

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Conselho Editorial

Ministério Público Federal

GUSTAVO TEPEDINO (Coordenador) – Professor Doutor
MARCELLO PARANHOS DE OLIVEIRA MILLER – Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

REGINA BUTRUS (Vice-Coordenadora) – Procuradora Regional do Trabalho
JORGE LUIZ SOUTO MAIOR – Professor Doutor

Ministério Público Militar

ADRIANO ALVES MARREIROS – Promotor da Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA – Promotora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 7 – Números 28/29 – julho/dezembro 2008
Brasília/DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185
Home Page: <www.esmpu.gov.br>
E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright* 2008. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Humberto Campos Costa

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro F. Tosta

Núcleo de Editoração

Cecília S. Fujita dos Reis

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefe do Setor de Revisão

Constança Lazarin – Revisão de provas

Lara Litvin Villas Bôas – Preparação de originais e revisão de provas

Renata Filgueira Costa – Preparação de originais e revisão de provas

Thaise dos Santos Leandro – Preparação de originais

Núcleo de Programação Visual

André de Sena – Diagramação

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato Cavalcante

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268

CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.000 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 7, n. 28/29, jul./dez., 2008

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

Segue-se mais uma edição do *Boletim Científico* da ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, na qual se mantém o mesmo formato e a mesma preocupação com a qualidade da informação reproduzida.

Na parte específica ao tema dos Direitos Humanos, a palavra é dada a Anelise Becker, para questionamento da dignidade humana na prática médica a partir de um caso estudado.

Tratando de Interesses Difusos e Coletivos, brindam-nos com suas ideias Maria Soares Camelo Cordioli, avaliando os aspectos econômicos e sociais da normatização da biossegurança no Brasil, e Ronaldo Lima dos Santos, confrontando-se com as fraudes nas relações de trabalho.

No assunto Direito Penal e Liberdades Constitucionais, visões muito importantes são trazidas nas manifestações de Monique Cheker (A distorção do princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho), Joceli Scremin da Rocha (A incidência dos danos psíquicos em vítimas de sequestro e cárcere privado à luz do Código Penal) e Anderson Cavichioli (Lei n. 12.015/2009: as consequências jurídicas da nova redação do artigo 213 do Código Penal brasileiro).

No item dedicado à Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas, Manoel Jorge e Silva Neto, trazendo informações sobre o direito à intimidade à luz de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, e Gustavo Tepedino, tratando de tema paralelo

sob o ângulo das Cortes Superiores brasileiras, apresentam abordagens que se complementam.

No item Temas Atuais, Marco Aydos, em “A retórica da revisão da anistia: um exercício aristotélico”; Henrique Lima Correia, discorrendo sobre “A nova Lei do Estágio. Estágio na Administração Pública. Atuação do Ministério Público do Trabalho”, e Vitor Fernandes Gonçalves, analisando “O estatuto disciplinar dos membros do Ministério Público”, trazem abordagens bastante relevantes sobre questões complexas.

O esforço de todos esses pensadores é uma homenagem à construção jurídica, e os organizadores deste *Boletim* sentem-se honrados em ter tido a oportunidade de retransmitir para o público do direito suas ideias e por poderem dessa maneira renovar o compromisso assumido nas edições anteriores.

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR

Professor de Direito do Trabalho da
Universidade de São Paulo, Juiz do Trabalho e
Membro da Câmara Editorial do Boletim Científico da
Escola Superior do Ministério Público da União

Sumário

Direitos Humanos

- A prática médica orientada para o ensino-aprendizagem e a dignidade humana: notas sobre um caso
Anelise Becker..... 11

Interesses Difusos e Coletivos

- A normatização da biossegurança no Brasil: aspectos econômicos e sociais
Maria Soares Camelo Cordioli..... 37

- Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência
Ronaldo Lima dos Santos..... 51

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

- A distorção do princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho
Monique Cheker..... 85

- A incidência dos danos psíquicos em vítimas de sequestro e cárcere privado à luz do Código Penal
Joceli Scremin da Rocha..... 107

- Lei n. 12015/2009: as consequências jurídicas da nova redação do artigo 213 do Código Penal brasileiro
Anderson Cavichioli..... 145

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

- A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade
Manoel Jorge e Silva Neto..... 173

Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras <i>Gustavo Tepedino</i>	191
--	-----

Temas Atuais

A retórica da revisão da anistia: um exercício aristotélico <i>Marco Aydos</i>	211
A nova Lei do Estágio. Estágio na Administração Pública. Atuação do Ministério Público do Trabalho <i>Henrique Lima Correia</i>	243
O estatuto disciplinar dos membros do Ministério Público <i>Vitor Fernandes Gonçalves</i>	267

Direitos Humanos



A prática médica orientada para o ensino-aprendizagem e a dignidade humana: notas sobre um caso

Anelise Becker*

Sumário: 1 Introdução. 2 O paciente como “eu” incorporado e as implicações ético-jurídicas da vulnerabilidade que lhe é ínsita na relação entre os três vetores em causa. 3 O desequilíbrio impugnado. 4 O equilíbrio requerido. 5 Conclusão.

1 Introdução

Embora não se venha a tratar, aqui, propriamente de experimentação científica com seres humanos, mas de *atividades médicas voltadas ao ensino-aprendizagem*, vale relativamente a estas a observação que faz Hans Jonas ao introduzir aquele tema: enquanto a experimentação psicológica é a mais dúbia e a biológica, a mais perigosa, a médica é seguramente a mais legítima, desfrutando de maior favor, e, por isso, nela é mais dura a tarefa de ajuizar as teses em conflito¹.

Funda-se a presente reflexão em caso concreto, objeto de Ação Civil Pública² movida pelo Ministério Público Federal contra

* Anelise Becker é Procuradora da República, Doutora em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹ JONAS, 1994, p. 117.

² Ação Civil Pública n. 2009.71.01.001049-6, em trâmite perante a Subseção Judiciária de Rio Grande-RS, cuja petição inicial é de autoria do Procurador da República Michael von Muhlen de Barros Gonçalves.

Instituição Federal de Ensino Superior (IFES), na qual foi postulada determinação, à ré, de que se abstenha de impor, em caráter obrigatório, a presença e o acompanhamento, por parte de seus estudantes, aos cidadãos que venham a se utilizar dos serviços prestados no Hospital Universitário por ela mantido, sempre que tal circunstância venha, a juízo do paciente, a violar a sua intimidade.

Referida Ação assenta em episódio paradigmático, no qual uma gestante de alto risco, porquanto possuidora de idade avançada, pressão elevada, obesidade, bem como de histórico de pré-eclampsia, trombose e abortamento espontâneo anterior, ao procurar Hospital Universitário mantido pela IFES ré, teve negada a realização do exame pré-natal de alto risco, haja vista que, constrangida, não consentiu fosse efetuado o respectivo procedimento ginecológico na presença de diversos estudantes.

Questionada a respeito, a direção do Hospital referiu que, tratando-se de estabelecimento de ensino, todos os procedimentos médicos ali realizados preveem, como condição implícita, o acompanhamento dos pacientes por parte de estudantes matriculados nos seus cursos de Medicina e Enfermagem. Partindo do pressuposto de que os hospitais de ensino são centros de formação de recursos humanos, possuindo programas de residência médica em áreas diversas, cujos integrantes desempenham atividades médicas sob a forma de treinamento supervisionado, concluiu pela evidente indissociabilidade entre o ensino e a assistência.

O juízo do feito indeferiu o pedido liminar, sob o argumento de que o atendimento médico em Hospital Universitário, feito com a presença de estudantes de graduação ou de médicos residentes, sob a supervisão de professores e preceptores, não viola o direito à intimidade dos pacientes, sobretudo porque, em seu ver, o atendimento

é feito sob o manto protetivo do sigilo profissional, preceito ético cuja observância incumbe também aos estudantes da área médica.

As considerações que seguem reproduzem, em parte, os argumentos adotados nas razões³ do Agravo de Instrumento interposto contra a referida decisão, ao qual foi negado provimento pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁴, substancialmente pelas mesmas razões adotadas pelo juízo *a quo*⁵.

2 O paciente como “eu” incorporado e as implicações ético-jurídicas da vulnerabilidade que lhe é ínsita na relação entre os três vetores em causa

Ensino, saúde e dignidade humana. Três vetores cujas possíveis tensões em sua interação suscitam indagações não apenas de ordem ética, mas igualmente jurídica, quando estiver em causa, relativamente a uma situação concreta, uma relação humana na qual releve explicitamente a tensão dialética entre a autonomia ou liberdade pessoal e a vinculação ou integração comunitária, a convocar a afirmação ética da pessoa, seja no reconhecimento daquela

³ Razões elaboradas pela autora, cujas presentes considerações, na forma de comentário a caso jurídico concreto, são feitas com vistas exatamente naquele em que hoje vem repensado o próprio sentido da elaboração doutrinariamente dogmática do direito positivo: o de exercício de “uma tarefa pragmática (ou prática)” passível, como tal, de oferecer diretivas ou modelos jurídico-normativos à realização do direito, passível de oferecer, pois, fundamentação para decisões práticas (NEVES, 1998a, p. 45, 51 e 116, reportando-se a Wieacker). V. Wieacker (1980, p. 721-722), onde refere como missão da dogmática, não a de construir um edifício doutrinário mental e logicamente contingente de contextos de dedução, mas sim a de oferecer meios de resolução correta de problemas.

⁴ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento n. 2009.04.00.032205-5, rel. des. federal Maria Lúcia Luz Leiria, un., j. em 26.1.2010 e publicado no *DE* de 25 fev. 2010.

⁵ Quando da revisão final do presente artigo, em 12 de abril de 2010, referida Ação Civil Pública encontrava-se conclusa para sentença.

autonomia, a exigir uma garantia, seja de sua correlativa responsabilidade, a impor uma obrigação normativa⁶.

Na solução jurídica a ser oferecida ao caso relatado, trata-se, pois, de ponderar os termos em causa naquela tensão dialética, de forma que não se veja qualquer deles, sem mais, de todo eliminado. Reequilíbrio da sua relação, desequilibrada pela priorização inflexível do acompanhamento por estudantes, de todos os atos médicos realizados no âmbito do Hospital Universitário, mesmo em casos em que tal acompanhamento, *por sua imposição sem limites ou exceções*, venha a se concretizar em franco desrespeito à intimidade dos pacientes que, a fim de terem acesso aos serviços de saúde lá oferecidos, veem-se *coagidos a dispor de sua dignidade* em irrestrita exposição de seu corpo a grupos de estudantes.

O direito à intimidade é direito fundamental na ética dos cuidados e se refere fundamentalmente ao direito que tem a pessoa de guardar seu mistério e seu segredo, de guardá-lo da tentação dos demais, das invasões no mundo pessoal. Essa é uma exigência da convivência. A intimidade é uma estrutura existencial da pessoa em que entram em relação duas dimensões fundamentais da condição humana: a interioridade e a interpersonalidade. Na intimidade não há lugar para o artificial nem para a desconfiança ou para a atitude suspeitosa que mantém as pessoas distantes umas das outras e que obriga a fechar-se ao outro. Existe uma atmosfera de confiança, dentro da qual o “eu” e o “tu”, rodeados de intimidade, confiam-se mutuamente seus segredos pessoais e sabem-nos seguros. À intimidade pessoal acompanha sempre o sentimento de pudor. Este é um sentimento de proteção do indivíduo e de seu valor pessoal contra a esfera do geral. O respeito e o tato são elementos neces-

⁶ V. NEVES, 1993, p. 233.

sários para a intimidade pessoal que, estando submetida a muitos riscos no mundo atual, é uma intimidade vulnerável⁷.

No exercício do cuidar, o respeito à intimidade do outro é fundamental e isso implica um tipo de interação com a pessoa do enfermo em que a familiaridade e a confidencialidade se convertam em categorias básicas. No exercício do cuidar, a dimensão interior da pessoa não é irrelevante, mas fundamental e isso implica o desenvolvimento da familiaridade e da confidencialidade. Nesse sentido, a relação entre a pessoa do cuidador – seja ele o médico ou o enfermeiro, seja ele o aspirante a tanto – e a pessoa doente não pode ser compreendida exclusivamente mediante categorias contratuais, pois a familiaridade e a confidencialidade transcendem o marco do contrato social⁸.

Recorrendo à lição de Paul Ricoeur, pode-se afirmar que o lugar do nascimento da medicina é o sofrimento humano, consistindo seu ato primeiro em socorrer a pessoa doente. O primeiro móbil do ensino, contudo, não é aliviar o sofrimento, mas sim o aprendizado do aluno. Do conseqüente perigo de ser o móbil do ensino médico não a solicitude, mas a preparação profissional, assoma a possibilidade de que o centro de gravidade se desloque – como de fato veio a se deslocar no caso em tela – do tratamento da pessoa para o domínio do objeto didático⁹.

A Ação Civil Pública em comento, partindo do pressuposto de que o ensino universitário não é indissociável apenas da pesquisa e extensão (artigo 207 da Constituição da República), mas, sobretudo, de uma prática de pesquisa e de extensão respeitosa da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, também da Constituição), visa, por

⁷ TORRALBA I ROSELLÓ, 1998, p. 196.

⁸ Ibidem, p. 197.

⁹ V. RICOEUR, *A tomada de decisão no ato médico e no ato judiciário*. In: RICOEUR, 2008, p. 241-242.

consequente, restaurar o equilíbrio que deve presidir a relação entre os três termos em causa: ensino, saúde e dignidade humana.

A Ação não visa, pois, privar os alunos dos cursos de Medicina e de Enfermagem de serem inseridos “precocemente em atividades práticas relevantes para a sua futura vida profissional”, conforme preconiza o artigo 12, inciso V, da Resolução CNE/CES n. 04/2001. Longe disso: trata-se de fazer com que tal inserção se dê nos exatos limites ético-jurídicos e, pois, de modo que assegure o pleno respeito à dignidade das pessoas que, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), fazem uso dos serviços prestados no âmbito de hospitais-escola, consoante, aliás, igualmente prescrevem – como não poderiam licitamente deixar de fazê-lo – a Resolução CNE/CES n. 03/2001, em seus artigos 3º, 4º, 5º, inciso XXVII, 6º, incisos II e III, alínea *b*, e 14, inciso VIII, e a Resolução CNE/CES n. 04/2001, em seus artigos 3º, 4º, inciso I, 6º, inciso II, e 12, inciso III, os quais reiteradamente vinculam a formação profissional em Enfermagem e em Medicina à observância de princípios éticos, mediante a expressa inclusão de suas dimensões éticas e humanísticas. Dignidade humana que, não custa destacar, constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º da Constituição).

Trata-se, pois, de avançar de uma visão manipuladora-instrumental do ser humano que se dirige aos serviços de saúde oferecidos nos hospitais-escola para uma percepção mais ampla e sensível da realidade, dirigida a exigir que se garanta a atenção a *todos* os fatores envolvidos.

Assim, se incumbe à Universidade promover o processo de ensino-aprendizagem dos estudantes também na sua vertente prática, oferecendo-lhes situações que permitam o contato efetivo com diferentes procedimentos médicos, a fim de prepará-los para o futuro desempenho da profissão, tal processo deve-se dar obrigato-

riamente com o respeito à dignidade dos seres humanos envolvidos em tais atividades, até mesmo para que venha a formar médicos e enfermeiros que humanamente mereçam tal designação.

O ser humano que se dirige a um serviço de saúde – quem quer que seja ele e qualquer que seja o serviço de saúde em causa – a este não se dirige como se fora um mero corpo, biológico, como tal oferecido à manipulação. Biologismo que, reduzindo a vida humana a uma sua exposição à manipulabilidade como se fora mero “corpo-objeto”, é atentatório tanto à dignidade como à intimidade propriamente humanas.

Lembra-nos o mito de Antígona, tragédia polarizada nos deveres fúnebres por ela prestados a seu irmão, que mesmo o corpo humano sem vida merece respeito. E, se ainda hoje a conduta de vilipêndio a cadáver é penalmente típica (artigo 212 do Código Penal), o que se pode dizer acerca do corpo humano *vivo*?

Sendo o ser humano uma existência incorporada, o corpo humano possui uma integridade e uma dignidade que não autorizam seja utilizado única e exclusivamente como instrumento a serviço de outro fim, por maior que seja a relevância social atribuída a tal fim. Uma integridade e dignidade que não autorizam, por conseguinte, que seja o corpo humano utilizado como mero instrumento, ainda que para fins educacionais. Integridade e dignidade cuja violação pelo uso meramente instrumental não pode ser compensada pelo tratamento de saúde que tal uso lhe venha a proporcionar, pois o “tratamento de saúde” que não perceba que a relação entre o “eu” e a corporeidade não pode ser compreendida desde um esquema sujeito-objeto – pois, na inexistência de um “eu” desenraizado do corpo, o corpo humano jamais pode ser reduzido única e exclusiva-

mente a objeto – será, por mais biologicamente benéfico que acaso se revele, ainda assim, atentatório à dignidade humana¹⁰.

Assim, se o imperativo prático categórico kantiano manda que cada ser racional jamais trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios para o uso arbitrário desta ou daquela vontade, mas sempre simultaneamente como fins em si, conferindo ao ser humano racional um valor absoluto, incondicional, que só a palavra respeito pode exprimir convenientemente¹¹, nem por isso é nossa racionalidade independente de nossa animalidade vulnerável, de modo que nossa dignidade, humana, é a dignidade própria de um ser que não a poderia possuir se, como tal, não fosse incorporado e, assim, mortal e vulnerável¹².

Por isso, consoante bem anota Francesc Torralba i Roselló, a afirmação da dignidade pessoal do paciente é fundamental e isso implica uma práxis em que o respeito à sua intimidade, a atenção à sua vulnerabilidade e a proteção de sua liberdade são básicos. No direito dos enfermos, o termo dignidade resulta ser o termo-chave em torno do qual gira todo o articulado. O enfermo é, antes de tudo, pessoa e, como pessoa, tem uma dignidade que requer um trato ético e um tipo de relação qualitativa que se concretiza em uma série de modos de proceder. A ética assistencial se fundamenta, em último termo, na dignidade pessoal: o ser humano não pode ser tratado de qualquer modo, porque tem dignidade. O enfermo merece um trato personalizado e justo porque tem uma dignidade intrínseca: respeito e dignidade são, por isso, conceitos mutuamente correlacionados¹³.

¹⁰ V. TORRALBA I ROSELLÓ, 1998, p. 172-173.

¹¹ V. KANT, 2005, p. 67, 68 e 79.

¹² NUSSBAUM, 2007, p. 110 e 142.

¹³ TORRALBA I ROSELLÓ, 1998, p. 99-101.

A corporeidade humana é unitária e expressiva, mas é intrinsecamente vulnerável, porque tem, como toda a estrutura pessoal, um caráter indigente: sendo o corpo humano uma estrutura precária e frágil, a experiência da corporeidade se relaciona diretamente com a da indigência, vulnerabilidade corporal diante da qual se requer, desde a perspectiva ética, um cuidado solícito e atento¹⁴.

O sentimento de abandono, de desenraizamento e de intempérie é particularmente profundo na pessoa enferma e a necessidade que esta, por isso, tem de morada e de lar é muito intensa. Cuidar, nesse sentido, é construir uma morada, ou seja, um espaço pessoal e próprio, um lugar onde o mundo afetivo da pessoa enferma possa aflorar¹⁵. Um tal cuidado, contudo, resulta inviável naqueles casos em que, emergindo naturalmente o sentimento de pudor com maior intensidade, tenha o atendimento médico em vista não o enfermo como a pessoa que é, mas como mero objeto instrumentalizado, exposto à manipulação didática.

Observa Karl Jaspers que a concepção básica do ser-médico dos últimos séculos tem sido a de que, sendo a doença um processo natural que ataca o corpo, o médico, em união com o paciente, presta-lhe ajuda apoiado num poder cientificamente fundado. Esse tratamento médico assenta em dois pilares: por um lado, no do conhecimento científico-natural e do poder técnico e, por outro, no do *ethos* da humanidade: o médico nunca deve esquecer a dignidade do doente e o valor insubstituível de cada ser humano individual¹⁶.

E, se o conhecimento científico-natural e o poder técnico se transmitem pela doutrina, a humanidade médica, diversamente, é transmitida pela própria personalidade médica. Ela se desdobra de novo em cada médico, em cada serviço médico, por meio da

¹⁴ TORRALBA I ROSELLÓ, 1998, p. 174 e 186.

¹⁵ Ibidem, p. 194.

¹⁶ JASPERS, *A idéia de médico*. In: JASPERS, 1998, p. 7.

realidade do próprio ser humano médico. Para ela vale a regra que o grande médico inglês, Sydenham, formulou no século XVII: “Ninguém foi por mim tratado diferentemente do que eu gostaria de ser, caso apanhasse a mesma doença”¹⁷.

Para Karl Jaspers, tais formulações, postas em causa pelos novos desenvolvimentos e, sobretudo, pela massificação do atendimento médico, passam por antiquadas sempre que se abandona a ideia de humanidade ao transformar o homem num qualquer material de exame e modelação¹⁸. O fito do médico, contudo, não é a ciência (nem o ensino, acrescentamos), mas a ajuda ao doente. À medida que for agarrado pela pesquisa como tal (ou pelo ensino), cessa de ser médico¹⁹.

O mesmo entendimento vem expresso por Hans Jonas, para quem o doente goza de um privilégio fundamental: no decurso do tratamento, o médico tem obrigações para com ele e para com mais ninguém. O médico, durante o tratamento, não é o representante da sociedade, nem dos interesses da ciência (ou da academia) médica, nem dos da família do paciente, nem dos seus copadecentes ou futuros padecentes da mesma doença. Só o paciente é considerado quando se encontra sob o cuidado do médico; este é obrigado a não deixar nenhum outro interesse interferir no do paciente em ser curado²⁰.

3 O desequilíbrio impugnado

Esse, pois, é o complexo pano de fundo que subjaz ao problema em pauta. Um problema cuja justiça da solução exige, por conseguinte, não apenas a compreensão dessa complexidade, como sobretudo a adequada ponderação dos vetores em tensão.

¹⁷ JASPERS, *A ideia de médico*. In: JASPERS, 1998, p. 7-8.

¹⁸ *Ibidem*, p. 20.

¹⁹ *Ibidem*, p. 45.

²⁰ JONAS, 1994, p. 152.

A justiça de tal solução é incompatível tanto com a superficialidade apressada de uma qualquer ponderação quanto com a arbitrária seleção de um único aspecto do juízo médico para com ele, desarticulado do conjunto contextual com que integra aquela complexidade, pretender ver satisfeitos em sua integralidade os valores em tensão.

Esse é o ponto no qual reside o fundamental equívoco de que padecem as decisões em comento, na medida em que, sustentando inexistir violação do direito de intimidade em face do dever dos médicos (estendido aos estudantes) em resguardar as informações a que tiverem acesso no desempenho de suas funções, tratam a questão como se fosse um mero problema de segredo médico *stricto sensu*, quando em verdade o que se encontra em causa é algo muito mais profundo.

Equívoco tanto mais preocupante na medida em que revela a adoção de perspectiva macroscópica cuja tendencial funcionalização do indivíduo a desígnios heterônomos da sociedade não exclui a possibilidade do domínio e da objetivante fruição, incompatível com a dignidade da pessoa, que os outros possam exercer sobre esse indivíduo, confinado que resta, assim, ao plano estritamente antropológico, porquanto, na ausência de reconhecimento de sua dignidade de *fin em si*, não tem como alçar a condição, *axiológica*, de *pessoa*²¹.

Vale invocar, nesse passo, novamente a lição de Paul Ricoeur e, com ela, os diversos níveis de juízo que ele entende relacionados à orientação terapêutica (clínica) da bioética²².

²¹ Sobre o tema, v. NEVES, 1998b, p. 74, 75 e 85.

²² RICOEUR, *Os três níveis do juízo médico*. In: RICOEUR, 2008, p. 221 e ss.

O primeiro nível, *prudencial*, identifica-se com a faculdade de julgar, aplicada a situações singulares, em que um paciente individual está situado numa relação interpessoal com um médico individual, a qual expressa uma sabedoria prática, resultante do aprendizado e do exercício²³.

Considerando o pacto de confidencialidade que compromete mutuamente um paciente com um médico (pacto de tratamento baseado na confiança) como o núcleo ético desse encontro singular, Ricoeur entende como primeiro preceito da sabedoria prática exercida nesse plano o reconhecimento do caráter singular da situação de tratamento e, antes disso, da situação do próprio paciente, a implicar a unicidade e, pois, insubstituibilidade de uma pessoa por outra. Seu segundo preceito ressalta a indivisibilidade dessa mesma pessoa, porquanto o que se trata não são órgãos múltiplos, mas um doente, integral, nem fragmentável nem divisível em aspectos biológicos, psicológicos e sociais. Seu terceiro preceito soma, às ideias de insubstituibilidade e de indivisibilidade, a ideia, reflexiva, de autoestima, a qual, dizendo mais do que o respeito devido ao outro, tem em vista equilibrar o caráter unilateral do respeito, que vai deste ao outro, mediante o reconhecimento, pelo sujeito, de seu próprio valor. Na autoestima, a pessoa aprova a si mesma por existir e exprime a necessidade de se saber aprovada pelos outros por existir. A autoestima introduz, assim, um toque de amor-próprio, de orgulho pessoal na própria relação: é o fundo ético daquilo que se chama comumente de dignidade²⁴.

²³ RICOEUR, *Os três níveis do juízo médico*. In: RICOEUR, 2008, p. 221.

²⁴ Ricoeur (*Os três níveis do juízo médico*. In: RICOEUR, 2008, p. 223, 225 e 226) pondera que a situação de tratamento, especialmente nas condições de hospitalização, pode incentivar a regressão do doente a comportamentos de dependência e, por parte do pessoal que o trata, a comportamentos ofensivos para a dignidade do doente, motivo por que é essencialmente o sentimento de estima pessoal que fica ameaçado pela situação de dependência que prevalece no hospital. Para Ricoeur, a única maneira de lutar contra esses comportamentos ofensivos é voltar à exigência

Anota Ricoeur, a seguir, que, enquanto o pacto de confiança e a promessa de honrar esse pacto constituem o núcleo ético da relação que liga um médico a um paciente, o momento *deontológico* do juízo médico é constituído pela assunção, por esse pacto de confiança, do caráter universal de norma: esta liga todo médico a todo paciente e, pois, qualquer um que entre numa relação de tratamento. Norma que se reveste do caráter de interdição, a de violar o sigilo médico, que exclui terceiros e, por isso, pode ser “oposto” a estes²⁵.

O juízo deontológico possui, ainda, uma função de conexão, não apenas no sentido de que a norma que rege o sigilo médico deve estar correlacionada com as outras normas jurídicas que regem o exercício da medicina, mas também no sentido de desempenhar o papel de ponte entre os níveis deontológico e prudencial do juízo médico e de sua ética²⁶.

O juízo deontológico tem, ademais, a função de arbitrar uma multiplicidade de conflitos que surgem nas fronteiras da prática médica, basicamente em duas frentes: a primeira, aquela em que a ética médica orientada para a clínica se encontra com a ética médica orientada para a pesquisa – ou para o ensino, como no caso de que aqui se trata –, e a segunda, que segue a linha incerta de compartilhamento entre a preocupação com o bem-estar pessoal do paciente e a consideração de saúde pública²⁷.

Trata-se aqui, pois, de arbitrar um conflito surgido nas fronteiras entre a prática médica orientada para a clínica e aquela orientada para o ensino-aprendizagem. Arbitramento este que por certo não se vê satisfeito, na justiça devida à pessoa considerada na inteireza de sua dig-

básica do pacto de tratamento, a saber, a associação do paciente à condução do seu tratamento.

²⁵ RICOEUR, *Os três níveis do juízo médico*. In: RICOEUR, 2008, p. 227.

²⁶ *Ibidem*, p. 228-229.

²⁷ *Ibidem*, p. 230-231.

nidade, pelo mero resguardo das informações obtidas pelo profissional durante o ato médico, porquanto o que está em causa não é a oponibilidade de um sigilo a um terceiro qualquer, mas *a própria relação fundamental considerada*: aquela que se estabelece entre médico e paciente e cuja essência reside na confiança, na solicitude, na humanidade do trato dispensado à pessoa em um momento de vulnerabilidade.

O entendimento judicial em comento, contudo, não apenas firmando-se em um único aspecto do juízo deontológico que não se encontra em causa (o do sigilo oponível a terceiros), mas ainda abstraído-o de todos os desdobramentos da base de confiança em que deve assentar a relação médico-paciente concretamente considerada, pretende ver com ele integralmente resolvido o problema que lhe foi dado a julgar. Abordagem superficial e redutora que resulta na desconsideração daquilo que a tal aspecto fundamentalmente subjaz: a humanidade no trato dispensado ao paciente.

Abordagem superficial e redutora revelada, ainda, pela contradição em que incorre o juízo de 1º grau quando, logo após pontuar ser

imprescindível para o deslinde da presente demanda a diferenciação entre o constrangimento e a quebra da intimidade, porquanto o primeiro é sentimento de ordem subjetiva, o qual nem sempre é decorrência da objetiva violação à vida privada, caracterizadora do segundo item,

transcreve, entre os dispositivos regulamentares atinentes ao sigilo médico, o artigo 63 do Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM n. 1.246, de 8 de janeiro de 1988, que veda expressamente ao médico “desrespeitar o *pudor* de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais” [g.n.].

E embora concluindo acertadamente quando afirma que “o estudante universitário, no exercício de atividades acadêmicas de ordem prática, desde já está sujeito às referidas regras éticas, que visam

justamente resguardar o direito à intimidade dos pacientes, e *fazem parte do ensino das ciências médicas*”²⁸, e destacando, logo a seguir, o item 2 da Resolução CFM n. 663/1975, que, tratando da supervisão dos procedimentos realizados por estudantes de Medicina no trato com os doentes, determina “aos médicos que, nessa supervisão, procurem sempre fazer conhecidas dos estudantes de Medicina todas as implicações éticas dos diferentes procedimentos e das diferentes situações encontradas no trato dos doentes”, não logrou compreender em todo o seu alcance exatamente aquelas “regras éticas” que, como visto, efetivamente não se encontram incorporadas ao processo de ensino-aprendizagem oferecido pela IFES em apreço²⁹.

Incompreensão à qual não socorre – pelo contrário, reforça – o argumento, acrescido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de que,

na colisão entre direitos fundamentais, é necessário que se busque sempre o bem maior, o interesse maior a ser protegido, que no presente caso, é o da manutenção da excelência do ensino médico, com o que se está a privilegiar o interesse público de todos os cidadãos que em determinado momento da vida necessitam de cuidados hospitalares. Assim, o cidadão que pretender ser atendido apenas por médico formado sem a presença de estudantes, não deve buscar atendimento em hospitais-escola, uma vez que estes são o corolário de uma formação médica integral que reverterá para a melhoria da saúde pública³⁰.

Se uma tal conclusão ignora, desde logo, todas aquelas situações em que não haja opção disponível para o paciente em apreço, seja pela ausência, na localidade, de *outro* serviço médico vinculado

²⁸ Grifo no original. No mesmo sentido, o acórdão citado, ao firmar que “o ensino médico somente pode manter um grau de excelência aliando-se a teoria à prática da medicina. Dessa forma, os estudantes, doutorandos têm os mesmos deveres dos médicos no que diz respeito à ética e ao compromisso com o sigilo dos pacientes que examinam”.

²⁹ Idêntica a deficiência observável no acórdão citado.

³⁰ Agravo de Instrumento n. 2009.04.00.032205-5, cit.

ao SUS, seja quando o serviço médico prestado no hospital-escola é de referência para sua enfermidade, ignora, sobretudo, o fato de que, ainda que se dirigindo a um hospital-escola, não perde o paciente o seu caráter de paciente e, como tal, de ser humano necessitado de tratamento, de atendimento médico. A transposição das portas de um hospital-escola não tem o condão de convertê-lo em objeto oferecido à manipulação didática, como se tal conversão fosse o “preço” a pagar pelo atendimento que nele receba gratuitamente por meio do SUS.

Não é outro o sentido do disposto no artigo 110 do Código de Ética Médica atualmente em vigor (Resolução CFM n. 1.931/2009), que veda expressamente ao médico “praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, *sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado*” [g.n.].

Isso porque, se por hospital de ensino entende-se aquele que, além de prestar assistência à saúde da população, desenvolve atividade de formação profissional, a “indissociabilidade entre o ensino e a assistência” nele praticada (a “excelência do ensino médico” defendida no acórdão em comento) não se restringe ao aprendizado técnico do ato médico, mas apenas se materializa na assunção prática dos preceitos éticos que devem nortear o desempenho da profissão, no trato com o paciente, no cuidado, no respeito que a ele deve ser dispensado.

4 O equilíbrio requerido

A necessidade de um equilíbrio entre os três vetores em causa (ensino, saúde e dignidade humana) faz com que a grande questão que afinal se põe, em casos tais como aquele em comento, é o tipo

de médico, de enfermeiro, de profissional da saúde em geral, que vem a ser formado em semelhantes circunstâncias.

Note-se que as Resoluções CNE/CES n. 03/2001 e n. 04/2001 são claras em estabelecer – como, de resto, seria delas em sua consciência esperável – que a formação profissional dos estudantes de Enfermagem e Medicina deverá habilitá-los ao desempenho de suas funções em conformidade com os preceitos éticos. A humanização do atendimento, por médicos e enfermeiros, é indissociável de tal formação e, como não poderia deixar de ser, aparece repetidas vezes em cada qual, lado a lado com o desenvolvimento de suas outras competências e habilidades específicas.

Decorre daí que o ensino de tais ofícios, considerado em sua dimensão prática, longe de ser incompatível com o respeito à dignidade da pessoa do paciente, como faz crer o TRF da 4ª Região ao falar em “colisão de direitos fundamentais”, tem-no como seu pressuposto. Essa compatibilidade, contudo, é gravemente violada quando o ser humano, ao buscar a prestação de assistência médica no hospital de ensino, é reduzido à condição de corpo-objeto exposto à manipulação didática e, assim, desconsiderado em sua humanidade.

Caso em que se coloca a pergunta: será este o ensino médico humanamente desejável? Serão humanamente desejáveis médicos e enfermeiros indiferentes ao que faz do ser humano *humano* e, assim, voltados, única e redutoramente, a um corpo-objeto dissociado do “eu” que encarna?

Será esta uma opção humana e juridicamente indiferente, ou mesmo uma prática médica adequada, afinal, ao restabelecimento da saúde integral do paciente?

Impõe-se, por conseguinte, a *harmonização* dos três vetores em causa: ensino, saúde e dignidade humana. E, isso, precisamente porque a correta operação das normas que tutelam cada qual exige postura hermenêutica adequada à unidade que caracteriza o sistema jurídico. A solução para cada controvérsia não pode ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la³¹, como é o caso do invocado (pela IFES ré) inciso V do artigo 12 da Resolução CNE/CES n. 04/2001, que prevê a inserção precoce do aluno de Medicina em “atividades práticas relevantes para a sua futura vida profissional”, pois o inciso III do mesmo dispositivo regulamentar inclui expressamente, na estrutura do curso de graduação em Medicina, “dimensões éticas e humanísticas”. E as inclui exatamente porque não é humanamente concebível uma vida profissional médica dissociada de tais dimensões.

Solução que, por isso, há de ser encontrada à luz do inteiro ordenamento jurídico e, especialmente, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam³², os quais vêm em regra consignados no texto constitucional³³.

³¹ Segundo Eros Roberto Grau (1991, p. 182), uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.

³² PERLINGIERI, 1997, p. 5.

³³ Em que pese a referência feita às normas constitucionais como critérios de decisão, não se pretende com ela a identificação, em último termo, da juridicidade com a constitucionalidade, numa funcionalização do direito ao político mediante a suposição de um caráter politicamente instrumental do direito que, assim, seria a expressão regulativa e decisória de um programado projeto político. Isso porque sempre a Constituição terá uma dimensão de juridicidade, a qual não se poderá reduzir ou compreender tão só politicamente, tanto pela própria índole da juridicidade como pela exigência de um fundamento de validade normativa, que não apenas de legitimação política – e sobretudo quanto aos valores, direitos e princípios especificamente jurídicos, aqueles que se oferecem, independentemente da Constituição, na “consciência jurídica” da nossa época e relativamente aos quais a Constituição não terá, por isso mesmo, valor constitutivo, mas apenas declarativo e de institucional garantia. Caso, por excelência, da “dignidade humana” (NEVES, 1998a, p. 218-223) que, como “resultado das necessidades éticas essenciais” (cujo afastamento é vedado a qualquer sistema que se pretenda jurídico), independe de posituação para sua vigência, motivo por que o recurso à sua consagração

O fato de a Constituição ser um sistema aberto de princípios insinua que podem existir fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais, cujo reconhecimento traz a necessidade de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma “lógica do tudo ou nada”, mas podem ser objeto de ponderação e concórdância prática, consoante o seu “peso” e as circunstâncias do caso³⁴. E essa ponderação deve manter-se atenta aos princípios interpretativos da unidade da Constituição e da máxima efetividade, princípio este invocado, sobretudo, no campo dos direitos fundamentais³⁵.

Possuindo o direito uma essencial dimensão concreta, tal ponderação deve ter como ponto de partida exatamente o caso jurídico: o problema que ele suscita e que requer a solução. Caso jurídico que vem, assim, tomado não apenas como o objeto da decisão judicial, mas, nas palavras de Castanheira Neves, “verdadeiramente como a perspectiva problemático-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido”³⁶.

Consoante bem observa Gustavo Zagrebelsky, o caso, para o juiz, é essencialmente um acontecimento problemático que coloca a questão de como resolvê-lo, de como resolvê-lo em termos jurídicos. E, como sucede com todos os problemas, também os problemas jurídicos devem ser “compreendidos”. Compreensão jurídica esta que, encerrando um específico problema de “dever ser”, pressupõe, para a própria individualização da norma jurídica em abs-

constitucional traduz-se na invocação de normas positivas de referência em que possam os postulantes fundar suas pretensões e, os juízes, suas decisões (v., a propósito, reportando-se ao princípio da boa-fé objetiva, SILVA, 1980, p. 61-62).

³⁴ Sobre a dimensão de peso ou importância, que caracteriza os princípios e falta às regras, v. DWORKIN, 1989.

³⁵ Tudo conforme CANOTILHO, 1995, p. 190, 227 e 228.

³⁶ NEVES, 1993, p. 129 e 142.

trato a ser concretizada na prática, que se entenda o seu “sentido” e que se lhe atribua um “valor”³⁷.

E esclarece: a compreensão de sentido dirige e condiciona a compreensão de valor. Embora consistam em dois momentos logicamente distintos, condicionam-se reciprocamente, sendo evidente que uma determinada compreensão de sentido pode favorecer, melhor do que outras compreensões, certos valores, e que a assunção de determinados valores, melhor do que outros, pode fazer ver, nos casos, significados tais que não outros. A compreensão do caso consiste, de toda forma, nessa categorização de sentido e de valor e é isso o que permite entender por que se pode falar em solução adequada ao caso³⁸.

5 Conclusão

No caso em comento, o que se verifica é que, longe de serem excludentes, os três vetores em causa (ensino, saúde e dignidade humana) devem em verdade se articular em torno do último, a fim de que assim – e somente assim – venham os primeiros a humanamente se concretizar.

Não há ensino de verdadeira Medicina ou Enfermagem que se possa dissociar de um *ethos* humanitário, assim como não há promoção de saúde integral na consideração, tão só, do corpo biológico, como tal destacado do “eu” que nele encarna.

Sendo, ademais, a dignidade humana o fundamento último do próprio direito, não há como se admitir como juridicamente aceitável, seja um processo de ensino-aprendizagem, seja um serviço de saúde, seja a conjugação de ambos que, perante a tensão que permeia a fron-

³⁷ ZAGREBELSKY, 2003, p. 136.

³⁸ Ibidem, p. 137.

teira entre a prática médica orientada para a clínica e aquela orientada para o ensino-aprendizagem, priorizem a segunda em detrimento do reconhecimento da dignidade ética da pessoa, negando-lhe, com isso, a garantia que lhe vem constitucionalmente assegurada.

Isso posto, cabe ao hospital-escola, já no interesse do próprio processo de ensino-aprendizagem que lhe incumbe ministrar, já no interesse do serviço de saúde (integral) que assumiu prestar, adequar aquele seu processo e o serviço de saúde a ele associado ao respeito à dignidade dos pacientes que fazem uso desse serviço.

Respeito à dignidade humana exigente de que os atendimentos feitos no hospital-escola não firam a intimidade dos pacientes e, com ela, seus sentimentos de pudor e de autoestima, como se de meros corpos-objeto expostos à manipulação didática – e não de seres humanos – se tratassem. O que pressupõe, desde logo, naqueles casos em que o sentimento de pudor aflore com maior intensidade, o estabelecimento de um *ambiente reservado e com número reduzido de estudantes*, orientados ao reconhecimento da dignidade do ser humano que se dirige ao Hospital Universitário e, pois, a um comportamento solícito, acolhedor e compreensivo da vulnerabilidade que lhe é ínsita. E, quando tal ainda não se revelar capaz de prover as condições necessárias ao resguardo do conforto devido ao paciente, cabe ao Hospital respeitar sua vontade de ser atendido sem a presença de estudantes.

Impõe-se, por conseguinte, nos atos médicos desenvolvidos ao ensejo do processo de ensino-aprendizagem, o respeito à vontade daqueles pacientes (seres humanos) que, em razão do constrangimento que tal lhes representa, recusam-se a ter a intimidade de seu corpo exposta a grupos de estudantes. Processo de ensino-aprendizagem que em muito se qualificará se, afastando-se de um biologismo reducionista, fizer com que os alunos aprendam a desenvolver esse respeito: respeito ao ser humano que encarna o corpo biológico. Processo de

ensino-aprendizagem que, devendo conformar-se ao reconhecimento da dignidade humana dos pacientes com os quais se desenvolve, deve fazer da presença do estudante não uma fonte de constrangimento, mas de confiança e de familiaridade. Processo de ensino-aprendizagem que, somente assim, poderá fazer-se portador do *ethos* humanitário que faz de um médico *médico*.

Referências

BRASIL. Subseção Judiciária de Rio Grande-RS. *Ação Civil Pública n. 2009.71.01.001049-6*, 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma. *Agravo de Instrumento n. 2009.04.00.032205-5*. DE de 25 fev. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

JASPERS, Karl. *O médico na era da técnica*. Lisboa: Edições 70, 1998.

