossa gestão, as despesas de pessoal estavam em 1,73% da receita corrente líquida. Apesar disso, conseguimos garantir integralmente a paridade remuneratória com a magistratura, incluindo os aumentos reais, as diferenças administrativa ou judicialmente impostas, a redução do percentual entre as entrâncias, a nova conformação dessas entrâncias em apenas três níveis, a nomeação de todos os servidores aprovados para as comarcas no último concurso, a concessão do auxílio-alimentação e da bolsa-graduação e pós-graduação. De todo esse esforço, razoável seria supor que aumentamos o comprometimento de nossas despesas com pessoal. Mas, pela competência de nossa equipe e pelo apoio de cada Promotor e Procurador de Justiça, que bravamente receberam um incremento na carga de trabalho individual, conseguimos reduzir o índice de despesa com pessoal daqueles iniciais 1,73 para os atuais 1,71%, possibilitando que a próxima gestão possa aumentar os 146 cargos de servidores que identificamos necessários ao trabalho das unidades administrativas, além de poder vislumbrar, no horizonte, a criação dos cargos vagos e seu provimento por concurso.

A sobrecarga de trabalho que servidores e membros receberam é produto direto da elevação do nível de exigência das respectivas demandas. Os avanços tecnológicos postos a serviço dos membros, como os notebooks, cartão de acesso móvel à internet, impressoras à laser e celulares, tem imposto a necessidade de se especializar e capacitar nosso quadro técnico-administrativo. Por isso, todo o apoio dado à Escola Superior do Ministério Público. Por isso, a aquisição de novos equipamentos e produtos, como o programa ARQUIMEDES, que permitirá termos efetivo controle sobre todos os processos administrativos e investigações desenvolvidas pelo Ministério Público, ou nosso moderno CPD, ou as novas instalações de nossos arquivos e as novas sedes dos órgãos de execução.

Estabelecemos a necessidade de dar efetivo enfrentamento a todas as questões postas à decisão. Assim, em busca de soluções definitivas, iniciamos a resolução das demandas estruturais do prédio das Promotorias de Justiça da capital, bem como será possível, ainda neste ano, a completa interligação de todas as Promotorias de Justiça pela internet, o que permitirá agilidade nas decisões e economia de custos, como a que advirá da implantação do sistema VOIp de telefonia. Assim fizemos ao eliminarmos todas as inconsistências históricas em nosso PCCS, abrindo a possibilidade de resgatarmos, com profundo respeito aos servidores efetivos, a retomada de sua dignidade remuneratória.

Administrar é saber combinar o planejamento com a maleabilidade na busca de soluções competentes para as questões inesperadas. Mas, para tanto, é preciso contar com o apoio dos que fazem acontecer tais soluções. Assim, é dever de Justiça compartilhar todos esses inequívocos avanços com cada Promotor e Promotora de Justiça, com cada Procurador e Procuradora de Justiça que souberam contribuir, com atitudes, críticas e colaborações além do dever funcional, no sentido de atender às expectativas que a sociedade tem para conosco.

Cabe agradecer ainda, sem qualquer favor, aos servidores efetivos, comissionados e requisitados, que, a despeito da natureza de seu vínculo com o Ministério Público, vestiram a camisa, impregnados do compromisso, sem vaidades de fazer o melhor em favor do aprimoramento institucional.

Há que se agradecer às instituições parceiras, que souberam dialogar respeitosa e com zelo pelas prerrogativas recíprocas, com o Ministério Público, como sempre o fizeram a Assembleia Legislativa, o Judiciário e o Executivo. Uma saudação especial à Defensoria Pública Estadual, que hoje enfrenta os tempos de afirmação que ontem o Ministério Público enfrentou.

Um respeitoso agradecimento a todos os Conselhos de Políticas Públicas e de Direitos que travaram intensa relação com o Ministério Público, sempre buscando a resolutividade nas ações para efetivar a cidadania plena do povo maranhense.