JONAS, Hans. Reflexões filosóficas sobre a experimentação com seres humanos. In: JONAS, Hans. *Ética, medicina e técnica*. Lisboa: Vega, 1994.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005.

NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. *Teoria do direito*. [Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999]. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998a, policop.

_____. *Apontamentos complementares de teoria do direito* (sumários e textos). Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998b, policop.

NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

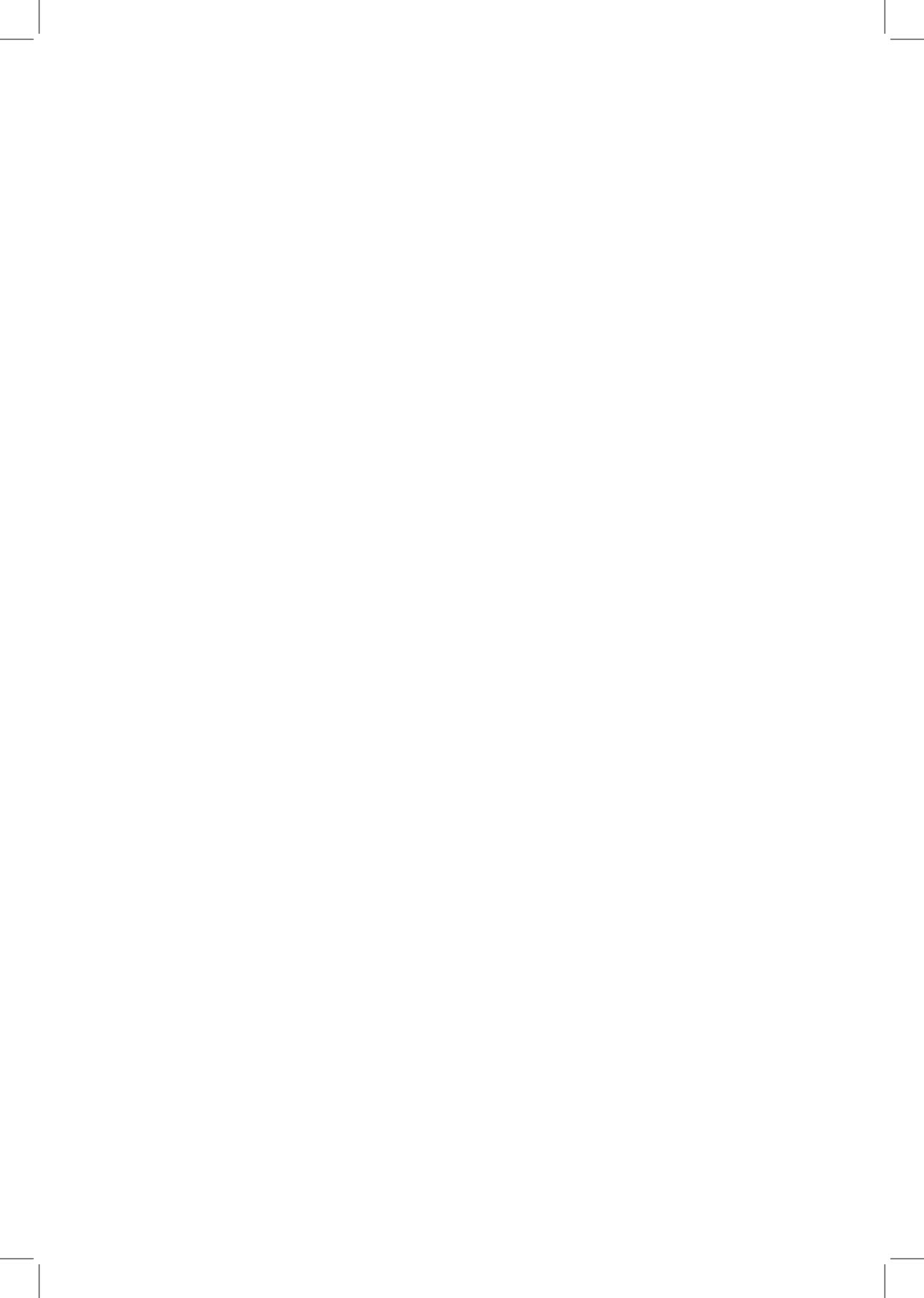
RICOEUR, Paul. *O justo 2*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SILVA, Clóvis do Couto e. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. In: *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TORRALBA I ROSELLÓ, Francesc. *Antropología del cuidar*. Barcelona: Institut Borja de Bioética; Fundación Mapfre Medicina, 1998.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2003.



Interesses Difusos e Coletivos



A normatização da biossegurança no Brasil: aspectos econômicos e sociais

Maria Soares Camelo Cordioli*

O objetivo deste artigo é elucidar a biossegurança no contexto normativo brasileiro para além dos aspectos morais, dos impactos ao meio ambiente, da proteção da saúde humana, animal e vegetal. Busca-se salientar questões relacionadas com os impactos econômicos e sociais produzidos pela nova tecnologia dos organismos geneticamente modificados, a partir da análise mais abrangente dos princípios e das regras da Constituição Federal e das legislações infraconstitucionais reguladoras da matéria.

O estudo decorre de uma preocupação vivenciada pela autora no acompanhamento das reuniões da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, para prestar apoio técnico e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança de OGM e seus derivados, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e de pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados, com base na avaliação de risco zoofitossanitário, à saúde humana e ao meio ambiente¹.

* Maria Soares Camelo Cordioli é Procuradora Regional da República na 1ª Região (DF).

¹ Art. 10 da Lei n. 11.105, de 24.3.2005 – Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados.

Pode-se afirmar que são recentes² a discussão e a regulamentação no Brasil sobre a biossegurança e as medidas necessárias para a proteção da saúde dos trabalhadores envolvidos com o estudo e a aplicação das novas tecnologias, evoluindo mais recentemente para uma preocupação mais ampla, no sentido de alcançar também os impactos sobre o meio ambiente, a economia e a saúde pública³.

Da análise da legislação sobre o tema, observa-se como traço comum dos diversos sistemas legais preocupações com o direito à informação, a composição multidisciplinar dos órgãos de controle e uma visão mais complexa do conceito de biossegurança, a fim de abranger a salvaguarda para além da saúde humana e do meio ambiente, a economia, o modo de produção de alimentos e outros aspectos que pouco a pouco vão se apresentando como indispensáveis à segurança do indivíduo e da coletividade⁴.

Nesse contexto, registram-se acirradas controvérsias ora enfatizando os aspectos da segurança da tecnologia de pesquisa e produção, ora do produto derivado desta.

No Brasil, muito recentemente nossos legisladores voltaram os olhos para a questão, cientes da riqueza da biodiversidade nacional e dos impactos sobre o meio ambiente, a saúde humana e a economia.

² No Brasil, a partir de 1992, com a ECO/92. Os Estados Unidos e a Inglaterra e alguns outros países europeus discutem o tema desde a década de 1970. Marco histórico internacional – A Conferência de Asilomar, em 1975, onde se discutiu a legitimidade da utilização da tecnologia do DNA recombinante e proposta de regulamentação.

³ Cf. SANT'ANA, 1996: “As primeiras diretrizes de biossegurança foram do NIH (National Institute of Health), que divulga, em 1976, normas de segurança laboratorial que deveriam ser obrigatoriamente observadas pelos projetos que contassem com verbas federais. Essa iniciativa repercutiu muito rapidamente no Reino Unido, França e Alemanha, que também definem normas de biossegurança laboratorial, e desencadeia o trabalho de harmonização de normas de biossegurança no âmbito da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 1982, 1986, 1992)”.

⁴ VARELLA; FONTES; ROCHA, 1999.

A legislação brasileira segue o padrão internacional, embora não contemple um glossário amplo explicativo de termos técnicos envolvidos na temática. Por outro lado apresenta boas práticas para a manipulação de produtos OGMs⁵, conforme se pode constatar nas diversas instruções normativas em uso⁶ pelo órgão competente – a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio).

Tais normas estão centradas na segurança das técnicas utilizadas, dos recipientes, do material empregado, da localização dos laboratórios e do próprio objeto pesquisado.

A preocupação com os impactos sociais é refletida na possibilidade de realização de audiências públicas com o intuito de informar, colher informações e opiniões técnico-científicas e observar os reflexos sobre o consumidor do uso do produto e seus efeitos nas práticas agrícolas, na economia local, regional e nacional. Na Comunidade Europeia o mesmo se dá com a realização de consultas a grupos específicos ou mesmo ao público em geral sobre a introdução de um OGM no meio ambiente⁷.

Como visto, a legislação brasileira é mais avançada do que a estrangeira, na medida em que a análise da biossegurança compreende aspectos técnicos, que não se limita à ocorrência de riscos à saúde humana e ao meio ambiente. Sua preocupação e abrangência vão além, com o intuito de alcançar questões relativas aos impactos sobre a economia, o modo de produção, a preservação da cultura indígena, dos ribeirinhos, dos quilombolas, dos pescadores, entre outros. Contempla-se, assim, a democratização da pesquisa e da produção,

⁵ OGM – organismo geneticamente modificado: “organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética” (Lei n. 11.105/2005, art. 3º,V).

⁶ Estão em vigor 20 Instruções Normativas da CTNBio, em fase de discussão e reelaboração para atender a exigência da nova Lei de Biossegurança, Lei n. 11.105/2005, art. 31.

⁷ Diretiva 90/220/EEC.

sem prejuízo da proteção dos conhecimentos e técnicas tradicionais, regulamentada na Lei de Patentes⁸ e na Lei de Propriedade Industrial⁹. Registra-se, ainda, o aumento da preocupação com a conservação ambiental, com o desenvolvimento internacional e com o bem-estar das comunidades locais e dos povos indígenas; e com o surgimento de novos organismos vivos manipulados pela engenharia genética e de produtos derivados e destinados ao consumo humano¹⁰.

Também é importante ressaltar a oportunidade da participação ativa de membros não técnicos, representantes da sociedade, nas discussões em torno da biossegurança¹¹. Para Varella (1999), desse modo, os aspectos éticos das decisões tomadas serão aprimorados e próximos da realidade social, além de que tal prática certamente irá proporcionar maior tranquilidade à população, minimizando as más interpretações, bem como a avaliação errônea das pesquisas e dos produtos gerados. Nesse sentido, a correta informação da sociedade pelo Estado e pelos pesquisadores certamente terá relevante importância na democratização do julgamento dos avanços tecnológicos¹².

A atual Lei de Biossegurança brasileira – Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005 – regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal de 1988 e estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação,

⁸ Lei n. 9.456, de 25.4.1997 (Lei de Proteção de Cultivares).

⁹ Lei n. 9.279, de 14.5.1996.

¹⁰ GUERRANTE, 2003, p. 71.

¹¹ Art. 11 da Lei n. 11.105/2005. São 27 membros titulares e suplentes, designados pelo ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. A CTNBio é uma comissão multidisciplinar que contempla em sua composição representantes da comunidade científica e da sociedade, de reconhecida competência técnica, de notória atuação e saber científicos, com grau acadêmico de doutor e com destacada atividade profissional nas áreas de biossegurança, biotecnologia, biologia, saúde humana e animal ou meio ambiente.

¹² VARELLA et al., 1999, p. 97.

o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados (OGMs) e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente¹³.

Os bens jurídicos diretamente tutelados pela referida lei são a vida, a saúde pública e o meio ambiente. Infere-se do sistema normativo de regulação da biossegurança a existência de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, os quais classifico como bens jurídicos transversalmente tutelados, quais sejam: a proteção da economia, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, o patrimônio cultural brasileiro, como os conhecimentos tradicionais indigenistas, dos afro-brasileiros, das comunidades ribeirinhas, dos quilombolas e dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Isso decorre da interpretação e aplicação sistemáticas da Constituição Federal e de disposições infraconstitucionais sobre a matéria. Trata-se de um conjunto de normas e princípios que “defendem os interesses de toda a sociedade e de cada cidadão em particular, podendo ser invocada em ambos os sentidos”¹⁴.

Varella, ao cuidar da composição da CTNBio, assinala que cada representante tem o dever não só de defender os interesses de sua classe ou Ministério, mas também de envidar todos os esforços no sentido de promover o bem-estar da sociedade e a defesa do meio ambiente, da saúde e da própria vida humana, que são os bens jurídicos tutelados pela lei. Na atualidade tem-se percebido a nomeação de pessoas altamente reconhecidas por sua competência, geralmente

¹³ Art. 1º, *caput*, da Lei n. 11.105/2005.

¹⁴ VARELLA et al., 1999, p. 104.

com histórico no desenvolvimento de pesquisas e com importantes contribuições para o progresso científico e para a melhoria do bem-estar do povo brasileiro¹⁵. Contudo, na prática, observa-se um viés predominantemente técnico-científico limitado aos impactos ao meio ambiente, à saúde humana e animal nas discussões dos procedimentos em trâmite nessa Comissão. Gradativamente, com exacerbados e acalorados debates, a Comissão vem entronizando questões outras de significativa importância para embasar a decisão em pontos relacionados com as implicações socioeconômicas.

Tais interesses estão expressamente albergados pela Constituição Federal e pela legislação da biossegurança.

A Lei n. 11.105/2005, no art. 8º, II, estabeleceu a competência do Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), vinculado à Presidência da República, órgão de assessoramento superior do presidente da República para a formulação e implementação da Política Nacional de Biossegurança (PNB), para analisar, *a pedido da CTNBio*, quanto aos aspectos da conveniência e oportunidade socioeconômicas e do interesse nacional, os pedidos de liberação para uso comercial de OGM e seus derivados.

Essa lei contempla o sistema de biossegurança nacional a partir da incerteza dos riscos que a evolução da biotecnologia demonstrou no curso dos últimos trinta anos, levando em consideração os interesses econômicos, políticos, científicos e sociais. Também considera a imprevisibilidade dos efeitos para a saúde humana, a agricultura e a biodiversidade no país e no planeta¹⁶, e institui como instrumentos de salvaguarda desses interesses a avaliação de risco, o estudo de impacto ambiental e o licenciamento ambiental.

¹⁵ VARELLA et al., 1999, p. 111.

¹⁶ Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992).

O princípio da precaução estabelecido na Constituição Federal e em tratados internacionais incorporados à legislação brasileira é o alicerce fundamental de todo o sistema de proteção da biossegurança¹⁷.

As discussões mais recentes têm-se deslocado para as questões novas apresentadas pela produção agrícola em grande escala, a partir de variedades vegetais derivadas de plantas transgênicas, atividade que começa nos Estados Unidos (Union of Concerned Scientists, 1994). Como resultado das “plantações transgênicas” teremos “alimentos transgênicos”, outra atividade econômica que já começa a ser regulamentada (World Health Organization, 1971; OECD, 1993)¹⁸.

Valle, Nodari e Guerra (2003)¹⁹, na análise da Conferência de Asilomar, ocorrida nos Estados Unidos em 1975, assinalam que decorridos 25 anos de sua realização a principal conclusão *foi a de que não seria apropriado deixar ao encargo apenas de cientistas a responsabilidade pela análise de riscos, bem como pela necessidade de inclusão das questões éticas e dos impactos econômicos nestas análises*.

Estudos da Comunidade Europeia²⁰ de 1994 já apontavam a necessidade de desenvolver mecanismos específicos sobre aspectos socioeconômicos e éticos e a manutenção de boas informações ao público como chave para o alcance do diálogo e a aceitação social dos OGMs.

¹⁷ União Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais – Convenção Internacional sobre a Proteção das Variedades Vegetais – UPOV (1961, 1978, 1991); Convenção da União de Paris (1883) (Revisão de Estocolmo – 1975); Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992), Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica, aprovado em 2000, entrou em vigor no Brasil em 2006, por meio do Decreto n. 5.705/2006; Decreto Legislativo n. 70, de 2006 – Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura, aprovado em Roma, em novembro de 2001, e assinado pelo Brasil, em 10 de junho de 2002.

¹⁸ SANT’ANA, 1996, p. 30.

¹⁹ VALLE; TELLES, 2003, p. 73.

²⁰ Commission of the European Communities, 1994, p. 8.

Martin Menski²¹ assinala que grupos de pressão têm levado o governo indiano a incluir os efeitos socioeconômicos na avaliação da biossegurança dos OGMs. A aplicação no contexto da regulação da matéria implica que a introdução de OGM não deve ser feita no ambiente, a menos que tenham sido exauridas dúvidas científicas quanto à ausência de impactos adversos, incluindo os efeitos socioeconômicos. E assim a Índia tem exigido a repetição dos estudos, a maioria deles envolvendo pesquisas em países onde estas já tenham ocorrido, para concluir pela necessidade de se levar em conta considerações científicas e não científicas.

A Organização Mundial de Saúde²² vem enfatizando os temas abaixo relacionados para melhorar a comunicação entre os cientistas e o desenvolvimento dos produtos OGM e seus derivados: as preocupações sociais e éticas (incluindo a diversidade cultural e a percepção pública), a etiquetagem dos alimentos OGM e alternativas dos consumidores, a coexistência de diferentes práticas agrícolas, o custo econômico da adoção dos cultivos transgênicos, os aspectos socioeconômicos, a diversidade, o monopólio e direitos de propriedade, os temas socioeconômicos e o comércio, a ética e o desenvolvimento do uso de OGM, a equidade e o desenvolvimento de mercados, os valores éticos subjacentes à política de alimentos inofensivos à saúde, a desigualdade social e o desenvolvimento, assim como investigações e desenvolvimento, objetivos sociais e o papel da Organização Mundial da Saúde.

Os métodos modernos de biotecnologia permitem, segundo o estudo assinalado, o desenvolvimento rápido de produtos alimentícios com características recombinantes ou melhoradas, com maior especificidade em comparação com técnicas convencionais. No entanto, a avaliação dos riscos e os procedimentos para que

²¹ Menski (2006, p. 468-469) assinala que grupos de pressão têm levado o governo indiano a incluir os efeitos socioeconômicos na avaliação da biossegurança dos OGMs.

²² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, *Estudos do Departamento de Inocuidade Alimentícia*, 2005, p. 58-62.

a sociedade adote ou recuse tais alimentos dependem de encarar possibilidades metodológicas sempre inovadoras.

Assinala, ainda, que

para una análisis de los costos y beneficios de los alimentos GM, deben definirse los costos a tener en cuenta y el alcance deseado de los beneficiarios. Se pueden estimar de manera relativamente fácil los índices de costo-beneficio para los fabricantes y agricultores (que pueden beneficiarse de ciertos productos GM a corto plazo). Pero de mayor interés son los costos y los beneficios para la sociedad en su conjunto y a largo plazo. Esto incluye aspectos como la sostenibilidad de los sistemas de producción, agrícola y el costo de mitigar los efectos potenciales sobre la salud y el medio ambiente. Dichos estimados requieren una forma compleja de análisis.

O estudo não aponta a existência de estudos específicos realizados em algum dos países que já adotaram tal tecnologia. No Brasil, é certo que ainda não foram realizados.

O instrumento adequado, segundo a legislação brasileira vigente, para resposta às inúmeras hipóteses está contemplado na Constituição Federal, na Lei n. 6.938/1981 e na Resolução CONAMA n. 305/2002. É o estudo e relatório de impacto ambiental, em que são investigados os diversos fatores que envolvem a questão, desde os impactos ao meio ambiente (flora, fauna, ictiofauna, áreas de conservação e proteção ambiental, biodiversidade etc.), a transformação dos meios de produção e colheita, até os impactos à cultura e *habitats* indígenas, quilombolas, ribeirinhos e outras minorias, a influência sobre a economia local e nacional, a cobrança de *royalties*, os direitos autorais, o aumento do uso de herbicidas ou sua diminuição, os efeitos sobre a saúde humana, animal e vegetal etc.

Conclui o estudo da OMS pela necessidade de investigação das oportunidades para modelar as condições sociais e de mercado, onde a biotecnologia possa contribuir para assegurar a geração de alimentos

nutritivos de acordo com as necessidades regionais. Estas oportunidades devem basear-se na produção sustentável de alimentos, preservando a biodiversidade e respeitando os valores da natureza, levando em conta os objetivos éticos e de equidade social com respeito às condições, necessidades e exigências regionais.

É imperioso lembrar a advertência do professor José Augusto Pádua²³, no sentido de que no núcleo da pressão pelos transgênicos encontra-se a fome de poder de um número restrito de enormes conglomerados empresariais, que, no limite, buscam usar as novas tecnologias para dominar a oferta de sementes e reduzir a autonomia dos agricultores e, por extensão, das sociedades.

A partir do exposto, concluímos que o sistema da biossegurança no contexto da legislação nacional e das diretivas internacionais, conferências e debates sobre a introdução de organismos geneticamente modificados e seus derivados deve priorizar os impactos sobre a saúde humana, animal e vegetal, bem como as peculiaridades ambientais, culturais e econômicas.

Referências

ABIA – Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação. *Alimentos geneticamente modificados: segurança alimentar e ambiental*. São Paulo, SP, 2002.

BRASIL. Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias. *Proposta de Fiscalização e Controle n. 34, de 2000*. Relatório Final. Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/21110.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2010.

²³ Professor do Departamento de História da Universidade Federal do Rio de Janeiro e autor de *Um sopro de destruição*.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2006.

_____. Decreto Legislativo n. 70, de 18 de abril de 2006. Aprova o texto do Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura, aprovado em Roma, em novembro de 2001, e assinado pelo Brasil, em 10 de junho de 2002. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 abr. 2006. Seção 1, p. 3.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Seção 1, Suplemento ao n. 176.

_____. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Seção 1, p. 1.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. *Diretrizes gerais para o trabalho em contenção com agentes biológicos*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. *Classificação de risco dos agentes biológicos*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2006.

_____. Resolução Conama n. 001, de 23 de janeiro de 1986. [Define os critérios básicos e as diretrizes legais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente]. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 fev. 1986.

_____. Resolução Conama n. 305, de 12 de junho de 2002. Dispõe sobre Licenciamento Ambiental, Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto no Meio Ambiente de atividades e empreendimentos com Organismos Geneticamente Modificados e seus derivados. [Republicada no] *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jun. 2002. Seção 1, p. 103-105.

CADERNOS DE ESTUDOS AVANÇADOS, Rio de Janeiro: Instituto Oswaldo Cruz, v. 3, n. 1 e 2, 2006.

COMMISSION of the European Communities. Council Directive of 23 April 1990 on the Contained. Use of Genetically Modified Microorganisms. *Official Journal of the European Communities* (8.5.90) L 117, p. 114. 1990a.

_____. Council Directive of 23 April 1990 on the deliberate Release into the Environment of Genetically Modified Organisms. *Official Journal of the European Communities* (8.5.90) L 117, p. 15-27. 1990b.

_____. *Biotechnology and White Paper on Growth, Competitiveness and Employment: Preparing the Next Stage*. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. 1994.

DIAFÉRIA, Adriana. *Patente de genes humanos e a tutela dos interesses difusos: direito ao progresso econômico, científico e tecnológico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DOLABELLA, Rodrigo H. C.; ARAÚJO, José C. de; FARIA, Carmen Rachel S. M. A Lei de Biossegurança e seu processo de construção no Congresso Nacional. *Cadernos ASLEGIS*, ano 25, v. 8, p. 63-75, jan./abr. 2005.

ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Loyola, 1998.

GASPARINI, Bruno. A necessidade do estudo prévio de impacto ambiental à luz da atual polêmica acerca dos organismos geneticamente modificados: a interpretação do art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 604, 4 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6398>>. Acesso em: 3 mar. 2010.

GRIME, J. P. Biodiversity and ecosystem function: the debate deepens. [Excerpts]. *Science*, v. 277, n. 5330, p. 1260-1261, August, 29, 1997.

GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. *Transgênicos: uma visão estratégica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

HIRATA, Mario Hiroyuki; MANCINI FILHO, Jorge. *Manual de biossegurança*. São Paulo: Manole, 2002.

LAJOLO, Franco Maria; NUTTI, Marília Regini. *Transgênicos: bases científicas da sua segurança*. São Paulo: SBAN – Sociedade Brasileira de Alimentação e Nutrição, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

———. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Secretaria de Defesa Agropecuária. *Legislação brasileira sobre organismos geneticamente modificados*. Brasília, DF, 2006.

MENSKI, Martin. Caution on precautionary principle. *Magazine for Development and Cooperation (D+C)*, n. 12, Dec. 2006, p. 468-469.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina – jurisprudência – glosário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ODA, Leila Macedo. A biotecnologia e sua regulamentação no Brasil e no Mundo. In: BAHIA. Secretaria de Saúde. Superintendência de Vigilância e Proteção da Saúde. Diretoria de Vigilância e Controle Sanitário. *Manual de Biossegurança*. Salvador, BA: Universidade Federal da Bahia, dez. 2001. p. 49-53.

SANT'ANA, André. Biossegurança no Brasil: a necessidade de uma política consistente. In: TEIXEIRA, Pedro; VALLE, Silvio (Org.). *Biossegurança: uma abordagem multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996. p. 27-40.

SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. *Planeta Terra: uma abordagem de direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VALLE, Silvio; TELLES, José Luiz. *Bioética e biorrisco: abordagem transdisciplinar*. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

VALLE, Silvio. *Regulamentação da biossegurança em biotecnologia*. Rio de Janeiro: Auriverde, 1998.

VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. *Biossegurança & biodiversidade: contexto científico e regulamentar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência

Ronaldo Lima dos Santos*

Sumário: 1 A natureza ambivalente do direito do trabalho. 2 A fraude objetiva nas relações de trabalho. 3 Morfologia da fraude nas relações de trabalho. 3.1 Fraude por meio de contratos civis. 3.2 Fraude nas relações especiais de trabalho: estágio. 3.3 Cooperativas intermediadoras de mão de obra. 3.4 “Pejotização” de empregados. 3.5 “Socialização” de empregados. 4 A transcendência da fraude: danos sociais e concorrência desleal.

1 A natureza ambivalente do direito do trabalho

As relações de trabalho livre, embora presentes desde os primórdios da humanidade, ensejaram o nascimento de um novo ramo jurídico somente a partir do advento da Revolução Industrial, quando a prestação generalizada do trabalho assalariado passou a ser a forma predominante de trabalho no emergente sistema capitalista de produção. O direito do trabalho surgiu dos impactos da denominada *questão social*, a qual, segundo Manuel Carlos Palomeque Lopez, constitui um eufemismo que representa a “dulcificada envoltura semântica da exploração sistemática das classes trabalhadoras por obra da industrialização e do maquinismo dentro do modo de produção capitalista”¹.

* Ronaldo Lima dos Santos é Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho em São Paulo; Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); professor universitário e membro do Núcleo de Combate às Fraudes nas Relações do Trabalho da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região.

¹ LOPEZ, 2001, p. 46-47.

A doutrina liberalista, emergente à época, no campo político, revelou-se no repúdio às instâncias intermediárias entre a pessoa e o Estado (associações, sindicatos, corporações de ofício), com a proclamação e a sacralização dos direitos individuais, da soberania estatal e da separação dos poderes. No plano econômico, o liberalismo havia prescrito a abstenção do Estado nas relações econômicas (*laissez-faire - laissez-passer*), as quais seriam regidas por leis específicas, equiparáveis às leis físicas ou naturais, que operariam autonomamente e de forma inexorável à margem da vontade dos homens (lei da oferta e da procura no contexto de um mercado livre). No âmbito jurídico, o ideário liberal transpareceu no processo codificador do século XIX, que absorveu os dogmas da igualdade formal e da autonomia plena da vontade nas relações contratuais².

Ao absorver os dogmas liberais da igualdade formal e da liberdade contratual sujeita à lei da oferta e da procura, a legislação civil mostrou-se incongruente para a regulamentação de uma nova categoria de relação jurídica advinda com o novo modo de produção capitalista – o trabalho subordinado, pessoal, habitual e assalariado –, marcada por sua natureza assimétrica e autocrática; o que suscitou a formação de novas categorias dogmáticas para a regulamentação dos conflitos entre trabalhadores e empregadores, cujo centro de gravidade consistia na própria canalização para o âmbito das relações de trabalho do desigual conflito de classes emergente na sociedade capitalista.

Nasce, nesse contexto, não somente um corpo legislativo regulamentador dos conflitos individuais e coletivos do trabalho, mas também um sistema de regulamentação com claro objetivo tuitivo e promocional de um dos polos da relação de trabalho: a figura do empregado; sendo que um dos veículos principais para

² LOPEZ, 2001, p. 21.

essa proteção consistiu exatamente na relativização dos dogmas da autonomia da vontade e da igualdade formal entre as partes, consagrando-se os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, com vistas em impedir a sua coisificação e preservar a sua condição humana numa relação jurídico-material em que a sua pessoa ocupa uma posição central.

A hipótese normativa central do direito do trabalho – a relação de trabalho pessoal, assalariada e subordinada (relação de emprego) – jamais encontrou guarida nos contratos típicos da legislação civilista comum, tampouco se adaptou aos institutos desta, fundados na igualdade formal e, por vezes, absoluta das partes, tanto pelo conteúdo material do vínculo empregatício, que impedia seu enquadramento em qualquer figura contratual do direito civil, quanto pelos objetivos tuitivos e promocionais da sua regulamentação, a qual pressupôs um conjunto de institutos, princípios e regras específicas, que deu origem ao direito do trabalho e concedeu-lhe autonomia como novo ramo do ordenamento jurídico.

O direito do trabalho remete, num primeiro momento, não ao trabalho como um bem, mas ao trabalhador como sujeito de direito e como pessoa humana³. Assim, diversamente do direito civil, o direito do trabalho consiste, primordialmente, num instrumento de promoção dos denominados direitos humanos de segunda dimensão – os direitos sociais ou direitos de igualdade – correlacionados às relações de trabalho⁴. Por outro lado, ao contrário do que propugnam as oportunistas doutrinas *neoliberalistas*, o

³ SUPLOT, 1994, p. 44 e ss.

⁴ Tornou-se comum em diversos estudos doutrinários classificação tipológica dos direitos humanos em direitos de liberdade (direitos de primeira dimensão); direitos de igualdade (direitos de segunda dimensão) e direitos de solidariedade – ou fraternidade – (direitos de terceira dimensão), havendo menções atuais aos direitos de fraternidade como direitos de quarta dimensão.

direito do trabalho também foi uma necessidade política, ideológica e normativa para a subsistência do próprio sistema capitalista, cujo grau de exploração do trabalho alheio colocou em risco o próprio regime emergente.

Como assinala Manuel Carlos Palomeque Lopez,

Ao mesmo tempo que é o instrumento protector das relações capitalistas, cuja dominação legaliza e reproduz, através do contrato de trabalho, o Direito do Trabalho limita certamente a exploração da força do trabalho e garante importantes meios de luta dos trabalhadores. É, igualmente, o resultado tanto da acção dos trabalhadores e das suas organizações contra a ordem capitalista (direito conquistado), como o combate do empresário e do poder político contra a acção dos trabalhadores (direito concedido, funcional às relações de produção capitalistas)⁵.

Nesse patamar residem, entre outros, os fundamentos do direito do trabalho: por um lado, um instrumento garantidor de justiça social e de direitos fundamentais e, por outro, um marco limitador imposto pelo próprio regime capitalista para o intrínseco sistema de exploração do trabalho alheio. Trata-se de um corpo normativo concomitantemente anticapitalista e capitalista, uma vez que, ao mesmo tempo em que se fortaleceu pela atuação de movimentos anticapitalistas, também encontrou defesa naqueles que temiam o fim do próprio sistema⁶. Numa perspectiva freu-

⁵ LOPEZ, 2001, p. 33.

⁶ Nesse sentido, assinala Jorge Luiz Souto Maior: “O surgimento do direito do trabalho, ademais, importante dizer, não foi uma consequência natural do modelo. Fora, sobretudo, uma reação aos movimentos sociais de cunho revolucionário, que, baseados em teorias de cunho marxista, buscaram pela tomada de consciência da classe proletária a superação da sociedade de classes, com a consequente eliminação da própria classe burguesa dominante. [...] O Direito do Trabalho constitui-se, portanto, uma forma de proteção e ampliação dos direitos da classe trabalhadora, servindo, ao mesmo tempo, à manutenção do próprio sistema. [...] O direito do trabalho, base dos direitos sociais, acabou representando a imposição de limites necessários ao capitalismo” (SOUTO MAIOR, 2007, p. 24).

diana, poder-se-ia metaforizar que o direito do trabalho constitui um instrumento limitador da pulsão de exploração e coisificação da pessoa do trabalhador pelos empregadores, adotado pelo próprio superego do capitalismo diante das ameaças à sua subsistência.

Relevante assinalar que, contrariamente aos argumentos sobre a necessidade de diminuição do custo do valor trabalho como forma de conceder competitividade às empresas, a fraude nas relações de trabalho decorre mais de uma herança escravista da sociedade brasileira, que gerou uma cultura de exploração e aviltamento das pessoas dos trabalhadores, do que uma necessidade econômica em face de fenômenos como globalização e concorrência externa⁷. Os países com economias mais sólidas e competitivas são exatamente aqueles onde os trabalhadores possuem amplas garantias sociais e trabalhistas e que, coincidentemente, são sociedades mais igualitárias.

Não se pode negar o caráter pessoal (e não econômico) do cometimento da fraude nas relações de trabalho. Assim como a quase totalidade dos ilícitos penais não ocorre por um estado de necessidade ou legítima defesa, mas por motivações pessoais do agente, a fraude nas relações de trabalho baseia-se muito mais no caráter usurário do empregador, que almeja maior aferição econômica por meio do aumento da mais-valia e da mercantilização do labor. Como relembra Arnaldo Sússekind,

Em toda comunidade, durante a história da civilização, apareçam, como surgirão sempre, pessoas que procuram fraudar o sistema jurídico em vigor, seja pelo uso malicioso e abusivo do direito de que são titulares, seja pela simulação de atos jurídicos, tendente a desvirtuar ou impedir a aplicação da lei pertinente, seja, enfim, por qualquer outra forma que a má-fé dos homens é capaz de arquitetar. Por isto mesmo, inúmeros são os atos praticados por alguns empre-

⁷ SÜSSEKIND, 2005, p. 226.

gadores inescrupulosos visando a impedir a aplicação dos preceitos de ordem pública consagrados pelas leis de proteção ao trabalho.

A humanização da relação de trabalho nuclear do sistema capitalista de produção – a relação de emprego –, a partir da sua desmercantilização, por meio do asseguramento de uma série de garantias e de direitos sociais básicos ao trabalhador, é o símbolo da sua transcendência, pois a sua preservação possui um interesse econômico-social que ultrapassa o círculo de interesse individual do trabalhador e atinge toda a sociedade e a subsistência do próprio sistema econômico, não obstante a proteção da dignidade humana do trabalhador ser o núcleo central de todo o sistema de relações de trabalho e do direito do trabalho.

Dentro dessa dinâmica, de modo geral, o instituto da fraude nas relações de trabalho é um pernicioso instrumento de tentativa de mercantilização do labor, consistente no emprego de métodos, procedimentos, condutas e mecanismos jurídico-formais, que, por intermédio da concessão de uma roupagem jurídica fictícia a uma relação de emprego, visam obstar, no todo ou em parte, a imputação da legislação trabalhista e a observância dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores.

2 A fraude objetiva nas relações de trabalho

Atualmente a legislação civil possui diversos institutos tuitivos e promocionais de um dos polos da relação jurídica (principalmente nas áreas de consumidor e meio ambiente), afastando-se, em determinadas hipóteses normativas, do dogma formal da autonomia plena da vontade; entretanto, seus institutos jamais se adaptaram à hipótese normativa nuclear do direito do trabalho – a relação de emprego –, tendo em vista que esta pressupõe uma cadeia de valores diversa da que norteia os institutos da legislação civil. Por

isso, muitos destes institutos ou foram reelaborados pela própria legislação do trabalho ou, quando aplicáveis a esta, sofreram amplas reestruturações e reinterpretções para adaptarem-se aos princípios, às regras, aos institutos e objetivos específicos do direito do trabalho e à preservação dos direitos sociais dos trabalhadores.

De acordo com essa diretriz, o instituto da fraude nas relações de trabalho sempre foi regido por princípios diversos dos do direito civil, pois enquanto neste faz-se normalmente necessária a prova do *consilium fraudis* para o reconhecimento do vício do ato jurídico, no direito do trabalho, em razão do estado de hipossuficiência jurídica do empregado (e, na predominância das relações de trabalho, hipossuficiência também econômica), adotou-se o instituto da fraude objetiva, cristalizada no artigo 9º da CLT, *in verbis*: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

A fraude objetiva no direito do trabalho é corolário do contrato-realidade, tal como propugnado por Mario de La Cueva, uma vez que, presentes os requisitos da relação de emprego (pessoalidade, subordinação, não eventualidade, onerosidade e alteridade – artigos 2º e 3º da CLT), numa determinada prestação ou relação de trabalho, é indiferente para o direito do trabalho a presença ou não do *consilium fraudis* entre as partes ou mesmo da *conscientia fraudis* por parte do empregador, com a consequente nulidade dos atos fraudulentos e o reconhecimento da relação de emprego entre as partes.

Diz-se objetiva a fraude nas relações de trabalho porque, ao contrário do que ocorre no direito civil, para a sua aferição basta a presença material dos requisitos da relação de emprego, independentemente da roupagem jurídica conferida à prestação de serviços

(parceria, arrendamento, prestação de serviços autônomos, cooperado, contrato de sociedade, estagiário, representação comercial autônoma etc.), sendo irrelevante o aspecto subjetivo consubstanciado no *animus fraudandi* do empregador, bem como eventual ciência ou consentimento do empregado com a contratação irregular, citando-se, v.g., nesta última hipótese, a irrelevância dos termos de adesão às falsas cooperativas pelos trabalhadores, com vistas em alcançar um posto de trabalho dentro de determinada empresa; a inscrição e conseqüente prestação de serviços como autônomo ou representante comercial, apesar da existência de um vínculo empregatício; a exigência de constituição de pessoa jurídica (“pejotização”) pelo trabalhador para ingressar no emprego etc., uma vez que constituem instrumentos jurídicos insuficientes para afastar o contrato-realidade entre as partes.

Nesse sentido, é irrelevante para a configuração da relação de emprego a natureza do ato de ingresso do trabalhador na prestação de serviços, pois a existência daquela dependerá objetivamente do *modus operandi* da prestação de serviços e não dos aspectos formais que a revestem. Exatamente na fase de contratação se localiza um dos pontos de maior vulnerabilidade do empregado e da sua autonomia volitiva, sendo esse momento a porta privilegiada para submissão do empregado a formas dissimuladas de contratação.

3 Morfologia da fraude nas relações de trabalho

A fraude à relação de emprego possui uma morfologia ampla e diversificada, que se sofisticava paralelamente à complexidade das próprias relações de trabalho e das novas formas de produção e expansão mercantil. Nesse contexto, analisaremos perfunctoriamente algumas das modalidades de fraude numericamente mais expressivas nas relações de trabalho, não obstante depararmo-

nos com diversos outros expedientes fraudatórios do vínculo de emprego.

3.1 Fraude por meio de contratos civis

Como se observa do desenvolvimento da legislação do trabalho até a elaboração jurídico-científica da categoria nuclear do direito do trabalho – a relação de trabalho subordinada, pessoal, não eventual e assalariada –, como hipótese normativa específica deste novo corpo legislativo, as primeiras teorias contratuais sobre essa modalidade de prestação de serviços, fundamentadas na legislação civil, tentaram enquadrá-la numa das formas contratuais clássicas – arrendamento, compra e venda, sociedade, mandato, parceria, locação de serviços (*locatio operarum*), representação comercial autônoma. Tal fato decorre de o contrato de trabalho ser uma das espécies de contrato de atividade, o que lhe concede um grau de semelhança com algumas características dos contratos supracitados.

Nesse diapasão, as primeiras formas de manifestação de fraude nas relações de trabalho debruçaram-se exatamente nas figuras contratuais clássicas do direito civil ou do direito comercial. De fato, para furtarem-se à satisfação dos direitos sociais dos trabalhadores, determinados empregadores intentam afastar a figura da relação de emprego impondo ao trabalhador a sua contratação por meio de uma das figuras contratuais clássicas da legislação civil supracitadas, embora a prestação de serviços se desenvolva como típica relação de emprego, isto é, de forma pessoal, subordinada, contínua, onerosa e com alteridade (CLT, arts. 2º e 3º).

Não obstante as diversas discussões doutrinárias sobre o critério da subordinação como o centro de gravidade da relação de emprego, evidentemente que este persevera como o principal elemento diferenciador das relações de trabalho civis e comerciais da

relação de emprego. Assim, independentemente da figura contratual adotada, uma vez ausente a autonomia organizacional do trabalho do prestador de serviços, com o exercício da sua atividade laboral de forma pessoal e sob a direção do tomador, e sem assunção ativa (propriedade dos meios de produção) e passiva (responsabilidade pelos riscos do empreendimento), está-se diante de típica relação de emprego, o que invoca a tutela juslaboral do trabalhador.

Conquanto as fraudes no direito do trabalho venham recebendo sofisticação, ainda se verifica em diversas circunstâncias a utilização dessas figuras contratuais como forma de ocultar formalmente a presença de uma relação de emprego, como nas hipóteses de contratação de vendedores como representantes comerciais autônomos; emprego de profissionais de informática como prestadores de serviços autônomos; contratação de empregados rurais como parceiros ou meeiros⁸ etc.

Considerando-se que a relação de emprego constitui a forma predominante de trabalho na sociedade capitalista, diante da invocação da fraude pelo empregado contratado por meio de contrato civil, caberá ao empregador, admitida a prestação de serviços, o ônus de comprovar a inexistência da relação de emprego (CLT, art. 818 c/c art. 333), conforme a máxima “o ordinário se presume e o extraordinário se comprova”.

3.2 Fraude nas relações especiais de trabalho: estágio

Consoante os artigos 442 e 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, o contrato de trabalho, por via de regra, não possui forma

⁸ O Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071/1916) disciplinava expressamente a parceria agrícola (arts. 1.410 a 1.415) e a parceria pecuária (arts. 1.416 a 1.423), mas o atual Código Civil (Lei n. 10.406/2002) não possui regulamentação expressa dessas espécies contratuais, elencando apenas hipóteses de contratos inominados.

prescrita em lei, podendo ser celebrado tácita ou expressamente, inclusive de forma verbal ou escrita. Assim, conforme a regra geral, o contrato de trabalho constitui uma espécie contratual não solene, sujeito à liberdade de forma; esta possui um caráter *ad probationem* no que toca à relação de emprego ou de condições especiais de trabalho (v.g., contratos por tempo determinado).

Não obstante a informalidade geral da relação de emprego, algumas relações especiais de trabalho pressupõem a celebração solene do contrato (*ad solemnitatem*), sendo o respectivo instrumento *ad substantia negotii*. A forma solene constitui pressuposto para a formalização de determinadas relações especiais de trabalho ou condições especiais de trabalho, que, em razão de peculiaridades no desenvolvimento do labor, excepcionam, no todo ou em parte, a aplicação do direito do trabalho e da legislação social. Nesse contexto, enquadram-se o contrato de estágio (atualmente regido pela Lei n. 11.788/2008, cujo desenvolvimento pressupõe a celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino) e o contrato de trabalho temporário (regido pela Lei n. 6.019/1974, que deve ser obrigatoriamente escrito, pois constitui a única hipótese de intermediação de mão de obra e dupla subordinação do emprego prevista em lei). Entretanto, ambas as figuras são deveras empregadas para o exercício da fraude à relação de emprego.

No que se refere ao estágio, nos aspectos jurídico-materiais, a relação de estágio constitui uma relação de trabalho pessoal e subordinada e, por vezes, onerosa, assemelhando-se a uma relação de emprego. Porém, diferentemente das demais relações de trabalho, o estágio tem como objetivos a complementação do ensino e o “aprendizado de competências próprias da atividade profissional e a contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho” (Lei n.

11.788/2008, art. 2º). Visa fornecer conhecimento prático-profissional ao estudante, agregando-o ao teórico. Trata-se de uma relação de trabalho subordinado especial que tem como meta principal o desenvolvimento pedagógico-profissional do trabalhador e não a sua subsistência.

Diferencia-se, outrossim, pela mitigação da alteridade do trabalho, pois o estágio é concedido primordialmente em benefício do estudante, não podendo ser utilizado como simples instrumento de substituição de mão de obra necessária à realização das atividades-fim, essenciais e permanentes da entidade concedente. Não obstante, tem sido comum a contratação de trabalhadores (estudantes) sob o rótulo de estagiário para esse desiderato, com vistas em baratear o fator trabalho para o empregador, sem que haja qualquer correlação entre os serviços prestados pelo trabalhador (estudante) e a sua formação educacional, em flagrante fraude à legislação trabalhista, inclusive com a participação dos agentes de integração⁹. Tal incompatibilidade, de per si, justifica a nulidade da contratação e o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes.

A Lei n. 11.788/2008, em determinados aspectos, tornou mais rigorosa a concessão do estágio, prevendo diversos requisitos formais e materiais, cuja ausência acarreta automaticamente o reconhecimento de vínculo de emprego entre as partes, destacando-se: matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação

⁹ A Lei n. 11.788/2008 previu expressamente a responsabilidade dos agentes de integração nessas hipóteses: “Art. 6º [...] § 3º Os agentes de integração serão responsabilizados civilmente se indicarem estagiários para a realização de atividades não compatíveis com a programação curricular estabelecida para cada curso, assim como estagiários matriculados em cursos ou instituições para as quais não há previsão de estágio curricular”. Além da responsabilização civil, o agente de integração responde solidariamente pelos direitos trabalhistas nas hipóteses de decretação da fraude e reconhecimento do vínculo de emprego entre o trabalhador (estudante) e a empresa concedente.

especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos; existência de unidade em condições de proporcionar experiência prática na linha de formação; realização obrigatória de atividades complementares ao ensino na área de formação do estudante; celebração de termo de compromisso com participação de todos os sujeitos: estudante, parte concedente e instituição de ensino (intervenção obrigatória); compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso; sistemático acompanhamento pelo professor orientador da instituição de ensino e pelo supervisor da parte concedente (art. 3º, § 2º); jornada de trabalho compatível com o horário escolar (art. 10, *caput*).

Verificando-se a ausência de quaisquer dos requisitos formais ou materiais previstos na lei para a concessão do estágio, o vínculo de emprego forma-se automaticamente com a parte concedente, que deverá arcar com todos os direitos trabalhistas do trabalhador, com responsabilidade solidária de eventual agente de integração. Na hipótese de reincidência da instituição concedente previu-se o impedimento do recebimento de estagiários pelo período de 2 (dois) anos, sem prejuízo das demais responsabilidades (Lei n. 11.788/2008, art. 15).

3.3 Cooperativas intermediadoras de mão de obra

Em nosso atual contexto de relações de trabalho, sob a falsa premissa de combate ao desemprego, proliferou a contratação de cooperativas intermediadoras de mão de obra, a partir da contratação de trabalhadores sob o falso manto de cooperados para o exercício de atividades-fim, essenciais e permanentes das empresas contratantes (tomadoras), em regime de pessoalidade, subordina-

ção, onerosidade, não eventualidade e alteridade com o tomador dos serviços.

Não obstante a existência da Lei n. 5.764/1971, que traça a política nacional de cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, foi a partir da Lei n. 8.949/1994, que acrescentou parágrafo único ao artigo 442 da CLT, estabelecendo que: “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”, que se propagaram as *cooperativas* intermediadoras de mão de obra, principalmente no âmbito urbano, cujo único objetivo é a inserção de mão de obra de trabalhadores dentro da estrutura orgânica das empresas tomadoras, com evidente desvirtuamento do cooperativismo.

O cooperativismo autêntico foi inserido no capítulo constitucional pertinente à ordem econômica e financeira (CF/1988, art. 174, § 2º), devendo observar os fundamentos e princípios pertinentes a este subsistema social, bem como estar o seu desenvolvimento em consonância com os demais subsistemas do ordenamento jurídico, inclusive com o sistema de relações de trabalho, cuja única hipótese legal de intermediação de mão de obra – que não se confunde com terceirização de serviços – consiste no trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974). O parágrafo único do artigo 442 da CLT deve ser interpretado sistematicamente com os demais dispositivos da legislação do trabalho, de forma que, presentes os requisitos da relação de emprego entre o trabalhador (cooperado) e a empresa contratante, impõe-se o contrato-realidade, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços¹⁰.

¹⁰ Como assinalou Arnaldo Süssekind, “Esse acréscimo (do parágrafo único do art. 442 da CLT), porque óbvio e desnecessário, gerou a falsa impressão e o conseqüente abuso no sentido de que os cooperativados podem prestar serviços às empresas contratantes, sob a supervisão ou direção destas, sem a caracterização da relação de emprego. Na verdade,

Uma entidade intermediadora de mão de obra, não obstante a sua configuração formal como *cooperativa* não encontra ressonância em nosso ordenamento jurídico, uma vez que nosso sistema de proteção social prescreve uma rede especial de proteção a todos aqueles submetidos a uma relação de emprego, independentemente da forma de contratação ou da envoltura jurídica conferida à prestação dos respectivos serviços. As máximas de experiência demonstram que as *cooperativas* intermediadoras de mão de obra não se enquadram no conceito técnico-jurídico de uma entidade cooperativa pela total ausência dos princípios cooperativistas, tratando-se de meras empresas locadoras de mão de obra em proveito dos seus proprietários e/ou dirigentes e das empresas contratantes, com desvirtuamento das relações de emprego que se formam diretamente entre os trabalhadores (*cooperados*) e as empresas tomadoras.

Nessas entidades, não existe a *affectio societatis* (Lei n. 5.764/1971, art. 1º), a união de esforços para a obtenção de um objetivo comum, uma vez que os trabalhadores são arrematados simplesmente em proveito de terceiras empresas, para a substituição de mão de obra inerente às suas atividades. Consequentemente não se observa o princípio basilar da dupla qualidade (Lei n. 5.764/1971, arts. 4º e 7º), segundo o qual o agregado é concomitantemente cooperado e beneficiário da entidade cooperativa, pois os verdadeiros beneficiários são os dirigentes *proprietários* da entidade, que auferem lucro

porém, somente não se forma o vínculo empregatício com o tomador de serviços quando os cooperados trabalham na *cooperativa e para a cooperativa* de que são parte, como seus associados. O tomador dos serviços da cooperativa deve estabelecer uma relação jurídica e de fato com a sociedade e não uma relação fática, com efeitos jurídicos, com os cooperativados. [...] Destarte, as cooperativas de trabalho permanecem fora do campo de incidência do art. 7º da Constituição, sempre que operarem de conformidade com a sua estruturação jurídica e finalidade social. Inversamente, quando os cooperativados trabalharem, na realidade, como empregados do tomador de serviços da cooperativa, configurada está a relação de emprego entre eles e a empresa contratante. Aplicar-se-ão no caso o princípio da primazia da realidade consagrado no art. 9º da CLT, tal como referido no Enunciado TST n. 331. Nesse sentido prevalecem a doutrina e a jurisprudência” (SÜSSEKIND, 1999, p. 87-88).

com a venda da força de trabalho alheio, e as empresas contratantes, que diminuem os custos de produção com a sonegação dos direitos trabalhistas dos empregados contratados como cooperados.

A adesão a essas cooperativas ocorre em razão da necessidade do emprego e não pela presença da *affectio societatis*. Não se observa adesão voluntária e democrática (Lei n. 5.764/1971, art. 4º, I), porque ou os trabalhadores são arrematados no ambiente de trabalho do próprio tomador, que os seleciona e encaminha para se filiarem à cooperativa, ou os trabalhadores são direcionados pelas próprias cooperativas para as empresas tomadoras, tornam-se responsáveis pela arrematação da mão de obra na medida das necessidades do empregador (tomador). Os trabalhadores que se associam a essas entidades não possuem *consciência cooperativa*, mas o fazem como exigência para a obtenção do emprego tão desejado. É praxe constatar-se que, não raramente, a data de adesão à cooperativa coincide com a da prestação de serviços ao empregador. Irrelevante, nesse sentido, que o trabalhador tenha-se dirigido diretamente à entidade dita cooperativa, sendo primordial a motivação do ato, pois sua adesão *voluntária*, na realidade, não foi à cooperativa, mas à única via para a obtenção de um posto de trabalho dentro de determinada empresa.

As cooperativas intermediadoras de mão de obra geralmente são multiprofissionais; destituídas de especialização; com a inexistência de *proveito comum* a ser buscado (Lei n. 5.764/1971, art. 3º), porque não há identidade alguma entre os diversos profissionais e as múltiplas atividades congregadas por essas cooperativas. Os profissionais são contratados de acordo com a demanda das empresas contratantes e inseridos na estrutura orgânica delas. Mesmo em algumas cooperativas aparentemente especializadas, observa-se que a sua constituição não se deveu à obtenção de proveito comum algum, mas simplesmente ao fornecimento de mão de obra para

terceiras empresas, com emprego em atividades-fim, essenciais e permanentes destas, em desacordo com a Súmula 331 do colendo TST. Cite-se, por exemplo, uma cooperativa de garçons que presta serviços para restaurantes, *buffets*, bares, hotéis etc.; uma cooperativa de costureiras que presta serviços para uma grande indústria de confecção, entre outros.

As cooperativas intermediadoras de mão de obra revelam-se pela inexistência de autonomia na prestação dos serviços pelos cooperados, que trabalham em regime de subordinação, pessoalidade, alteridade, onerosidade e não eventualidade com o tomador dos serviços, estando o trabalhador inserido na estrutura orgânica da empresa tomadora, na realização de atividades-fim, essenciais e permanentes desta, inclusive como labor conjunto com empregados diretamente contratados pelo tomador e exercentes das mesmas funções.

Essa falta de autonomia advém da própria ausência de especialidade dessas entidades, as quais não prestam atividade especializada alguma, não possuem *know-how*, condições materiais ou equipamentos próprios, utilizando-se das dependências da empresa contratante para a realização dos serviços. Elas também são simbolizadas pela inexistência de gestão democrática, dado que constituem entidades de cofres cheios e assembleias vazias.

Diferentemente de uma verdadeira cooperativa, as atividades dessas entidades não se enquadram no conceito de terceirização, limitando-se à intermediação de mão de obra. Nesse diapasão, vale ressaltar que a terceirização de serviços (admitida em nosso ordenamento jurídico, nos termos da Súmula 331 do TST) não se confunde com a mera intermediação de mão de obra. Na terceirização predomina o fator *prestação de serviços especializados* ao passo que na intermediação de mão de obra predomina o elemento *trabalho humano* como objeto de troca na relação entre empresa tomadora

e prestadora. Como assevera Amauri Mascaro Nascimento, “A intermediação é a comercialização, por alguém ou por uma pessoa jurídica, da atividade lucrativa de aproximar o trabalhador de uma fonte de trabalho, o que é condenado pelos princípios internacionais de proteção ao trabalho”¹¹.

A intermediação de mão de obra caracteriza-se, entre outros, pelos seguintes elementos: a organização do trabalho é exercida diretamente pela contratante (gestão do trabalho); a contratada não realiza atividade especializada alguma que justifique a contratação de seus serviços, uma vez que não possui *know-how* ou técnica específica; a contratada não detém o capital e/ou os meios materiais para a realização dos serviços, realizando-os dentro das dependências da contratante; a contratada realiza atividade-fim, essencial e permanente da empresa contratante, seguindo as ordens e orientações procedimentais desta última; na intermediação há a prevalência do elemento *trabalho humano* sobre o fator *serviços*; a contraprestação da contratante é aferida com base nas horas trabalhadas pelos trabalhadores¹².

Como elucida Rodrigo Carelli,

Outro elemento forte indicador de intermediação de mão-de-obra é a prevalência do elemento humano na prestação de serviços. No caso concreto, deve verificar se o objeto contratual se satisfaz com o mero emprego de mão-de-obra, ou se há a necessidade de um conhecimento técnico específico e uma estrutura de apoio operacional com a utilização de meios materiais próprios para a execução do contrato. Se, por outro lado, o objeto contratual se encerrar na prestação de trabalho pelos empregados do contratante, estaremos provavelmente frente a uma intermediação de mão-de-obra. Da mesma forma, quando contratualmente se observa que o objeto contratual é, por exemplo, a cessão de 5 (cinco) marceneiros, 3 (três)

¹¹ NASCIMENTO, 2008, p. 627.

¹² CARELLI, 2002, p. 39-40.

motoristas, 10 (dez) soldadores, com evidência deverá ser entendida como intermediação de mão-de-obra, ilícita portanto¹³.

Diversamente de uma verdadeira entidade cooperativa, as cooperativas intermediadoras de mão de obra constituem verdadeiras empresas capitalistas, cujo único empreendimento é a prática do *marchandage* como fator de lucro para os seus dirigentes/proprietários e para as empresas contratantes, condicionando os trabalhadores a uma dupla exploração (“cooperativa” e empresa contratante), com a subtração dos seus direitos trabalhistas.

3.4 “Pejotização” de empregados

Como elucida Célia Regina Camachi Stander, o termo “pejotização” constitui um neologismo originado da sigla PJ, a qual é utilizada para designar a expressão *pessoa jurídica*¹⁴. Por meio do processo de pejotização, o empregador exige que o trabalhador constitua uma pessoa jurídica (empresa individual) para a sua admissão ou permanência no emprego, formalizando-se um contrato de natureza comercial ou civil, com a conseqüente emissão de notas fiscais pelo trabalhador, não obstante a prestação de serviços revelar-se como típica relação empregatícia.

Conquanto a pejotização encontre-se presente em diversos setores econômicos e ramos de atividade, há alguns setores emblemáticos, nos quais esse procedimento fraudulento encontra-se amplamente empregado, como nas áreas hospitalar, de informática, indústria de entretenimento (cinema, teatros, eventos) e de veículos de comunicação. Nas mais diversas empresas de comunicação (escrita, radiofônicas, televisivas e veículos de comunicação virtual), tornou-se a tônica a contratação de jornalistas, apresentadores de TV, artistas etc. por meio de empresas individuais abertas somente

¹³ CARELLI, 2002, p. 42.

¹⁴ STANDER, 2006, p. 105.

para a prestação dos respectivos serviços, que se desenvolvem com pessoalidade, subordinação, onerosidade, habitualidade, alteridade, nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT, até porque constituem típicas atividades-fim, essenciais ou permanentes dessas entidades. Trata-se de expediente fraudulento também utilizado para a contratação de empregados ocupantes de altos cargos nas empresas.

Com vistas em conceder ares de legalidade a esta prática, por *lobby* de entidades interessadas, foi promulgada a Lei n. 11.196/2005, cujo artigo 129 dispõe, *in verbis*:

Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

Célia Regina Camachi Stander, em matéria publicada no jornal *Folha de São Paulo*, em 23 de novembro de 2005, noticiou que o dispositivo legal em questão foi, *ipsis literis*, “obra de um *lobby* liderado por empresas de comunicação”, com o objetivo de “evitar questionamentos à contratação de profissionais liberais na condição de pessoa jurídica, em especial as chamadas ‘empresas de uma pessoa só’”; na mesma matéria divulgou-se que a Receita Federal se pronunciou contrariamente ao texto legal publicado “por entender que abria caminho para disfarçar vínculos empregatícios e driblar o fisco”¹⁵.

Em relação ao referido dispositivo legal são aplicáveis as mesmas observações a respeito do parágrafo único do artigo 442 da CLT, uma vez que, consoante mencionado alhures, o sistema de relações

¹⁵ STANDER, 2006, p. 106.

de trabalho brasileiro, por meio do contrato-realidade (CLT, arts. 2º e 3º), concede uma rede de proteção social a todos aqueles que prestem serviços com pessoalidade, habitualidade, continuidade, onerosidade e alteridade, imputando o vínculo de emprego diretamente ao tomador dos serviços, independentemente da configuração jurídica dada à relação ou da forma de contratação do empregado¹⁶.

O artigo 129 da Lei n. 11.196/2005 deve ser interpretado sistematicamente com as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, não possuindo o condão de afastar o reconhecimento do vínculo de emprego entre o trabalhador – contratado sob o manto de pessoa jurídica – e o empregador. Ademais, referido preceito legal é flagrantemente inconstitucional por violação do princípio da igualdade insculpido no artigo 5º, I, e no artigo 7º, XXX e XXXII, ambos da CF/88, e este último dispositivo constitucional é peremptório ao prescrever a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais res-

¹⁶ “FRAUDE. PJ. SERVIÇOS PESSOAIS E SUBORDINADOS, SOB A ROUPAGEM DE PESSOA JURÍDICA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO. Restou evidenciado nos autos que, para as atividades nas quais atuou o reclamante, necessitava a reclamada de um empregado típico, ou seja, não eventual, subordinado a horário, e que prestasse serviços habituais e pessoais. E foi isto exatamente o que fez a ré: contratou um autêntico empregado, ainda que sob a roupagem de ‘PJ’ (pessoa jurídica). Ocorre que o pacto de trabalho é um contrato realidade, configurando-se do desdobramento da realidade fática que envolve toda a prestação de serviços, independentemente do rótulo contratual formal. Prestigia-se assim, a decisão de origem que, em face da presença dos elementos tipificadores dos artigos 2º e 3º da CLT, reconheceu o vínculo empregatício. Recurso patronal a que se nega provimento” (TRT 2ª Região, Recurso Ordinário, Processo n. 01588.2006.070.02.00.2, 4ª Turma, rel. juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros, j. em 12.2.2008, publicado em 22.2.2008). “VÍNCULO DE EMPREGO. Atuação de empregado por intermédio de pessoa jurídica. Fraude caracterizada. Num contexto em que o empregado atua em serviço inerente à atividade normal da contratante, com pessoalidade, subordinação, não eventualidade, ainda que por intermédio de ‘pessoa jurídica’ – condição imposta para a continuidade da prestação do serviço – fica estampada a fraude. Incidência da regra de proteção contida no art. 9º do mesmo Estatuto. Vínculo de emprego configurado. Recurso a que se dá provimento” (TRT 2ª Região, Recurso Ordinário, Processo n. 02014.2005.067.02.00.8, Acórdão 20080868538, 10ª Turma, rel. juíza Marta Casadei Mornezzo, j. em 30.9.2008, publicado em 14.10.2008).

pectivos”, pois, presentes os requisitos da relação de emprego, é indiferente para a configuração da relação de emprego o exercício ou não de atividade intelectual.

Como assinala Alice Monteiro de Barros,

O fato de o trabalho executado ser intelectual não descaracteriza o liame empregatício, pois ele consistirá sempre na exteriorização e no desenvolvimento da atividade de uma pessoa em favor de outrem. Por outro lado, inexistente incompatibilidade jurídica, tampouco moral, entre o exercício dessa profissão e a condição de empregado. Isso porque a subordinação é jurídica, e não econômica, intelectual ou social; ela traduz critério disciplinador da organização do trabalho, sendo indispensável à produção econômica¹⁷.

A aferição legal da condição intelectual do empregado como forma de afastamento do vínculo de emprego, *per se*, não encontra guarida na nossa ordem constitucional, sendo manifestamente inconstitucional o artigo 129 da Lei n. 11.196/2005, por consistir em preceito discriminatório, violador do artigo 7º, XXXII, da CF/1988 e dos demais preceitos consagradores do princípio da igualdade.

A contratação irregular de trabalhadores por intermédio da constituição de pessoa jurídica não se confunde com a terceirização de atividades da empresa principal, nos moldes configurados pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. No processo de pejetização, o empregado encontra-se subordinado ao empregador, prestando serviços com todos os requisitos da relação de emprego; o trabalhador pode até exercer uma atividade específica, mas a sua especialização confunde-se com as atividades finalísticas do empregador, sendo geralmente este o prestador dos respectivos serviços especializados a terceiras empresas (tomadoras)¹⁸; embora

¹⁷ BARROS, 2005, p. 256.

¹⁸ “VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CORRETOR DE SEGUROS. FRAUDE AOS PRECEITOS TRABALHISTAS. Imperioso o reconhecimento de vínculo empregatício por fraude aos preceitos

o trabalhador detenha conhecimentos técnicos, o *know-how* do desenvolvimento das atividades é determinado pelo empregador, que detém todo o controle da prestação de serviços; a pessoa jurídica não detém o capital e/ou os meios materiais para a realização dos respectivos serviços, que são fornecidos pelo empregador, diretamente ou por meio das empresas tomadoras dos seus serviços; a pessoa jurídica geralmente presta serviços exclusivos para o empregador, com a geração de uma dependência econômica, uma vez que todos os ganhos são aferidos na condição de remuneração do labor, tendo natureza salarial, conquanto o empregado seja obrigado à emissão de notas fiscais; a pessoa jurídica não possui a assunção de riscos econômicos, pois estes estão concentrados na entidade empregadora, sendo esta que atua verdadeiramente no mercado.

3.5 “Socialização” de empregados

Consiste o contrato de sociedade no instituto jurídico pelo qual determinadas pessoas se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de uma atividade econômica e a partilhar entre si os resultados (CC, art. 981). O principal aspecto que o distingue do contrato de trabalho é a *affectio societatis*, ou seja, o espírito de comunhão e a identidade de interesses entre os sócios, que se configura pelo compartilhamento dos lucros e perdas. Trata-se de um elemento subjetivo ausente no contrato de trabalho, no qual

trabalhistas quando há constatação cabal de que a Empresa Corretora de Seguros não possui vendedores registrados para a comercialização de produtos essenciais à sua atividade-fim, quando há obrigatoriedade de abertura de pessoa jurídica pelo corretor depois do início da prestação de serviço, e quando há prova de que os corretores utilizavam-se de toda a estrutura do banco para a consecução da sua atividade, situações que afastam o propalado trabalho autônomo, que é aquele realizado por conta própria, valendo-se o prestador da sua própria organização de trabalho, independentemente daqueles para os quais presta labor, e estranho ao risco econômico da empresa tomadora de serviços” (TRT 2ª Região, Recurso Ordinário, Processo n. 01829.2006.089.02.00.8, Acórdão n. 20080284102, j. em 3.4.2008, publicado em 22.4.2008).

o empregado não assume os riscos do empreendimento, sendo que a sua participação figura no campo da contraprestação e não da associação¹⁹. Por outro lado, o elemento subordinação é inerente à relação de emprego, pois exsurge diretamente do poder diretivo do empregador, não se verificando no contrato de sociedade, no qual os poderes decisórios são distribuídos conforme a participação social de cada membro ou de acordo com aquilo voluntariamente por eles deliberado e constante do contrato social da entidade.

Entretanto, dentro da análise da linha evolutiva da fraude, paralelamente ao processo de “pejotização”, vem ganhando cada vez mais foro a denominada “socialização” dos trabalhadores, isto é, a contratação dos trabalhadores como sócios da própria empresa empregadora, não obstante o suposto *sócio* realizar materialmente suas atividades com todas as características da relação de emprego. Por meio da socialização, o trabalhador é materialmente inserido na estrutura orgânica da empresa com todos os requisitos da relação de emprego e formalmente inserido no contrato social do empreendimento na condição de sócio minoritário.

Como assinala Maurício Godinho Delgado, embora não sejam, em princípio, incompatíveis as figuras de sócio e de empregado, que podem ser sintetizadas numa mesma pessoa física (como nas sociedades anônimas, sociedades limitadas ou comanditas por ações), a dinâmica judicial trabalhista vem registrando o uso do contrato de sociedade como instrumento simulatório, com o intuito de transparcer, formalmente, uma situação fático-jurídica de natureza civil/comercial, conquanto oculte uma efetiva relação empregatícia²⁰.

A socialização de empregados revela um grau de sofisticação da fraude nas relações de trabalho, tendo em vista que o emprega-

¹⁹ BARROS, 2005, p. 484.

²⁰ DELGADO, 2007, p. 361-363.

dor insere materialmente o trabalhador numa relação empregatícia e, concomitantemente, concede-lhe o *status* de sócio, com a sua inclusão no contrato social da empresa. Esse tipo de fraude geralmente ocorre em atividades exercidas por profissionais qualificados – muitos dos quais outrora eram predominantemente profissionais liberais – (advogados, médicos, arquitetos, veterinários, fisioterapeutas etc.) ou em atividades especializadas (radiologias), cuja formação técnica pressupõe qualificação e cujo grau de conhecimento torna mais plausível a sua inserção fraudulenta como sócio.

A transformação de trabalhadores em sócios geralmente ocorre em entidades empresariais menores (empresas de radiologia, clínicas de fisioterapia, clínicas veterinárias, escritórios de arquitetura etc.), e os proprietários do negócio figuram como sócios majoritários no contrato social, com detenção de quase todas as cotas do capital social, e os demais trabalhadores aparecem como detentores de cotas irrisórias, que lhes retiram qualquer poder decisório ou de participação real na administração da empresa e no direcionamento dos negócios. Os trabalhadores contratados por essa forma dissimulada de sociedade limitam-se à prestação pessoal de serviços sob o controle e direção dos sócios majoritários. Importante assinalar que, ordinariamente, esses sócios majoritários possuem a mesma qualificação profissional dos *sócios-trabalhadores* (radiologistas, advogados, engenheiros etc.), circunstância que concede uma fictícia presença do *affectio societatis*, tendo em vista o exercício da mesma atividade profissional entre os empregadores (sócios majoritários) e os empregados (sócios minoritários).

O próprio contrato social dessas entidades demonstra a subserviência dos *sócios-trabalhadores* aos verdadeiros empregadores – os sócios majoritários –, uma vez que esses estatutos jurídicos são permeados por disposições leoninas, que retiram qualquer possibilidade de ingerência na administração da sociedade ou do exercí-

cio do poder decisório pelos *sócios-trabalhadores*. Entre outros aspectos, essa submissão é demonstrada pela presença de cláusulas que relegam a deliberação final de qualquer medida administrativa ou empresarial à aprovação dos sócios majoritários, como o ingresso de novos sócios, a preferência (e/ou exclusividade) na compra das cotas dos sócios majoritários que queiram retirar-se da sociedade, a tomada de medidas disciplinares e a adoção de sanções contra os demais sócios etc. Tais cláusulas demonstram a pessoalidade e a subordinação da prestação de serviços dos *sócios-trabalhadores*.

A hierarquia societária presente no contrato social é uma expressão formal da hierarquia subordinativa que envolve a prestação pessoal de serviços dos empregados contratados sob o falso manto de sócios da entidade empresarial:

VÍNCULO DE EMPREGO. SÓCIO COTISTA MINORITÁRIO – *FRAUDE* – Não pode ser considerado *sócio*, mas autêntico empregado, aquele que detém participação mínima no capital da sociedade, especialmente quando não restou demonstrado nos autos qualquer tipo de gestão na atividade empresarial, revelando, ainda, os autos o labor como empregado antes e após o período consignado no contrato social (TRT 3ª Região, Recurso Ordinário, Processo n. 211.2007.001.03.00-7, 1ª Turma, rel. juíza Maria Laura Franco Lima de Faria, *DJMG* de 20 jun. 2008).

Em determinadas situações, a presença de um relativo grau de autonomia dos sócios minoritários na execução dos serviços pode capitular uma zona gris, devendo-se analisar os demais aspectos jurídico-materiais do caso concreto para concluir-se sobre a presença do vínculo empregatício, pois não é incomum, mesmo em determinadas relações de emprego, que trabalhadores qualificados exerçam a prestação de serviços com uma contingencial liberdade organizacional, até porque, como assinalado alhures, na maior parte dos casos de contratação irregular de trabalhadores como sócios,

aqueles possuem a mesma qualificação profissional destes últimos²¹. Nessas hipóteses, a mera condição de sócio minoritário no contrato social, com a concentração de todos os poderes decisórios nas pessoas dos sócios majoritários constitui indício da existência de uma subordinação empregatícia, sendo, em determinadas situações, elemento suficiente para o reconhecimento do vínculo de emprego, ou, no mínimo, um fator de inversão do ônus da prova, sujeitando o empregador, *in casu*, ao encargo de provar a inexistência da relação de emprego vindicada em juízo pelo trabalhador²².

²¹ “RELAÇÃO DE EMPREGO – SÓCIO MINORITÁRIO – CONFISSÃO DO PREPOSTO ACERCA DA AUSÊNCIA DA INTEGRALIZAÇÃO DAS COTAS – PARTICIPAÇÃO ÍNFIMA – FRAUDE – A distinção entre a figura do *sócio* e do empregado nem sempre é tarefa fácil ao julgador, havendo casos que se situam na chamada ‘zona gris’. Assim, cabe perquirir acerca dos aspectos fáticos que tornam peculiar o caso concreto, extraindo-se a conclusão que mais adequadamente o enquadre em face das normas legais. No caso em exame, vários são os elementos que levam ao convencimento de que a qualidade de *sócio* do reclamante não passava de máscara para o vínculo empregatício, que já existia previamente e permaneceu, na realidade, mesmo com a dispensa perpetrada pela reclamada. O reclamante detinha apenas 1% das cotas de uma sociedade componente do grupo econômico, em relação às quais não teve qualquer dispêndio financeiro, segundo o depoimento do próprio preposto da reclamada. Portanto, não arcava com os riscos do empreendimento econômico, não se equiparando ao outro *sócio*, a quem era atribuída a gerência da sociedade, revelando a inexistência da *affectio societatis*. O fato de deter certo grau de autonomia, com poderes para realizar negócios em nome da sociedade, não é causa excludente da relação de emprego, pois a legislação prevê a hipótese do empregado com poderes de mando e gestão (art. 62, II, da CLT). Enfim, resta configurada a *fraude* à legislação trabalhista (art. 9º da CLT), ensejando o reconhecimento da continuidade da relação empregatícia por todo o período” (TRT 3ª Região, Recurso Ordinário, Processo n. 00225.2003.017.03.00-2, 3ª Turma, rel. juíza Maria Cristina Diniz Caixeta, *DJMG* de 7 fev. 2004).

²² Nesse aspecto, não coadunamos do entendimento esposado por Maurício Godinho Delgado, segundo o qual, ainda que a parte contrária admita a prestação de serviços, retorna ao autor o ônus de desconstituir a validade dos instrumentos formais elaborados conforme as regras da lei civil ou comercial, nos termos do artigo 389, inciso I, do CPC (DELGADO, 2007, p. 364); o direito do trabalho é regido pelo princípio da realidade, não tendo os documentos formais a mesma força probatória do direito civil, uma vez que o ramo juslaboral não se lastreia no dogma da autonomia da vontade, em razão do estado de vulnerabilidade jurídica do trabalhador, que o submete à imposição de situações prejudiciais e obstativas do usufruto de seus direitos sociais fundamentais, devendo-se aplicar a regra específica do artigo 9º da CLT e a carga do ônus da prova condizente com os princípios do direito do trabalho, que a delega para o empregador na hipótese da admissão da prestação de serviços, ainda que emoldurada por outra roupagem jurídica. Por

A análise das disposições do contrato social da entidade é fundamental para a caracterização da fraude, uma vez que, como não se trata de uma autêntica relação societária, o real empregador (sócio majoritário), de modo algum, poderá repartir poderes com os trabalhadores ilicitamente constantes do quadro societário, obrigando o trabalhador a aceitar a inserção de cláusulas leoninas de concentração de poderes na pessoa do real empregador e que possibilitem o controle sobre os demais sócios.

Nesse tipo de expediente fraudatório, os sócios-trabalhadores retiram *pro labore* simplesmente para formalização da fraude, sendo a onerosidade do seu trabalho calculada geralmente pelas horas trabalhadas. Diferentemente dos sócios majoritários, os trabalhadores não auferem parte dos lucros obtidos pela sociedade, sendo limitados ao recebimento de *pro labore*. Porém, referidas parcelas não se confundem, os lucros são obtidos em razão do capital investido, calculado sobre a cota societária, independentemente do efetivo labor do sócio, ao passo que o *pro labore* apenas remunera o trabalho realizado. A retirada de lucros, quando existente, restringe-se a valores ínfimos, não refletindo a existência de uma verdadeira sociedade em razão da desigualdade entre as partes, típica da relação de emprego.

A transmutação irregular da relação material de emprego em relação formal de sociedade pode ocorrer em qualquer fase do contrato de trabalho; conquanto geralmente ocorra *ab initio* da contratação do trabalhador, não têm sido raras as situações em que trabalhadores são inseridos irregularmente no contrato social da empresa como sócio minoritário no decorrer da relação de emprego:

SÓCIO – NÃO CONFIGURAÇÃO – VÍNCULO DE EMPREGO – Evidenciado nos autos que o autor, após ter sido contratado como empregado,

outro lado, havendo indícios da subordinação e da relação empregatícia nas disposições formais do contrato social em relação a determinados sócios, presume-se a relação de emprego, devendo ao empregador o ônus de desconstituir a prova indiciária.

veio a fazer parte do quadro societário da empresa/reclamada, continuando a exercer a mesma função e em iguais condições, tem-se que sua inclusão como *sócio* teve por escopo apenas mascarar a continuidade do liame empregatício. Reconhece-se a *fraude*, nos termos do art. 9º da CLT, assim como a unicidade contratual (TRT 3ª Região, Recurso Ordinário, Processo n. 00856.2006.067.03.00-0, rel. juíza Maria Cristina Diniz Caixeta, *DJMG* de 1º set. 2007).

A condição de sócio, como excludente da relação empregatícia, requer prova contundente de que o empregado, por livre iniciativa, inseriu-se na composição societária da entidade empresarial, com a participação efetiva no capital social e na gestão do negócio, na assunção dos riscos do empreendimento e no usufruto dos lucros e rendimentos, independentemente do labor por ele realizado.

4 A transcendência da fraude: danos sociais e concorrência desleal

Assim como a própria natureza da relação de emprego, a fraude na seara do direito do trabalho possui transcendência social, econômica e política, pois seus efeitos maléficis repercutem sobre diversos aspectos da sociedade. Ao se contratar empregados por meio de mecanismos jurídicos fraudulentos, além da sonegação de direitos sociais dos trabalhadores, referida prática reflete-se por toda a ordem jurídica social, pois, por meio dela, reduz-se a capacidade financeira do sistema de seguridade social, diminuem-se os recolhimentos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, impossibilitando a utilização dos recursos em obras de habitação e de infraestrutura, precarizam-se as relações de trabalho com prejuízos ao meio ambiente de trabalho e, conseqüentemente, à integridade física e à saúde dos trabalhadores, com aumentos de gastos estatais nesse setor; acentuam-se as desigualdades sociais e os problemas delas decorrentes; assoberba-se o Judiciário trabalhista com uma pletora de demandas judiciais. Enfim, referidas condutas

causam intensa perturbação ao corpo social, suscitando uma reparação pelos danos sociais e morais coletivos, nos termos das Leis n. 7.347/1985 e 8.078/1990, cuja responsabilização já está amplamente consolidada na doutrina e na jurisprudência²³.

Além da perturbação da ordem social, as práticas fraudulentas violam completamente os princípios e fundamentos da ordem econômica prejudicando não somente os trabalhadores explorados, mas também as demais empresas que observam a legislação trabalhista. Trata-se igualmente de práticas de concorrência desleal exercidas pelas empresas que utilizam subterfúgios jurídicos para a redução do valor trabalho e fomentadas por entidades que fornecem o instrumental fraudatório para terceiras empresas, como as *cooperativas* intermediadoras de mão de obra. A condenação pelos danos sociais e morais coletivos possui natureza reparatória, repressiva e pedagógica, uma vez que, além de obstar a reiteração da

²³ “DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. Uma vez configurado que a ré violou direitos transindividuais de ordem coletiva, infringindo normas de ordem pública que regem a saúde, segurança, higiene e meio ambiente do trabalho e do trabalhador, é devida a indenização por dano moral coletivo, pois tal atitude da ré abala o sentimento de dignidade, falta de apreço e consideração, tendo reflexos na coletividade e causando grandes prejuízos à sociedade” (TRT 8ª Região, Recurso Ordinário n. 5309/2002, rel. juiz Luís José de Jesus Ribeiro, j. em 17 dez. 2002, *DOEPA* de 19 dez. 2002). “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. REPARAÇÃO. POSSIBILIDADE. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DOS TRABALHADORES RURAIS DA REGIÃO. Não resta dúvida quanto à proteção que deve ser garantida aos interesses transindividuais, o que encontra-se expressamente delimitado no objetivo da ação civil pública, que busca garantir à sociedade o bem jurídico que deve ser tutelado. Trata-se de um direito coletivo, transindividual, de natureza indivisível, cujos titulares são os trabalhadores rurais da região de Minas Gerais ligados entre si com os recorrentes por uma relação jurídica base, ou seja, o dispêndio da força de trabalho em condições que aviltam a honra e a dignidade e na propriedade dos recorridos. Verificado o dano à coletividade, que tem a dignidade e a honra abalada em face do ato infrator, cabe a reparação, cujo dever é do causador do dano. O fato de ter sido constatada a melhoria da condição dos trabalhadores em nada altera o decidido, porque ao inverso da tutela inibitória que visa coibir a prática de atos futuros a indenização por danos morais visa reparar lesão ocorrida no passado, e que, de tão grave, ainda repercute no seio da coletividade. Incólumes os dispositivos de lei apontados como violados e inespecíficos os arestos é de se negar provimento ao agravo de instrumento” (TST, AIRR n. 561/2004-096-03-40, 6ª Turma, rel. min. Aloysio Corrêa da Veiga, *DJ* de 19 out. 2007).

prática fraudatória, preserva a prática da concorrência desleal nas entidades econômicas que observam a legislação do trabalho, bem como servem de instrumento de desmotivação da fraude.

O próprio legislador constituinte tratou de proscrever a prática da concorrência desleal, em seu artigo 173, §§ 4º e 5º, da CF/1988²⁴. A Lei n. 8.884/1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, é peremptória em relação à responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, inclusive associações, pelos atos de concorrência desleal²⁵.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Cooperativas de mão-de-obra: manual contra a fraude*. São Paulo: LTr, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo, LTr, 2007.

²⁴ “§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

“§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

²⁵ “Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

“Art. 16. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente”.

“Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Direito do trabalho e ideologia*. Tradução António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação de emprego e relação de trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

STANDER, Célia Regina Camachi. Fraude por meio de cooperativa e de constituição de pessoa jurídica por trabalhadores. *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 105-111, set. 2006.

SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Quadrige/PUF, 1994.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. et alli. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. 2005. 1v.

**Direito Penal e
Liberdades Constitucionais**



A distorção do princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho

Monique Cheker*

Sumário: I – Introdução. II – Da desvinculação do bem jurídico tutelado no crime de descaminho do interesse meramente econômico-fiscal. III – Separação entre os valores subjetivos do direito penal e os valores objetivos, processuais e financeiros da execução fiscal. 1 A efetiva realização de atos de cobrança por parte do Fisco – diversos do ajuizamento de ações executivas – dos débitos inferiores a R\$ 10.000,00. IV – Diferença entre a seara fiscal – postergação do momento da execução – e a seara penal – aniquilação completa dos *jus puniendi*. V – Da necessidade de análise casuística do princípio da insignificância – impossibilidade de o legislador estabelecer abstratamente o que é insignificante. VI – Dos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e intervenção mínima. VII – Propostas para o estabelecimento de critérios na aplicação do princípio da insignificância. VIII – Conclusão.

I – Introdução

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus* n. 92.438-7/PR, cujo relator foi o ministro Joaquim Barbosa, em síntese, entendeu *por aplicar o princípio da insignificância e, assim, trancar a ação penal por prática do crime de descaminho no caso em que o montante dos impostos supostamente devidos pelo paciente era inferior ao mínimo legalmente estabelecido na Lei*

* Monique Cheker é Procuradora da República no Município de Cascavel-PR.

n. 10.522/2002, em seu art. 20, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais)¹. A ementa do referido julgado mereceu o seguinte conteúdo:

Habeas Corpus. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. DISPENSA LEGAL DE COBRANÇA EM AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI Nº 10.522/02, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA DA CONDUTA. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA.

1. De acordo com o artigo 20 da Lei nº 10.522/02, na redação dada pela Lei nº 11.033/04, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade. 2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva. 3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. 4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal².

O que se pretende com essa breve exposição é indicar algumas discrepâncias de tal entendimento ante as balizas que norteiam o

¹ Posteriormente, a Primeira Turma do STF também aplicou o referido valor – HC n. 96.309, relator(a) ministra Cármen Lúcia, julgado em 24.3.2009, *DJe*-075, divulg. 23 abr. 2009, public. 24 abr. 2009, Ement., vol. 02357-03, p. 00606.

² STF, HC n. 92.438-7/PR, relator ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgamento em 19.8.2008, *DJe*-241, divulg. 18 dez. 2008, public. 19 dez. 2008, Ement., vol. 02346-04, p. 00925. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 jan. 2008.

princípio da insignificância, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

Igualmente, demonstrar que o critério objetivo-formal que foi utilizado para a aplicação do princípio da insignificância – *quantum* para ajuizamento das execuções fiscais – não se coaduna com a proteção do bem jurídico no crime de descaminho e com os próprios vetores do princípio da insignificância estabelecidos na Corte Suprema³.