E é a este último nominado, mas primeiro a ser sempre contemplado, o povo maranhense, que faço um gesto de profunda gratidão em nome de todo o Ministério Público. Ao cidadão que nos busca no atendimento ao público: obrigado por nos levar o conhecimento de graves demandas so-



ciais! Ao cidadão que leva a notícia de lesões aos direitos difusos, coletivos e sociais às Promotorias de Justiça desde a mais longínqua comarca: obrigado por nos permitir buscar a efetividade desses direitos pelas vias judiciais e extrajudiciais cabíveis! Ao litigante em ações civis e penais em que interfira o Ministério Público: obrigado por compreender que, na posição equidistante de fiscal da lei, nossa instituição não tem qualquer interesse senão o de preservar os ditames legais e constitucionais que embasam seu direito à própria ação como solução dos litígios!

Agradeço a toda minha equipe de trabalho, em especial a meus auxiliares diretos, pela dedicação e determinação na busca dos melhores resultados obtidos pelo esforço comum.

Agradeço à minha família, pelo apoio sempre presente e pela imensa paciência para com minhas constantes ausências em face da necessidade do serviço.

Agradeço a Deus, sobretudo, por não ter permitido em mim confundir o cargo de Procurador-Geral, sabendo dele despir-me com a mesma certeza que teve George Washington ao encerrar seu último mandato: “hoje, estou promovido a povo!”. E acrescento: volto a mais nobre das atividades ministeriais: a de órgão de execução, função final e razão de ser de nossa instituição.

Na pessoa da Dra. Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro, que ora toma posse como Chefe do Ministério Público Timbira, agradeço a todos os valorosos companheiros que tomaram parte de nosso processo de escolha. Candidatos e eleitores, soubemos todos examinar a democrática campanha e adotar as posturas devidas em face das regras constitucionais vigentes e que juramos defender, ao tomarmos posse como membros do Ministério Público. Agradeço a todos pela distinção que obtive na votação realizada, que considero verdadeira aprovação de nosso mandato.

Que a chefia de nossa Instituição, Dra. Fátima, possa ser o espaço adequado para que sua energia contribua para a construção de um Ministério Público com mais e melhores avanços do que aqueles que já conquistamos historicamente. Volto a insistir: a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público existem em favor dos interesses sociais e é nessa certeza que confiamos todos nós, sociedade, membros e servidores, no compromisso que ora é por Vossa Excelência firmado.

Sucesso na empreitada que se inicia!

Parabéns a todos que trouxemos aos dias atuais o brilho de uma

Instituição comprometida com a sociedade, séria e corajosa como é o Ministério Público do Maranhão. Parabéns à sociedade maranhense por poder contar com esses homens e mulheres que envergam suas togas como uma santa armadura, preparados que sempre estamos para o justo combate pelos direitos do cidadão e pela democracia plena.

Muito Obrigado!

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

Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral de Justiça, Dr.<sup>a</sup> Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro,  
Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Maranhão, na  
pessoa de quem saúdo todas as autoridades presentes,  
Excelentíssimos Colegas Procuradores e Promotores de Justiça,  
Servidores e Servidoras,  
Senhoras e Senhores,  
Caríssima Amiga Dr.<sup>a</sup> Maria de Fátima Travassos,

Sinto-me honrada por ter sido convidada por meus colegas do Egrégio Colégio de Procuradores para saudar Vossa Excelência como a nova titular do cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Maranhão.

Sem dúvida, inicia-se mais uma página da gloriosa história do Ministério Público de nosso Estado. A trajetória de Vossa Excelência, em seus mais de vinte anos de carreira caracterizou-se por participação marcante, combativa e independente, atrelada à defesa da efetiva realização da Justiça. O brilhante trilhar jurídico de Vossa Excelência tem por base a sua integridade de caráter, que associada à disposição e vigor pessoal transmitem a convicção de que Vossa Excelência executará, brilhantemente, essa nova missão de Deus em sua vida.

Ressalto com alegria e satisfação o fato de Vossa Excelência ser mulher, representando nossa Instituição, em tão elevado cargo. Certamente, com a ternura e a sensibilidade peculiar feminina superará o formalismo frio e a aspereza do rigorismo legal com atitudes de humanização da Justiça.

O momento presente não é só de regozijo e renovação, mas, também, de desafio, de vigilância e ânimo redobrado. Esse ritual de transmissão

---

\* Pronunciado pela Procuradora de Justiça do Estado do Maranhão Dr.<sup>a</sup> *Nilde Cardoso Macedo Sandes* em 13/06/2008.

de poder estimula reflexões sobre o significado do papel institucional para a vida da sociedade maranhense, que deseja ver respeitada a integridade dos valores ético-jurídicos e político-sociais.

Nesse contexto, Dr.<sup>a</sup> Fátima, sabemos que incumbe ao Ministério Público o desempenho do dever que lhe é inerente, como **garantidor da dignidade da pessoa humana, velando pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis e dos hipossuficientes**, impedindo que razões de pragmatismo ou de mera conveniência de grupos prevaleçam e deformem o verdadeiro papel da função institucional.

O freqüente desrespeito em nosso país à **dignidade da pessoa humana – ser sagrado criado à imagem e semelhança de Deus** – tem sido um dos estigmas da sociedade, que a Constituição da República de 1988 repudiou, consagrando o **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como valor petrificado, mas que precisa ter eficácia jurídica**, garantida a todas as pessoas. É certo, senhoras e senhores, que a luta pela concretização dos direitos fundamentais representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Já dissera Norberto Bobbio, em sua festejada obra *A Era dos Direitos*: “*Sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica de conflitos*”.

O Ministério Público, em decorrência do Estado Democrático de Direito, assume a relevante missão de defensor do povo e da cidadania contra abusos e arbitrariedades do Estado, em especial a defesa das etnias oprimidas, excluídas política e economicamente da sociedade.

A consciência da alta responsabilidade institucional é, pois, um grande desafio, na medida em que se torna inadiável instituir meios destinados a proteger os direitos fundamentais da pessoa humana, conferindo-lhes efetividade e exequibilidade. Para isso, é fundamental um Ministério Público forte e eficiente, que só é possível com o engajamento e a colaboração de todos os seus membros na prestação de serviços de qualidade à sociedade.

O reconhecimento da sociedade ao Ministério Público vem do trabalho sério e consciente realizado pelos seus agentes nas inúmeras co-

marcas, pequenas ou grandes, do nosso Estado, sempre guiado pelo propósito de propiciar um ambiente social capaz de privilegiar a cidadania, de preservar os direitos humanos, de assegurar rigoroso respeito pela coisa pública. Daí a importância do papel do Colégio de Procuradores, do Conselho Superior do Ministério Público e de cada Promotor de Justiça, em suas respectivas comarcas.

Portanto, Dr.<sup>a</sup> Fátima Travassos, nova Procuradora-Geral de Justiça, inicia-se um árduo trabalho que exigirá a adoção de medidas administrativas e institucionais para o aperfeiçoamento da nossa eficiência, no sentido de viabilizar os meios necessários para o bom desempenho das funções ministeriais, nas suas diversas manifestações e modalidades.

Tenho plena convicção que essa renovação permanente e democrática da chefia do Ministério Público constitui circunstância que muito contribui para a resposta satisfatória da Instituição aos anseios da sociedade.

Não tenho dúvida de que Vossa Excelência conduzirá os destinos do Ministério Público do Estado do Maranhão com uma liderança firme e segura, com serenidade e com espírito de tolerância e pacificação, encontrando fortaleza nos ensinamentos bíblicos. Peço a Deus que lhe dê sabedoria para ouvir e decidir, da mesma forma como concedeu a Salomão, conforme os escritos em I Reis 3, 9-12: *“Ensina-me a ouvir, para que eu saiba governar o teu povo e discernir entre o bem e o mal. Pois quem poderia governar esse teu povo tão numeroso? Agradou ao Senhor que Salomão tivesse pedido essas coisas. Então Deus disse para ele: ‘porque você pediu isso, e não vida longa para você, nem riquezas, nem a morte de seus inimigos, mas discernimento para ouvir e julgar, eu farei o que você pediu. Dou a você um coração tão sábio e inteligente, como nunca houve outro igual antes e nem haverá depois de você’”*.