II – Da desvinculação do bem jurídico tutelado no crime de descaminho do interesse meramente econômico-fiscal

Extraí-se dos votos prolatados nos autos do *Habeas Corpus* supramencionado que o bem jurídico tutelado pelo delito de descaminho é diretamente a Administração Pública, o Erário⁴:

O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal [...]. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal.

Com as vênias devidas, tal entendimento não releva o verdadeiro objeto de proteção do tipo previsto no art. 334 do Código

³ A decisão de se utilizar o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), relativo às execuções fiscais, para efeitos de insignificância, constitui mais uma hipótese de equivocada “politização” jurisdicional do direito penal, ao lado de outras, inclusive, realizadas pelo Poder Legislativo, qual seja, art. 9º da Lei n. 10.684, de 30.5.2003, que dispõe sobre a extinção da punibilidade pelo parcelamento ou pagamento nos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27.12.1990, e arts. 168-A e 337-A do Código Penal. Em 28.5.2009, foi publicada a Lei n. 11.941, de 27.5.2009, que dispõe no mesmo sentido. São posturas que atingem relevantes bens jurídicos, os quais deveriam ser eficazmente tutelados e não o são.

⁴ Tal raciocínio deriva do fato de que, durante toda a exposição dos votos proferidos, a questão foi tratada sob a ótica exclusivamente financeira e administrativa.

Penal, o qual possui elementos relacionados, dentre outros, não só ao comércio nacional, mas, também, ao internacional. De acordo com doutrina específica sobre o tema,

enquanto os outros delitos contra o Fisco são tipificados à medida que os governantes preocupam-se mais em intervir no domínio econômico, seja para melhor distribuição e aplicação das rendas comunitárias, seja para um eficaz desempenho da economia, o descaminho é antecipadamente visto como ofensa à soberania estatal, como entrave à autodeterminação do Estado, como obstáculo à segurança nacional em seu mais amplo sentido. O mesmo se pode dizer do contrabando, se a exportação ou importação contraria interesses econômicos do Estado⁵.

De forma singela, na atividade estatal, verifica-se o caráter diferenciado dos tributos ligados ao comércio exterior – dentre eles os que são considerados para a tipificação do descaminho: Imposto de Importação (II) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)⁶ – pela simples existência do fenômeno chamado de extrafiscalidade⁷, isto é, utilização de instrumentos fiscais para outros fins⁸.

⁵ CARVALHO, 1988, p. 4-5.

⁶ “[...] O montante dos impostos suprimidos pelo réu deve ser calculado com base somente na cobrança do II e do IPI, pois não há incidência de PIS e Cofins sobre a importação de bens estrangeiros que são objeto de pena de perdimento. Inteligência do art. 2º, inciso III, da Lei nº 10.865/04 [...]” (TRF4, Recurso Criminal em Sentido Estrito n. 2005.70.01.004468-1, relator(a) desembargador(a) Salise Monteiro Sanchotene, DJU de 15 fev. 2006). Além do referido julgado, cabe destacar que o art. 334, *caput*, do CP, fala, expressamente, em “pagamento de direito ou *imposto devido* pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”.

⁷ CARVALHO, 1988, p. 5.

⁸ “Há extrafiscalidade quando o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Por aí se vê que a extrafiscalidade nem sempre causa perda de numerário; antes, pode aumentá-lo, como, por exemplo, quando se exacerba a tributação sobre o consumo de cigarros” (CARRAZZA, 2007, p. 108-109).

Na realidade, no crime de descaminho, frise-se, não se nega a proteção do Erário, mas, decerto, o seu objeto de proteção direto – e não meramente secundário – é muito mais amplo, como a balança comercial, a indústria nacional, os direitos do consumidor, os direitos autorais etc.⁹.

Inclusive, conforme será demonstrado adiante, o Brasil celebrou acordos internacionais que visam à repressão do descaminho, de forma que a descontrolada prática de tal crime, principalmente em áreas de fronteira, produz efeitos que extrapolam as fronteiras nacionais.

Assim, demonstrado está um primeiro equívoco no entendimento esboçado na decisão prolatada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, consistente na vinculação do bem jurídico tutelado pelo crime do artigo 334 do Código Penal exclusivamente à “Administração Pública” ou ao “Erário”.

III – Separação entre os valores subjetivos do direito penal e os valores objetivos, processuais e financeiros da execução fiscal

1. A efetiva realização de atos de cobrança por parte do Fisco – diversos do ajuizamento de ações executivas – dos débitos inferiores a R\$ 10.000,00

O princípio da insignificância visa aferir a gravidade de violação exercida sobre *bens jurídicos*, isto é, “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca

⁹ Ao tratar da relevância de uma atuação mais eficaz no âmbito dos crimes econômicos ligados à macrocriminalidade, dentro dos quais se encontra o crime de contrabando e descaminho, a autora Márcia Dometila Lima de Carvalho salienta que: “Os delitos econômicos têm, como bens jurídicos, valores supraindividuais e violam a confiança que deve existir como base da sociedade. Enquanto os bens jurídicos, defendidos

sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”¹⁰.

No *Habeas Corpus* n. 84.412/SP¹¹, o Supremo Tribunal Federal criou vetores de aplicação do princípio da insignificância: (a) a *mínima ofensividade da conduta do agente*; (b) a *nenhuma periculosidade social da ação*; (c) o *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento* e (d) a *inexpressividade da lesão jurídica provocada*¹².

Nota-se que tais vetores são de caráter subjetivo e, além disso, percebe-se que, mesmo que levem em consideração – para efeito de balizamento – algum caráter objetivo-econômico, este é considerado na exata proporção do *quantum* subjetivo de afetação no meio social.

Já no que tange à execução fiscal, os vetores de importância, para efeito de ajuizamento da ação, são exclusivamente ligados a um *resultado econômico objetivo*, isto é, fazer com que ocorra um retorno financeiro equivalente ao cumprimento voluntário da obrigação. Por isso, deve a Fazenda Pública realizar uma aferição de custo-benefício antes de entrar com uma demanda.

pelo Direito Penal clássico, relacionam-se com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem individualmente considerado, os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal Econômico dizem respeito à atuação da personalidade do cidadão, enquanto fenômeno social [...] os bens jurídicos do Direito Econômico surgem como concretização dos valores, ligados aos direitos sociais e à organização econômica, contidos ou pressupostos na Constituição” (CARVALHO, 1992, p. 100-101).

¹⁰ TOLEDO, 2002, p. 16.

¹¹ Segunda Turma, julgamento em 19.10.2004, DJ de 19 nov. 2004, p. 00037, Ement., vol. 02173-02, p. 00229, RT, v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481, RTJ, v. 192-03, p. 963. Tal entendimento vem constantemente sendo adotado: vide HC n. 94.931/PR, Segunda Turma, relator(a) ministra Ellen Gracie, julgamento em 7.10.2008, DJe-216, divulg. 13 nov. 2008, public. 14 nov. 2008, Ement., vol. 02341-03, p. 00453.

¹² Não se analisará nesta pequena exposição a correição de tais vetores. O que se irá demonstrar é que determinados vetores foram fixados e decisões como a proferida nos autos do HC n. 92.438-7/PR vão de encontro a eles.

Assim, as finalidades das duas normas, quais sejam, a que fixa o valor mínimo para a ação de execução e a que estabelece punição no caso da prática do crime de descaminho, são completamente diferentes.

Nessa linha, os critérios que fazem com que o Estado execute ou não uma determinada dívida são, por exemplo, a *falta de estrutura*, o *prazo necessário para processamento de tais demandas*.

Além do mais, *outros atos de cobrança, nos débitos inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), são realizados, a indicar que não há insignificância no caso*. Em resposta a ofício direcionado pelo procurador regional da República Douglas Fischer, o procurador-chefe da Dívida Ativa da União, Rafael Dias Degani, em 8 de setembro de 2009, afirmou, adrede:

[...] os débitos para com a Fazenda Nacional de valor consolidado superior a R\$ 1.000,00 são inscritos em Dívida Ativa da União (DAU) nos moldes do art. 2º da Lei n. 6.830/80.

A partir do momento em que o débito altera sua condição para inscrito, a Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) passa a cobrá-lo administrativamente, independentemente do *quantum* devido. *Vale dizer, conquanto o valor não seja suficiente para a realização do ajuizamento (art. 1º, inc. II, Portaria MF n. 49 – R\$ 10.000,00), a PFN pratica vários atos de cobrança (documento anexo) e a inclusão do CNPJ/CPF do contribuinte no Cadastro de Inadimplentes (CADIN) na forma e tempo previstos no art. 2º da Lei n. 10.522/02.*

Convém anotar, por fim, que *o débito inscrito de pequeno valor, assim entendido menor de R\$ 10.000,00, é considerado como restrição para fins de certificação fiscal e de restituição/ressarcimento de tributos (art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287/86)*¹³.

Ora, diante disso, sustentar o entendimento de que o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é insignificante, por constituir uma

¹³ Ofício n. 68/09-PDA/PRFN4R/RS.

conduta administrativamente irrelevante, é, parafraseando José Carlos Barbosa Moreira, *repetir qual papagaio algumas tolices*¹⁴.

Claro que não se está a defender uma completa desvinculação entre a insignificância no crime de descaminho e os critérios de importância do crédito fiscal, apenas o que se defende é que: primeiro, tal vinculação não é imediata, automática, até porque, no direito penal, devem ser analisadas as peculiaridades do caso concreto; segundo, tal elo, de forma alguma, deve ser feito com um aspecto objetivo-econômico-processual, de propositura de ações fiscais.

Dessa forma, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixado pelo art. 20 da Lei n. 10.522/2002, como limite para a ação executiva, leva em consideração unicamente critérios valorativos econômico-processuais, e, inclusive, em função disso, não se pode concluir que aquela quantia é desimportante para o Erário.

Em síntese: o fato de o Fisco, por questões processuais, estruturais e administrativas, optar por não executar as dívidas inferiores ao patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não indica, em hipótese alguma, insignificância sob o aspecto subjetivo-material.

O que é um valor insignificante? É aquilo que é inexpressivo, de “ínfima afetação”¹⁵, sem qualquer importância, de forma que o Fisco nem reconheça aquilo como crédito.

Será que iludir tributos na entrada de mercadorias no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é irrisório? Nem se fale que “Essa análise não pode ser feita, pois já estabelecida previamente pelo Fisco”. Além de o princípio da insignificância ser dirigido ao magistrado¹⁶,

¹⁴ MOREIRA, 1997, p. 118.

¹⁵ DOTI, 2004, p. 68.

¹⁶ Também o legislador, sem dúvida, poderá fixar critérios de insignificância, mas desde que sejam observadas as características de generalidade e abstração. Isso,

na análise do caso concreto, afirmar que o dito “insignificante”, sob o aspecto econômico-processual, é insignificante sob o aspecto subjetivo-material, de tutela do bem jurídico, é confundir, com todas as vênias devidas, esses dois planos diversos do ordenamento jurídico.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de sua Terceira Seção, em julgamento datado de 27 de maio de 2009, refletiu sobre o caso posto, nos autos do REsp n. 966.077, na linha do sustentado acima. Após, por conta de julgados do Supremo Tribunal Federal, alterou, infelizmente, sua posição¹⁷.

Mister compreender, por fim, que a insignificância, também, deve ser analisada em seu aspecto global, isto é, em relação à “extensão da lesão produzida”:

A insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem jurídico atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida.

Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica¹⁸.

Note-se, dessa forma, que, ao se afirmar que R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é um valor irrisório para fins de aplicação da lei penal, ignora-se a insignificância aferida sob esse aspecto global: não apenas em seu caráter financeiro – mencionado pela decisão

sem dúvida, acarretará a conclusão de que aqueles critérios deverão ser fixados em *patamar mínimo*.

¹⁷ A notícia do referido julgado consta do caminho <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92318>. Contudo, logo após, influenciada por decisões advindas do Supremo Tribunal Federal, a Terceira Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 1.112.748-TO, em 9.9.2009, assentou que o patamar da insignificância seria de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

¹⁸ BITENCOURT, 1997, p. 103.

do Supremo Tribunal Federal –, mas, principalmente, em relação aos prejuízos causados aos demais bens jurídicos protegidos pelo crime de descaminho, isto é, a balança comercial, indústria nacional, direitos do consumidor, direitos autorais etc., *data venia*, substancialmente desconsiderados na referida decisão.

IV – Diferença entre a seara fiscal – postergação do momento da execução – e a seara penal – aniquilação completa do *jus puniendi*

O art. 20 da Lei n. 10.522/2002 não tem o condão de dispensar a Fazenda Nacional de cobrar seus débitos, desde que o somatório das dívidas ultrapasse o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nota-se, então, que o patamar estabelecido pelo mencionado artigo é para o ajuizamento de execuções, ou seja, a Fazenda Nacional não renuncia ao seu direito de executar, nem afirma que o crédito é inexpressivo, mas apenas posterga o momento do exercício daquele. Alcançando-se o montante-limite – R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – através de outros débitos fiscais, a execução será postulada. Tal questão já foi objeto de reflexão nos tribunais pátrios:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR SONEGADO SUPERIOR AO LIMITE PREVISTO PARA EXTINÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

1. O art. 20 da Lei nº 10.522/02 não deve ser utilizado como parâmetro para aplicar o princípio da insignificância, pois o dispositivo apenas permite o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais com valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não tendo o condão de dispensar a Fazenda Nacional de cobrar aludidos débitos, desde que o somatório das dívidas ultrapasse este limite.

2. A extinção do crédito tributário ocorre apenas na hipótese prevista no art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002, razão pela qual deve ser adotado como piso para aplicação do princípio da insignificân-

cia o valor nele determinado, tal seja, igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais), consoante entendimento adotado pelas duas Turmas deste Sodalício.

3. Recurso provido para cassar o acórdão recorrido, determinando o prosseguimento da Ação Penal¹⁹.

Já se vislumbra uma clara diferença entre as duas searas, pois, no direito penal, não se posterga nada. A demanda é julgada improcedente, com irreversível trânsito em julgado, simplesmente porque o valor atingiu um patamar inferior ao limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em um caso, por exemplo, em que a ilusão total de tributos federais alcançou o valor de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), se o acusado praticasse, novamente, a mesma conduta típica – de forma espaçada, sem utilizá-la como *modus vivendi* –, não seria duplamente punido na esfera penal, pela aplicação distorcida do princípio da insignificância e, ao revés, seria executado na esfera administrativa: uma prova de que não houve insignificância.

Dessa forma, a premissa de que o Estado estabelece um valor para a tutela cível que deveria ser considerado para fins penais só é válida para a hipótese em que os débitos fiscais sejam efetivamente renunciados por aquele ente²⁰.

¹⁹ STJ, REsp n. 999.339, Quinta Turma, decisão de 18.9.2008, relator ministro Jorge Mussi, *DJE* de 20 out. 2008. Por amor à brevidade, na mesma linha, somente irão ser citados os diversos julgados existentes no Superior Tribunal de Justiça: (a) REsp n. 1.025.244, Quinta Turma, relator(a) ministra Laurita Vaz, decisão de 4.9.2008, *DJE*, de 29 set. 2008; (b) AGREsp n. 1.010.720, Sexta Turma, relator(a) ministra Jane Silva, decisão de 21.8.2008, *DJE* de 8 set. 2008; (c) AGREsp n. 995.443, Quinta Turma, relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho, decisão de 19.6.2008, *DJE* de 18 ago. 2008; (d) HC n. 35.989, Sexta Turma, relator Nilson Naves, decisão de 3.3.2005, *DJE* de 31 mar. 2008; (e) HC n. 108.966, Quinta Turma, relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho, decisão de 2.6.2009.

²⁰ Deve-se considerar, ainda, o fato de que, conforme sustentado acima, o descaminho protege outros bens jurídicos além do patrimônio estatal.

V – Da necessidade de análise casuística do princípio da insignificância – impossibilidade de o legislador estabelecer abstratamente o que é insignificante

A aferição do princípio da insignificância “há de ser resultado de uma análise acurada do caso em exame, com o emprego de um ou mais vetores”²¹. Caso contrário, se fixado abstratamente em uma norma, sem um critério seguro, pode gerar injustiças, pois não será considerado o conjunto de fatores econômico-sociais que envolvem cada fato delituoso.

Claro que, na lei, referências abstratas podem ser buscadas, mas, nunca, um critério abstrato pode ser transportado, indiscriminadamente, para o âmbito penal, como base de aplicação do princípio da insignificância²².

Ademais, não se pode permitir a subordinação direta da tipicidade penal do delito de descaminho ao juízo discricionário que o legislador faz sobre o momento em que a execução fiscal será postulada.

PENAL. DESCAMINHO. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. LEI 10.522/2002.
TRIBUTO INCIDENTE SOBRE AS MERCADORIAS APREENDIDAS AVALIADAS

²¹ PRADO, 2007, p. 155. A doutrina é homogênea na análise dessa questão. Segundo Fernando Capez, “O princípio da insignificância não é aplicado no plano abstrato [...] Tal princípio deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com suas especificidades. O furto, abstratamente, não é uma bagatela, mas a subtração de um chiclete pode ser. Em outras palavras, nem toda conduta subsumível ao art. 155 do Código Penal é alcançada por este princípio, algumas sim, outras não. É um princípio aplicável no plano concreto, portanto” (CAPEZ, 2007, p. 12).

²² Mesmo assim, conforme já se falou acima, tais referências gerais e abstratas, se fixadas pelo legislador, devem sê-las em um patamar mínimo, de forma que, certamente, em quaisquer casos, aquele *quantum* será considerado insignificante. Caberá ao magistrado, nas demais hipóteses, considerar aspectos peculiares do caso concreto, mesmo que superiores ao valor que o legislador determinou. O que se fez, no caso do patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), foi o inverso, isto é, fixou-se o critério objetivo em um *valor máximo*.

EM R\$ 6.630,00. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-APLICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA FIXADA EM VALOR EXACERBADO. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. RÉU BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DISPENSA DE CUSTAS PROCESSUAIS. ART. 3º, INCISO II, DA LEI 1.060/1950. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1 – Conquanto seja tarefa do legislador selecionar e tipificar penalmente as condutas criminosas, a avaliação da tipicidade pelo juiz não se resume ao plano meramente formal, em face do modelo adotado pela lei, mas também no plano substancial, no sentido de verificar se a conduta do agente, na persecução penal, ofende de maneira significativa o bem jurídico tutelado. Se a resposta for negativa, deixa de existir o crime, ou pelo menos o interesse de agir, como uma das condições da ação penal.

2 – No caso, a quantidade de mercadoria apreendida, que totaliza o valor de R\$ 6.630,00 (seis mil seiscientos e trinta reais), impede a aplicação do princípio, pois configura efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

3 – O fato de a Fazenda Pública não ajuizar execução fiscal de valor inferior a R\$10.000,00, nos termos da Portaria 49/2004, do Ministério da Fazenda, e mesmo a teor do art. 20 da Lei 10.522/2002, não justifica, na linha da orientação uniformizadora do colendo Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da teoria da insignificância em casos de descaminho de valor não superior a R\$10.000,00, de forma generalizada.

4 – Assim, considerando que o total do imposto sonegado ultrapassa o montante previsto no art. 18, §1º, da Lei 10.522/2002 (R\$ 100,00), fica afastada a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, na linha do entendimento da 2ª Seção deste Tribunal (EINRC 2005.34.00.025889-8/DF; Rel. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Relª Conv. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, e-DJF1 de 07/04/2008, p.112).

5 – De fato, “O art. 20, *caput*, da Lei 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do

débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante” (REsp 685.135/PR, Rel. Min. Felix Fischer, in *DJ* 2/5/2005). Portanto, “Se o valor do tributo excede o limite pelo qual o Estado expressa o seu desinteresse pela cobrança, não há falar em aplicação do princípio da insignificância” (HC 35987/RS, relator ministro Hamilton Carvalhido, *DJ* de 3 mar. 2008, p. 1) (TRF1, ACR n. 200435000026998, relator juiz Tourinho Neto. Data da decisão: 26 ago. 2008, Terceira Turma, e-*DJF1* de 12 set. 2008, p. 6).

Outro aspecto interessante deve ser exposto: conforme cediço, a aplicação do princípio da insignificância no direito penal exclui, segundo a maioria da doutrina, a tipicidade do crime.

Pois bem. A Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, que alterou o art. 20 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, foi objeto de conversão da Medida Provisória n. 206/2004, a qual tinha como única finalidade – no dispositivo modificado – aferir economicamente o custo de ajuizamento das execuções fiscais.

Contudo, acórdãos como o prolatado no HC n. 92.438/PR, *data maxima venia*, estão desvirtuando a finalidade da norma, pois aplicam, sem outros critérios – e isso pode ser constatado da leitura do inteiro teor da decisão, a qual somente fez considerações sobre o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) –, diretamente o patamar estabelecido pela Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004.

A se adotar um critério automático de exclusão da tipicidade do crime unicamente por conta da norma, sem análise do caso concreto, estar-se-ia admitindo, diretamente, a exclusão de tipicidade por uma simples medida provisória.

Faz-se necessário repetir que, no caso concreto, o critério estabelecido pela medida provisória supramencionada foi o único existente para o trancamento da demanda penal. No acórdão analisado, nenhuma outra consideração foi feita, a não ser a aplicação direta do patamar fixado.

VI – Dos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e intervenção mínima

Outro equívoco da respeitável decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal foi o de considerar que os princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e intervenção mínima estariam sendo afetados porque, na esfera administrativa, as dívidas inferiores ao patamar de R\$ 10,000,00 (dez mil reais) não são executadas, *in verbis*:

À luz de todos os princípios que regem o direito penal, especialmente o princípio da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima, é *inadmissível* que uma conduta seja *administrativamente irrelevante* e, ao mesmo tempo, seja considerada criminalmente relevante e punível! [*destaques conforme o original*].

Com o respeito devido, a compreensão equivocada deriva do entendimento de que o bem jurídico tutelado pelo direito penal, no crime de descaminho, é *exclusivamente o financeiro*.

Precipuamente, conforme já se destacou acima, o crime de descaminho não foi criado para proteger as finanças do “Poder Público”, caso contrário haveria um excessivo “*bis in idem* nas razões de tutela”, em face dos crimes contra o Sistema Tributário²³.

Por mais que se fale em proteção do Erário, este não é o foco primordial no crime de descaminho. Deve-se ressaltar que, além de um aspecto de proteção – diga-se, principal, e não meramente

²³ Importante salientar que, para Luiz Regis Prado, deve-se distinguir o chamado “bem jurídico”, da “função” da tutela penal: “[...] não se pode acolher a tese de que a pura e simples função tributária (de arrecadação, por exemplo) seja o bem jurídico protegido no Direito Penal Tributário, por sua incapacidade de cumprir a função de garantia que se atribui ao bem jurídico, ou, de outra forma, ‘em sua capacidade de pôr em perigo dita função de garantia’, o que pode levar ao esvaziamento do sentido real da proteção jurídica, e converter os tipos penais em pura infração de dever” (PRADO, 2007, p. 261).

secundário – da indústria e do comércio nacionais, há uma ligação com o próprio comércio internacional, e uma prova disso é a existência da Convenção sobre Repressão do Contrabando, assinada em Buenos Aires, em 1935, e depositada na União Pan-Americana, em 29 de março de 1938, da qual o Brasil foi um dos países signatários.

Nessa linha, cabe transcrever parte do Parecer n. 1.824/2003, da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, a respeito do texto da Convenção para, dentre outros, Prevenir e Combater a Evasão Fiscal e sobre Matérias Aduaneiras, celebrada entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República do Paraguai, *ad verbum*:

O Artigo 34 determina que a fiscalização e o controle das mercadorias submetidas aos regimes especiais de Depósito Franco e de trânsito aduaneiro ficarão a cargo das autoridades aduaneiras dos respectivos Estados Contratantes.

O Título III trata das Disposições sobre a Prevenção e Repressão ao Contrabando, ao Descaminho e à Falsificação de Produtos Derivados do Fumo. Prevê ações conjuntas a serem empreendidas pelas autoridades aduaneiras e aquelas consideradas pelos Estados Contratantes como competentes, e o intercâmbio de informações tendentes à prevenção, investigação e repressão do contrabando, *do descaminho* e falsificação de cigarros e outros derivados do fumo, materiais e insumos utilizados para sua fabricação [*destacou-se*]²⁴.

Tudo isso significa que o Brasil assumiu compromissos externos para repressão dos crimes de descaminho e aceitar o excessivo patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para aplicação do

²⁴ O Decreto n. 972/2003 aprovou o texto da Convenção para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Imposto de Renda, Prevenir e Combater a Evasão Fiscal e sobre Matérias Aduaneiras, celebrada entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República do Paraguai, em 20 de setembro de 2000.

princípio da insignificância é, no mínimo, desrespeitar tais acordos internacionais.

VII – Propostas para o estabelecimento de critérios na aplicação do princípio da insignificância

Malgrado a aferição da aplicação ou não do princípio da insignificância deva ser realizada de forma pontual, a fim de tornar possível a análise dos aspectos subjetivos e materiais que envolvem o réu e a própria demanda, não se pode negar que o julgador, na análise do caso concreto, muitas vezes, vale-se de algum critério monetário que orientará o seu juízo, para fins de aplicação ou não daquele princípio.

Ressalte-se que não se está aqui a defender a utilização pura e simples de *qualquer parâmetro monetário*, de forma automática, pois, como já se salientou, o direito penal não se presta a tais abstrações, dado o seu caráter eminentemente subjetivo e casuístico.

Por outro lado, não se pode negar que um critério monetário seria muito justificável, tanto sob o ponto de vista prático – em virtude do grande volume de ações criminais envolvendo os delitos de descaminho –, quanto do ponto de vista da necessária segurança jurídica, esta utilizada no sentido de que, tanto quanto possível, deve-se conferir tratamento semelhante a réus que possuam condições objetivas e subjetivas parecidas e pratiquem delitos com mesmo grau de afetação ao bem jurídico.

Outrossim, tais vetores monetários devem estar ligados às bases da política criminal que orientam o tipo. Em relação ao crime de descaminho, dois são os critérios, *a priori*, vislumbrados.

Um primeiro critério, que é o estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça, leva em consideração o valor de R\$ 100,00

(cem reais), *quantum* esse que permite a extinção *in limine* do crédito tributário – Lei n. 10.522/2002, art. 18, § 1º.

Uma outra referência é a adoção do *quantum* de US\$ 300,00 (trezentos dólares americanos) e de US\$ 500,00 (quinhentos dólares americanos), utilizados pela Receita Federal como limite para a isenção de tributos relativos à importação de mercadorias.

Nas hipóteses em que, por óbvio, *subsistir a tipicidade formal*²⁵, trata-se de montante razoável e que poderia sim ser considerado, em grande número dos casos, como inexpressivo, *além de* estar em consonância com o entendimento do Fisco, estabelecido na Instrução Normativa SRF n. 177, de 6 de outubro de 1998, com a alteração dada pela IN SRF n. 538, de 20 de abril de 2005, *in verbis*:

Art. 6º A bagagem acompanhada está isenta relativamente a:

I – livros, folhetos e periódicos;

II – roupas e outros artigos de vestuário, artigos de higiene e do toucador, e calçados, para uso próprio do viajante, em quantidade e qualidade compatíveis com a duração e a finalidade da sua permanência no exterior;

III – outros bens, observado o limite de valor global de:

a) US\$ 500.00 (quinhentos dólares dos Estados Unidos) ou o equivalente em outra moeda, quando o viajante ingressar no País por via aérea ou marítima;

b) US\$ 300.00 (trezentos dólares dos Estados Unidos) ou o equivalente em outra moeda, quando o viajante ingressar no País por via terrestre, fluvial ou lacustre.

²⁵ Na prática, nota-se que há situações em que determinados fatos são enquadrados como descaminho, mas há desobediência a outras normas de comércio exterior, além da ilusão tributária. De qualquer forma, no caso de ocorrer somente esta, se o montante tributário for inferior à isenção fiscal, estaremos, de fato, diante de uma atipicidade do delito e não de aplicação do princípio da insignificância.

Parágrafo único. Por ocasião do despacho aduaneiro, é vedada a transferência, total ou parcial, do limite de isenção para outro viajante, inclusive pessoa da família [destacou-se].

Nessa vereda, registre-se que tal critério foi adotado pela 2ª Câmara de Coordenação do Ministério Público Federal, Voto n. 30/2008, Ata da 442ª Sessão, Brasília, DF, de 16 de junho de 2008:

Processo: 1.21.000.000025/2008-93 (voto 30/2008). Relator: Dr. Wagner Gonçalves. Ementa: Procedimento administrativo. Representação fiscal para fins penais. Descaminho. Art. 334, §1º, “c”, do Código Penal. Valor total das mercadorias que não ultrapassa o valor limite de isenção fiscal. Princípio da insignificância. Insistência no arquivamento. Nos termos da Instrução Normativa nº 538 da SRF, de 20/04/2005, a cota de isenção de tributos relativos à importação e exportação de mercadorias é de US\$ 300,00 (trezentos dólares americanos). No caso vertente, as mercadorias apreendidas foram avaliadas em R\$ 261,00 (duzentos e sessenta e um reais), sendo certo afirmar, portanto, que não incide tributo algum sobre tal montante. O pequeno valor da mercadoria justifica a aplicação do princípio da insignificância, pois é manifesto o desinteresse do Estado em punir conduta inexpressiva, que é atípica. Voto pela insistência no arquivamento²⁶.

²⁶ Disponível em <<http://www.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 9 jan. 2008. No mesmo sentido: “Processo 1.21.000.000086/2008-51 (2693 – je), relator(a) subprocuradora-geral da República Ana Maria Guerrero Guimarães, voto-vista subprocuradora-geral da República Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque. Ementa voto-vista: “A fim de se evitar tautologia, adoto o relatório de fls. 34/35. De acordo com a Instrução Normativa nº 538 da Secretaria da Receita Federal, a qual entrou em vigor na data da sua publicação no DOU de 22.04.2005, o limite de isenção tributária para as compras feitas em território estrangeiro é de ‘U\$\$ 300,00 (trezentos dólares dos Estados Unidos) ou o equivalente em outra moeda, quando o viajante ingressar no País por via terrestre, fluvial ou lacustre’. Na hipótese em comento, constata-se que o investigado detinha a posse de mercadorias no valor de R\$ 405,00 (quatrocentos e cinco reais), quantia esta inferior ao limite de isenção de U\$\$ 300,00 (trezentos dólares americanos) à época dos fatos. Portanto, em razão da não extrapolação do limite de isenção estabelecido pela referida Instrução Normativa, bem como porque as mercadorias não apontam destinação comercial e não há nos autos notícia de habitualidade delitiva em crime da mesma natureza, divergindo da Ilustre Relatora Dra. Ana Maria Guerrero

Sem dúvida, as sugestões de adoção dos critérios acima descritos não afastam a aferição de outros, desde que coerentes com o bem jurídico protegido pelo crime descrito no art. 334 do Código Penal e com o próprio princípio da insignificância.

VIII – Conclusão

Nesta breve exposição, alguns pontos merecem destaque:

- a) Necessidade de haver a desvinculação do bem jurídico tutelado no crime de descaminho do interesse meramente econômico-fiscal de ajuizamento das execuções fiscais.
- b) Separação entre os valores subjetivos do princípio da insignificância e os objetivos processuais e financeiros da execução fiscal. Deve-se compreender que o equívoco não está no valor estabelecido pela Fazenda Nacional, mas, sim, na adoção desse critério para a aplicação do princípio da insignificância no direito penal.
- c) Nos débitos inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ocorrência efetiva de atos de cobrança por parte do Fisco – diversos do ajuizamento de ações executivas –, além da inclusão do CNPJ/CPF do contribuinte no Cadastro de Inadimplentes (CADIN), na forma e tempo previstos no art. 2º da Lei n. 10.522/2002, e aplicação de restrições para fins de certificação fiscal e de restituição/ressarcimento de tributos (Decreto-Lei n. 2.287/1986, art. 7º).
- d) Compreensão de que, ao se transportar o critério objetivo-formal de ajuizamento das execuções fiscais – no caso o

Guimarães, ‘data venia’, voto pela insistência no pedido de arquivamento, nos termos da manifestação do il. Membro do ‘Parquet’ oficiante (fls. 02/05)”.

valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – para o direito penal, ocorrerá uma aniquilação completa do *jus puniendi* e, ao revés, no âmbito administrativo a possibilidade de execução ainda irá persistir, por tal valor não ser nem um pouco irrisório.

- e) Necessária análise casuística do princípio da insignificância – impossibilidade de o legislador estabelecer indistinta e abstratamente o que é insignificante, sem um critério seguro de referência.
- f) Não violação dos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e intervenção mínima na desvinculação do princípio da insignificância no direito penal do *quantum* necessário para ajuizamento das execuções fiscais, já que são esferas completamente diversas do ordenamento jurídico.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando e descaminho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: 6ª série. São Paulo, Saraiva, 1997.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A incidência dos danos psíquicos em vítimas de sequestro e cárcere privado à luz do Código Penal

Joceli Scremin da Rocha*

Sumário: 1 Do conceito de sequestro e cárcere privado. 1.1 Da importância do bem jurídico tutelado. 1.2 Dos aspectos históricos do crime de sequestro e cárcere privado. 2 Tipificação do crime na legislação penal brasileira. 2.1 Considerações doutrinárias. 2.2 Da análise do crime. 2.3 Do perfil da prática do crime no Brasil. 3 O sequestro e a psiquiatria forense. 3.1 Da síndrome de Estocolmo. 3.2 Do Transtorno de Estresse Pós-Traumático. 3.3 Dos danos psíquicos. 4 Valoração da perícia psiquiátrica forense na legislação penal. 4.1 Do Transtorno de Estresse Pós-Traumático causado em vítimas de sequestro: circunstância agravante ou qualificadora? 5 Conclusão.

1 Do conceito de sequestro e cárcere privado

De início, torna-se necessário apontarmos a existência de semelhanças e diferenças entre o sequestro e o cárcere privado. Dentre as diferenças, podemos ressaltar resumidamente que a prática do cárcere privado consiste na privação da liberdade de locomoção de uma pessoa de forma mais estrita, efetivada por meio da clausura, no local onde ela estiver.

Por sua vez, o sequestro admite que essa mesma privação da liberdade de locomoção seja efetivada de uma forma mais ampla, admitindo sua efetivação em local diverso daquele no qual ela se encontrar.

* Joceli Scremin da Rocha é Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de São Paulo e servidora do Ministério Público Federal.

A clausura, *per se*, consiste na retenção da vítima em um recinto fechado; todavia, o ato de sequestrar pode se consumir em um local aberto. Nesse sentido: “pode-se encarcerar alguém em um quarto, em uma sala, em uma casa etc.; e pode-se sequestrar retirando-o de um determinado lugar e levando-o para outro, como para uma ilha, um sítio etc.”¹.

Dessa feita, tanto no sequestro como no cárcere privado ocorrem duas situações: a detenção e a retenção de alguém. A detenção consiste basicamente em transportar a vítima para um determinado local e prendê-la; por outro lado, a retenção é caracterizada pela circunstância de impedir a sua saída.

No cárcere privado, a detenção ou a retenção da vítima é realizada, necessariamente, por meio de clausura ou confinamento. Por sua vez, o sequestro admite que a detenção e a retenção sejam realizadas em um recinto fechado, por enclausuramento, ou em um local aberto.

A semelhança existente entre ambos resta demonstrada pelo objeto jurídico tutelado pelo Estado, de forma que a liberdade de locomoção e o movimento de qualquer pessoa sejam preservados. Portanto:

Constituem o seqüestro e o cárcere privado formas da privação total ou parcial da liberdade de locomoção de alguém. Configuram-se, embora reste ainda à pessoa certa liberdade, ainda que ela possa, dentro em certos limites, movimentar-se ou locomover-se. *O bem jurídico é, pois, o direito de ir e vir, a liberdade de movimento no espaço.*

Tutela-o a lei, avisada de que só o Estado, por forma competente, pode privar o indivíduo do gozo desse bem² [g.n.].

¹ CAPEZ, 2005, p. 308-317.

² NORONHA, 1976, p. 160-162.

1.1 Da importância do bem jurídico tutelado

O sequestro e o cárcere privado são crimes que atentam contra a liberdade individual, mais especificamente contra a liberdade de locomoção, do movimento de ir, vir ou ficar das pessoas.

Precisamente, o bem jurídico tutelado é o livre gozo dessa liberdade, tendo em vista que a finalidade do Direito Penal consiste na “proteção dos bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade”³.

A fonte de todos os bens essenciais para o convívio em sociedade encontra-se resguardada na Constituição Federal. Por seu turno, o direito à liberdade qualifica-se como um desdobramento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, esculpido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, transcrito a seguir:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana [...].

Em conformidade com as palavras do doutrinador Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. [...]

Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual⁴.

³ GRECO, 2003, p. 2-11.

⁴ MORAES, 2003, p. 128-129.

É mister ressaltar que o direito à liberdade é consagrado como um direito indisponível e como uma garantia fundamental a todas as pessoas, devidamente assegurado no artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] [g.n.].

Assim, a liberdade foi eleita pela Carta Magna como um valor imprescritível, inalienável, irrenunciável, inviolável, universal, efetivo, interdependente e indispensável para a manutenção da vida social.

É justamente na Constituição Federal que o legislador penal deve se orientar para definir os delitos, obedecendo pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos da sociedade, com a edição de normas que proibam determinadas condutas aptas a violar direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa⁵.

1.2 Dos aspectos históricos do crime de sequestro e cárcere privado

No Direito Romano, a prática da prisão arbitrária era considerada um crime punível pela *Lex Julia* (D. 48, 6, 5, 5). Posteriormente, a Constituição de Zenon (486 d.C.) qualificou o cárcere privado como um crime autônomo, considerando que a única pessoa apta a determinar o encarceramento de alguém era o soberano (Cód. IX, 5, 1).

⁵ Nesse sentido: GRECO, 2003, p. 2-11.

Nessa época, o cárcere era configurado como crime de lesa-majestade e visto como uma usurpação do poder soberano. Por conseguinte, cominava-se aos acusados a pena capital.

O imperador romano Justiniano, durante o seu período de governo, em tese, amenizou tal punição, uma vez que determinou que o encarceramento do agente que praticasse tal crime deveria ser correspondente ao mesmo tempo da duração do crime infligido à vítima (*tot dies manere in publico carcere, quot quis in privato ab esi inclusus*)⁶.

No decorrer da Idade Média, o cárcere privado continuou sendo considerado um crime de lesa-majestade. No entanto, determinava-se a extinção da punibilidade ao agente que infligisse à vítima detenção *considerada justa* e por tempo inferior a 20 horas (*Qui capit aliquem et detinet ex injusta causa, punitur poena privatis carceris, etiam illum detinet minori spatii viginti horarum*)⁷.

No que tange ao direito comparado, o antigo direito italiano previa o crime de sequestro no código sardo de 1859 e no toscano em 1853, respectivamente em seus artigos 199 e 360. Não obstante, o crime de sequestro atualmente capitulado no Código Penal brasileiro apresenta características semelhantes ao código toscano de 1853.

O Código Penal francês, datado de 1810, tratou da matéria em comento especificamente no título *Arrestations illégales et séquestration de personnes*. Por sua vez, o Código Penal alemão, de 1871, atentou para o crime de cárcere privado introduzindo o *Freiheitsberaubung*⁸.

⁶ COSTA, 1987, p. 283-287.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

O crime de sequestro também é mencionado no Código Penal do Paraguai. No referido instituto jurídico, o delito de sequestro encontra-se enumerado no rol dos crimes contra as garantias constitucionais⁹.

2 Tipificação do crime na legislação penal brasileira

O Código Criminal do Império, datado de 1830, por meio do título *Dos crimes contra a liberdade individual*, especificou o delito de cárcere privado da seguinte forma:

Haverá cárcere privado quando alguém for recolhido preso em qualquer casa ou edifício não destinado para prisão pública, ou ali conservado sem urgentíssima necessidade pela autoridade oficial, ou pessoa que o mandar prender ou o prender, e bem assim quando for preso nas prisões públicas por quem não tiver autoridade para o fazer¹⁰.

É necessário atentarmos ao fato de que o Código Criminal do Império admitia que o local do crime poderia incluir as próprias prisões públicas¹¹. Já o nosso Código Penal de 1890, inspirado no Código Penal de Portugal vigente em 1852, instituiu o delito de sequestro e cárcere privado, em seu Livro II, intitulado *Dos Crimes em Espécie*, artigo 181, com a seguinte redação:

Art. 181. Privar alguma pessoa de sua liberdade, retendo-a para si ou por outrem, em carcere privado, ou conservando-a em seqüestro por tempo menor de 24 horas:

Pena – de prisão celular por dous mezes a um anno.

§ 1º Si a retenção exceder desse prazo:

⁹ “Art. 274º – El que fuera de los casos previstos por la ley o contra la prohibición de ella arrestare, detuviere o secuestrare a una persona, o la privare de otro modo de su libertad, será castigado con tres a seis meses de penitenciaria”.

¹⁰ COSTA, 1987, p. 183-187.

¹¹ BITENCOURT, 2003, p. 450-459.

Pena – de prisão celular por 6 meses a 2 annos.

§ 2º Si o criminoso commetter o crime simulando ser autoridade publica, ou usando de violencia:

Pena – a mesma, com augmento da terça parte¹².

É importante destacarmos ainda o disposto nos artigos 182 e 183, também pertencentes ao Código Penal de 1890:

Art. 182. Causar à pessoa retenda, ou sequestrada, máos tratos, em razão do logar e da natureza da detenção, ou qualquer tortura corporal:

Pena – de prisão celular por um a tres annos¹³.

Art. 183. Si aquelle que commetter o crime de carcere privado não mostrar que restituiu o paciente à liberdade, ou não indicar o seu paradeiro:

Pena – de prisão celular por 2 a 12 annos¹⁴.

Cumpre salientar que, no Código Penal de 1890, o local do cárcere privado passou a ser considerado *qualquer casa ou edificio não destinado à prisão pública*¹⁵, diferentemente do Código Criminal do Império de 1830.

Por fim, o entendimento da inclusão do delito de sequestro como uma forma alternativa do crime de cárcere privado, instituído originariamente no Código Penal de 1890, em seu artigo 181, supra-mencionado, permaneceu no Código Penal brasileiro de 1940.

2.1 Considerações doutrinárias

O delito de sequestro e cárcere privado encontra-se enumerado atualmente no artigo 148 do Código Penal, com o seguinte teor:

¹² FARIA, 1904, p. 266-271.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Ibidem, p. 266.

Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:

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

§ 1º A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos:

I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta anos);

II – se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III – se a privação de liberdade dura mais de 15 (quinze) dias;

IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;

V – se o crime é praticado com fins libidinosos.

§ 2º Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou de natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral;

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

A análise do tipo penal do sequestro e cárcere privado, como já dito anteriormente, relaciona-se com uma conduta praticada por alguém, de forma que provoque a restrição da liberdade de outrem, relativamente ao seu direito de ir e vir. O direito à liberdade de ir e vir representa o objeto jurídico do tipo penal; por sua vez, o objeto material desse crime é representado pela pessoa sobre quem recai a conduta criminosa.

A privação da liberdade sofrida pela vítima deve ser permanente, prolongando-se no tempo por um período razoável. Destarte, a doutrina ressalta tratar-se o sequestro e cárcere privado de um *crime permanente, aquele cuja consumação se prolonga no tempo*¹⁶.

O delito pode ser praticado e sofrido por qualquer pessoa, não se admitindo, porém, a modalidade do crime na forma culposa.

¹⁶ NUCCI, 2005a, p. 585-588.

O dolo representa o elemento subjetivo do crime, consistente no *animus* livre e consciente de privar alguém da sua liberdade de locomoção.

A tentativa é possível somente quando o agente deseja privar a liberdade da vítima, mas a execução é impedida por circunstâncias alheias à sua vontade. Tal hipótese caracteriza a forma comissiva do delito.

Considerando que se trata de um crime material, a consumação ocorre no exato momento em que a vítima é privada do seu direito de liberdade e de locomover-se, ainda que por um lapso de tempo reduzido. A modalidade do delito subdivide-se nas formas simples e qualificada.

A modalidade simples encontra-se descrita no *caput* do artigo acima colacionado, com pena de reclusão de um a três anos. Por outro lado, a modalidade qualificada encontra-se descrita em várias alterações recentes.

Dentre essas várias alterações, podemos citar os incisos I e V, pertencentes ao § 1º do artigo 138 do referido diploma legal, sobre os quais incidem aumento de pena, passando de dois a até cinco anos de reclusão.

A inclusão do teor *vítima ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 anos* no inciso I, deve-se respectivamente à promulgação e vigência das Leis n. 11.106/2005 e n. 10.741/2003.

A Lei n. 11.106/2005 atendeu ao preceito constitucional do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, reconhecendo a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Dessa forma, o inciso em comento evidenciou a prática do crime contra

companheiro ou companheira, da mesma forma que já era dispensada ao cônjuge, ascendente e descendente.

Em relação ao crime envolvendo vítima maior de 60 anos, a ampliação da qualificadora deve-se à criação do Estatuto do Idoso, hodiernamente em vigência por meio da Lei n. 10.741/2003.

Outro aspecto importante é demonstrado no inciso V, que ressalta a prática do crime de sequestro e cárcere privado para fins libidinosos. A inclusão desse inciso também é decorrente da edição da Lei n. 11.106/2005, que revogou todos os crimes de rapto previstos anteriormente no Código Penal de 1940, enumerados nos artigos 219 a 222¹⁷.

Observa-se que o crime de rapto violento ou mediante fraude, anteriormente descrito no artigo 219 do Código Penal, e atualmente revogado, apresentava uma pena mais severa, cuja reclusão variava de dois a quatro anos, comparando-se ao delito de sequestro e cárcere privado, cominado com pena de reclusão de um a três anos.

Além disso, a vítima deveria ser mulher e honesta. O conceito de honestidade em meados de 1940 excluía não somente da tutela penal, mas mormente da sociedade, as prostitutas ou as mulheres

¹⁷ “Art. 219. Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude para fim libidinoso:

Pena – reclusão de dois a quatro anos.”

“Art. 220. Se a raptada é maior de quatorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento:

Pena – detenção, de um a três anos.”

“Art. 221. É diminuída de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento, e da metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitui à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família.”

“Art. 222. Se o agente, ao efetuar o rapto, ou em seguida a este, pratica outro crime contra a raptada, aplicam-se cumulativamente a pena correspondente ao rapto e a cominada ao outro crime.”

que demonstrassem um comportamento sexual considerado liberal aos padrões da época.

Como se não bastasse, verificamos que o delito de rapto não fornecia tutela aos homens, restringindo-se somente à mulher, não se levando em conta que um homem também poderia sofrer privação de sua liberdade para fins libidinosos.

Portanto, a introdução do inciso V no artigo 148, § 1º, do Código Penal, por meio da Lei n. 11.106/2005, tipifica como crime a privação de liberdade para fins libidinosos, eventualmente sofrida por qualquer pessoa, e *independentemente de sua condição sexual*, atendendo-se mormente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Cumprе salientar que a pena é mais severa, com reclusão variável de dois a oito anos, se resultar à vítima, *em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral*, conforme as disposições expressas no artigo 148, § 2º, do mesmo diploma legal.

São exemplos de maus-tratos a prática de atos violentos, falta de alimentação, ausência do fornecimento de medicamentos, restrição da liberdade em um local perigoso ou insalubre etc. O sofrimento físico da vítima poderá ser demonstrado pelo desenvolvimento de doenças, manifestação de sentimento de vergonha, medo, pavor etc.¹⁸.

Em se tratando da hipótese de lesão corporal, o agente responderá por concurso material, uma vez que a configuração da prática do delito de sequestro e cárcere privado, em sua modalidade qua-

¹⁸ MIRABETE, 2002, p. 185-189.

lificada, não possui o condão de absorver as lesões eventualmente produzidas pelos agentes.

O consentimento válido da vítima para a prática do sequestro, por sua vez, respalda a atipicidade da conduta. Ressalte-se, porém, que o entendimento corroborado pela doutrina e pela jurisprudência é que se torna irrelevante o consentimento da vítima, em se tratando de menores de 14 anos de idade.

2.2 Da análise do crime

Podemos afirmar que outra qualidade do crime de sequestro é a subsidiariedade. Isso significa que, em grande parte dos casos, ele é praticado, na realidade, para o cometimento de outro crime, podendo nessas hipóteses ser absorvido pelo delito-fim, dependendo do caso *in concreto*¹⁹.

Dessa forma, o operador do Direito, ao tipificar a conduta delituosa, deverá atentar ao *animus* do agente, na prática do crime em questão, demonstrado no decorrer das investigações, presentes a autoria e a materialidade.

Na hipótese de o agente subtrair menor de 18 anos para dele cuidar, sem, contudo, inexistir o *animus* de privá-lo de sua liberdade de locomoção, não será responsabilizado pelo sequestro, mas sim pelo crime de subtração ou sonegação de incapazes, descrito no artigo 249 do Código Penal.

Em outra situação, caso exista encarceramento da vítima com finalidade corretiva, mas com rigores excessivos, restará demonstrado o crime de maus-tratos, capitulado no artigo 136 do diploma legal em referência.

¹⁹ Nesse sentido: MIRABETE, 2002, p. 185-189.

Por outro lado, caso o agente tenha a intenção do seqüestro, com a finalidade de receber vantagem econômica, responderá pelo crime de *extorsão mediante seqüestro*, previsto no artigo 159 do Código Penal, com o seguinte teor:

Art. 159. Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço de resgate:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Se o seqüestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.

§ 2º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 16 (dezesesseis) a 24 (vinte e quatro) anos.

§ 3º Se resulta a morte:

Pena – reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos.

§ 4º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços [g.n.].

É necessário ressaltarmos que o crime de extorsão mediante seqüestro é também considerado um crime hediondo, nos moldes do artigo 1º, inciso IV, da Lei n. 8.072/1990, com a seguinte redação:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

[...]

IV – *extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada* (art. 159, caput e §§ 1º, 2º e 3º) [g.n.];

A referida lei aponta que os crimes considerados hediondos são insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança ou liberdade provisória e que as penas deverão ser cumpridas inicialmente em regime fechado²⁰.

Na atualidade, as estatísticas apontam um crescimento vertiginoso da prática do crime de extorsão mediante sequestro. É relevante observarmos que, embora o artigo 159 do Código Penal admita que o agente obtenha *qualquer vantagem para si ou para outrem*, na maioria dos casos, a barganha mais incidente nesta modalidade de crime é exclusivamente econômica ou patrimonial.

Devemos considerar ainda a existência de outra modalidade de privação da liberdade das vítimas, largamente praticada em nossos dias e conhecida como *sequestro relâmpago*.

Na realidade, tal modalidade de delito não se trata do sequestro tipificado no artigo 148 do Código Penal, mas sim do delito de roubo, capitulado no artigo 158, § 2º, acrescido do inciso V, com as modificações trazidas pela Lei n. 9.426/1996, da seguinte forma:

Art. 157. Subtrair coisa imóvel ou alheia, para si ou outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

[...]

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:

[...]

V – *se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade*
[g.n.].

²⁰ Cf. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, artigo 2º, incisos I e II, § 1º, com a redação alterada pela Lei n. 11.464/2007.

No entanto, verifica-se que a tipificação penal de *sequestro relâmpago* foi tratada recentemente pelo legislador, com a edição da Lei n. 11.923, de 17 de abril de 2009, nestes termos:

Art. 1º O artigo 158 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

Art. 158

[...]

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente [...]²¹.

2.3 Do perfil da prática do crime no Brasil

O sequestro ou cárcere privado, conforme já mencionado, classifica-se como um crime subsidiário. Dessa forma, ele pode ser utilizado pelo agente como um auxílio ou como um recurso, exclusivamente voltado à obtenção de uma outra finalidade, representada pela concretização de outros crimes, alguns de extrema gravidade.

À guisa desse exemplo, pode-se afirmar que, em algumas hipóteses, o emprego do sequestro ou cárcere privado consiste em um *modus operandi* ou um ritual, utilizado por *serial killers* para estuprar, sodomizar, assassinar ou esquartejar suas vítimas. Nesse sentido, a pesquisadora Ilana Casoy entende que “rituais são enrai-

²¹ Interpretando-se a lei em referência, e recentemente publicada, verifica-se que não houve revogação do artigo 157, § 2º, inciso V, do Código Penal, que já tratava da modalidade criminosa de *sequestro relâmpago*. Além disso, percebe-se que a pena mínima que foi cominada pelo legislador fere o princípio da proporcionalidade, atentando-se a outros limites mínimos de pena atualmente enumerados em crimes protetores de bens jurídicos mais valiosos, citando-se, como exemplo, o homicídio simples, tipificado no artigo 121, *caput*, do Código Penal. Nesse sentido: BOLETIM IBCCRIM, 2009.

zados na fantasia e freqüentemente envolvem parafilias, como cativo, escravidão, posicionamento do corpo e *overkill*, entre outras. Pode ser constante ou não”²².

Porém, no Brasil, as estatísticas apontam que o ato de sequestrar, em tese, é utilizado com maior frequência por criminosos para a obtenção de vantagem econômica ou patrimonial. Tal conduta, à letra fria da lei, configura o crime de extorsão mediante sequestro, envolvendo, mormente, como vítimas empresários, artistas, profissionais do esporte e seus respectivos familiares.

Historicamente, o primeiro crime de extorsão mediante sequestro ocorreu em São Paulo, na década de 1950, em face do empresário Eduardo José Maria Matarazzo, herdeiro de um enorme império econômico.

No Brasil, uma modalidade do delito de sequestro que não foi praticada para a obtenção de uma vantagem patrimonial, mas sim em razão de um interesse político e ideológico, e considerado de enorme importância para compreendermos o retorno do regime democrático em nosso país, ocorreu em julho de 1969, por meio do sequestro do embaixador americano Charles Burke Elbrick²³.

²² CASOY, 2004.

²³ A Direção da Dissidência do Partido Comunista do Brasil, composta por militantes da Frente de Trabalho Armado e por alguns integrantes da Aliança Libertadora Nacional, situada no Rio de Janeiro, na época denominado Guanabara, imaginou, em 1969, o sequestro de um representante diplomático. A ação teria como finalidade liberar companheiros presos, bem como chamar a atenção da opinião pública nacional e internacional para a audácia e determinação do movimento revolucionário comunista no Brasil. O alvo mais significativo seria o embaixador dos Estados Unidos da América, tachado como representante e defensor dos “interesses imperialistas norte-americanos em nosso país”. A operação do sequestro foi realizada na data de 4 de setembro de 1969 e a negociação para a libertação do embaixador americano envolveu uma seleção de quinze nomes de comunistas brasileiros a serem libertados: Agonaldo Pacheco da Silva, Flávio Aristides de Freitas Tavares, Ivens Marchetti de Monte Lima, João Leonardo da Silva Rocha, José Dirceu de Oliveira e Silva, José Ibraim, Luiz Gonzaga Travassos da Rosa, Maria Augusta Carneiro Ribeiro, Onofre Pinto, Ricardo Villas Boas Sá Rego, Ricardo Zaratini Filho,

É importante destacarmos que, se um crime com aspectos semelhantes fosse praticado nos dias de hoje, não obstante a presença do pluralismo político e da liberdade de convicção política, assegurados taxativamente pela Carta Magna como um princípio e um direito fundamental, o sequestro, *in casu*, seria enquadrado como um crime contra a Segurança Nacional, previsto no artigo 20 da Lei n. 7.170/1983:

Art. 20. Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou ato de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas:

Pena – reclusão, de três a dez anos.

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo [g.n.].

Cumpre salientarmos que a competência para julgar os crimes contra a Segurança Nacional, mencionados na referida lei, pertence à Justiça Federal, em consonância com o disposto no artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços, ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral²⁴;

Rolando Fratti, Vladimir Gracindo Soares Palmeira, Gregório Bezerra e Mário Roberto Galhardo Zanconato. O embaixador Elbrick, 61 anos, foi libertado na Rua Eduardo Ramos, no Bairro da Tijuca, na data de 7 de setembro de 1969, após a confirmação de que os presos haviam embarcado de avião e decolado no México, que havia concordado em receber os presos políticos. A exaltada ação, em razão dos erros cometidos em seu planejamento e execução, proporcionou condições para que fossem desferidas atitudes ainda mais repressivas contra a Aliança Libertadora Nacional (ALN).

²⁴ Na época do sequestro do embaixador Charles Burke Elbrick, vigorava no Brasil o Decreto-Lei n. 314, de março de 1968, o qual definia os crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social. Posteriormente, o referido decreto foi modificado pela instituição

3 O sequestro e a psiquiatria forense

Como vimos, o sequestro é um crime comum, material, comissivo e subsidiário, podendo ser utilizado como um meio-fim para a consecução de outras espécies de delitos, alguns deles considerados ainda mais repugnantes pela sociedade. Infelizmente, no âmbito científico, já se comprovou que o sequestro é capaz de produzir em suas vítimas sofrimentos emocionais, traumas ou, mais precisamente, danos psíquicos.

Dentre algumas modificações psicológicas que assolam as vítimas nessa modalidade de crime, é importante destacarmos a Síndrome de Estocolmo e o Transtorno de Estresse Pós-Traumático, ambos considerados pela psiquiatria como transtornos psíquicos.

É forçoso reconhecer que, devido ao patamar elevado da prática de crimes de sequestro e cárcere privado na atualidade, incluindo-se, outrossim, todas as suas modalidades criminosas subsidiárias, aumentam-se na mesma proporção o número de vítimas portadoras de abalos psíquicos, em decorrência da conduta agressiva empregada pelos agressores.

3.1 Da Síndrome de Estocolmo

A Síndrome de Estocolmo pode ser definida como certas condutas estranhas que demonstram a existência de um elo afetivo envolvendo respectivamente os sequestradores e suas vítimas²⁵.

do Decreto-Lei n. 898, de setembro de 1969, após a edição do Ato Institucional n. 5, ocorrendo a suspensão da garantia do *habeas corpus* nos crimes políticos. Os suspeitos de crimes contra a Segurança Nacional eram indiciados através de inquérito policial militar.

²⁵ Em 1973, na cidade de Estocolmo, durante o assalto bancário do Kreditbanken-Norrmalmstorg, os assaltantes mantiveram enclausurados os empregados do banco, durante vários dias. O período de cativeiro foi de 23 a 28 de agosto de 1973. Posteriormente, quando ocorreu a libertação das vítimas, um jornalista fotografou o instante em que uma das reféns e um dos sequestradores se beijavam. Esse acontecimento serviu de origem para

Assim, acredita-se que a síndrome possa ser qualificada como uma *enfermidade* que sofrem algumas pessoas que passam por uma situação de cativo.

Do ponto de vista psicológico, a Síndrome de Estocolmo pode ser considerada uma resposta emocional produzida na vítima, pelo cárcere ou pelo cativo, consubstanciada em seu total desamparo e na sua situação de extrema vulnerabilidade²⁶.

Nessa vereda, a jornalista e psicóloga Marisa Fortes, profissional militante do Grupo Operativo de Resgate à Integridade Psíquica (GORIP), do Hospital das Clínicas em São Paulo, ao ser entrevistada pelo editor Fernando Galacine, em relação aos sintomas da síndrome, manifestou a seguinte opinião:

Essa síndrome pode ocorrer em qualquer situação de opressão em que havia um algoz e uma pessoa subjugada a ele, dependendo dele para manter-se viva. [...] Note que envolve situações de extrema violência e que envolve a certeza por parte da vítima de que pode ser morta ou seriamente ferida por seu agressor [...] Como estamos falando do que pensamos ser um desdobramento do TEPT (Transtorno de Estresse Pós-Traumático), há que se lidar também com os sintomas desta problemática. Porém o que temos percebido é que, após algum tempo distante da influência do opressor e afastada a crença de que este poderá fazer-lhe mal, há uma tendência de que a vítima experimente remissão dos sintomas que são os seguintes: sentimentos de amor e ódio pelo agressor; gratidão exagerada por qualquer bondade mostrada pelo agressor; negação ou racionalização da violência do agressor; visão de mundo a partir da

denominar “Síndrome de Estocolmo” condutas estranhas de afeto e cumplicidade entre vítimas e sequestradores.

²⁶ Aponte-se que o termo “Síndrome de Estocolmo” foi utilizado pela primeira vez pelo criminólogo e psiquiatra Nils Bejerot que ajudou a polícia durante o assalto supracitado. Um dos casos mais conhecidos do quadro da doença atingiu a vítima Patrícia Hearst, filha do magnata norte-americano William Randolph Hearst, no ano de 1974. Os relatos descrevem que o desenvolvimento da doença sobreveio após ter sido sequestrada pela organização político-militar *Symbionese Liberation Army*.

ótica do agressor, percepção de pessoas que querem ajudá-la como más e dos agressores como bons; medo de que o agressor volte para pegá-la, ainda que preso ou morto [...]²⁷.

Isso posto, pode-se afirmar que, quando alguém é retido contra sua vontade e permanece por um tempo isolado somente em companhia de seus sequestradores, eventualmente, poderá buscar desenvolver laços de afetividade como forma de sobrevivência²⁸.

O estudo realizado pelo pesquisador Emílio Meluk, em 1998, denominado *El secuestro, una muerte suspendida*, descreve os efeitos psicológicos do sequestro em suas vítimas, ressaltando que a partir do momento em que a Síndrome de Estocolmo é manifestada, a vítima ou refém se identifica com os propósitos dos sequestradores e expressa sentimentos de simpatia, sem que tenha, necessariamente, um propósito deliberado ou um objetivo explícito.

Nesse jaez, alguns pesquisadores defendem que, para que o desenvolvimento da síndrome seja favorável, é necessário que o sequestrado não seja agredido, violentado e que não sofra maus-tratos por parte dos sequestradores. Caso contrário, o trato repulsivo transforma-se em uma barreira defensiva, impossibilitando a vítima de se identificar com seus algozes e desenvolver laços afetivos.

Geralmente, os efeitos da síndrome são mais perceptíveis aos observadores externos, que podem considerar irracional e desproporcional o fato de uma vítima defender, adotar atitudes para des-

²⁷ Entrevista publicada no *JE informa* em 15 out. 2007, promovida pelo Diretor Executivo, Fernando Galacine (disponível em: <www.jeinforma.com/2007/10/bate-papo-nesta-edio-com-marisa-fortes.html>. Acesso em: 1º jul. 2010).

²⁸ Pode-se afirmar que o caso mais recente da manifestação deste quadro clínico envolveu a vítima Natascha Kampusch. Após ser sequestrada, e permanecendo oito anos em cativeiro, denota-se que a jovem austríaca sofreu da Síndrome de Estocolmo, atentando-se aos trechos de sua carta, divulgados à imprensa, com os seguintes dizeres: “Não havia motivos para me sentir infeliz. Fui poupada de uma série de coisas. Não comecei a fumar, nem a beber, e não tive maus amigos. Era parte da minha vida [...]”.

culpar seus sequestradores e até mesmo justificar os motivos que os levaram à prática do delito.

Cumpra salientar a necessidade de que exista um tempo decorrido após a finalização do ato delituoso para que a vítima seja integrada novamente às suas rotinas habituais, de forma que se acostume com o fim de sua situação de cativo. Isso significa que o tratamento prescrito às vítimas pelos profissionais competentes, visando à sua recuperação e ao seu retorno às atividades normais, exige uma demanda de tempo.

Além disso, as manifestações de agradecimento e admiração dos pacientes pelos opressores, por via de regra, prolongam-se por um determinado período. Por derradeiro, aponte-se que as reações da Síndrome de Estocolmo, desde que compreendidas e acompanhadas por ajudas profissionais qualificadas, poderão ser superadas.

3.2 Do Transtorno de Estresse Pós-Traumático

Os aspectos abordados neste item possuem como referência a tese de qualificação para o doutorado em Ciências Médicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo redigida pelo doutor Eduardo Ferreira Santos, médico atuante no Serviço de Psicoterapia do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da FMUSP.

O trabalho científico elaborado por este profissional, intitulado *Avaliação da magnitude do transtorno de estresse em vítimas de seqüestro*, explana com maestria que atualmente o Transtorno de Estresse Pós-Traumático infelizmente atinge vítimas de seqüestro em picos consideravelmente elevados, devendo receber maior atenção por parte da Saúde Pública e da Segurança Pública Estadual.

As assertivas expostas no trabalho revelam que o ato de sequestrar é suficientemente capaz de provocar nas vítimas danos morais e psicológicos, que podem manifestar-se de forma imediata ou tardia.

Os transtornos podem evidenciar o diagnóstico dos sintomas do Transtorno de Estresse Pós-Traumático, previstos no DSM-IV e CID-10, ou ainda os sintomas de Reação Aguda ao Estresse, marcados por graves consequências mentais, impossibilitando que as vítimas possam voltar a exercer suas atividades habituais²⁹.

Frise-se que as disposições expressas no manual da Classificação Internacional de Doenças – CID-10 descrevem que, para a configuração do Transtorno de Estresse Pós-Traumático,

o paciente deve ter sido exposto a um evento ou situação estressante (de curta ou longa duração) de natureza excepcionalmente ameaçadora ou catastrófica, a qual provavelmente causaria invasiva em quase todas as pessoas³⁰.

Nesse jaez, o *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais* – 4ª edição – DSM-IV³¹ descreve que um evento traumático poderá desencadear transtornos nas hipóteses em que “a pessoa vivenciou, testemunhou ou foi confrontada com um ou mais even-

²⁹ Nesse sentido: KAPCZINSKI; MARGIS, 2003, p. 2-4. É importante esclarecer que no ano de 1977 introduziu-se na CID-9 a categoria da moléstia denominada *Reação Aguda ao Estresse*. Analisando-se as disposições enumeradas na atual CID-10, verifica-se a descrição de diferentes categorias diagnósticas relacionadas a eventos traumáticos, mantendo-se a previamente denominada *Reação Aguda ao Estresse* e a introdução do termo *Transtorno de Estresse Pós-Traumático*.

³⁰ Cf. Anexo 1 – CID-10 – Transtorno de Estresse Pós-Traumático – item “a”.

³¹ O DSM-IV é uma abreviatura de *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders-Four Edition*, o qual foi publicado pela Associação Psiquiátrica Americana em Washington em 1994, tornando-se a principal referência de diagnóstico para os profissionais de saúde mental dos Estados Unidos da América e Portugal na prática clínica, inclusive no Brasil.

tos que envolvem morte ou grave ferimento, reais ou ameaçadores, ou uma ameaça à integridade física própria ou a de outros”³².

Comungando do mesmo entendimento, Julio Bobes Garcia, catedrático de psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de Oviedo, esclarece que:

[...] la situación estresante se refiere a aquellas en las que el individuo está en peligro grave, o en las que puedan estarlo en su pareja, hijos, familiares cercanos o amigos. Ser testigo de la destrucción de la propia casa o de la muerte de otras personas también se há relacionado con la aparición de este trastorno. Las situaciones traumáticas realizadas de manera intencionada por el hombre tienen más posibilidades de desencadenar este trastorno que los desastres naturales. La capacidad que tienen las diferentes situaciones traumáticas de producir trastorno de estrés postraumático varia enormemente [...]”³³.

Os sintomas presentes nas vítimas consistem basicamente em uma recordação persistente do evento traumático, ausência de responsividade e excitação mental. Mister frisarmos que esses sintomas encontram-se presentes no comportamento das vítimas, em regra, por um prazo, no mínimo, superior a um mês, após a extinção do evento traumático, provocando-lhes, por conseguinte, sofrimentos e prejuízos em sua vida social, profissional ou ocupacional.

³² Cf. Anexo 2 – DSM-IV – Transtorno de Estresse Pós-Traumático – item “a”.

³³ BOBES GARCÍA; BOUSÛÑO GARCÍA, CALCEDO BARBA; GARCÍA-PORTILLA, 2000, p. 290-291. Traduzindo: “A situação estressante é referente àquelas nas quais o indivíduo esteja em perigo grave, ou nas hipóteses que envolvam seu cônjuge, filhos, familiares próximos ou amigos. Ser testemunha da destruição da própria casa e da morte de outras pessoas também relaciona-se com o surgimento deste transtorno. As situações traumáticas realizadas de forma intencionada pelo homem possuem mais possibilidades de desenvolver este transtorno que os desastres naturais. A capacidade relacionada às diferentes situações traumáticas de produzir transtorno de estresse pós-traumático varia enormemente” [tradução livre da autora].

É importante observarmos, também, que tal modalidade de transtorno decorre, em tese, de uma conduta violenta ou agressiva empregada pelos agentes para a consumação do sequestro. O trabalho científico do doutor Eduardo Ferreira Santos informa ainda que, na literatura médica e psicológica, o crime de estupro, a saber, é destacado como a principal causa que pode desencadear nas vítimas transtornos mentais.

Saliente-se que as afirmações expostas na tese de doutorado referenciada neste trabalho acrescentam que a primeira citação do delito de sequestro como causa da manifestação do Transtorno de Estresse Pós-Traumático foi feita pela psiquiatra infantil doutora Leonore Terr³⁴.

A tese destaca ainda que 81 pessoas de ambos os sexos, maiores de 18 anos, residentes em São Paulo, vítimas dos crimes de extorção mediante sequestro e *sequestro relâmpago*, procuraram espontaneamente o Serviço de Psicoterapia do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

As avaliações psiquiátricas realizadas nessas vítimas apontaram que todas elas apresentaram sintomas do Transtorno de Estresse Pós-Traumático. No que tange aos sintomas, as perícias enfatizaram que não foram encontradas diferenças significativas ao se comparar situações que envolveram *sequestro relâmpago* com situações que envolveram sequestro com cativo.

³⁴ O estudo da doutora Leonore Terr foi publicado em 1981 e abordou observações relativas às consequências de um sequestro que envolveu 26 crianças em um ônibus escolar, ocorrido em 15 de julho de 1976, em Cowcilla, cidade da Califórnia. Outra publicação, quatro anos após o evento, descreveu que as sequelas foram severas nas crianças e em seus familiares, mesmo com tratamento em sessões de psicoterapia.

O trabalho científico em comento, contudo, assevera que os transtornos de estresse, em ambos os casos, acarretam consequências negativas às funções psíquicas das vítimas, a ponto de incapacitá-las para suas atividades cotidianas, profissionais e afetivas.

Por derradeiro, o teor da pesquisa destaca a possibilidade de os pacientes simularem a presença dos sintomas dessa modalidade de transtorno psíquico ao serem submetidos à avaliação psiquiátrica.

A simulação é algo muito frequente na psiquiatria forense, tendo-se em vista que, em algumas hipóteses, a intenção dos pacientes consiste em empregá-la para interesses egoísticos e para a obtenção de algum benefício. No entanto, existem técnicas profissionais adequadas empregadas pelos profissionais envolvidos aptas a desmascarar o suposto simulador.

3.3 Dos danos psíquicos

A psiquiatria forense define o dano psíquico como uma doença psíquica manifestada em alguém em razão de algum sofrimento traumático, eventualmente relacionado a algum acidente, doença ou delito. Nesse passo, o resultado deve acarretar ao indivíduo um prejuízo irreversível no exercício de suas aptidões, ainda que temporariamente.

De início, é certo que todos os prejuízos emocionais ocasionados às vítimas por acontecimentos negativos, sejam doenças, delitos ou acidentes, admitem a possibilidade de regresso em face dos responsáveis e a posterior percepção de um ressarcimento pecuniário, ou de uma indenização, no âmbito civil.

É importante ressaltarmos que as avaliações e valorações de danos psíquicos, seja na esfera penal, civil ou administrativa são objeto de estudo da psiquiatria forense. No entanto, em relação aos

métodos de avaliação, existem diferenças nos critérios empregados pelos médicos especializados em psiquiatria, isoladamente, e pelos peritos criminais, no âmbito forense.

Isso se deve ao fato de que, em tese, o médico é um profissional mais preocupado com o sofrimento e conforto emocional das pessoas; doutra feita, a psiquiatria forense estabelece critérios mais rígidos e formais para aceitar o diagnóstico.

É incontestável que uma experiência de sequestro pode acarretar em suas vítimas sofrimentos emocionais. Tais sofrimentos poderão ou não ser classificados pelo psiquiatra como Síndrome de Estocolmo, Transtorno de Estresse Pós-Traumático, Reação Aguda ao Estresse etc., nas modalidades moderada ou severa.

A rigor, a psiquiatria forense considera que, para que um sofrimento emocional seja considerado um *dano psíquico*, o evento negativo deve causar ao indivíduo alguma *incapacidade permanente*, em relação às suas atividades profissionais, sociais e afetivas.

Porém, temos de considerar a existência de sofrimentos emocionais *que não acarretam necessariamente às suas vítimas uma incapacidade permanente ou definitiva*, mas que são capazes de impedir que elas voltem a ter a mesma qualidade de vida que gozavam antes do evento traumático e delitivo.

Nesse diapasão, existem várias vítimas que foram submetidas a torturas, estupros ou sequestros que continuam trabalhando para sobreviver, incluindo-se também vítimas de *sequestro relâmpago*. No entanto, o fato de estarem trabalhando não significa que estejam plenamente recuperadas do evento traumático, tampouco que se pode infirmar a configuração de danos psíquicos.

De acordo com os ensinamentos proferidos pelo doutor Genival Veloso de França (2004), a perícia para a avaliação do

dano psíquico *deveria* avaliar, mormente, os quesitos enumerados a seguir:

- 1) Questões de natureza penal:
 - a) se do dano resultou incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias;
 - b) se do dano resultou debilidade permanente de membro, sentido ou função;
 - c) se do dano resultou perda ou inutilização de membro, sentido ou função;
 - d) se do dano resultou aceleração de parto;
 - e) se do dano resultou aborto;
 - f) se do dano resultou incapacidade permanente para o trabalho;
 - g) se do dano resultou uma enfermidade incurável;
 - h) se do dano resultou deformidade permanente;
 - i) se do dano resultou incapacidade temporária;
 - j) se do dano resultou *quantum doloris*;
 - k) se do dano resultou prejuízo de afirmação pessoal;
 - l) se do dano resultou prejuízo futuro.
- 2) Questões de natureza administrativa.
- 3) Questões de natureza trabalhista.

Em relação aos quesitos supracitados, cumpre esclarecermos que a expressão *quantum doloris* é referente ao tempo de sofrimento traduzido pela angústia, ansiedade ou abatimento da vítima, em face do risco de morte.

A medição é efetuada por meio de níveis quantitativos, em uma escala de valores enumerados de 1 a 5. No que tange ao quesito da afirmação pessoal, verifica-se se a pessoa foi prejudicada em suas realizações pessoais.

Por fim, esclarecemos neste trabalho que a perícia atual relativa ao dano psíquico é constituída por somente quatro elementos:

- a) a existência de um prejuízo na performance da pessoa decorrente de alguma alteração mórbida que não havia antes do fato;
- b) uma causa ou evento relevante, diretamente relacionado e a partir da qual a alteração mórbida passou a existir;
- c) um diagnóstico médico preciso;
- d) o prognóstico do dano classificado como incapacitante e permanente.

4 Valoração da perícia psiquiátrica forense na legislação penal

Considerando que o delito de cárcere privado e sequestro, incluindo-se suas formas subsidiárias, pode ocasionar em suas vítimas transtornos e sofrimentos emocionais, a perícia psiquiátrica forense é um instrumento com utilidade para avaliar e atestar a presença dos sintomas específicos, em relação ao evento delituoso.

A perícia psiquiátrica é uma forma de avaliação especializada com a finalidade de esclarecer e auxiliar a autoridade judicial, policial e administrativa, constituindo, portanto, um meio de prova.

Em relação à área cível, o exame pericial psiquiátrico poderá ser um meio utilizado para avaliar os transtornos decorrentes do sequestro, a fim de que a vítima possa pleitear judicialmente uma ação indenizatória.

A referida ação deverá obedecer ao procedimento ordinário, previsto respectivamente nos artigos 282 a 294 do Código de Processo Civil. Porém, a perícia psiquiátrica em direito criminal,

em regra, somente é utilizada em relação ao réu a fim de verificar sua capacidade de imputação.

É necessário atentarmos ao fato de que, na legislação penal, o crime de sequestro e cárcere privado, capitulado no artigo 148, prevê aumento de pena ao agente quando resultar à vítima, em razão de maus-tratos, grave sofrimento físico ou moral³⁵.

No entanto, o tipo penal em comento *não faz alusão ao aumento de pena, em se tratando de eventual decorrência de um transtorno ou dano psíquico*. Por outro lado, a doutrina não é clara ao esclarecer o teor do que seria enquadrado como um *grave sofrimento moral*. Dessa forma, o ideal seria que o legislador tivesse cominado aumento de pena, utilizando-se juridicamente da expressão *grave sofrimento moral e/ou mental*.

O mesmo ocorre em relação ao crime de extorsão mediante sequestro e a modalidade de *sequestro relâmpago*, correspondente ao delito de extorsão, enumerados respectivamente nos artigos 159, *caput*, e 158 do Código Penal³⁶.

Nesses casos, o aumento de pena atribuído ao agente é decorrente da existência de lesão corporal e morte. Note-se que os delitos supracitados também não fazem qualquer alusão à hipótese de

³⁵ “Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: [...] § 2º Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção grave sofrimento físico ou moral:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.”

³⁶ Vale repisar que, com o advento da Lei n. 11.923/2009, ocorreu a tipificação do *sequestro relâmpago*, mediante o acréscimo do § 3º do artigo 158 do Código Penal, com a seguinte redação:

“Art. 158 [...]”

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, § 2º e 3º, respectivamente”.

um possível sofrimento mental, transtorno ou dano psíquico infligido à vítima, causando-lhe, por conseguinte, uma incapacidade de forma temporária ou permanente.

Mas não é só. Note-se que o legislador também permaneceu silente no tocante à valorização de danos psíquicos ou, mais precisamente, *aos graves sofrimentos mentais* sobrevividos às vítimas, ao deixar de enquadrá-los como uma circunstância agravante no artigo 61 do Código Penal.

4.1 Do Transtorno de Estresse Pós-Traumático causado em vítimas de sequestro: circunstância agravante ou qualificadora?

Como já mencionado anteriormente, os crimes de sequestro, infelizmente praticados com enorme incidência nos dias atuais, podem desencadear em suas vítimas o Transtorno de Estresse Pós-Traumático, enumerado no *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*, 4ª edição – DSM-IV, e que se manifesta de forma leve, moderada ou severa.

Assim, podemos concluir que o Transtorno de Estresse Pós-Traumático pode ser plenamente considerado um dano psíquico, atentando-se ao modelo de avaliação psíquica forense sugerido pelo doutor Genival Veloso de França, consagrado autor da ciência médica brasileira, que considera a situação da vítima e a existência de sintomas de entorpecimento e hiperestimulação.

O doutor Eduardo Ferreira Santos assevera que os sintomas de entorpecimento e hiperestimulação inabilitam a pessoa para o exercício de suas funções cotidianas, tornando-a, portanto, temporariamente incapaz.

Dentre os sintomas de entorpecimento e hiperestimulação que detectam a incapacidade da vítima, podemos citar a redução de seus interesses para exercer atividades cotidianas, a restrição de sua capacidade afetiva, o seu esforço para evitar pensamentos ou sentimentos ligados ao trauma, bem como a presença de insônia e irritabilidade.

Ele esclarece ainda que, embora os traumas emocionais de um sequestro possam ser permanentes, a readaptação dos pacientes torna-se possível por meio de um tratamento adequado, infirmando a configuração de incapacitação permanente.

Dessa forma, podemos declarar que o Transtorno de Estresse Pós-Traumático, que poderia juridicamente encontrar-se consubstanciado na legislação penal pátria como *grave sofrimento mental ou dano mental*, detém todos os requisitos de uma circunstância qualificadora.

A qualificadora de *grave sofrimento mental ou dano mental*, por sua vez, *deveria* estar expressa nos tipos penais de sequestro ou cárcere privado, extorsão mediante sequestro ou roubo, capitulados respectivamente nos artigos 148, 158 e 157, inciso V, todos do Código Penal, ou, ainda, como uma circunstância agravante, prevista taxativamente na parte geral do mesmo diploma legal.

Considerando que a lei penal é omissa, não fazendo alusão clara à cominação de alguma circunstância agravante ou qualificadora relativa aos transtornos emocionais ou psíquicos sobrevivendo às vítimas desses crimes, pergunta-se: os magistrados atualmente possuem consciência de tais transtornos e os valorizam, sejam eles transitórios ou permanentes, severos ou moderados, considerados ou não pela psiquiatria forense como um dano psíquico, no momento da cominação da pena *in abstracto*?

É aconselhável aos operadores do Direito meditar em relação a essa questão. No que tange à circunstância qualificadora enumerada na atual redação do delito de sequestro e cárcere privado, estipulando o aumento de pena *caso resulte à vítima grave sofrimento moral*, novamente mencionamos *que a doutrina não é clara*.

Conforme Mirabete, “sofrimentos morais são perturbações psíquicas, a vergonha, o terror etc.”³⁷. Porém, esse sofrimento moral é somente no momento do crime?

Não existem diferenças entre o sofrimento moral e os sofrimentos mentais ou danos psíquicos adquiridos, em tese, pelas vítimas de forma imediata ou tardia, acarretando cicatrizes emocionais perenes?

Nesse sentido, o aconselhável é um estudo mais profundo dessas questões, de forma que a legislação possa tratá-las com mais especialidade e até com mais severidade.

Além disso, ao adotarmos uma interpretação especificadora da norma prevista no artigo 148, § 2º, verificamos não ser cabível que *sofrimento moral* seja sinônimo de perturbações psíquicas ou psicológicas adquiridas pelas vítimas, em virtude da materialidade e da autoria delitiva.

Em conformidade com esse entendimento, colham-se as assertivas do doutrinador Tércio Sampaio Ferraz Junior:

Uma interpretação especificadora parte do pressuposto de que o sentido da norma cabe na letra do seu enunciado. Tendo em vista a criação de condições para que os conflitos sejam decidíveis com um mínimo de perturbação social (questão de decidibilidade), a hermenêutica vê-se pragmaticamente dominada por um princípio de economia de pensamento.

³⁷ MIRABETE, 2002, p. 185-188.

Postula, assim, que para elucidar o conteúdo da norma não é necessário sempre ir até o fim de suas possibilidades significativas, mas até o ponto em que os problemas pareçam razoavelmente decidíveis³⁸ [g.n.].

Indispensável, portanto, seria uma revisão da Política Criminal atuante em nosso país, em relação ao assunto. Nesse sentido, podemos afirmar que:

A Política Criminal é conceituada, por muitos autores, como a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos de que o Estado, no seu tríplice papel de Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, dispõe para atingir o fim da luta contra o crime.

Como ciência, a Política Criminal firma princípios e, como arte, aplica-os.

A Política Criminal examina o Direito em vigor, apreciando a sua idoneidade na proteção social contra os crimes e, em resultado dessa crítica, sugere as reformas necessárias.

Verificando se a legislação vigente alcança a sua finalidade, trata de aperfeiçoar a defesa jurídico-penal contra a delinquência. O seu meio específico de ação é, em verdade, a legislação penal³⁹ [g.n.].

Pelo exposto, nas condições atuais da legislação penal brasileira, atualmente o mínimo a ser feito seria considerar com mais cuidado, na fixação da pena *in abstracto*, os sofrimentos e transtornos infligidos às vítimas nos casos de sequestro, em todas as suas modalidades, em consonância com o disposto nos artigos 59 e 68 do atual Código Penal⁴⁰.

³⁸ FERRAZ JUNIOR, 2001.

³⁹ GARCIA, 1951, p. 37.

⁴⁰ “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]

II – a quantidade de pena aplicável dentro dos limites previstos; [...].

Não obstante ser a perícia psiquiátrica forense, em síntese, direcionada ao réu, no âmbito criminal, para verificação da sua capacidade de imputação, não podemos esquecer que ela é um meio de prova, estendendo-se inclusive à vítima.

Assim, a perícia também poderia ser utilizada perfeitamente por uma vítima portadora de Transtorno de Estresse Pós-Traumático, Síndrome de Estocolmo, Reação Aguda ao Estresse etc. e como um meio de prova na esfera criminal, de acordo com o artigo 159 do Código de Processo Penal⁴¹.

Ora, a prova pericial produzida em contraditório judicial é um instituto legal que colabora para a livre convicção do juiz, consubstanciada no princípio da persuasão racional, para a posterior cominação e individualização da pena ao agente. Nesse sentido:

Prova legal: é o método ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restrin- gido na sua atividade de julgar⁴².