Diante das dificuldades, que por certo surgirão, Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, nunca desanime da virtude de ser instrumentalizadora da Justiça social, a serviço da cidadania e da paz.

Faz-se necessário, neste momento, o registro do importante trabalho que o Dr. Francisco das Chagas Barros desenvolveu à frente da Instituição, realizando uma administração democrática, respeitosa e operosa, com o reconhecimento devido da atuação dedicada e competente, que desempenhou na chefia do Ministério Público do Estado do Maranhão.

Dr.<sup>a</sup> Fátima Travassos, com admiração e respeito de todos os seus colegas, o Egrégio Colégio de Procuradores saúda Vossa Excelência, desejando-lhe uma gestão eficiente e estendendo-lhe a solidariedade de nosso integral apoio na resolução dos problemas e na superação dos desafios. Conte conosco em todos esses momentos, pois, como Vossa Excelência, também almejamos o bem-estar da nossa Instituição, em prol dos pobres e oprimidos, transfigurados pela dor e sofrimento causados pela opressão do poder e pelo estigma da exclusão social.

Parabéns pela conquista de hoje, reconhecidamente merecida. Continue Dr.<sup>a</sup> Fátima Travassos como sempre foi. Humilde e serena, firme no exercício do cargo, corajosa para enfrentar as dificuldades e, acima de tudo, sensível e justa na aplicação da lei.

O Ministério Público do Maranhão sente-se honrado e no dever de prestar justa homenagem a Vossa Excelência, desejando-lhe, com as bênçãos de Deus, uma trajetória de sucesso como Procuradora-Geral de Justiça. Que Deus lhe abençoe.

Muito Obrigada.

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

Senhoras e Senhores,

Hoje é o dia mais importante da minha vida profissional. O auge de um movimento, que pode ser visualizado sob a perspectiva do lendário sonho de Martin Luther King, um líder que compreendeu que a luta pela Justiça é uma luta mais ampla pela *“liberdade, pela dignidade e pela humanidade”*; que ao vislumbrar que dias difíceis viriam, afirmou não temer nada nem homem algum, pois estivera no topo da montanha e contemplara a Terra Prometida; que teve a capacidade de projetar o “eu” no “tu”, transmitindo a poderosa mensagem da união, ao afirmar que *“ou venceremos todos juntos ou juntos seremos todos derrotados”*.

O dia de hoje é o marco inicial de uma longa jornada para enfrentar o mais poderoso de todos os desafios: conduzir o Ministério Público no caminho da grandeza de seu perfil constitucional, em harmonia com as tendências do nosso tempo, que exige liderança forte e criativa e a união de todos em torno do objetivo comum. Cabe a mim a presidência do Colégio de Procuradores e do Conselho Superior do Ministério Público. Conclamo, pois, esses órgãos da administração superior e a Corregedoria-Geral do Ministério Público a empenhar-se ainda mais na implementação e no aprimoramento da resolução das questões institucionais mais relevantes.

Nunca é demais repetir, que a Carta Política de 1988 estabeleceu, como fundamentos da República brasileira, a dignidade da pessoa humana e a cidadania, incumbindo à nossa Instituição a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta Republicana.

---

\* Pronunciado pela Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão Dr<sup>a</sup> *Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro* (Biênio 2008-2010) em 13/06/2008.

Tradicionalmente, o Ministério Público vem se aproximando cada vez mais da sociedade, cumprindo com coragem e denodo suas funções institucionais, defendendo-a dos criminosos, promovendo a defesa do meio ambiente, das crianças, dos adolescentes, dos portadores de necessidades especiais, dos indígenas, dos idosos, dos consumidores, das minorias e de outros sujeitos de direitos de cidadania, destacando-se no combate à improbidade administrativa, para garantir que esta geração desfrute e as gerações futuras recebam um grande país.