Além disso, no que tange à simulação de um falso sofrimento ou transtorno psíquico de estresse traumático, a psicopatologia forense descreve que existem artifícios empregados no referido simulador para que sua prática seja reconhecida. Dentre esses arti- fícios para desmascarar o suposto simulador, um deles consiste em adotar as seguintes regras:

“Art. 68. A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último as causas de diminuição e de aumento.”

⁴¹ “Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.” Artigo transcrito já com a nova redação da Lei n. 11.690/2008.

⁴² NUCCI, 2005b, p. 156-157.

O primeiro encontro entre o medico e o simulador deve aparentar a credulidade do primeiro: o actor [sic] representará melhor, mais folgadoamente, dando pleno desenvolvimento à sua farça [sic], exagerando-a, insistindo nas minúcias, à medida que se vai convencendo que causa impressão e está tentando exito. Para evitar a prudencia calculada e reflectida das respostas convem [sic] precipitar as questões, artificio util [sic] segundo a observação de Chavigny⁴³.

5 Conclusão

Dessa forma, atentando-se às considerações acima expendidas, é forçoso reconhecer que os danos psíquicos causados às vítimas, em decorrência do crime de sequestro e cárcere privado, incluindo-se, outrossim, todas as demais modalidades delituosas subsidiárias, infelizmente, ainda não receberam um tratamento diferenciado na legislação penal brasileira.

Referências

BALLONE, G. J. Perícia psiquiátrica forense. *PsiquWeb*. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br>>. Acesso em: 16 ago. 2006.

_____. Dano psíquico. *PsiquWeb*. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br>>. Acesso em: 14 ago. 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2003. 555p.

BOBES GARCÍA, Julio; BOUSËNO GARCÍA, Manuel; CALCEDO BARBA, Alfredo; GARCÍA-PORTILLA, Maria Paz Gonzáles. *Transtorno de estrês postraumético*. Barcelona: Masson, 2000.

BOLETIM IBCCRIM. São Paulo, ano 17, n. 198, maio 2009.

⁴³ PEIXOTO, 1938, p. 324-325.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2005. 628p.

CASOY, Ilana. *Serial killers made in Brazil*. São Paulo: Arx, 2004. 360p.

CÓDIGO PENAL DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY Y LEYES COMPLEMENTARIAS. Ediciones Comunerias, octubre, 1975. 275p.

COGAN, Arthur. *crimes contra a segurança nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. 199p.

COSTA, Alvaro Mayrink da. *Direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 2v. 759p.

DUMONT, F. *Recordando a história: o seqüestro do embaixador dos EUA*. Disponível em: <<http://www.ternuma.com.br/embai.htm>>. Acesso em: 8 ago. 2006.

FARIA, Antonio Bento de. *Anotações theorico-praticas ao Codigo Penal do Brazil*. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1904. 702p.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004. 584p.

FUNDACIÓN PAÍS LIBRE. *Síndrome de Estocolmo: nueva investigación: vínculo secuestrador-secuestrado*. 1999. Disponível em: <http://elsecuestro.freeservers.com/sindrome_de_estocolmo.htm>. Acesso em: 15 mar. 2010.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1951. 395p.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. 848p.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008. 377p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*. São Paulo: Atlas, 2002. 480p.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003. 2984p.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1976. 525p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a. 1180p.

_____. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b. 1073p.

PEIXOTO, Afranio. *Medicina legal: psico-patologia forense*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938. 342p.

KAPCZINSKI, Flávio; MARGIS, Regina. Transtorno de estresse pós-traumático: critérios diagnósticos. *Revista Brasileira de Psiquiatria*. São Paulo, v. 25, p. 2-4, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br.php?pid=S1516-44462003000500002&script=sciartttext>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

SANTOS, Eduardo Ferreira. *Avaliação da magnitude do transtorno de estresse em vítimas de seqüestro*. 2006. 247p. Tese (Doutorado em Ciências; Área de concentração: Patologia) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

WIKIPÉDIA. *Síndrome de Estocolmo*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/5%C3%ADndrome_de_Estocolmo>. Acesso em: 15 mar. 2010.

Síndrome de Estocolmo por Emilio Meluk. Disponível em: <http://www.elsecuestro.freeservers.com/sindrome_de_estocolmo.htm>. Acesso em: 15 mar. 2010.

Vala de Perus. Eremias Delizoicov. Centro de Documentação. Dossiê dos Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil. 2002-2007. Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticospoliticos.org.br/pagina.php?id=39>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

Lei n. 12.015/2009: as consequências jurídicas da nova redação do artigo 213 do Código Penal brasileiro

Anderson Cavichioli*

Sumário: 1 Introdução. 2 A dignidade sexual como projeção da dignidade da pessoa humana. 3 A revogação do artigo 214 do Código Penal brasileiro pela Lei n. 12.015/2009: hipótese de *abolitio criminis*? 4 As consequências da previsão legal dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor na mesma figura delitiva sob a denominação estupro: possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, desde que preenchidos os requisitos do artigo 71, *caput*, do CP. 5 A unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor na mesma figura delitiva caracteriza crime único? 6 O caráter mais benéfico ao réu trazido da Lei n. 12.015/2009: a retroatividade. 7 Os requisitos para o reconhecimento da continuidade delitiva na hipótese de vários crimes de estupro: a nova redação do artigo 213 do Código Penal brasileiro. 8 Conclusões.

1 Introdução

A Lei n. 12.015, de 7.8.2009 (*DOU* de 10 ago. 2009), trouxe importantes alterações ao ordenamento penal pátrio.

O objetivo do presente estudo não é abranger todas as mudanças trazidas pelo novo diploma legal, mas analisar as consequências jurídicas decorrentes da novel lei em relação à nova redação do artigo 213 do Código Penal brasileiro e à revogação do artigo 214

* Anderson Cavichioli é servidor do Ministério Público Federal e pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra.

do mesmo diploma legal, que estabelecia os contornos do delito de atentado violento ao pudor.

2 A dignidade sexual como projeção da dignidade da pessoa humana

As mudanças trazidas pela Lei n. 12.015/2009 iniciam-se com a alteração da denominação do Título VI do Código Penal brasileiro, abandonando-se a designação “Dos crimes contra os costumes” e adotando-se o título “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Percebe-se que não se trata de mero ajuste de nomenclatura destituído de relevância prática, pois a alteração traduz, antes de tudo, a preocupação do legislador com a dignidade sexual, como projeção da própria dignidade da pessoa humana, erigida a epicentro de todo o ordenamento jurídico.

A expressa alusão a um dos aspectos da dignidade humana (dignidade sexual) na abertura do Título VI do Estatuto Repressivo brasileiro tem o condão de condicionar a interpretação das alterações trazidas pela novel lei à observância da dignidade humana como valor ético irredutível, merecedor de adequada e efetiva tutela estatal.

O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico e, em sua projeção na seara da liberdade sexual (faculdade de livre eleição do(a) parceiro(a) sexual), como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema normativo penal.

Para Flávia Piovesan:

É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa da interpretação normativa. Consagra-se, assim, a digni-

dade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Direito Interno¹.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana é condicionante da interpretação de qualquer norma integrante do ordenamento jurídico, inclusive as normas de caráter penal.

Pode-se afirmar que a ideia de dignidade humana traz em si a noção de respeitabilidade condicionada apenas e tão somente à qualidade de pessoa, rejeitando qualquer outro condicionamento, razão pela qual a norma penal deve ser interpretada à luz deste vetor axiológico, para tutelar efetivamente o bem jurídico dignidade sexual.

3 A revogação do artigo 214 do Código Penal brasileiro pela Lei n. 12.015/2009: hipótese de *abolitio criminis*?

A Lei n. 12.015, de 7.8.2009, em seu artigo 7^o², revogou o artigo 214 do Código Penal brasileiro, que previa a figura típica do atentado violento ao pudor, mas incorporou a conduta então prevista no referido dispositivo ao artigo 213 do Estatuto Penal, sob o *nomen iuris* estupro, passando o referido artigo de lei a dispor:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

A primeira indagação que se coloca é se houve *abolitio criminis*.

Como é cediço, há *abolitio criminis* quando determinada conduta, então prevista no ordenamento jurídico como crime, deixa de sê-lo.

¹ PIOVESAN, 2008, p. 52.

² “Art. 7^o Revogam-se os arts. 214, 216, 223, 224 e 232 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei n. 2.252, de 1^o de julho de 1954.”

Pertinente se revela a lição de Alberto Silva Franco³:

Cuida-se da hipótese de supressão da figura criminosa, por ter o legislador considerado que a ação, antes prevista como delituosa, não é mais idônea a ferir o bem jurídico, que pretende tutelar. Com a descriminalização do fato, não teria sentido nem o prosseguimento da execução da pena, nem a manutenção das seqüelas penais da sentença condenatória.

Cláudio Brandão⁴, por seu turno, registra:

É certo que o Direito Penal não escapa à Teoria Geral do Direito, já que suas normas também podem ser revogadas e o instituto da dogmática penal que trata da revogação da norma penal é chamado *abolitio criminis*. Cuida esse instituto da revogação de uma incriminação penal por uma lei posterior que não mais considere o fato como criminoso, o que traz como consequência a cessação de todos os efeitos penais decorrentes do fato revogado, extinguindo-se a punibilidade.

Diante do artigo 7º da Lei n. 12.015/2009 cabe indagar se a conduta então descrita no artigo 214 do Código Penal pátrio deixou de ser crime.

A resposta é negativa, pois, apesar da revogação do mencionado artigo 214, vê-se que o ordenamento penal continua a prever a conduta nele descrita como conduta penalmente relevante, todavia, agora, no bojo do artigo 213 do Estatuto Repressivo, que sofreu alteração em sua redação para albergá-la.

Em outros termos, apenas poder-se-ia falar em *abolitio criminis* na hipótese de a lei deixar de prever como crime a conduta consistente em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir a prática com o agente de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o que efetivamente não ocorreu.

³ FRANCO, 1995, p. 45.

⁴ BRANDÃO, 2008, p. 64.

Vale dizer, não ocorreu qualquer solução de continuidade quanto à previsão da conduta prevista no derogado artigo 214 do Código Penal brasileiro como crime, apenas havendo sua incorporação ao novel artigo 213 do mesmo diploma legal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.015/2009.

Portanto, a primeira conclusão é que não houve *abolitio criminis*.

4 As consequências da previsão legal dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor na mesma figura delitiva sob a denominação estupro: possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, desde que preenchidos os requisitos do artigo 71, caput, do CP

O Código Penal brasileiro tratava em figuras delitivas diversas os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Confira-se:

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – reclusão, de seis a dez anos.

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão, de seis a dez anos.

Todavia, a Lei n. 12.015, de 7.8.2009, unificou as duas condutas em uma mesma figura delitiva, agora prevista no novel artigo 213 do Estatuto Repressivo pátrio, que passou a dispor:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Anteriormente à alteração legislativa acima mencionada, havia forte corrente jurisprudencial, mormente formada no âmbito dos tribunais superiores, no sentido do não reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de estupro (CP, art. 213) e atentado violento ao pudor (CP, art. 214) quando os atos libidinosos caracterizadores deste último não configurassem *praeludia coiti*, ainda que perpetrados contra a mesma vítima, ensejando, portanto, a caracterização de concurso material (CP, art. 69).

Neste sentido a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

[...] 1. Não se consubstanciando os atos libidinosos em *praeludia coiti*, ocorre crime de atentado violento ao pudor em concurso material com o estupro, não podendo, dessa forma, ser aplicada a regra insculpida no art. 71 do Código Penal, por serem crimes de espécies diversas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte⁵.

[...] II – Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de *praeludia coiti*, é de se reconhecer o concurso material entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor. A continuidade delitiva exige crimes da mesma espécie e homogeneidade de execução. Ordem denegada⁶.

No mesmo sentido, o seguinte aresto do Pretório Excelso, que reflete a jurisprudência dominante na Corte:

[...] 1. Esta corte já teve oportunidade de solucionar a questão controvertida na esfera doutrinária, podendo ser colacionados julgados no sentido de que “não há falar em continuidade delitiva dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor” (*HC* n. 70.427/RJ, Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma, *DJ* 24.9.1993), ainda que “perpetrados contra a mesma vítima” (*HC* n. 688.77/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, *DJ* 21.2.1992). 2. Além disso, consoante se depreende da sentença condenatória, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram cometidos contra

⁵ STJ, 5ª Turma, *HC* n. 112.829/SP, relatora ministra Laurita Vaz, *DJe* de 1º dez. 2008.

⁶ STJ, 5ª Turma, *HC* n. 76.013/SP, relator ministro Felix Fischer, *DJU* de 15 out. 2007, p. 316.

duas filhas menores do paciente, ou seja, contra vítimas diferentes, havendo, portanto, completa autonomia entre as condutas praticadas. 3. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*⁷.

Nota-se que a referida orientação jurisprudencial não reconhece a continuidade delitiva entre o estupro (então caracterizado apenas pela conjunção carnal) e o atentado violento ao pudor, este integrado pelos demais atos libidinosos diversos da conjunção carnal que não configurarem *praeludia coiti*.

Deve-se esclarecer que conjunção carnal é a cópula vagínica. Ato libidinoso diverso, por seu turno, é qualquer ato de cunho sexual, diverso da penetração do pênis na vagina, tendente à satisfação da lascívia, como sexo anal, *fellatio in ore* (sexo oral), coito vestibular (em que o agente encosta e/ou roça a glândula do pênis na vulva ou nos lábios vaginais; é o *coitus inter femora*), apalpação nas partes íntimas da vítima, penetração dos dedos ou com objetos, entre outros, a configurar o injusto do atentado violento ao pudor (então previsto no revogado artigo 214 do Código Penal).

Os atos acima mencionados não consubstanciam *praeludia coiti*, que são aqueles que fazem parte da ação física do delito de estupro em sua acepção anterior à alteração legislativa sob análise.

Vale transcrever os seguintes esclarecimentos doutrinários⁸:

32. Diversidade da conjunção carnal: tendo em vista que conjunção carnal é a cópula vagínica, todos os demais atos que servem à satisfação do prazer sexual são considerados libidinosos, tais como o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, dentre outros. Quanto ao beijo, excluem-se aqueles que forem castos, furtivos ou brevíssimos, como os dados na face. Incluem-se

⁷ STF, 2ª Turma, HC n. 96.942/RS, relatora ministra Ellen Gracie, DJe de 19 jun. 2009.

⁸ NUCCI, 2005, p. 787-788.

os beijos voluptuosos, como “longa e intensa descarga de libido”, como menciona Hungria, dados na boca.

33. Distinção entre atentado violento ao pudor e importunação ofensiva ao pudor: em se tratando de crime hediondo, sujeito a uma pena mínima de seis anos, a ser cumprida em regime integralmente fechado⁹, não se pode dar uma interpretação muito aberta ao tipo do art. 214. Portanto, atos ofensivos ao pudor, como passar a mão nas pernas da vítima, devem ser considerados uma contravenção penal e não um crime. A este é preciso reservar o ato realmente lascivo, que sirva para satisfazer a ânsia sexual do autor, que se vale da violência ou da grave ameaça. Além disso é preciso considerar o tempo utilizado para atingir os propósitos do agente. Uma breve passada de mãos no seio da vítima, fugaz e de inopino, não nos parece seja um atentado violento ao pudor, mas uma importunação ofensiva ao pudor. Diferente do sujeito que se detém nas carícias, ameaçando a vítima com um revólver, por exemplo. Neste último caso, trata-se do delito previsto no art. 214.

Após a Lei n. 12.015/2009, as condutas anteriormente integradas em tipos penais distintos foram reunidas em uma única figura delitiva, impondo-se reconhecer que, agora, são crimes da mesma espécie.

Convém registrar o que ensina a doutrina¹⁰ acerca do significado da expressão “crimes da mesma espécie”:

Várias posições foram ganhando corpo ao longo dos anos, sendo que duas merecem destaque, porque principais.

A primeira posição considera como crimes da mesma espécie aqueles que possuem o mesmo bem jurídico protegido, ou na linha de raciocínio de Fragoso, “crimes de mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e que apresentam, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns”. Assim, furto e roubo, estupro e atentado violento ao pudor seriam da mesma espécie. A segunda posição aduz que

⁹ Verificar o HC n. 82.959/SP (STF, relator ministro Marco Aurélio).

¹⁰ GRECO, 2005, p. 668.

crimes da mesma espécie são aqueles que possuem a mesma tipificação penal, não importando se simples, privilegiados ou qualificados, se tentados ou consumados.

[...] Ao contrário, portanto, da posição anterior, para esta não poderia haver continuidade entre furto e roubo, entre estupro e atentado violento ao pudor, uma vez que tais figuras encontram moldura em figuras típicas diferentes.

Portanto, vê-se claramente que predominava na jurisprudência pátria o entendimento, também adotado por parcela da doutrina, no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor, por não serem crimes da mesma espécie, eis que não previstos no mesmo tipo penal, ensejariam eventualmente o reconhecimento de concurso material.

Todavia, após a alteração legislativa trazida pela Lei n. 12.015/2009, qualquer que seja a concepção doutrinária acerca da expressão “crimes da mesma espécie”, não remanesce dúvida de que “estupro” e “atentado violento ao pudor”, agora, integram a mesma figura delitiva, estão previstos no mesmo tipo penal e atentam contra o mesmo bem jurídico, sendo, pois, crimes da mesma espécie, permitindo, desde que preenchidos os requisitos do artigo 71, *caput*, do Código Penal brasileiro, possa ser reconhecida a continuidade delitiva e afastado o concurso material.

Convém não se olvidar que a continuidade delitiva poderá ser reconhecida apenas e tão somente se estiverem presentes os requisitos previstos no referido artigo 71, *caput*, do Estatuto Penal.

O que se pretende afirmar é que não se pode mais, diante da inovação trazida pela Lei n. 12.015/2009, afastar a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, agora denominado estupro, apenas sob o argumento de não serem crimes de mesma espécie.

Entretanto, isso não significa afirmar que sempre haverá continuidade delitiva; seu reconhecimento dependerá da presença de todos os requisitos elencados no artigo 71, *caput*, do Estatuto Repressivo pátrio e não apenas de se tratar de crimes de mesma espécie.

5 A unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor na mesma figura delitiva caracteriza crime único?

A previsão no mesmo tipo penal do crime de estupro e do revogado atentado violento ao pudor trouxe questão de alta indagação, consistente em saber se constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal e, na mesma situação, a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ato libidinoso, configura crime único ou, por outro lado, se há vários crimes praticados em continuidade delitiva.

Em outros termos, após a Lei n. 12.015/2009, é preciso perquirir se a prática de conjunção carnal e outros atos libidinosos, na mesma oportunidade, contra uma única vítima, caracteriza crime único ou vários crimes cometidos em continuidade delitiva.

A tese de crime único não merece acolhida, eis que seu reconhecimento dependeria de conceber o crime previsto no artigo 213 do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.015/2009, como crime de ação múltipla ou de conteúdo variado.

Todavia, percebe-se que o novel tipo penal traz em sua estrutura apenas um núcleo verbal (constranger). Cuida-se de tipo unilinear. Portanto, não se pode concebê-lo como crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, em que a realização de mais de um verbo contido no tipo configura um único crime.

Deve-se registrar, ainda, que, a prosperar o entendimento de existência de crime único, ter-se-ia um verdadeiro estímulo à potencialidade ofensiva do agente em detrimento da vítima, pois, a título exemplificativo, poderia o agente constrangê-la a com ele manter conjunção carnal e, após, no mesmo contexto, também constrangê-la a praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso ou vice-versa, sem que houvesse repressão proporcionalmente mais gravosa.

Conforme salientado no início deste trabalho, a expressa alusão a um dos aspectos da dignidade humana (dignidade sexual) na abertura do Título VI do Código Penal brasileiro tem o condão de condicionar a interpretação das alterações trazidas pela novel lei à observância da dignidade humana como valor ético irreduzível, merecedor de adequada e efetiva tutela estatal, que estaria gravemente comprometida pela adoção da tese do crime único.

Tendo em vista que a norma penal elegeu a liberdade sexual como bem jurídico digno de tutela, não se pode conceber qualquer interpretação que retire da norma penal seu aspecto teleológico fundamentado na adequada e proporcional resposta a qualquer ato que se afigure atentatório à dignidade sexual.

Vale registrar a seguinte passagem doutrinária¹¹:

Todo Direito penal fundado na pena de prisão, que retira do agente do fato (ou lhe restringe ou lhe ameaça) o direito fundamental da liberdade, não se justifica senão quando o fato desse agente afeta concreta e gravemente (lesão ou perigo de lesão) um bem jurídico de elevada relevância (digno de proteção, merecedor de proteção). A afetação concreta e grave (intolerável de um bem jurídico relevante (digno de proteção) é, portanto, condição *sine qua non* do *ius poenale* do *ius libertati* (do Direito penal da liberdade), isto é, sua *ratio essendi*.

¹¹ GOMES, 2006, p. 33.

Se a liberdade é um bem jurídico de extremada relevância, sua eliminação ou restrição ou ameaça só se justifica quando o agente do fato, com sua conduta, tenha ofendido concreta e gravemente (lesão ou perigo concreto) bem jurídico de igual ou similar importância. O princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) não autoriza nenhuma afetação desponderada ou desarrazoada do direito fundamental da liberdade.

O legislador, ao prever as condutas descritas no artigo 213 do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.015/2009, elegeu a liberdade sexual, sob o aspecto de projeção da dignidade sexual, como bem jurídico de elevada importância.

Portanto, eventual interpretação que enxergasse no referido dispositivo de lei crime único violaria o princípio da dignidade da pessoa humana e sua projeção na tutela da liberdade sexual, além de malferir o princípio da individualização da pena previsto no Texto Maior, indubitavelmente dirigido ao legislador¹², mas também ao intérprete e aplicador da norma, conforme assentado pelo Pretório Excelso no julgamento do *HC* n. 82.959/SP, relator ministro Marco Aurélio, *DJU* de 1º set. 2006.

Na clássica lição de Alexy (1993, p. 88), “os princípios são mandados de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus. São compatíveis com diferentes graus de concretização, dependendo dos condicionamentos fáticos e jurídicos”.

Com efeito, impõe-se, na hipótese, interpretação conforme a Constituição, para afastar a configuração de crime único na novel previsão do artigo 213 do Código Penal brasileiro, compatibilizando o referido tipo penal com os princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, imprimindo-lhes adequado grau de concretização, capaz de tutelar efetivamente o

¹² “XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]”.

bem jurídico protegido pela norma, com a aplicação de reprimendas diversas conforme a gravidade das condutas delitivas perpetradas.

Vale dizer, não se pode conceber que réu que constranja, num mesmo contexto, uma única vítima a praticar conjunção carnal e praticar ou permitir que com ele se pratique outros atos libidinosos possa ser apenado da mesma maneira que aquele que realiza apenas a conjunção carnal ou, ainda, apenas outro ato libidinoso. As situações, evidentemente, apresentam gravidades diversas e demandam respostas penais proporcionalmente diferentes.

Em outros termos, no caso de, na mesma oportunidade, ser a vítima constrangida a praticar conjunção carnal e a praticar ou permitir a prática de outros atos libidinosos, a tese do crime único não pode prosperar, pois o princípio da dignidade sexual, corolário da tutela constitucional da dignidade da pessoa humana, e o princípio da individualização da pena impõem que a resposta penal seja proporcional à violação do bem jurídico tutelado pelo ordenamento pátrio, de forma que a liberdade sexual seja, de fato, objeto da efetiva proteção do Estado.

Em conclusão, caso o agente pratique, no mesmo contexto, contra uma única vítima, conjunção carnal e outros atos libidinosos, responderá por dois estupros em continuidade delitiva, desde que presentes os demais requisitos autorizadores do reconhecimento do instituto. Ausentes tais requisitos, haverá concurso material. Jamais, porém, um único crime.

6 O caráter mais benéfico ao réu trazido da Lei n. 12.015/2009: a retroatividade

Tendo em vista a possibilidade, em tese, desde que preenchidos os requisitos do artigo 71, *caput*, do Estatuto Penal brasileiro, de reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de

estupro e atentado violento ao pudor, este último agora incorporado à figura delitiva do artigo 213 do Código Penal, todos sob a denominação “estupro”, há de se reconhecer o caráter mais benéfico da alteração legislativa trazida pela Lei n. 12.015/2009, pois o concurso material (CP, art. 69) impõe a soma de penas, enquanto a continuidade delitiva (em sua forma simples) enseja a aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas (como ocorre no caso de estupro e atentado violento ao pudor – reclusão de 6 a 10 anos), aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Repercutindo a lei sobre a pena a ser aplicada, é indubitável o seu caráter substantivo, conforme não deixa dúvidas o seguinte julgado do Pretório Excelso:

As normas que impõem pena e a forma de sua execução têm a mesma natureza, são normas de direito substantivo; as penas e os regimes de seus cumprimentos vêm disciplinados no Código Penal. [...] Em se tratando de norma de direito material, aplica-se-lhe o princípio constitucional consagrado no inciso XL do artigo 5º: a lei penal superveniente não retroagirá, salvo se for para beneficiar o réu¹³.

Dessa forma, forçoso concluir que a Lei n. 12.015/2009, ao unificar as condutas de estupro e atentado violento ao pudor na mesma figura delitiva, denominada estupro, possibilitando, assim, o reconhecimento de continuidade delitiva, desde que preenchidos os requisitos do instituto, é norma penal mais benéfica (*novatio legis in mellius*), razão pela qual deve ser aplicada retroativamente, nos termos preconizados pelo artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal de 1988¹⁴ e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal brasileiro¹⁵.

¹³ STF, 2ª Turma, HC n. 71.009-3/MG, relator ministro Paulo Brossard, DJU de 17 jun. 1994.

¹⁴ “XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”.

¹⁵ “Art. 2º – Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

A competência para aplicar a referida lei depende do estágio em que se encontra o processo, não sendo impeditivo à aplicação retroativa da lei o trânsito em julgado da sentença penal condenatória na qual, presentes os requisitos do artigo 71, *caput*, do Código Penal, não se reconheceu a continuidade delitiva, hipótese em que caberá ao Juízo das Execuções Criminais, de ofício ou mediante provocação, aplicar a novel lei mais benéfica, consoante determina o artigo 66, inciso I, da Lei n. 7.210/1984¹⁶ (Lei de Execução Penal).

7 Os requisitos para o reconhecimento da continuidade delitiva na hipótese de vários crimes de estupro: a nova redação do artigo 213 do Código Penal brasileiro

Dispõe o artigo 71 do Estatuto Repressivo pátrio:

Art. 71 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único – Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Parágrafo único – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

¹⁶ “Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado”.

Cumpra, antes de tudo, compreender o instituto e suas finalidades. A doutrina¹⁷ registra sua origem:

O crime continuado deve sua formulação aos glosadores (1100 a 1250) e pós-glosadores (1250 a 1450) e teve suas bases lançadas efetivamente no século XVI, com a finalidade de permitir que os autores do terceiro furto pudessem escapar da pena de morte. Os principais pós-glosadores, Jacobo de Belvisio, seu discípulo Bartolo de Sassoferrato e o discípulo deste, Baldo Ubaldis, foram não só os criadores do instituto crime continuado como também lançaram as bases político-criminais do novo instituto que, posteriormente, foi sistematizado pelos práticos italianos dos séculos XVI e XVII.

O aspecto teleológico do reconhecimento da continuidade volta-se indubitavelmente ao favorecimento do agente.

É digno de registro que o Código Penal brasileiro adotou, quanto ao crime continuado, a teoria da ficção, segundo a qual as várias ações realizadas pelo agente, individualmente consideradas, já seriam consideradas crimes, mas, por serem praticadas em um mesmo contexto, são reunidas e consideradas fictivamente como um único crime, todavia, com previsão de aumento de pena.

A doutrina pátria é remansosa. Por todos, Celso Delmanto¹⁸:

Existem duas posições na doutrina: a. a unidade do crime continuado é fictícia e resultante da lei; b. a unidade é real e verdadeira. O CP adota a teoria da ficção jurídica (a) e não a da unidade real.

O objetivo do instituto, inspirado em razões de política criminal, é beneficiar o agente que pratica num mesmo contexto vários crimes e que, em razão disso, caso as penas correspondentes a cada delito fossem somadas, poderia sofrer reprimenda desproporcionalmente exacerbada.

¹⁷ BITTENCOURT, 1997, p. 287.

¹⁸ DELMANTO, 2007, p. 231.

Para a caracterização do crime continuado devem estar presentes os seguintes requisitos:

- a) mais de uma ação ou omissão;
- b) a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie;
- c) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes;
- d) os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro.

Registre-se, ainda, que há divergência doutrinária e jurisprudencial sobre ser a unidade de desígnios requisito para o reconhecimento da continuidade delitiva.

Duas teorias principais disputam o tratamento do tema, a saber, a teoria objetiva pura e a teoria objetivo-subjetiva, sendo que a diferença entre elas reside na desnecessidade, para a primeira, do elemento subjetivo (unidade de desígnios) para a configuração da continuidade delitiva, bastando a homogeneidade de elementos de ordem objetiva. Para a segunda teoria, o elemento subjetivo é imprescindível para a configuração da continuidade.

Reputamos ser a teoria objetivo-subjetiva a mais consentânea com o nosso sistema penal, não obstante a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal¹⁹ consagrar verdadeiro paradoxo ao registrar, *in verbis*:

59. O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O Projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas pela evidente semelhança. Estender-

¹⁹ Publicada no *Diário do Congresso* (Seção II), de 29 mar. 1984.

lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delinqüente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais.

Embora o texto inicie esclarecendo que o critério da teoria puramente objetiva não revelou maiores inconvenientes, o que sugere tenha sido esta a teoria adotada pelo Código Penal, posteriormente afirma que o projeto adotou entendimento de que é inaceitável que o delinqüente profissional receba tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais.

Assim, a unidade de desígnios deve estar presente para o reconhecimento da continuidade delitiva, pois entendimento contrário levaria ao estímulo da reiteração criminosa, na exata medida em que, praticado um determinado ilícito penalmente relevante, os demais, ainda que sem qualquer liame subjetivo com o primeiro, acarretariam apenas e tão somente um acréscimo de pena.

Registre-se, ainda, a opinião de Rogério Greco²⁰:

Acreditamos que a última teoria – objetivo-subjetiva – é a mais coerente com o nosso sistema penal, que não quer que as penas sejam excessivamente altas, quando desnecessárias, mas também não tolera a reiteração criminosa. O criminoso de ocasião não pode ser confundido com o criminoso contumaz.

Na jurisprudência, a teoria objetivo-subjetiva também encontra respaldo, conforme anotam os seguintes precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

[...] 1. A jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, para caracterizar a continuidade delitiva, é necessário o preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva. 2. “Se entre as séries delituosas houver diferença de meses, não haverá continuidade delitiva, mas sim reiteração delitiva, devendo ser aplicada a regra do concurso material” (REsp n. 765.590/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 29.5.2006).

²⁰ GRECO, 2005, p. 672.

3. A diversidade de agentes na execução criminosa, revelada pela atuação individual no primeiro fato e coletiva no segundo, afasta o requisito objetivo da identidade do *modus operandi*, indispensável ao reconhecimento do crime continuado. 4. Constatada a inexistência da identidade de condições de tempo, lugar e *modus operandi* nas condutas delituosas, afasta-se a idéia de continuidade delitiva para se acolher a tese da habitualidade ou profissionalismo na prática de crimes, circunstância que merece um tratamento penal mais rigoroso, tendo em vista o maior grau de reprovabilidade²¹.

[...] II – Esta Corte vem entendendo, na dicção de sua doutrina maioritaria, que não basta para a caracterização da continuidade delitiva apenas o preenchimento dos requisitos de ordem objetiva. Faz-se mister, ainda, a presença do requisito da denominada unidade de desígnios ou do vínculo subjetivo entre os eventos (Precedentes). III – “Não estando presentes os requisitos exigidos pelo legislador, não se configura a continuidade delitiva, mas sim a habitualidade criminosa.” (*HC* n. 75.199/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ-MG, *DJU* de 15.10.2007). Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada²².

No mesmo sentido a posição do Pretório Excelso:

O Tribunal, por maioria, indeferiu *habeas corpus*, afetado ao Pleno pela 2ª Turma, impetrado em favor de denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 213 (uma vez), 214 (duas vezes), 213 e 214 (duas vezes), esses últimos c/c o art. 71, todos do CP, e condenado a cumprimento de pena em regime inicialmente fechado, pelo juízo de 1º grau, no qual se pretendia fosse reconhecida a continuidade delitiva dos referidos crimes – v. Informativo n. 542. Prevaleceu o voto do Min. Ricardo Lewandowski, primeiro na divergência, que, citando o que decidido no julgamento do *HC* n. 96.959/SP (*DJE* de 17.4.2009), entendeu ser preciso examinar caso a caso para verificar se a intenção do agente foi a de cometer dois ou mais crimes de forma independente, ou se o seu desígnio consistiu, mediante uma única ação, constranger a vítima, para se saber se as penas desses crimes, quando cometidos conjuntamente contra uma mesma vítima, serão compu-

²¹ STJ, 5ª Turma, REsp n. 759.991/RS, relator ministro Arnaldo Esteves Lima, *DJe* de 8 set. 2008.

²² STJ, 5ª Turma, *HC* n. 93.440/SP, relator ministro Felix Fischer, *DJe* de 22 abr. 2008.

tadas segundo a sistemática do concurso material ou da continuidade delitiva. Asseverou que, na espécie, o paciente, de forma autônoma, teria desejado dois resultados diversos, porquanto os crimes sexuais teriam sido praticados contra vítimas diferentes, em momentos diferentes, com lapso temporal significativo. A Min. Cármen Lúcia, seguindo a divergência, manteve-se na linha da jurisprudência da Corte no sentido de não haver se falar em continuidade delitiva dos crimes de atentado violento ao pudor e estupro ainda que perpetrados contra a mesma vítima. Considerou que os crimes seriam do mesmo gênero, mas não da mesma espécie, e teriam sido praticados de forma autônoma, em momentos diferentes, contra vítimas diferentes, com intenções diversas, portanto, não possuindo sequer um mesmo elemento que pudesse caracterizar a continuidade delitiva. Também acompanharam a divergência, reportando-se a precedentes da Corte, os Ministros Joaquim Barbosa (*HC* n. 95.705/RS, *DJE* de 24.4.2009), Carlos Britto (*HC* n. 95.923/RS, *DJE* de 13.3.2009), Ellen Gracie (*HC* n. 91.370/SP, *DJE* de 20.6.2008) e Celso de Mello (*HC* n. 95.071 MC/RS, *DJE* de 27.6.2008). Vencidos os Ministros Cezar Peluso, relator, Eros Grau, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, Presidente, que deferiam a ordem. Por unanimidade, tendo em conta a declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 no julgamento do *HC* n. 82.959/SP (*DJU* de 1º.9.2006), concedeu-se o *writ* de ofício para autorizar a progressão de regime ao paciente, caso a ela tenha jus, segundo decisão do juízo da execução, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal – LEP²³.

Estabelecidos os contornos do instituto, inclusive com relação à necessidade da presença do elemento subjetivo (unidade de desígnios ou liame subjetivo entre os eventos) e tendo em vista o que se afirmou acima acerca da possibilidade de caracterização do crime continuado na hipótese de vários delitos de estupro (abrangendo a prática da conjunção carnal e de outros atos libidinosos segundo a novel redação do artigo 213 do CP), é preciso agora analisar as hipóteses em que seria, em tese, cabível o reconhecimento

²³ STF, *HC* n. 86.238/SP, relator ministro Cezar Peluso, 18 jun. 2009, Informativo STF n. 551.

da continuidade delitiva, sendo possível pensar em três situações distintas:

- a) o agente pratica vários estupros nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes contra a mesma vítima: possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva (CP, art. 71, *caput*);
- b) o agente pratica vários estupros nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras contra vítimas diversas: aplicação do parágrafo único do art. 71 do Código Penal;
- c) o agente pratica vários estupros (mais de uma ação) em circunstâncias diversas de tempo, lugar, modo de execução e outras contra vítimas diferentes: há concurso material (CP, art. 69).

Vejamos cada uma das situações.

Na primeira situação, é possível o reconhecimento da continuidade delitiva, pois os vários estupros (mais de uma ação) são praticados na mesma oportunidade, vale dizer, nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução (constrangimento da vítima, mediante violência ou grave ameaça) e outras semelhantes contra uma mesma vítima, podendo ser havidos os subsequentes como continuação do primeiro.

Com a unificação dos crimes de estupro e de atentado violento pudor na mesma figura delitiva, agora denominada estupro, estes passaram a ser considerados necessariamente como crimes da mesma espécie.

Nesse contexto, é possível, também, entrever o liame subjetivo entre as condutas (unidade de desígnios).

Assim, aplicar-se-á a pena prevista no artigo 213 do CP (reclusão, de 6 a 10 anos) aumentada de 1/6 a 2/3.

O aumento no crime continuado deve ter por base o número de infrações criminais praticadas, ou seja, a quantidade de resultados obtidos pelo agente.

Nesse sentido a jurisprudência é remansosa. Por todos, os seguintes arestos:

[...] O acréscimo relativo à continuidade delitiva deve considerar o número de infrações cometidas, sendo que, em regra, a prática de apenas dois delitos em continuidade, o aumento procedido seria o mínimo legal²⁴.

[...] 1. Uma vez reconhecida a existência de continuidade delitiva entre os crimes praticados pelo paciente, o critério de exasperação da pena é o número de infrações cometidas²⁵.

Situação diversa é aquela em que o agente pratica vários estupro nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes, mas contra vítimas diversas.

Basta pensar na hipótese em que o agente invade uma residência e mediante violência e grave ameaça constringe mãe e filha a praticarem conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Considerando esse contexto, aplica-se o parágrafo único do artigo 71 do Código Penal brasileiro, que dispõe:

[...] Parágrafo único – Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

²⁴ STJ, 5ª Turma, HC n. 39.380/PR, relator ministro Gilson Dipp, DJU de 28 mar. 2005.

²⁵ STF, HC n. 83.632/RJ, relator ministro Joaquim Barbosa, DJU de 23 abr. 2004.

Com efeito, a violência ou grave ameaça à pessoa integra o tipo penal do estupro e, havendo vítimas diferentes, aplica-se a referida norma, que consagra o crime continuado específico ou qualificado.

O tratamento para tal situação é evidentemente mais rigoroso que o dispensado ao crime continuado em sua acepção simples.

Assim, o juiz poderá, considerando a pena de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, aumentá-la até o triplo. Evidentemente, deverá fazê-lo de forma fundamentada (CF, art. 93, IX²⁶), apontando as circunstâncias levadas em consideração para a majoração da reprimenda (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias dos crimes).

Todavia, há limites. A pena não poderá exceder a que seria cabível caso aplicada a regra do artigo 69 do Código Penal (concurso material). É a aplicação do chamado concurso material benéfico.

Ademais, a referência ao artigo 75 do Estatuto Penal impõe que a pena definitiva não poderá ser cumprida em tempo superior a trinta anos.

Por fim, temos a situação em que o agente pratica vários estupro (mais de uma ação) em circunstâncias diversas de tempo, lugar, modo de execução e outras contra vítimas diferentes.

Nesse caso, ante a ausência dos requisitos para a configuração da continuidade delitiva, aplica-se a regra do concurso material (CP, art. 69) e serão somadas as penas de tantos quantos forem os

²⁶ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”.

crimes perpetrados pelo agente, pois aqui há, em verdade, reiteração criminosa.

8 Conclusões

1. A expressa alusão a um dos aspectos da dignidade humana (dignidade sexual) na abertura do Título VI do Código Penal brasileiro tem o condão de condicionar a interpretação das alterações trazidas pela novel lei à observância da dignidade humana como valor ético irredutível, merecedor de adequada e efetiva tutela penal.

2. O artigo 7^o da Lei n. 12.015/2009 revogou a conduta então incriminada no artigo 214 do Código Penal brasileiro, que continuou, todavia, a ser prevista como penalmente relevante, agora no bojo do artigo 213 do Estatuto Repressivo, que sofreu alteração em sua redação para albergá-la, não havendo falar, portanto, em *abolitio criminis*.

3. A previsão legal dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor na mesma figura delitiva sob a denominação estupro afastou o óbice até então invocado pela jurisprudência dominante nos tribunais superiores para afastar a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, a saber, serem os crimes de espécies diversas.

4. O reconhecimento da continuidade delitiva dependerá, em cada caso concreto, da presença dos requisitos previstos no artigo 71, *caput*, do Código Penal brasileiro.

5. Assim, não obstante a possibilidade de reconhecimento, em tese, da continuidade delitiva, é preciso salientar que haverá tal possibilidade apenas quando preenchidos os requisitos do artigo 71, *caput*, do Código Penal, ou seja, é preciso que o agente pratique mais de um estupro (mais de uma ação ou omissão), que os crimes sejam de mesma espécie (afastado o óbice de crimes de espécies

diferentes existente anteriormente à Lei n. 12.015/2009, que unificou no mesmo tipo penal os delitos de estupro e atentado violento ao pudor), praticados nas mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes e que o(s) crime(s) subsequente(s) seja(m) havido(s) como continuidade do primeiro, além da unidade de desígnios ou do liame subjetivo entre eles.

6. Na hipótese da presença dos requisitos anteriores, mas havendo vítimas diversas, há aplicação do parágrafo único do artigo 71 do Código Penal (crime continuado qualificado ou específico), com a possibilidade de exasperação da pena até o triplo, desde que apresentada fundamentação idônea, considerados a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime, respeitado o limite previsto nos artigos 70, parágrafo único (concurso material benéfico), e 75 (limite máximo de cumprimento de penas privativas de liberdade), todos do Código Penal.

7. Há impossibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva quando o agente pratica vários estupros em circunstâncias diversas de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes contra vítimas diferentes: há, neste caso, concurso material (CP, art. 69), uma vez que, em tal hipótese há, em verdade, reiteração criminosa.

8. A Lei n. 12.015/2009, ao unificar as condutas de estupro e atentado violento ao pudor na mesma figura típica e, com isso, autorizar, quando previstos os requisitos do artigo 71, *caput*, do Código Penal, o reconhecimento da continuidade delitiva, é norma penal mais benéfica e, por conseguinte, deve retroagir para beneficiar o réu, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal de 1988.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FRANCO, Alberto da Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PROVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

**Ordem Pública e Relações
Jurídicas Privadas**



A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade

Manoel Jorge e Silva Neto*

Sumário: 1 Proposta do artigo. 2 O direito à intimidade e a Constituição de Filadélfia de 1787. 3 A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e o direito à intimidade. 3.1 O problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas nos Estados Unidos. 3.2 Exame de uso de drogas por funcionários públicos. 3.3 Intimidade sexual e direito fundamental à procriação. 3.4 Intimidade sexual e uso de contraceptivos. 3.5 Direito à intimidade e aborto. 3.6 Direito à intimidade e orientação sexual. 3.7 Direito à intimidade e *e-mail*. 3.8 Direito à intimidade e escuta telefônica. 3.9 Direito à intimidade e inviolabilidade do domicílio. 3.10 Direito à intimidade e inviolabilidade do corpo. 4 Conclusão.