Tamanho determinação na atuação institucional, tornou os membros do Ministério Público depositários das esperanças dos cidadãos em um futuro mais próspero para o nosso país, aumentando sua credibilidade. Por isso, a sociedade distinguiu a Instituição com o carimbo da Ética, honraria dispensada a poucos, como ao saudoso senador Jefferson Peres, notabilizado como guardião da Ética na Política brasileira e como uma das vozes mais eloqüentes na defesa do país e de seus concidadãos; imortalizado por defender apaixonadamente a Amazônia, antecipando em muito o momento atual, quando a questão ambiental começa a inquietar de verdade a humanidade, tornando-se óbvio que brevemente ocupará o centro da agenda política dos governos dos países mais ricos.

Em homenagem a estes grandes homens, nos quais os jovens devem espelhar-se e dos quais os adultos podem orgulhar-se, invoco mais uma vez o legado de Martin Luther King na seguinte declaração imortal: *“o arco do universo moral é longo, mas se inclina na direção da justiça”, acrescentando que “o arco não se inclina sozinho, mas sim porque cada um de nós faz força para que ele tome a direção da justiça”*.

Sem dúvida, quando a sociedade destaca alguém por seus valores morais, os cidadãos passam a orgulhar-se dele, a espelhar-se nele e a seguir seu exemplo, gerando uma poderosa onda, que à semelhança da famosa movimentação sincronizada das torcidas nos campos de futebol, leva o arco da moral a inclinar-se na direção da dignidade, da humanidade e da justiça.

Nesse contexto, parece muito distante o tempo em que havia Promotores de Justiça trancados em seus gabinetes. Nossos esforços para nos aproximar da sociedade produziram frutos. Nosso trabalho é cada vez mais conhecido e reconhecido. Os cidadãos nos procuram, cada vez mais, cheios de esperança.



Em toda parte, ouvem-se pessoas dos mais diversos extratos de poder aquisitivo dizendo “vá ao Ministério Público, lá os Promotores garantirão o seu direito, assegurando-lhe um julgamento justo”, ou “eu vou procurar o Ministério Público, pois sei que lá meus direitos serão respeitados”, ou ainda, “que absurdo, como esta cidade pode não ter ainda um Promotor de Justiça!? Quem vai nos defender?” Vêem-se cidadãos humildes de cidades onde ainda não existem Promotores de Justiça, deslocando-se para outros municípios em busca do Ministério Público, na esperança de ter seus direitos assegurados. Em conseqüência destes fatos, é insustentável a permanência da defasagem entre o número de Juizes e o número de Promotores de Justiça em nosso Estado.

Nesse ambiente, Senhor Governador, ao contrário do que dizem alguns, há um enorme espaço para o Ministério Público crescer, para aperfeiçoar a prestação de seus serviços à sociedade, algo que, necessariamente, passa pela ampliação de seus quadros de membros e de servidores e pela aquisição de bens patrimoniais.

Sim, senhores parlamentares, tenho o orgulho de afirmar que conquistamos a sociedade, que agora clama pela presença do Ministério Público em todos os lugares. Por isso, peço vênica para chamar atenção para o fato de que hoje quase todos os Ministérios Públicos estaduais enfrentam um grave problema. A chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, editada com a louvável finalidade de moralizar os gastos da administração pública, acabou por engessar o Ministério Público, estabelecendo-lhe o repasse de um percentual irrisório das receitas correntes líquidas do Estado, dificultando imensamente o desempenho do seu papel constitucional.

Eu defendo com todas as minhas forças a idéia de que nós não podemos amesquinhar o Ministério Público, deixando de realizar concursos, cortando despesas, “apertando o cinto” no limite da irresponsabilidade, a ponto de comprometer a qualidade dos nossos serviços, em detrimento da dimensão dos desafios que precisamos enfrentar.

É absolutamente claro que esse verdadeiro processo de autofagia embarça nossa atuação, pondo em risco a nossa credibilidade duramente alcançada, em contradição com a Carta Magna, que configurou o Ministério Público como essencial ao Estado brasileiro, considerando crimes de responsabilidade, dentre outros, os atos do presidente da República que atentem contra o livre exercício da Instituição e contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais.