1 Proposta do artigo

“*Non of your business!*” ou, simplesmente, em português: “Não é da sua conta!”.

O que se torna clara na expressão inglesa é a significação bem mais abrangente do que mero e simples aviso a incautos quanto

* Manoel Jorge e Silva Neto é Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal da Bahia, Professor-Visitante (*Visiting-Professor*) da Universidade da Flórida – *Levin College of Law*, doutor e mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP, procurador do Ministério Público do Trabalho na Bahia, membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do Instituto dos Advogados da Bahia, do Instituto Baiano de Direito do Trabalho e do Instituto Goiano de Direito do Trabalho, e ex-presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).

a limites impostos pelo povo norte-americano em temas afetos à individualidade. A advertência representa muito mais do que isso; reflete, convictamente, a herança do comportamento de povos anglo-saxões, cuja preocupação com a intimidade ou vida privada chega mesmo a se materializar na reticência quanto ao prosaico beijo na face tão comum aos povos latinos.

Com efeito, nós, brasileiros, possuímos a atávica tendência de abraçar e beijar, quando essa espécie de atitude não é habitual em países como os Estados Unidos ou, pior ainda, a Inglaterra.

Mas o objetivo do artigo não está preso à emissão de juízo de valor positivo ou negativo acerca do comportamento de ingleses ou norte-americanos a respeito de beijos e abraços, tampouco concerne à análise antropológica da manifestação do povo ianque em torno ao direito à intimidade; não, o propósito, aqui, é examinar os mais distintos e importantes casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos a respeito do relevante direito fundamental.

Referido como o “direito de ser deixado a sós” ou “*the right to be left alone*” (*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 [1928], [com divergência do Juiz Brandeis]), o direito à intimidade nos Estados Unidos chega mesmo a abandonar a seara do catálogo de direito materialmente fundamental para traduzir exigência culturalmente arraigada ao povo ianque, razão mais do que suficiente para justificar a elaboração de ensaio a respeito do assunto.

2 O direito à intimidade e a Constituição de Filadélfia de 1787

Por mais estranho, insólito ou paradoxal que possa parecer, o exame da Constituição de 1787, bem assim das emendas que se lhe seguiram quase imediatamente, e também das mais recentes (como a Emenda XXVII, de 1992), revela algo espantoso: não obstante

a notória preocupação do povo norte-americano com a proteção à individualidade, não há qualquer previsão explícita de tutela ao direito fundamental à intimidade, seja no texto original, seja em qualquer emenda subsequente.

Como explicar o fenômeno? Como entender que um direito tão caro àquele povo não tenha ainda merecido expressa referência em norma constitucional?

Em primeiro lugar, é necessário dizer que a Constituição norte-americana é *rígida*, isto é, a alteração de suas normas pressupõe processo legislativo bem mais solene e rigoroso que o inerente à edição de leis. Efetivamente, o artigo V da Constituição de Filadélfia acentua que, de sorte a ser emendada a Constituição, deve haver proposta de 2/3 do Congresso dos Estados Unidos (*House of Representatives* e *Senate*, que equivalem, respectivamente, no Brasil, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal) ou 2/3 das Casas Legislativas de todos os Estados-Membros da Federação ianque. Ainda assim, a emenda somente será integrada ao texto da Constituição se, no mínimo, 3/4 dos Estados ratificarem a proposta aprovada pelo Congresso. É interessante informar que ao longo da história constitucional norte-americana nunca houve emenda proposta pelas Casas Legislativas estaduais, tendo sido o Congresso o único protagonista das iniciativas quanto às modificações formais na Constituição.

Em segundo lugar, parece que a resposta se relaciona à composição do sistema jurídico dos Estados Unidos, precisamente porque a tarefa de atualização do direito objetivo se confere, em larga medida, ao Poder Judiciário, em cujo seio repousa a Suprema Corte, que tem acentuadamente ampliado sua legitimidade por meio de pronunciamentos judiciais relativos a temas reputados mais relevantes pela sociedade norte-americana, no mínimo, pelos últimos 200 anos.

Com efeito, por meio do procedimento denominado *writ of certiorari*, a Suprema Corte dos Estados Unidos não apenas efetiva direitos fundamentais, mas também “escolhe” os casos a tal respeito que tenciona resolver, o que corresponde, em grande parte, a algo semelhante ao que sucede no Brasil com a repercussão geral de questões constitucionais.

Em virtude da natureza sintética da Constituição de 1787, constata-se que apenas a Suprema Corte foi objeto de explícita referência no texto, ao passo que o artigo III tão só autoriza o Congresso a criar cortes inferiores e a determinar quais matérias seriam de competência desses tribunais, o que ensejou, até mesmo, iniciativa não exitosa de alguns membros do Parlamento no sentido de retirar competências de juízes federais para apreciação de casos relacionados à leitura bíblica nas escolas. Essa proposta gerou sérias controvérsias acerca do princípio da separação de poderes, mais ainda porque se reserva exclusivamente ao Poder Judiciário dos Estados Unidos o poder para interpretar o significado da Constituição.

Todavia, seria incorrer em raciocínio demasiadamente simplista e pedestre admitir que o Poder Judiciário – Suprema Corte dos Estados Unidos à frente – tem amplíssima discricionariedade em tema de construção do sistema jurídico, porque há muito direito objetivo em vigor naquele país, restringindo, desse modo, a liberdade construtora do juiz em sistema de *Common Law*. Logo, o sistema jurídico ianque não pode ser reputado como de *Common Law* “puro”, exatamente em virtude da existência, em número significativo, de leis federais, estaduais e locais, cuja obediência – e isso é óbvio – se impõe incondicionadamente a todos os magistrados.

Contudo, ao referirmos ao direito à intimidade, a tarefa construtora da Suprema Corte se impôs precisamente em razão da importância conferida pelos indivíduos acerca desse direito individual.

Por conseguinte, a Corte passou a desenvolver tutela específica ao direito à intimidade por meio da interpretação constitucional construtiva em torno da cláusula do devido processo legal, de modo específico da *substantive due process of law clause*.

Com evidência, são diversos os casos nos quais as decisões foram ancoradas, todas, indistintamente, na cláusula do devido processo legal em sentido substantivo, como, por exemplo, em *Lawrence v. Texas* (importante caso sobre relacionamento homossexual que será adiante examinado), *Washington v. Harper* (caso envolvendo condenado a pena de prisão que se recusou à submissão a tratamento médico contra uso de drogas); subsiste, enfim, expressivo número de casos em que a decisão se amparou na *substantive due process of law clause* de sorte a promover proteção ao direito à intimidade.

Outro dado a ser obrigatoriamente referido a respeito do direito à intimidade nos Estados Unidos é que, de forma distinta do que se sucede no Brasil, não há decisões que separem o direito à *intimidade* do direito à *vida privada*, como se vê no art. 5º, X, da Constituição brasileira de 1988. Lá não são diferenciados os direitos fundamentais, sendo todos eles tratados sob o signo *right of privacy*.

3 A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e o direito à intimidade

Antes de adentrar propriamente no estudo de casos examinados pela Suprema Corte ianque, convém pontuar que não deve ser desprezada a tradição constitucional dos Estados Unidos, na qual a Corte assume indisputável papel na tarefa de atualizar a realidade social e econômica aos comandos constitucionais, o que não deixa de despertar a atenção no Brasil, mais ainda se levado em conta que só recentemente o nosso Supremo Tribunal Federal passou a adotar semelhante comportamento.

Isso implica inegáveis e importantíssimos reflexos no altiplano da proteção à intimidade das pessoas, sendo certo que o Tribunal passou a exercer, sem parcimônia, o poder de construção do sistema relativamente à tutela específica ao direito individual.

3.1 O problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas nos Estados Unidos

É necessário se cercar de alguma cautela quando a questão se refere à aplicabilidade de direitos fundamentais nos Estados Unidos relativamente a entidades privadas.

Deveras, em virtude da característica compleição do sistema federativo norte-americano, por meio do qual se outorga larga faixa de atuação para os Estados federados, consolidou-se na Suprema Corte daquele país a ideia quanto à inadmissibilidade de incidência das normas constitucionais quando houver problema suscitado por particular em face de particular, principalmente porque compete às unidades federativas legislar sobre direito civil, o que não acontece no Brasil, conforme prevê o art. 22, I, da CF, cuja edição de lei versante sobre tal domínio normativo reclama atendimento às formalidades descritas no parágrafo único do referido preceptivo.

É a denominada *State Action Doctrine*, cuja terminologia é reputada incompreensível pelos próprios estudiosos do direito constitucional ianque¹, mas que, em síntese, pode ser explicada como *a doutrina que restringe a aplicabilidade das normas constitucionais protetoras de direitos fundamentais exclusivamente à ação estatal*.

Essa tendência se consolidou a partir do julgamento dos denominados *Civil Rights Cases*, em 1883 (*United States v. Singleton* e *United States v. Ryan*, por exemplo), que, entretanto, posteriormente foi

¹ Cf. CHEMERINSKY, 2006, p. 507.

mitigada por força do aparecimento de duas exceções – já também consolidadas na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. São elas: *public functions exception* e *entanglement exception*².

O que significam?

Quando a parte suscita a *public function exception*, pretende demonstrar o absoluto cabimento da incidência de normas jusfundamentais a problema ocorrido entre particulares, isso quando a forma de atuação do indivíduo se encerra em autêntica ação estatal. Muito embora a formulação atual da tese tenha-se dado no julgamento do caso *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* (1974), a fundamentação original ocorreu em *Marsh v. Alabama* (1946), envolvendo interessante situação de empregada adepta da religião Testemunha de Jeová, que distribuía panfletos do segmento no âmbito da vila construída pela empresa, no caso, a *Gulf Shipbuilding Corporation*. O problema conduzido à Suprema Corte estava relacionado à possibilidade de o Estado processar criminalmente a empregada. A Corte concluiu que administração de cidade é assunto tipicamente estatal, devendo ser realizada de acordo com as prescrições constitucionais³.

A outra exceção admitida é a *entanglement exception*. Significa tão só que a Constituição será aplicada em tema de relação entre particulares quando o governo, de modo afirmativo, autorizar, estimular ou facilitar a conduta privada que viola as normas constitucionais.

Foi o ocorrido em *Shelley v. Kraemer* (1948), quando a Corte esclareceu que a Constituição deveria ser aplicada porque o Estado facilitou a ocorrência de práticas discriminatórias.

Surpreendentemente, no entanto, no caso *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association* (2001), a Suprema

² CHEMERINSKY, 2006, p. 517-538.

³ Ibidem, p. 520.

Corte não utilizou as terminologias *public function* nem *entanglement* para viabilizar a incidência de direitos fundamentais no campo das relações privadas, circunstância que levou Erwin Chemerinsky a concluir que “[...] isso indica talvez que haja uma terceira exceção distinta das outras [...]”⁴.

Portanto, seja por meio da *public functions exception*, seja em virtude da aplicação da *entanglement exception*, ou até de uma terceira solução mais recentemente proposta pela Suprema Corte, o que deve ser ressaltado é que, tratando-se de estudo sobre a jurisprudência daquele Tribunal relativamente ao direito à intimidade, seria verdadeiramente imperdoável omitir as saídas encontradas para a defesa de direitos individuais nos Estados Unidos porque, seja lá ou aqui no Brasil, nota-se a acentuada tendência de transgressão a tais direitos por entidades privadas, circunstância decorrente do crescimento do poder econômico das corporações, desenvolvendo, assim – e infelizmente –, duras práticas violadoras de direitos dos trabalhadores e dos consumidores, aí presente o desrespeito ao direito à intimidade desses indivíduos.

Assim, passemos à análise dos casos mais interessantes e relativos a julgamentos daquela Suprema Corte sobre o direito à intimidade.

3.2 Exame de uso de drogas por funcionários públicos

O tema obviamente não ensejaria discussão sobre a aplicabilidade de normas constitucionais a entes privados, porquanto afeto o problema à exigência formulada pelo Estado em face de servidores públicos.

A questão não é pacífica nos Estados Unidos; a decisão da Suprema Corte, na hipótese, por 5 votos a 4, entendeu justificada

⁴ CHEMERINSKY, 2006, p. 517, nota de rodapé n. 51.

a realização do exame, não se tratando de situação que envolvesse ofensa às proibições constantes da Emenda n. 4.

Foi o ocorrido em *National Treasury Employees Union et al. v. Von Raab* (1989), oportunidade em que a Corte firmou pronunciamento no sentido de compreender que o interesse da alfândega norte-americana na preservação da integridade de funcionários armados e de todos outros envolvidos na repressão ao tráfico de drogas pesaria mais do que problemas relacionados à intimidade.

Destaque-se, todavia, que a decisão não conferiu propriamente “cheque em branco” à administração federal para o propósito de impor o exame a todos os funcionários públicos federais.

Evan Hendricks, Trudy Hayden e Jack Novik esclarecem que, no julgamento, houve até mesmo divergência suscitada pelo Juiz Scalia, para quem o serviço alfandegário não lograra demonstrar sequer a existência de problema relacionado ao uso de drogas por servidores do órgão, ou mesmo que o exame de urina pudesse levar a algum fim prático, concluindo que o procedimento se constituiria “[...] em espécie de imolação à intimidade e à dignidade da pessoa humana em oposição simbólica ao uso de drogas [...]”, acrescentando que “[...] o simbolismo, ainda que simbolismo para uma causa tão elevada quanto a repressão do uso de drogas ilegais, não poderia, por outro lado, tornar válida a medida desproporcional”⁵.

3.3 Intimidade sexual e direito fundamental à procriação

A Suprema Corte tem entendido que subsiste o direito fundamental à procriação.

⁵ Cf. HENDRICKS; HAYDEN; NOVIK, 1990, p. 48.

Não foi, no entanto, o entendimento inicialmente sufragado, tanto que em *Buck v. Bell* (1927), os julgadores concluíram em prol da admissibilidade da tese estatal, consagrando o direito do Estado para consumir esterilização involuntária de indivíduos com deficiência mental, com o que autorizou o Estado da Virgínia a esterilizar Carrie Buck, que possuía apenas 18 anos na época⁶.

Contudo, em *Skinner v. Oklahoma* (1942), a Corte, embora não tenha expressamente refluído quanto à tese adotada em *Buck*, declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de Oklahoma que permitia aos tribunais estaduais ordenarem a esterilização de condenados duas ou mais vezes por crimes considerados “moralmente torpes”⁷.

O Juiz Douglas, ao prolatar sua decisão, registrou que “[...] esse processo toca uma delicada e importante seara dos direitos humanos. O Estado de Oklahoma priva determinados indivíduos de um direito que é básico à perpetuação da raça humana: o direito de ter descendentes”⁸.

3.4 Intimidade sexual e uso de contraceptivos

Foi no conhecidíssimo caso *Griswold v. Connecticut* (1965) que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que houvera proibido a distribuição e o uso de contraceptivos.

A lei estadual chegara a prever multa de não menos de \$ 50,00 (cinquenta dólares) e prisão por não menos de 60 dias e não mais do que 1 ano, e todos aqueles que auxiliassem, sugerissem ou inci-

⁶ Cf. CHEMERINSKY, 2006, p. 814.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

tassem o uso de contraceptivos igualmente estariam incursos nas mesmas penas.

O caso envolveu a prisão de Estelle Griswold, Diretora Executiva da Liga de Planejamento Familiar do Estado de Connecticut.

O mais interessante dessa decisão foi observar que o Juiz Douglas, diferentemente da tradição instalada na Suprema Corte e relativa ao reconhecimento do direito à intimidade como natural decorrência do *substantive due process of law*, resolveu concluir que o direito individual promanava implicitamente do *Bill of Rights*⁹.

Também merece registro o fato de que, na hipótese, a decisão não se ateve a questões relacionadas ao direito de evitar filhos, mas simplesmente à garantia destinada a proteger o quarto do indivíduo contra a intromissão da polícia, isto é, a intimidade da pessoa.

Após *Griswold*, outro rumoroso caso foi decidido pela Corte: *Eisenstadt v. Baird* (1972), quando determinado indivíduo foi processado em razão de fornecer uma caixa de contraceptivo a uma mulher.

O Juiz Brennan, ao decidir a questão, esclareceu:

[...] se é que o direito à intimidade significa alguma coisa, é o direito do indivíduo, casado ou solteiro, de se ver livre contra intromissões estatais indevidas em assuntos tão fundamentalmente afetos à pessoa como a decisão de ter ou evitar filhos [...]¹⁰.

3.5 Direito à intimidade e aborto

No famoso caso *Roe v. Wade*, a Suprema Corte reconheceu o direito ao aborto como decorrência do direito à intimidade.

⁹ CHEMERINSKY, 2006, p. 815.

¹⁰ Ibidem, p. 817.

Sendo o caso-chave para solução de todas as controvérsias do passado e que ainda persistem nos Estados Unidos sobre o direito ao aborto, evidentemente que *Roe* tem despertado a viva curiosidade de estudiosos e juristas norte-americanos, não sendo poucos os artigos e estudos acadêmicos a respeito.

De modo específico, a Corte terminou por adotar entendimento segundo o qual a maternidade, ou o número excessivo de filhos, pode representar angústia e sofrimento para a vida da mulher, com possíveis repercussões em sua saúde física e mental, tendo rejeitado a tese do Estado de que o feto é pessoa e que havia interesse absoluto na proteção à vida. E assim se pronunciou em razão de não haver norma constitucional alguma a partir da qual se pudesse, de qualquer forma, ser subentendido que o termo “pessoa” poderia significar a inclusão de “fetos”¹¹.

A decisão final foi na linha da admissibilidade do aborto, desde que consumado até o término do primeiro trimestre de gestação, quando o Estado não poderia impor qualquer restrição ao livre arbítrio da mulher, mas sim apenas regular a prática do aborto, tal como disciplinados também outros procedimentos médicos. No segundo trimestre, o Estado ainda não pode intervir para proscrever a prática do aborto, mas pode regular a prática de forma que esteja relacionada à saúde da mulher, admitindo-se, então, contenções ao livre arbítrio feminino. Finalmente, no que se relaciona ao terceiro e último trimestre de gestação, o Estado pode proibir o aborto, exceto para preservar a vida ou a saúde da mãe¹².

Por fim, merece registro o pronunciamento da Corte segundo o qual “[...] *forced motherhood is sex inequality* [...]”, ou seja, “maternidade forçada é discriminação sexual”.

¹¹ CHEMERINSKY, 2006, p. 820-821.

¹² *Idem.*

3.6 Direito à intimidade e orientação sexual

A Suprema Corte dos Estados Unidos protege a autodeterminação em tema de orientação sexual?

O primeiro caso examinado foi *Bowers v. Hardwick* (1986), em que Michael Hardwick foi preso, em quarto de hotel, por manter relação sexual com pessoa do mesmo sexo.

O caso se desenvolveu da seguinte forma: o policial se dirigiu ao hotel onde se encontrava Hardwick para tratar de assunto completamente estranho à situação, tendo sido atendido por uma camareira que, ao recebê-lo na porta, indicou-lhe em qual apartamento encontrava-se Hardwick.

Alegando ter testemunhado relação entre pessoas do mesmo sexo, o policial prendeu Hardwick por violar a lei do Estado da Geórgia sobre sodomia, que previa o seguinte: “A pessoa comete crime de sodomia quando mantém qualquer ato sexual que envolva o órgão sexual de uma pessoa e a boca ou o ânus de outra”¹³.

A Suprema Corte, numa decisão por 5 a 4, julgou válida a lei estadual, fixando a exegese de que as conclusões do Tribunal relacionadas à intimidade sempre estiveram vinculadas a assuntos afetos à família e à procriação, e atividade homossexual não se encaixava no contexto desses direitos¹⁴.

O pronunciamento em *Hardwick* foi posteriormente revisto em *Lawrence v. Texas* (2003), quando dois homens foram condenados e multados em \$ 200,00 (duzentos dólares), de acordo com lei do Estado do Texas, que proibia “intercurso sexual desviado” (*deviate sexual intercourse*).

¹³ CHEMERINSKY, 2006, p. 844.

¹⁴ Ibidem, p. 845.

O Juiz Kennedy, sintetizando a decisão da Corte, registrou que

[...] as leis [...], no caso, são dispositivos que pretendem nada mais do que proibir determinado ato sexual. As penalidades e propósitos, todavia, têm muito maior alcance, atingindo a mais íntima conduta humana, o comportamento sexual, e no local mais reservado, a casa [...]¹⁵.

3.7 Direito à intimidade e *e-mail*

Surpreendentemente, caso julgado no ano de 1877 é indicado como parâmetro para decidir hipóteses de vasculhamento de comunicação eletrônica. Foi precisamente em *Ex parte Jackson*, 96 US 727 (1877), cuja controvérsia dizia respeito ao envio, pelo correio dos Estados Unidos, de correspondência-circular relativa a loteria, e o responsável pela remessa foi processado em virtude de proibição existente em norma federal. No caso, houve recurso movido contra a proibição, tendo a Corte estadual rejeitado o pleito sob o fundamento de que o Congresso teria poder para restringir o envio da correspondência, diante de determinado conteúdo¹⁶.

Isso tem levado alguns doutrinadores norte-americanos à defesa do entendimento de que, assim como as cartas e tal como concluído em *Ex parte Jackson*, o *e-mail* não seria indevassável, exceto se fosse devidamente criptografado¹⁷.

3.8 Direito à intimidade e escuta telefônica

Problema de real densidade, seja nos Estados Unidos ou no Brasil, a escuta telefônica historicamente foi admitida na jurisprudência da Suprema Corte daquele país, conforme se pode observar

¹⁵ Ibidem, p. 845-846.

¹⁶ Cf. BRENNER, 2008, p. 233-234.

¹⁷ Cf. LOWE, [2004?], p. 28.

no famoso caso *Olmstead v. United States* (1928), não à toa responsável pela própria definição do que poderia ser entendido como direito à intimidade, de acordo com a genial formulação teórica do Juiz Brandeis.

Todavia, quando do julgamento do caso *Katz v. United States* (1967), a Suprema Corte resolveu rever o pronunciamento adotado em *Olmstead*, tudo com o propósito de considerar inconstitucional a escuta eletrônica e gravação de conversa havida entre duas pessoas, ainda que a parafernália tenha sido instalada fora da residência dos que sofreram a escuta, de acordo com a redação da Emenda n. 4 à Constituição de Filadélfia¹⁸.

Muito interessantes as observações em *Katz* trazidas pelo Juiz Harlan, inclusive para a solução de infinidade de casos ocorridos com pessoas famosas no Brasil ou no exterior, quando, em público – logo à vista de quem quiser ver –, pretendem consumir comportamento que todos só realizam no recôndito da alcova:

Existe uma dupla exigência: primeiro que a pessoa tenha apresentado uma atual expectativa de intimidade e segundo que a sociedade esteja preparada para reconhecer a expectativa como “razoável”. Logo, a casa da pessoa [...] é local onde há expectativa de exercitar a intimidade [...]. Por outro lado, conversas ao ar livre não seriam protegidas, porque não seria “razoável” a expectativa quanto ao exercício da intimidade em tais circunstâncias¹⁹.

3.9 Direito à intimidade e inviolabilidade do domicílio

Estudiosos do direito constitucional em todo o mundo fazem a inexorável correlação entre intimidade e inviolabilidade do

¹⁸ Cf. BRENNER, 2008, p. 235.

¹⁹ Idem.

domicílio, e tal entendimento se faz presente em diversas Cortes Constitucionais, dentre as quais a brasileira e a norte-americana.

Nos Estados Unidos, a proteção à casa como decorrência da tutela à intimidade ficou evidente em *Kyllo v. United States* (2001), quando policiais resolveram instalar dentro de veículo de um deles detector térmico, a fim de constatar se Danny Kyllo estava plantando maconha dentro de casa. Realmente ficou comprovada a iniciativa para o tráfico de drogas, tendo Kyllo argumentado que a investigação policial ofendeu o texto da Emenda n. 4, quando, após sucessivos recursos a instâncias estaduais e federais, a Suprema Corte deliberou que, no caso de o Estado se utilizar de tecnologia que não está ao alcance de todos, de sorte a explorar detalhes da casa da pessoa, a investigação não é razoável sem mandado judicial²⁰.

Contudo, constitucionalistas daquele país articulam severas críticas à decisão extratada pela Suprema Corte, e isso sob dois principais fundamentos: primeiro, porque a decisão faz referência explícita a uso de tecnologia para explorar detalhes da casa, deixando sem proteção estabelecimentos comerciais e outras propriedades com caráter não residencial, mais ainda porque a Corte ainda não sufragou entendimento abrangente acerca do signo “casa”, tal como ocorre com a Suprema Corte brasileira; segundo, quando alude a tecnologia que não esteja ao alcance de todos, tornando presumivelmente legítima a utilização de parafernália eletrônica para invadir a intimidade das pessoas em suas casas quando a tecnologia se tornar acessível a um conjunto mais expressivo de indivíduos.

²⁰ BRENNER, 2008, p. 242.

3.10 Direito à intimidade e inviolabilidade do corpo

Obviamente, a intimidade também se faz apta para proteger a inviolabilidade do próprio corpo, já que ninguém pode ser obrigado a expor-se contra a sua vontade, ou mesmo a submeter-se a qualquer procedimento médico-cirúrgico de forma involuntária.

Foi o que se tentou fazer com um indivíduo chamado Lee, visto que a Corte do Estado da Virgínia o obrigou a se submeter à cirurgia para a remoção de projétil de arma de fogo alojado em seu tórax. Os promotores argumentaram a respeito da necessidade de retirar o projétil a fim de provar que era autor de roubo, oportunidade em que fora alvejado por policial. Ele apelou indicando violação direta à Emenda n. 4, tendo a Suprema Corte provido o recurso sob o fundamento de que eventual prova de inocência ou culpabilidade não deve justificar a submissão de alguém, contra sua própria vontade, a intervenção cirúrgica, notadamente em razão dos riscos acarretados pelo procedimento.

4 Conclusão

Vimos insistentemente referindo que sem *cultura constitucional* não chegaremos a bom porto no Brasil.

Seja porque as normas constitucionais conferem primazia aos interesses maiores da coletividade, seja porque, como decorrência imediata ou mediata desta primazia, se consolidará, no Brasil, com o beneplácito devido do tempo, efetiva proteção aos direitos sociais e individuais, converte-se em tarefa indeclinável o exame das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, cuja jurisprudência serve de espelho para toda e qualquer corte constitucional imbuída com o cumprimento sincero de sua missão, que não é outra senão

a de fazer da Constituição instrumento cotidiano de proteção aos mais elevados direitos do ser humano.

Referências

BRENNER, Susan W. Constitutional rights and new technologies in the United States. In: LEENES, Ronald; KOOPS, Bert-Jaap; DE HERT, Paul. *Constitutional rights and new technologies: a comparative study*. Tilburg: T.M.C. Asser Press, 2008.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

HENDRICKS, Evan; HAYDEN, Trudy; NOVIK, Jack D. *Your right to privacy: a basic guide to legal rights in an information society*. 2. ed. Chicago: Southern Illinois University Press, 1990.

LEENES, Ronald; KOOPS, Bert- Jaap; DE HERT, Paul. *Constitutional rights and new technologies: a comparative study*. Tilburg: T.M.C. Asser Press, 2008.

LOWE, E. P. *Emailer beware: the fourth amendment and the electronic mail*. [S.l.: s.n.], [2004?].

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Human rights, fundamental rights, basic guarantees and the Brazilian Constitution of 1988*. Salvador: JM, 2007.

Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras

Gustavo Tepedino*

Em expressivo acórdão proferido, por maioria, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 2005, sedimentou-se o entendimento de que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares”¹. O reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua eficácia, independentemente de legislação infraconstitucional, nas relações jurídicas de direito privado, consolida-se, pouco a pouco, nos Tribunais brasileiros. Trata-se de resultado de longo processo evolutivo, que pode ser dividido em três fases distintas.

Em uma primeira etapa, prevalecia a rejeição da aplicação das normas constitucionais na solução de controvérsias entre particulares. Por longo período de tempo, que acompanha a história constitucional brasileira até os anos 1990, já sob a égide da Constituição de 5 de outubro de 1988, as normas constitucionais foram consideradas mero programa de política legislativa, sem qualquer conteúdo vinculante². A ausência de eficácia normativa dos preceitos constitucionais refletia-se com maior intensidade no âmbito do direito

* Gustavo Tepedino é Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

¹ STF, RE n. 201.819, 2ª Turma, rel. min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão min. Gilmar Mendes, j. em 11.10.2005.

² É farta a literatura que descreve essa fase. Confira-se, por exemplo, Daniel Sarmiento (2004); Luis Roberto Barroso (2000) e Ingo Wolfgang Sarlet (2006).

privado, em virtude do radical afastamento entre o Código Civil e a Constituição. Em decorrência da separação dogmática profunda entre direito público e direito privado, tais fontes normativas não dialogavam entre si, de modo que não recorria o Supremo Tribunal Federal à Carta Constitucional para a resolução de conflitos entre particulares, considerados então circunscritos aos próprios interessados. Mostra-se significativo, por isso mesmo, o resultado do célebre julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2, pelo qual o Supremo Tribunal eximiu-se do controle constitucional das normas infraconstitucionais anteriores a 5 de outubro de 1988. Ao adotar a teoria da não recepção, repetida, ao longo dos anos, de maneira acrítica, como expressão de imperativo invencível da lógica jurídica, o Tribunal estabeleceu que toda a copiosa legislação infraconstitucional, aí incluindo o Código Civil de 1916, não poderia ter sua constitucionalidade apreciada por via de ação direta. A tese, defendida pela maioria dos ministros, assentava que,

sobrevindo uma Constituição, a legislação existente (a) ou com ela é compatível e continuará em vigor ou (b) com ela é incompatível e por ela será revogada. No segundo caso, em havendo incompatibilidade entre a legislação preexistente e a Constituição superveniente, quer dizer, quando a Constituição sucede à lei, não se pode falar em inconstitucionalidade desta, mas em sua revogação³.

A adoção dessa tese trouxe grandes obstáculos para o controle, pelo Supremo Tribunal Federal, da interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais em face do novo ordenamento constitucional, já que aquelas somente poderiam ser revistas pela Corte em casos extremos de violação frontal do Texto Maior perpetrada por Tribunais inferiores, por meio da tortuosa via do Recurso Extraordinário, cuja decisão, em princípio, carece de eficácia *erga omnes*. A desvantagem da adoção da teoria, contudo, não passou

³ STF, ADIn 2, Pleno, rel. min. Paulo Brossard, j. em 6.2.1992.

despercebida no Plenário, tendo ressaltado o ministro Sepúlveda Pertence que tal entendimento em nada contribuiria para a busca de efetividade das normas constitucionais⁴.

A questão traduz dificuldades técnicas ainda maiores, pois, ao afirmar a não recepção de determinado diploma legal, estabeleceu-se, em contrapartida, a inexistência da lei, por ausência de base de validade constitucional, na ordem jurídica. Ausente a legislação infraconstitucional – por não recepcionada – e estando a Corte impossibilitada de apreciá-la em sede de ação direta – por não ser dela objeto –, furtou-se o Supremo, em termos práticos, a definir, de modo uniforme, a interpretação dessas normas à luz da nova Constituição. Nesse contexto, o controle exercido de forma concentrada mostrou-se inteiramente insuficiente, por desatender aos pressupostos de segurança e uniformidade, transferindo-se para as Cortes inferiores a definição da interpretação sistemática da legislação e a harmonização das diversas fontes normativas, os quais assi-

⁴ De acordo com seu voto, no qual apresenta as soluções conferidas à matéria por diversas Cortes europeias, ressalta o ministro que a opção pelo sistema da inconstitucionalidade superveniente ou pelo sistema da não recepção deve guiar-se pela busca da solução que vise conferir maior eficácia às normas constitucionais. Assim conclui que “na decisão de abrir a via do controle direto e concentrado de constitucionalidade à aferição de compatibilidade com a nova ordem das leis anteriores, tem estado sempre presente a relativa à certeza e à segurança jurídicas, consequentes à eficácia *erga omnes* das sentenças da Justiça Constitucional, que, de sua vez, é instrumento da efetividade da Constituição. [...] *a mim me parece que, em relação ao direito ordinário pré-constitucional, é que as exigências da efetividade da nova ordem constitucional conspiram mais imperativamente no sentido do controle direto*” [g.n.]. O ministro reafirmou, em outra sede, o prejuízo da adoção, pelo Supremo, da teoria da não recepção: “o fechamento da via do controle abstrato para as leis ordinárias anteriores à Constituição [...] fez com que se demitisse ou liberou o Supremo Tribunal de viver uma fase fascinante de alguns tribunais constitucionais europeus que também surgiram a partir da superação de regimes autoritários. A sentença n. 1 da Corte italiana é, precisamente – coroando a luta gigantesca de seu maior pregador, Calamandrei –, a afirmação da submissão ao controle abstrato, pela Corte, das leis pré-constitucionais, o que viabilizou uma certa revisão histórica do resíduo legislativo do fascismo. E isso se repetiu, em termos, em Espanha, Portugal, e até na Alemanha, com certas distinções tipicamente germânicas” (DIÁLOGOS, 2001, p. 318).

nalam, em última análise, a efetividade das normas constitucionais nas relações interprivadas.

Em um segundo momento, deflagra-se a discussão quanto à força normativa dos princípios constitucionais, refletindo-se nos tribunais a defesa, inaugurada em doutrina, da efetividade das normas constitucionais⁵. Contudo, apesar das vozes doutrinárias contrárias à categoria das normas constitucionais “programáticas”⁶, a ampliação de sua eficácia, entre os publicistas, não se estendeu ao direito civil, no âmbito do qual os dispositivos da Lei Maior permaneceram considerados como dotados de eficácia limitada, com sua aplicação pelo Judiciário subordinada à promulgação de normas infraconstitucionais. Dessa forma, o conteúdo dos diversos princípios consagrados pela Carta – dentre os quais se pode ressaltar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) – acabou sendo preenchido por meio de casuísticas manifestações do legislador ordinário, considerando-se as normas constitucionais como mero limite à legislação ordinária. Avaliava-se, assim, nos Tribunais Superiores, a constitucionalidade das regras de direito privado, afastando-as quando em confronto com a Constituição, mas negava-se a esta força normativa autônoma, a prescindir do legislador infraconstitucional.

⁵ Destacaram-se como pioneiras nesse processo as obras de José Afonso da Silva (1999) e Luis Roberto Barroso (2000).

⁶ Confira-se arguta crítica elaborada por Eros Roberto Grau (1985, p. 41-42): “As consequências da adoção do pensamento da doutrina acima apontada [...] são desastrosas. [...] A verdade é que, na atribuição de caráter meramente programático a determinadas disposições constitucionais, o que se pretende é transformá-las em estereótipos ou meros termos de efeito. [...] Assim, penso possamos afirmar que a construção que nos conduz à visualização das normas como tais – programáticas – no texto constitucional tem caráter reacionário. Nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do Direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais”.

O Supremo Tribunal Federal expressa essa tendência interpretativa na discussão acerca da aplicação – direta ou não – do § 3º do art. 192 do texto constitucional, assim redigido:

As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar⁷.

Chamada a decidir sobre a eficácia do dispositivo logo após a elaboração da Constituição de 1988, a Corte Suprema afirmou, por maioria de seus membros, tratar-se de norma de eficácia limitada, nos seguintes termos:

Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no *caput*, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12 por cento ao ano), até porque estes não foram conceituados⁸.

Nota-se no excerto a prevalência da perspectiva de eficácia limitada do texto constitucional na atividade econômica privada. É certo, contudo, que o germe de uma nova fase já se encon-

⁷ O artigo foi objeto de reforma pela Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003, a qual suprimiu o parágrafo em análise.

⁸ STF, ADIn 4, Pleno, rel. min. Sydney Sanches, j. em 7.3.1991. Tal posicionamento restou pacificado no Tribunal, sendo repetido em diversas decisões posteriores. É ver-se: “O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema ora debatido em sede de ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu que o preceito inscrito no art. 192, § 3º, da Carta Política – por qualificar-se como estrutura normativa aberta e incompleta – não se reveste de autoaplicabilidade, o que impede o Poder Judiciário, sem que exista o ato de concretização legislativa reclamado pelo texto constitucional, de conferir executoriedade imediata a essa regra de nossa Carta”(RE n. 186.594, 1ª Turma, rel. min. Celso de Mello, j. em 28.4.1995). No mesmo sentido: RE n. 161.541, 2ª Turma, rel. min. Paulo Brossard, rel. p/ acórdão min. Francisco Rezek, j. em 22.2.1994, e RE n. 170.131, 1ª Turma, rel. min. Celso de Mello, j. em 8.2.1994.

trava presente no mesmo julgamento, no voto vencido do ministro Carlos Velloso, que vaticinou: “As normas constitucionais são, de regra, autoaplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Já foi o tempo em que predominava a doutrina no sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias”⁹.

Assim, nos dias atuais, o exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça indica a terceira fase acima aludida, em que, progressivamente, supera-se a dicotômica distinção entre o direito público e o direito privado, destacando-se a ampla admissão da aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas.

Percebe-se essa transformação gradual a partir da análise de diversas decisões da Suprema Corte, as quais se utilizam de princípios constitucionais para a decisão de lides entre particulares. A primeira dessas decisões deu-se no julgamento do Recurso Extraordinário n. 160.222, em que se discutia a legitimidade de revista íntima efetuada por empresa produtora de peças íntimas femininas em suas empregadas, procedimento este previsto em cláusula contratual¹⁰.

⁹ STF, ADIn 4, Pleno, rel. min. Sydney Sanches, j. em 7.3.1991, voto do min. Carlos Velloso.

¹⁰ Na hipótese, não foi possível ao relator apreciar o mérito da questão, em virtude da verificação da prescrição. Contudo, a incidência da norma constitucional na atividade econômica privada foi ressaltada: “Lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exacerbado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante”. Confirma-se a ementa do julgado em questão: “Recurso extraordinário: legitimação da ofendida – ainda que equivocadamente arrolada como testemunha –, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado à intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao

Pouco tempo depois, o Tribunal foi instado a decidir sobre exclusão de associado de cooperativa ao arrepio de regras estatutárias. O ministro relator Marco Aurélio, ao julgar a questão, afirmou que o princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição, em conjunto com os princípios da legalidade (art. 5º, II) e da ampla defesa (art. 5º, LV), tornariam inválidos os atos da Assembleia que resultaram na exclusão do cooperativado. Ficou assentado, portanto, que, “na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa”¹¹.

Em outra decisão relevante, o STF estendeu, em nome do princípio da igualdade, os direitos de trabalhadores estrangeiros aos brasileiros empregados na mesma companhia¹². Na hipótese, ex-empregado brasileiro de empresa francesa alegava não ter recebido diversos benefícios concedidos pela empregadora a funcionários de nacionalidade francesa, por ser este requisito previsto no estatuto do pessoal da companhia para a concessão das benesses pleiteadas. O Supremo entendeu que a previsão afrontava o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*), pois “a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indi-

contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então” (STF, RE n. 160.222, 1ª Turma, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 1º.9.1995).

¹¹ STF, RE n. 158.215, 2ª Turma, rel. min. Marco Aurélio, j. em 30.4.1996.

¹² A doutrina, contudo, já anotava, com base nessas decisões, que o STF estava a aplicar diretamente tais normas constitucionais às relações privadas. Nesse sentido, confira-se Daniel Sarmento (2004, p. 294): “Por estes acórdãos, infere-se que o STF aceita a aplicação de direitos fundamentais na resolução de conflitos interpretados, independentemente da mediação do legislador. Embora o Pretório Excelso não tenha chegado a discutir em seus julgados as diversas teorias sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos constitucionais, é possível extrair dos seus posicionamentos a adesão à tese mais progressista, da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas”.

víduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional”. Uma vez mais, fez incidir o Supremo norma de natureza constitucional na relação eminentemente privada¹³.

A argumentação utilizada pelos ministros para fundamentar a linha adotada deixa nítida a compreensão da eficácia direta das normas constitucionais, uma vez que alude a uma interpretação sistemática do ordenamento, a prescindir a eficácia da Constituição de intervenção legislativa¹⁴.

Tal tendência consolidou-se com a apreciação do supramencionado Recurso Extraordinário n. 201.819, julgado em 11 de outubro de 2005, quando o Tribunal referiu-se expressamente à aplicação direta de normas constitucionais às relações privadas. Tratava-se de hipótese de exclusão de sócio por meio de procedimento no qual não lhe foi conferida a possibilidade de se defender das acusações que lhe eram imputadas e sequer de se manifestar antes de ser punido com a exclusão. O Tribunal, rejeitando o argumento de que o princípio da ampla defesa não se aplicaria aos procedimentos internos das instituições privadas, entendeu que, apesar de se regerem pelas normas do Código Civil,

¹³ É o que se extrai do voto do ministro Maurício Corrêa: “Evidentemente, como o tom da nossa Constituição é o da igualdade de tratamento, não podendo haver desigualdade entre iguais, razão pela qual quem aqui se instala há que obedecer ao nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal. Tanto mais que essa discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade, e muito menos não se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro” (STF/RE n. 161.243, 2ª Turma, rel. min. Carlos Velloso, j. em 29.10.1996).

¹⁴ Tal perspectiva resta nítida no voto do ministro Néri da Silveira: “Mas, o princípio do nosso sistema é o da igualdade de tratamento. Em conseqüência, não pode uma empresa, no Brasil, seja nacional ou estrangeira, desde que funcione, opere, no território nacional, estabelecer discriminação decorrente da nacionalidade para seus empregados, em regulamento de empresa, a tanto correspondendo o estatuto dos servidores da empresa, tão-só pela circunstância de não ser um nacional francês. [...] Nosso sistema não admite essa forma de discriminação, quer em relação à empresa brasileira, quer em relação à empresa estrangeira”.

a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais.

Concluiu, então, a Corte, em paradigmática passagem citada ao início, que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”¹⁵.