Não devemos nos esquecer de que os padrões de legitimidade se alteraram, sem dúvida, para melhor. A sociedade exige que suas instituições funcionem com independência, cada uma cumprindo as tarefas que lhes são próprias, imprimindo excelência aos serviços prestados, em estrita obediência aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Em consequência, temos o dever de cumprir nosso papel institucional de forma a atender às aspirações da sociedade brasileira, sempre com isenção, sempre colocando nossas condutas nos mais elevados padrões de legalidade, ética e eficiência, antes de tudo, porque somos o Ministério Público, o grande guardião da sociedade no Estado Democrático de Direito.

Estou profundamente consciente de que somente nos beneficiaremos da democracia quando conseguirmos conceder efetividade à justa aspiração do povo brasileiro por dignidade, cidadania e justiça, lutando para garantir o pleno funcionamento das instituições democráticas.

Tenho consciência de que as coisas mais importantes parecem simples. Mas as ações grandiosas necessárias para implantá-las é que vêm acompanhadas de grandes dificuldades. Ressoam em minha mente as sábias palavras do mestre Chiovenda, para quem *“o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito tudo aquilo, e exatamente aquilo que ele tenha o direito de conseguir”*. Embora essa formulação seja antiga e pareça tão simples, sua essência é a garantia da efetividade da atividade jurisdicional do Estado. Com esse objetivo magnífico, sua implementação vem acompanhada de grandiosas dificuldades, fazendo com que a proposição do celebrado jurista italiano continue tão moderna e pareça quase utópica.

Nesse cenário, vislumbra-se no horizonte o alvorecer de uma nova, inédita e pioneira luta a ser empreendida pelo Ministério Público, desta feita para manter-se atuando com dignidade, em um ambiente digno, na defesa da sociedade.

Cerrarei fileiras nessa luta, senhores Procuradores-Gerais de Justiça. Empenharei toda a minha energia, toda a minha paixão e todo o meu entusiasmo. Farei apelos a todas as consciências, porque não estou satisfeita com o que está acontecendo e tenho a convicção de que podemos fazer melhor, com segurança, sem medo, compartilhando o sentimento expressado pelo presidente norte-americano Franklin Roosevelt, na frase que o imor-

talizou: “*Portanto, antes de mais nada, deixe-me afirmar minha crença de que a única coisa que devemos temer é o próprio medo*”.

Colegas, de imediato, orientarei os esforços para dotar o Ministério Público do nosso Estado de infra-estrutura adequada para as Promotorias de Justiça, para capacitar servidores e para a realização de concurso público. Em outro plano, lutarei para manter as garantias e prerrogativas inseridas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, enfatizando as conquistas alcançadas na esfera estadual. Noutra frente, lutarei por alterações legislativas capazes de possibilitar a atuação independente e livre de embaraços do Ministério Público.

Em um plano ainda mais elevado, trabalharei no sentido da valorização dos membros do Ministério Público, em obséquio à dignidade do cargo, para assegurar-lhes o respaldo institucional necessário ao exercício de suas graves responsabilidades, separando o joio do trigo, de ordem a não permitir que meras conjecturas ou acusações infundadas se tornem instrumentos de opressão e de intimidação daqueles que exercem a defesa da sociedade, com um empenho tão determinado que, freqüentemente, os converte em alvo de toda sorte de agressões.

Pretendo, assim, trabalhar com dedicação, criatividade e firmeza, dando total apoio aos membros do Ministério Público e atenção aos pleitos classistas, pois um dos grandes objetivos de minha administração é a pacificação, e uma convivência salutar com a diversidade no campo das idéias, tanto no âmbito interno quanto no externo.

Senhor presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Raimundo Freire Cutrim, sabe Vossa Excelência da essencialidade do Ministério Público para que se faça a verdadeira Justiça. Anima-me a certeza de que juntos haveremos de valorizar mais e mais o respeito à harmonia e à independência entre os poderes, promovendo as ações necessárias à plenitude da prestação jurisdicional em nosso Estado.

Senhoras e Senhores, devo mencionar que é uma honra o fato de ser a segunda mulher a exercer a chefia do Ministério Público do Maranhão, lembrando que ao comentar minha nomeação, o Governador, Dr. Jackson Kepler Lago, declarou que prestava uma homenagem às mulheres.

Agradeço o ato de Sua Excelência como um reconhecimento à força de trabalho da mulher, que representa 40% dos membros da ativa do Ministério Público maranhense. Parafraseando as palavras da ministra

Ellen Gracie, quando de sua posse como presidente do Supremo Tribunal Federal, gostaria que todas as mulheres deste Estado se sentissem participantes deste momento, porque não se trata de uma conquista individual, pois embora sejamos mais da metade da população de nosso Estado, somente a Dr<sup>a</sup> Elimar Figueiredo de Almeida Silva foi eleita e nomeada para o exercício da chefia do Ministério Público maranhense, e o fez com reconhecida competência, bravura e dedicação.

Louvando-me na mensagem histórica da Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Ceará, Dr<sup>a</sup> Maria do Socorro França, representando o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, agradeço as palavras generosas dos oradores que me antecederam, pedindo licença para redirecionar às mulheres os elogios que me foram endereçados.

Agradeço não somente aos meus ilustres pares – os quais votaram em mim para o cargo de Procuradora-Geral de Justiça, – mas a todos os membros do Ministério Público, que, depois de encerrado o processo eleitoral, vêm expressando a legítima esperança de que podemos lutar por mudanças que assegurem o perfil constitucional e o maior fortalecimento da nossa grande Instituição. Alegro-me vislumbrar que o arco se inclina na direção da união, pois não podemos enfrentar um poderoso desafio com desunião. Como disse Winston Churchill, *“se começarmos uma disputa entre o presente e o passado, corremos o risco de perder o futuro”*.

Agradeço ao colega Procurador de Justiça, doutor Francisco das Chagas Barros de Sousa pelos avanços alcançados em sua administração e por ter instaurado o processo de transição, um marco histórico na relação institucional entre os Procuradores-Gerais de Justiça, e uma forma democrática de garantir a transparência e a continuidade dos serviços no âmbito administrativo. Agradeço aos integrantes das equipes de transição e de assessoramento da administração que se encerra, bem como aos nossos servidores, reconhecendo o seu profissionalismo e o seu comprometimento com o futuro do Ministério Público.

Agradeço a Deus por este momento extraordinário. Agradeço também ao Senhor por ter me presenteado com a companhia generosa de minha saudosa mãe Maria José e do meu amado Raimundo Cordeiro, que enquanto viveram me apoiaram e compartilharam comigo a luta pela realização dos nossos sonhos comuns. À memória de minha mãe, de quem herdei o instinto de agregação e de luta, e à memória de Raimundo, em homenagem

ao seu incomparável amor, companheirismo e dedicação, ofereço este momento singular de minha existência. Agradeço à minha família, em especial a meu pai Manoel de Jesus e as minhas filhas Faberi e Tarsila, bem como aos meus amigos, o apoio que nunca me faltou.

Para finalizar, peço que lembrem comigo as palavras do profeta Isaías, pronunciadas pelo Presidente norte-americano John Kennedy diante de algo que interpretou como uma nova fronteira de desafios, oportunidades, perigos desconhecidos e ameaças não concretizadas, mas, também, de grandes esperanças: *“Os que esperam no Senhor renovarão as suas forças; subirão com asas como águias; correrão, e não se cansarão; andarão e não se fatigarão”*, acrescentando que *“Conforme enfrentamos o desafio adiante, nós também devemos nos apresentar ao Senhor, e pedir que ele renove nossas forças. Assim estaremos aptos para o teste. Assim não ficaremos cansados e assim venceremos”*.

Muito obrigada.



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 idéias 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, juntamente com o arquivo em meio eletrônico e, 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 seqüência 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.: 0XX (98) 3219-1656 - Fax.: 0XX (98) 3219-1657  
E-mail: biblioteca@mp.ma.gov.br