Na esteira do voto do relator, o ministro Joaquim Barbosa enumerou os motivos pelos quais defendia a aplicabilidade direta do dispositivo constitucional:

O primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XIX o direito público e o direito privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de jurisdição constitucional – a chamada “constitucionalização do direito privado”, mais especificamente do direito civil. Noutras palavras, as relações privadas, aquelas que há até bem pouco tempo se regiam exclusivamente pelo direito civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de direito público, emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional.

Em conclusão ao julgamento, anotou o ministro Celso de Mello o impacto dessa nova visão em um dos pilares do direito civil, qual seja, a autonomia privada, que, segundo ele,

não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia de vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria

¹⁵ STF, RE n. 201.819, 2ª Turma, rel. min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão min. Gilmar Mendes, j. em 11.10.2005.

Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Assim, como consequência dessa percepção, decidiu a questão afirmando que

a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir, como a parte ora recorrente o fez, à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais.

Paralelamente a esse processo de reconhecimento da eficácia do texto constitucional nas relações privadas, tem-se verificado outra mudança relevante no posicionamento da Corte, também no que concerne ao mandado de injunção. Outrora utilizado tão somente para reconhecer a mora do legislador ordinário na elaboração de normas necessárias ao exercício de direitos constitucionalmente consagrados¹⁶, passou a solucioná-los o Supremo Tribunal Federal, ciente de sua vinculação à Constituição, independentemente da edição das normas infraconstitucionais¹⁷. Reconhece-se, assim, a força normativa da Constituição, a vincular diretamente os

¹⁶ “Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra” (STF MI 695, Pleno, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 1º.3.2007).

¹⁷ A nova orientação foi fixada no âmbito do Mandado de Injunção n. 721, julgado pelo Tribunal Pleno em 30.8.2007, de relatoria do ministro Marco Aurélio, no qual se assentou: “A natureza da citada ação constitucional – mandado de injunção –, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração, o exercício do direito, da liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Eis que surgiu, no cenário normativo-constitucional, o instrumento capaz de revelar a lei fundamental como de concretude maior, abandonada visão simplesmente lírica”. A Corte, posteriormente, ratificou o entendimento no julgamento do Mandado de Injunção n. 758, Pleno, rel. min. Marco Aurélio, j. em 1º.7.2008.

responsáveis pela consecução de direitos previstos constitucionalmente, a prescindir de norma infraconstitucional específica.

Na mesma linha metodológica de crescente aplicação de normas constitucionais para a solução de conflitos entre particulares, o Superior Tribunal de Justiça entendeu discriminatória disposição de estatuto social de clube que impedia a inscrição como dependente do sócio titular o menor sob sua guarda, mas que não era seu filho. Assentou-se, naquele julgamento, que, apesar de se garantir “aos associados dispor, nos estatutos do clube, da forma que mais conveniente lhes parecer quanto ao acesso ao quadro social”, não se mostra constitucionalmente legítimo “estabelecer discriminação que a lei não admite”¹⁸.

Dentre os princípios constitucionais amplamente adotados pelo STJ, assume especial relevância o princípio da dignidade da pessoa humana. Recentemente, o princípio serviu de base para importante decisão em que, a despeito da regulamentação infraconstitucional, concedeu-se a portadores de HIV o benefício de tramitação especial de processos previsto pelo art. 1.211-A do Código de Processo Civil para beneficiar pessoas com idade superior a sessenta e cinco anos¹⁹. Reformando decisão do Tribunal *a quo*, que havia compreendido que não se poderia usar de interpretação extensiva ou analógica na aplicação da norma em questão devido a seu caráter excepcional, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que

não há necessidade de se adentrar a seara da interpretação extensiva ou da utilização da analogia de dispositivo legal infraconstitucional de cunho processual ou material, para se ter completamente assegurado o direito subjetivo pleiteado pelo recorrente. Basta buscar nos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da

¹⁸ REsp n. 93.634, rel. min. Eduardo Ribeiro, j. em 24.8.1999.

¹⁹ Dispõe o artigo: “Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância”.

dignidade da pessoa humana que, por sua própria significância, impõe a celeridade necessária peculiar à tramitação prioritária do processo em que figura parte com enfermidade como o portador do vírus HIV, tudo isso pela particular condição do recorrente, em decorrência de sua moléstia²⁰.

No mesmo diapasão, construiu o Tribunal entendimento, ora sedimentado, de que, a despeito de regra infraconstitucional específica em sentido contrário, é possível o levantamento do saldo do FGTS mesmo no caso de doenças graves não previstas na lei, pois

o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço²¹.

Ainda atendendo aos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, decidiu o Tribunal aplicar o conceito de bem de família e, por conseguinte, a garantia de impenhorabilidade, conferida pela Lei n. 8.009/1990²², a imóvel sede de empresa familiar na qual residiam os membros da família. Ao assim decidir, ressaltou o ministro Luiz Fux que “ao aplicar a lei, o julgador não pode, tão-somente, restringir-se à subsunção do fato à norma. Deve estar atento aos princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se dirige”.

Tal perspectiva levou o julgador à conclusão de que

²⁰ STJ, REsp n. 1.026.899, 3ª Turma, rel. min. Nancy Andrighi, j. em 17.4.2008.

²¹ REsp n. 853.002, 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, j. em 19.9.2006. No mesmo sentido, v. STJ, 2ª Turma, REsp n. 670.027, rel. min. Eliana Calmon, j. em 16.11.2004.

²² Eis o teor do dispositivo: “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

iluminado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o artigo 1º da Lei n. 8.009/1990 precisa ser interpretado no sentido de que a proteção deve ser estendida à habitação familiar, ainda mais quando o imóvel onde reside a família é da propriedade de uma empresa pequena e familiar²³.

Na mesma linha de progressiva eficácia das normas constitucionais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que a prevalência dos princípios da saúde e da integridade psicofísica dos trabalhadores autorizaria os Estados-Membros à emanação de normas que, para além da regulamentação federal em vigor e a despeito da indiscutível competência da União sobre a matéria, pudessem aprimorar a tutela da pessoa humana, revendo, dessa maneira, a tradicional dogmática das competências complementar e supletiva dos Estados-Membros, associada ao princípio do federalismo²⁴.

Trata-se do julgamento em que se avaliou a constitucionalidade de norma elaborada pelo Estado de São Paulo que proibia o uso de determinada substância (crisotila) na composição de produtos, materiais e artefatos²⁵. Alegava-se, em ação direta de inconstitucionalidade, a incompatibilidade de tal dispositivo com o art. 24, V, da Constituição da República²⁶, por entender exorbitada competência supletiva do Estado-Membro para legislar sobre produção e consumo.

²³ STJ, REsp n. 621.399, 1ª Turma, rel. min. Luiz Fux, j. em 19.4.2005.

²⁴ Confira-se o entendimento anterior da Corte: “Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei n. 9.055/1995). Consequência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, art. 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria” (STF, ADIn 2.656, Pleno, rel. min. Maurício Corrêa, j. em 8.5.2003).

²⁵ Eis o dispositivo impugnado: “Fica proibido, a partir de 1º de janeiro de 2008, o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto” (art. 1º da Lei n. 12.684, de 26 de julho de 2007, do Estado de São Paulo).

²⁶ “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] V – produção e consumo”.

Entendeu o Tribunal que os princípios invocados – referentes ao direito à vida e à integridade psicofísica dos trabalhadores expostos ao produto – deveriam prevalecer em face da interpretação restritiva, assentada na dogmática constitucional, atinente à competência do Estado-Membro. Nos termos do voto vencedor do ministro Joaquim Barbosa, a defesa da inconstitucionalidade da norma com base no exercício exorbitante da competência concorrente do Estado de São Paulo não se coaduna com os valores promovidos pela Constituição, em especial por visar a norma à eficaz proteção da pessoa humana²⁷. Assim, a aplicação direta dos direitos constitucionais à saúde e à vida (integridade psicofísica) autoriza o legislador estadual, mesmo no âmbito de sua competência supletiva, a expandir e aperfeiçoar, progressivamente, a tutela dos valores constitucionais, não circunscrevendo sua atuação a suprir lacunas derivadas da omissão da legislação federal²⁸.

Infere-se, pois, da análise das decisões das Cortes Superiores brasileiras a progressiva eficácia das normas constitucionais nas relações de direito privado, em consonância com a lição do professor Perlingieri, segundo a qual “a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil”²⁹. Não se trata, portanto, de simples aplicação corretiva de regras infraconstitucionais à luz da Constituição, mas, de maneira mais ampla e incisiva, percebe-se a aplicação dos princípios constitucionais como instrumento de remodelagem axiológica de todo o ordenamento, na interpretação e aplicação de toda e qualquer norma jurídica.

²⁷ O Acórdão ainda não se encontra publicado, mas é possível obter referências do julgado no Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal n. 509, de 2 a 6 de junho de 2008.

²⁸ Sobre a importante decisão, confira-se: Gustavo Tepedino (2008, p. III-IV).

²⁹ PERLINGIERI, 2006, p. 11.

Diante de tais circunstâncias, já é hora de superar difusas concepções dogmáticas que, arraigadas na cultura jurídica dominante, constituem-se em obstáculos à plena eficácia interpretativa das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado.

Primeiramente, há que se observar que o conceito de ordenamento implica, necessariamente, rejeição à defesa dos chamados microsistemas, pois, enquanto estes pressupõem a existência de centros de gravidade autônomos entre si, aquele se baseia na verificação do conjunto de normas destinadas a ordenar a sociedade segundo determinado modo de vida historicamente determinado³⁰. Para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado, ainda que composto por uma pluralidade de fontes normativas. Daí a importância de se entender a centralidade dos valores constitucionais no ordenamento: diante da pluralidade de fontes normativas que o compõem, o reconhecimento de que o sistema funda-se nos preceitos constitucionais eleitos por toda a sociedade afigura-se única metodologia capaz de assegurar a necessária unidade do ordenamento³¹.

Assim sendo, há de ser superada a discussão, por vezes vã e ociosa, quanto à aplicação direta ou indireta das normas constitu-

³⁰ *Ibidem*, p. 2.

³¹ Como observa Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 107), são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. “Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização ao direito civil”. Nas palavras de Perlingieri (2005, p. 202 e 209): “Se allora i modelli di validità degli atti devono confrontarsi col modello costituzionale di legittimità, questo primato non può non tradursi anche in centralità. La complessità, per divenire sistema, deve avere una centralità sulla quale fondarsi. [...] In un ordinamento complesso come quello vigente, caratterizzato dalla indiscussa supremazia delle norme costituzionali, queste non possono non avere una posizione centrale. Da tale centralità è doveroso partire per l’individuazione dei principi e dei valori sui quali costruire il sistema. La centralità non è cosa diversa dalla supremazia”.

cionais. Em um ordenamento unitário (como não pode deixar de ser), a norma constitucional há sempre que prevalecer, direta ou indiretamente, uma vez que a legislação ordinária apenas encontra legitimidade se conformada aos valores constitucionais, de forma que sua aplicação representa a aplicação da própria Constituição³². Consequentemente, não se mostra razoável afirmar a existência de diversas teorias setoriais de interpretação, uma para cada ramo do direito. Tal concepção supõe haver técnica de interpretação distinta da técnica de interpretação constitucional, o que não se mostra possível, sob pena de se esfacelar a unidade do ordenamento. Uma vez que toda norma deve ser interpretada à luz dos valores constitucionais, com estes imbricando-se, verifica-se tão somente uma teoria da interpretação, qual seja, a interpretação constitucional.

Diante de tais conclusões, mostra-se equivocada a chamada civilização do direito constitucional, que pretende indicar a suposta influência do direito civil e de suas categorias na interpretação constitucional: são os valores constitucionais que devem impregnar cada categoria do direito infraconstitucional, sob pena de se obstaculizar o projeto constitucional em nome de soluções legislativas oriundas da práxis judiciária ou do próprio mercado, incompatíveis com o sistema.

Assim sendo, não é dado ao legislador infraconstitucional, ou mesmo ao codificador, o papel de decifrar, com base em valorações setoriais, os princípios fundamentais do ordenamento. As normas

³² Esclarece o professor Perlingieri (2008): “La stessa espressione ‘rilettura degli istituti del diritto civile alla luce della Costituzione’, pur se con una certa dose di ambiguità, intende sottolineare non già che oggetto dell’interpretazione a fini applicativi sia la disposizione ordinaria, regolatrice del singolo istituto, adeguata o conformata alla norma costituzionale, ma che oggetto dell’interpretazione sono le disposizioni di rango ordinario unitamente alle norme costituzionali: le une in funzione delle altre e viceversa, in coordinamento le une e le altre secondo la collaudata tecnica del combinato disposto. Tecnica, questa, volta ad evitare che la Costituzione sia letta e interpretata alla luce della legge ordinaria, in una sorta di bidirezionalità ermeneutica foriera di grosse ambiguità”.

infraconstitucionais, pelo fato de conterem maior densidade analítica, não devem servir de decodificadores ou tradutores dos valores constitucionais. Tal entendimento acaba por subverter a ordem hierárquica do ordenamento, aplicando-se os princípios fundamentais à luz de regras infraconstitucionais, a autorizar, por vezes, o aniquilamento das prioridades axiológicas estabelecidas constitucionalmente. Ao revés, como antes demonstrado, as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema. Se assim não fosse, o ordenamento restaria fragmentado, decompondo-se o sistema por força da pluralidade de núcleos legislativos que substitui, no curso do tempo, o sistema monolítico da codificação oitocentista, esmorecendo ou aniquilando a aplicação direta das normas constitucionais. A pluralidade de fontes normativas, portanto, não pode perder de vista a unicidade do ordenamento, que, em sua complexidade, mantém-se em harmonia graças à rigidez da tábua de valores determinada pela ordem pública constitucional.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DIÁLOGOS com a doutrina: entrevista com o ministro Sepúlveda Pertence. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 8, 2001.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, p. 41-42, 1985.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET,

Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. *Rassengna di Diritto Civile*, Napoli, n. 1, p. 189-216, 2005.

_____. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A eficácia dos direitos fundamentais no dia-pasão do STF. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 33, p. III-IV, 2008.

Temas Atuais



A retórica da revisão da anistia: um exercício aristotélico

Marco Aydos*

1

A Lei da Anistia deve ser revista? A questão foi discutida inicialmente na *Folha de S. Paulo* em 2.12.2006. Defenderam o “sim” Hélio Bicudo e Flávia Piovesan. Tércio Sampaio Ferraz Jr. refutou o argumento. No mesmo espaço, respondeu “sim” o jurista Fábio Konder Comparato, em data recente (19.9.2008).

Os textos são rápidos, na dimensão apropriada ao leitor de jornais, mas apresentam um argumento completo. Os autores são juristas de renome, o tema, de interesse geral, vai além do que eventualmente pende de decisão judicial. O debate iniciado prossegue. Intensificam-se comentários pela Internet sempre que o assunto aparece. Todavia, as opiniões correntes, geralmente apaixonadas, raramente inovam o debate, de modo que podemos começar com a crítica dos três pontos de vista dos juristas acima referidos. Convido o leitor a acompanhar a discussão e, ao final, confrontar, com a minha conclusão, sua própria opinião original. É sempre possível que possa chegar, como cheguei, à formulação de uma opinião alternativa em relação ao peremptório sim ou não posto no debate.

* Marco Aydos é Procurador da República, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Filosofia pela New School/New York.

Como método, empregarei a análise externa das opiniões, isto é, seus modos de expressão, com apoio na *Retórica* de Aristóteles. A escolha do marco teórico é pessoal. Nossa cultura é onívora, na expressão de Agnes Heller. Não há uma única tradição, já não há textos consagrados que todos leram e que possam ser o marco teórico de um discurso cultural:

[...] os vários níveis do espírito absoluto tornaram-se minimundos, ou, se preferível, minidiscursos. Se dez pessoas de nível similar de interesse cultural encontram-se, você pode estar certo de não achar nem mesmo duas entre elas que compartilhem uma experiência artística, religiosa, ou filosófica. O primeiro pode dizer “eu li o livro X, que lindo”; o segundo irá adicionar que foi ao concerto A, estava maravilhoso, e o terceiro, que foi ao concerto C, como estava fantástico, e assim por diante. Não ocorre a mais ninguém que uma experiência possa ser compartilhada, não existe discurso cultural, não pode haver um discurso desse tipo¹.

Admitamos, assim, que a teoria que usamos é de escolha pessoal, idiossincrática. À parte os requisitos subjetivos que nos habilitam, ou não, ou nos aproximam, ou não, de determinada tradição, é sempre interessante justificar nossa escolha.

Essa escolha está relacionada ao objeto de nossa discussão. No terreno do debate, há excesso de retórica forte, que uns chamam excesso de ideologia, mas o conceito está sujeito à confusão semântica. Não obstante, é o mesmo que dizer que está “superideologizado” para o fim de conscientemente o “desideologizar”. E fazer isso é limpar a retórica forte. Isso não é equivalente à pretensão ingênua de ser científico, objetivo ou neutro, porque o ato de escolher tema político para pensar e oferecer ao público nossa opinião já é uma escolha política.

¹ HELLER, 1995, p. 10-11.

Aristóteles é boa companhia na obra de limpar o terreno ideologizado, não apenas porque nos ensina a examinar o assunto quase ao modo que um médico-legista faria o exame do corpo de delito, mas também por isso. Essa frieza é aparente, evidentemente, porque informada por valores, mas é algo distante do discurso superideológico, e permitirá que, por vezes, identifiquemos no discurso dos sábios os mesmos excessos apaixonados das opiniões correntes que giram, na generalidade, em torno ao enfrentamento do tipo amigo-inimigo.

A retórica de amigo-inimigo é por definição uma retórica forte, geralmente bipolarizada, maniqueísta. Talvez a relação de amigo-inimigo seja componente forte na ação política (embora não precisemos adotar o “conceito do político” cunhado nesses termos por Carl Schmitt). Sendo assim, é preciso um esforço artificial para sair do impasse desse enfrentamento. Filósofa que tem amizade ao modo de pensar de Aristóteles, Heller tratou da retórica forte na filosofia com precisão, dizendo que esse discurso pode ser:

bem descrito como um pacote. [...] Precisa-se comprar o pacote completo para ser reconhecido por outros membros como um autêntico membro de um determinado movimento [...] Esse código bipolar forte é maniqueísta e inflexível. Mas a suspensão do uso desse código é um procedimento bastante simples [para isso é preciso que] as potencialidades dos objetivos das políticas possam ser exploradas sob a condição de que termos como progressista, conservador, esquerdista, direitista, radical, liberal, reformista, assim como seus substitutos, serão descartados ou possam ser usadas apenas sob a premissa de que o valor argumentativo não seja nem acrescido nem diminuído pela só aplicação das palavras-códigos. A isso eu chamo “discurso analítico”².

Nessa discussão, embora nem sempre apareça explícito, o rótulo da retórica forte está quase sempre colado a uma resposta sim ou não, com uma espécie de silogismo deste tipo: (a) desde

² HELLER, 1991, p. 532-533.

que me conheço por gente, eu sou de esquerda (ou de direita); (b) hoje ser favorável (ou desfavorável) à proposição política X é ser esquerdista (ou de direita) = logo, eu devo, para seguir com a minha identidade, adotar a proposição X. E devo também, é claro, somar “argumentos” construtivos que lhe favoreçam, tecer críticas construtivas que auxiliem a eliminar seus “furos” e derrotar os “nossos” adversários.

Talvez a simplificação resultante desse silogismo seja eficiente para a “ação” política, mas ela quase sempre tangencia os problemas da questão política examinada e torna-se apenas uma reafirmação do Ego de cada um. Dessa forma, essa retórica forte, sem que a gente perceba, ocupa o lugar do discurso e da própria discussão. E assim, necessariamente,

conduz a uma super-redução de complexidade [e] sua aplicação bloqueia a articulação de contingências, de perspectivas sociopolíticas alternativas, e impede que a imaginação social explore caminhos que estariam fora dos padrões definidos³.

E é tão forte essa retórica que ela, por via de regra, é como que contagiosa: ela contagia também a refutação à tese que se apresenta colada ao rótulo identitário. Essa refutação é, geralmente, apresentada sob a objeção do “desmascaramento”. Sem que a gente perceba, a refutação do desmascaramento é tão unilateral ou autoritária ou ideologizada quanto a tese refutada. O desmascaramento segue duas formas: ou o proponente do código ideológico é um “inocente útil” ou é um “alienado”, dependendo de que lado parta a refutação retórica forte. Ambas são refutações que utilizam a mesma arma retórica do adversário, porque têm conteúdo, sobretudo, moral: a parte que refuta é titular da Verdade e conhece-nos melhor que nós mesmos, e por isso, de certo modo, “não vale a pena

³ HELLER, 1991, p. 530.

nem conversar”. Inocente útil, massa de manobra, alienado, insensível etc. são apenas algumas refutações morais que se apresentam diante de um discurso que é extremamente moralista, porque o usuário da retórica forte não é apenas alguém que tem uma opinião que julga correta (pois ter uma opinião já é algo “liberal” demais e esse discurso é essencialmente antiliberal): tanto o orador como o que o refuta estão de posse da verdade, ambos são moralmente superiores ao adversário e, por via de regra, na falta de dedução de conclusões a partir de premissas conhecidas, a discussão segue o estilo da “amplificação”. É preciso conhecer ou dar a conhecer, sem margem a oscilações ou a dúvidas, quem são os anjos e quem são os demônios, pois o mundo não admite meio-termo. Que esse maniqueísmo seja sempre falacioso, é algo necessário, porque é sempre muito fácil. Diz muito bem Amós Oz:

Os europeus bem-intencionados, europeus de esquerda, intelectuais, liberais, sempre precisam saber, em primeiro lugar, quem são os mocinhos e quem são os bandidos no filme. Ora, neste aspecto o Vietnã era muito fácil. Sabíamos muito bem que o povo vietnamita era a vítima e os norte-americanos o lado mau. O *apartheid* era muito fácil. [...] Quando se trata dos fundamentos do conflito árabe-israelense, em particular os conflitos palestino-israelenses, as coisas não são tão simples. E temo não tornar as coisas mais fáceis para vocês, dizendo-lhes: estes são os anjos, aqueles são os diabos, vocês devem simplesmente dar apoio aos anjos e o bem vencerá o mal. Não é tão simples. O conflito palestino-israelense não é um filme de faroeste. Não é uma luta entre o bem e o mal. Vejo-o, antes, como uma tragédia, no sentido antigo e mais preciso da palavra “tragédia”: um choque entre certo e certo, entre uma reivindicação muito poderosa, muito profunda, muito convincente, e uma outra reivindicação muito diferente, mas não menos convincente, não menos poderosa, não menos humana⁴.

Em termos retóricos a objeção que procura desmascarar inconsistências do adversário é um recurso legítimo. Aristóteles ensina, a

⁴ Oz, 2004, p. 45-46.

propósito, que se deve questionar sempre que a tese do adversário possa levá-lo, em sua própria resposta, a cair em contradição, em “aporia”. No entanto, o que eu chamo de retórica forte do desmascaramento é um truque retórico porque não desmascara a inconsistência do argumento do adversário, mas a pessoa do adversário e faz isso, via de regra, pelo enfrentamento de tipo amigo-inimigo.

Desnecessário dizer que esse discurso superideologizado tem forte tendência a apresentar-se como fanatismo. Quem não compra o ingrediente X, mas compraria o Y, não é um “real” membro do grupo, não é confiável, é alguém de quem devemos duvidar. O fanático, porém, é alguém que é muito mais generoso que aquele que simplesmente não quer escutar o que está do outro lado. O fanático pensa que conseguirá, um dia, pela repetição ou pelo cansaço, salvar-nos de nossa fragilidade, pois qualquer dúvida é fragilidade. Ainda Amós Oz descreve-o com lucidez:

Creio que a essência do fanatismo reside no desejo de forçar as outras pessoas a mudarem. [...] O fanático é uma criatura bastante generosa. É um grande altruísta. Frequentemente, o fanático está mais interessado em você do que nele próprio. Ele quer salvar sua alma, quer redimi-lo, quer libertá-lo do pecado, do erro, do fumo, de sua fé ou de sua falta de fé, quer melhorar seus hábitos alimentares ou curá-lo de seus hábitos de bebida ou de voto. O fanático importa-se muito com você, ele está sempre ou se atirando no seu pescoço, porque o ama de verdade, ou apertando sua garganta, caso você prove ser irrecuperável. E, de qualquer modo, falando topograficamente, atirar-se no pescoço de alguém ou apertar sua garganta é quase o mesmo gesto⁵.

Como se afastar do código retórico forte sem ser refém dele? Uma saída possível é deslocarmos o peso do “desmascaramento” que recai todo sobre a pessoa do adversário para o discurso. E Aristóteles ensina exatamente isso, pois o rigor analítico não serve

⁵ Oz, 2004, p. 29-30.

só para vestir bem um argumento bom, ele serve também para reconhecer e refutar, bem, as falsidades argumentativas nossas e dos outros. Além de rigorosa, a *Retórica* de Aristóteles apresenta também uma interessante teoria das emoções. O mestre é bom psicólogo. E com ele aprendemos que, se o código retórico forte abusa na qualificação/desqualificação moral do inimigo, isso se deve a uma causa: é que o caráter moral de quem defende uma causa é uma poderosa arma retórica. Estavam errados os antigos sofistas quando diziam que o caráter moral de quem fala é irrelevante para o público: em verdade o caráter moral de quem fala é a prova mais contundente do acerto de uma proposição, mas “não devemos julgar esse caráter com base em alguma opinião preconcebida sobre aquele orador, mas extraí-lo exatamente daquilo que ele fala”⁶.

Todavia, a retórica tem em vista, também como poderosa fonte de persuasão, a habilidade do orador de induzir no ouvinte um estado de espírito compatível com suas provas. Por isso não é só um manual da expressão humana, mas também das emoções. E nisso, mesmo que tão distante dele, Aristóteles aproxima-se de Freud. O primeiro, ao examinar a expressão dos oradores, afirma que a verdade é extraordinariamente mais simples do que a falsidade: “falando de modo geral, o que é verdadeiro e melhor é naturalmente sempre mais fácil de provar e mais capaz de persuadir”⁷. E Freud, quando elabora em termos gerais os equívocos cometidos cotidianamente, assim se expressa:

[...] o que se revela nas perturbações do discurso é um conflito interior. Não creio, de fato, que exista alguém que se equivoque durante uma audiência com o rei, numa declaração de amor séria e sincera, ou numa defesa da própria honra diante dos jurados, ou seja, naqueles casos em que, segundo nossa justificada expressão

⁶ Ret. I, ii-4, 1356a10-11, as referências reportam-se à edição do texto grego com tradução ao lado da coleção Loeb Classical Library.

⁷ Ret. I, i, 12, 1355a47.

corrente, a gente põe nisso toda a alma. Até ao criticar o estilo de um escritor nos acostumamos a seguir aquele princípio explicativo de que não podemos abrir mão na investigação dos equívocos isolados. Um estilo límpido e inequívoco nos demonstra que o autor está de acordo consigo mesmo, e, de outra parte, uma forma de expressão forçada ou retorcida indica-nos a existência de uma idéia não desenvolvida completamente e nos deixa perceber a voz abafada da autocrítica do autor⁸.

Um estilo claro e isento de falácias com certeza não manifesta a voz abafada da censura interior. A falácia, mesmo quando não deliberada, expressa esse desacordo interior.

Retornamos então ao objeto dessa conversa preliminar: o código ideológico forte é a retórica de uso corrente. No entanto, é obrigatória? A resposta, que pretendo ter justificado, é não. E possivelmente não será nem mesmo muito difícil livrar-se desse código. Para isso, façamos um acordo preliminar: examinemos a questão proposta (se a anistia deve ser revista) independentemente de nossa identidade como direita ou esquerda, progressista ou conservador, como se isso não importasse (mais). Com a retórica forte do pacote ideológico, nada se perde, pois não se arrisca nada. Adotá-la reforça nossa identidade, afaga o ego, convence-nos por vezes que somos corajosos, valorosos, convictos, lutadores da boa causa, mas sem ela nos livramos com mais facilidade da vaidade, essa poderosa motivação que nem sempre percebemos. No geral, diz Aristóteles, somos voltados para nós mesmos (*philáuton*), adoramos nosso próprio discurso e nossos feitos (*érga kai lógous*). E é justamente por isso que amamos os nossos filhos⁹. Nosso discurso, nossos livros, nossas petições até alguns consideram como “nossos filhos”. Não é sempre fácil admitir que sejam feios ou errados. Por isso um bom antídoto contra a vaidade é testar nosso próprio discurso segundo regras

⁸ FREUD, 1996, p. 819.

⁹ Ret. I, xi, 26, 1371b29.

rigorosas, porque nós mesmos queremos persuadir para aquilo que é melhor e sabemos bem que o ouvinte – quando percebe que lhe foi armada uma arapuca – deserta de nossa opinião, porque, em geral, as pessoas “suspeitam daquele de quem elas pensam que está lhes armando uma arapuca, do mesmo modo como não gostam de vinhos misturados”¹⁰.

3

Penso que está praticamente feita a limpeza do terreno. Apresento então, em muito rápidas pinceladas, os elementos da *Retórica* que utilizaremos para crítica às opiniões tomadas como paradigma.

Há muito que a palavra retórica não goza de bom crédito. Talvez porque nos acostumamos a um tipo só de discurso, o laudatório, pois as grandes questões políticas não vêm sendo entre nós exatamente debatidas, mas negociadas. Se toda retórica fosse como essa de que fala o poeta Mário Quintana, “essa oratória bramidora e gesticulante ainda em uso em certas localidades”, ele teria razão em dizer que ela talvez seja “uma forma literária da epilepsia”¹¹. No entanto, a retórica não é só isso nem é apenas o que dela diziam os antigos sofistas (a técnica de persuadir, como se fosse para qualquer fim): ela é o modo pelo qual descobrimos para cada tipo de discurso a forma de persuasão adequada e eficiente e de nos instruir para perceber as falácias de argumentação do adversário. Porque o que faz de alguém um sofista não é o uso de uma técnica de persuasão, mas o uso deliberado de falácias como argumentos¹². A Retórica não é conhecimento de coisas particulares (como a Medicina em relação à saúde etc.), mas de coisas gerais, do mesmo modo como a Dialética. A diferença entre uma e outra é o assunto: na retórica,

¹⁰ Ret. III, ii, 4, 1404b25.

¹¹ QUINTANA, 1979, p. 56-57.

¹² RET. I, i-14, 1355b20-21.

lidamos com *prováveis*, na dialética, com *necessários*. A retórica lida com assuntos sobre os quais podemos deliberar de um modo ou de outro, conforme as provas que nos forem apresentadas.

As provas são de dois tipos: inartificiais (*atekna*) ou artificiais (*entekna*). As primeiras são testemunhos, leis, contratos etc. As artificiais são as provas que compete ao orador produzir e são as mais eficientes. A divisão das provas artificiais segue a mesma divisão da Dialética: o silogismo retórico (chamado *entimema*) é uma espécie de dedução, ao passo que o exemplo (*parádeigma*) é uma espécie de indução. E não há outro tipo de prova artificial. Em geral cada tipo de prova é adequado a um tipo de discurso. Por isso é conveniente saber que tipos existem, e são três, correspondentes ao tipo de ouvinte em cada caso. O orador dirige-se a um juiz ou a um espectador, e o juiz julga coisas passadas ou coisas futuras. Quando o ouvinte delibera sobre coisas futuras o discurso é deliberativo, sendo cinco os temas aptos à deliberação (meios e fins, paz e guerra, defesa do país, comércio externo e legislação). O orador deliberativo ou exorta para uma causa ou dissuade o ouvinte de adotá-la. Se o ouvinte julga fatos passados, o discurso é forense, e o orador será ou acusador ou defensor. Se for um espectador, o ouvinte receberá um discurso *epideiktiko*, e o orador ou criticará ou elogiará algo ou alguém (são desse tipo, por exemplo, os discursos fúnebres). O fim (*télos*) do orador deliberativo diz respeito ao “útil” ou “nocivo”, para o forense será a culpa ou a inocência, e o tempo de cada qual é o futuro e o passado. Existem, porém, casos de argumentos misturados, como naquele em que, para dissuadir alguém de tomar este ou aquele caminho, exemplifica-se com um fato passado que acarretou consequência nociva. Cada prova ou tipo de argumento é adequado a uma espécie de discurso. No discurso *epideiktiko* (por exemplo, no elogio), é frequentemente usado o argumento da “amplificação”, porque os temas não são objeto de

controvérsia e resta ao orador engrandecer (ou censurar) o tema de seu discurso. E assim já se verifica que o abuso da amplificação em discurso deliberativo (sobre decisão que pode ser de um modo ou de outro) é uma espécie de falácia, que apresenta tanto tema controverso como incontroverso.

A *Retórica* divide-se em três livros: o primeiro introduz o tema, diz qual é sua espécie, quais são os casos em que se aplica e para quê, quais são os tipos de discurso existentes e os tipos possíveis de prova. O segundo livro trata do “ouvinte” e por isso elabora uma teoria das emoções: o que são o medo, a amizade, a inimizade etc., e como são produzidas tais emoções no ouvinte em favor ou contra a nossa causa. E o último trata do arranjo formal do discurso. Pois os elementos constituintes da persuasão são três: (1) a força das provas, (2) a capacidade do orador em passar para o ouvinte um certo estado de espírito compatível com a causa defendida ou atacada e, por fim, (3) o arranjo do discurso, o modo como apresentamos as provas ou objeções aos argumentos do adversário.

Da metade até o final, o livro segundo é dedicado à demonstração e aos exemplos de falácias argumentativas, tais como conclusões que parecem ter sido deduzidas de premissas, mas que não foram completamente deduzidas ou omitiram as premissas, ou misturaram premissas verdadeiras, mas sem relação alguma entre elas etc. Como demonstrarei algumas dessas falácias na crítica dos argumentos tomados como paradigma, penso que é suficiente o que foi reportado da base teórica.

Apresentemos, então, em síntese, o que dizem os sábios sobre o assunto que nos aflige: a Lei da Anistia deve ser revista?

Flávia Piovesan e Hélio Bicudo dizem sim. O texto chama-se *Direito à verdade e à justiça* e começa noticiando a atualidade do assunto: “Por meio de inédita ação judicial contra um coronel reformado do Exército, a família Teles objetiva obter a declaração da ocorrência de tortura nas dependências do DOI-Codi de São Paulo e de danos sofridos como presos políticos”. Refere também a obras cinematográficas recentes sobre a questão, como *Zuzu Angel*. Em seguida, situa o tema no contexto latino-americano, introduzindo relato de ocorrências na Argentina, no Chile e no Uruguai, com a seguinte explicação: “Leis de anistia, direito ao luto, direito à verdade e justiça de transição (*transitional justice*) são temas que emergem com especial destaque na agenda contemporânea de direitos humanos na América Latina”. Logo após, define o conceito empregado:

A justiça de transição lança o delicado desafio de romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática. O risco é que as concessões ao passado possam comprometer e debilitar a busca democrática, corrompendo-a com as marcas de um continuísmo autoritário. Justiça e paz, justiça sem paz e paz sem justiça são os dilemas da transição democrática¹³.

Citam-se duas Leis: a da Anistia, de 1979, e a de n. 9.140/1995, que “reconheceu como mortos os desaparecidos políticos e estabeleceu indenização aos seus familiares”. Critica-se a ideia de que os responsáveis por torturas tenham sido anistiados porque haveria um equívoco na “leitura da expressão ‘crimes conexos’ constante da lei”. Critica-se também a Lei n. 11.111/2005, que prevê sigilo por tempo indeterminado a documentos públicos classificados “no mais alto grau de sigilo”. Em seguida, sustenta-se que a Lei da Anistia

¹³ BICUDO; PIOVESAN, 2006, p. A3.

deve ser relida e essa releitura e o “direito à verdade rompem com o pacto de silêncio e com uma injustiça continuada”.

5

Tércio Sampaio Ferraz Jr. intitula seu argumento com uma pergunta: *Revisão para ficar tudo como está?* Começa comentando o que disse a Lei da Anistia de 1979, que atingiu a todos os que cometeram delitos comuns conexos com crimes políticos ou praticados por motivação política, mas excluiu, na origem, os condenados por terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Explica então que paulatinamente cada caso excluído pela lei foi incluído na anistia por decisão do Superior Tribunal Militar. E assim a anistia tornou-se geral e irrestrita. Argumenta o jurista que

uma revisão da lei, sobretudo com o fito de punir militares por atos de tortura, reverterá o argumento jurisprudencial, pois solapa a extensão da anistia aos terroristas, fazendo com que todo o universo de avaliações mutuamente negativas (exclusão/inclusão de terrorismo/tortura) volte a ser discutido.

Salienta que a anistia é um esquecimento fictício por força de lei que não faz com que o ato esquecido deixe de ser considerado criminoso. E, por fim, traz para o debate fato ocorrido em 1988, que foi disposição da Constituição, que “concede anistia aos atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção institucionais”. E conclui que:

dado o objetivo inevitável de uma anistia irrestritamente geral, o argumento de justiça invocado pelo STM em favor dos que, movidos por razões políticas, tenham praticado atos de terror, seqüestro, assalto ou atentados pessoais, acabaria por ser, inevitavelmente, utilizado em favor dos torturadores, o que faria da revisão um esforço inútil: mudar para que tudo fique como está¹⁴.

¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, 2006.

6

Embora distante no tempo, o terceiro texto, do jurista Fábio Comparato, pode ser visto como tréplica. Intitula-se *Crimes sem castigo*, e o autor o dedica “a todos os que tiveram suas vidas ceifadas e suas almas dilaceradas pelo poder militar”. Começa examinando o caráter nacional: “Um dos aspectos menos louváveis do caráter nacional é a leviana facilidade com que nos dispensamos de ajustar contas com o passado”. Reporta o genocídio e a “desculturação forçada” dos povos indígenas e escravatura de “africanos e afro-descendentes” que seriam “crimes coletivos” em relação aos quais “as gerações atuais não se sentem minimamente interessadas”. Reproduz-se, segundo o autor, o mesmo em relação “aos horrores do regime militar”. Diante disso, diz o jurista que:

[...] sustento e sustentarei, até o último sopro de vida, que interpretar a lei n. 6.683, de 28/8/1979, como tendo produzido a anistia dos agentes públicos que, entre outros abusos, mataram, torturaram e violentaram sexualmente presos políticos é juridicamente inepto, moralmente escandaloso e politicamente subversivo.

Segue o raciocínio sob três óticas. A primeira é técnica:

Sob o aspecto técnico-jurídico a citada lei não estendeu a anistia criminal aos carrascos do regime militar. Só há conexão entre crimes políticos e crimes comuns quando a lei expressamente o declara [...] Mas mesmo quando a lei o declara, a conexão criminal supõe que o autor ou autores de tais crimes perseguiram o mesmo objetivo e não estavam em situação de confronto.

A segunda é moral, pois:

impedir oficialmente que sejam apuradas e reveladas ao público práticas infames e aviltantes de abuso de autoridade é inculcar, para todos os efeitos, vantagem final da injustiça sobre a decência; ou seja, afirmar que a imoralidade compensa.

A terceira é política, pois:

admitir que agentes do Estado [...] possam gozar de imunidade penal por meio de simples lei, votada sem consulta prévia nem referendo popular, representa clamoroso atentado contra o princípio republicano e democrático. O Congresso Nacional, ao assim proceder, usurpou a soberania popular.

Encerra dizendo que pensar de modo contrário é compactuar com “interpretação desviante da Justiça e da decência dada por certos setores à lei 6.683, de 1979”¹⁵.

7

Comentarei conjuntamente os que responderam *sim* à revisão, ou releitura, da anistia. No texto de jornal não se tem espaço para desenvolver com profundidade o argumento ou para se traçar histórico de conceitos etc., mas isso é uma vantagem e não uma desvantagem, porque se presume que todos os autores exerceram nesse espaço o melhor de seu argumento. E aqui temos um caso em que a análise retórica é adequada, porque se trata de convencer um público geral, sem poder desenvolver de modo demorado um raciocínio completo e todas as suas consequências. O tempo sendo curto, a eficiência começa desde o título. *Direito à verdade é à justiça* é um título eficiente.

Falácia 1. Já é um silogismo falso, pela apresentação de duas premissas, com omissão de dedução. O leitor completa o raciocínio que sugere causa e efeito onde não há, pois podemos responder que temos direito à verdade e que temos direito à justiça, mas o direito à justiça não decorre sempre e necessariamente do direito à verdade, porque justiça e verdade (histórica) são gêneros diferentes. A justiça é finita, é parte daquilo que é *peras*, limitado: se o caso é bem ou mal julgado, paciência, pois um dia o julgamento precisa encerrar. A verdade é parecida com a justiça, porque se reporta ao passado

¹⁵ COMPARATO, 2008.

a partir de provas de probabilidade que admitem isto ou aquilo, mas a verdade histórica não é limitada nesse sentido da justiça, ela parece ser domínio do que é ilimitado (*apeiron*). Os erros na leitura da história, hoje, sempre poderão ser corrigidos, e provas novas podem aparecer a qualquer momento. Refutemos, então, desde logo o título que se apresenta como um entimema falso (“que consiste em finalizar com uma conclusão expressa como se fosse um silogismo, mas que não foi resultado de um processo silogístico”¹⁶): não é sempre que temos direito à justiça, mesmo sendo certo que sempre temos direito à verdade (histórica).

Falácia 2. Uma outra falácia consiste na omissão deliberada de partes necessárias ao argumento, por exemplo, circunstâncias de tempo e modo. Nesta incidem tanto Bicudo/Piovesan quanto Comparato. Os três juristas citam diversas leis que trataram das consequências da ditadura, mas omitem dois aspectos importantes: a Constituição de 1988 e o fato de que – de algum modo que não explicam – os “excluídos” pela Lei da Anistia que se pretende reler retornaram ao Brasil impunemente, isto é, anistiados de fato. Que aconteceu então?

A omissão é grave e pode levar o ouvinte àquela desconfiança do “vinho misturado”. Não se pode impunemente escolher os fatos que mais convêm hoje, desprezando outros de mesma ou maior relevância. O ouvinte de hoje (caso não tenha mesmo memória, como quer Comparato) pode ser induzido ao erro de imaginar que não existiu ampla movimentação civil em favor da anistia, pode não saber que grande parte da esquerda, inclusive, militou em comitês pela anistia e pode não saber que condenados excluídos da anistia retornaram ao Brasil anistiados. Ponto positivo para Tércio Ferraz Jr., que relata os fatos com idoneidade.

¹⁶ Ret. II, xxiv, 2, 1401a.

O título de Tércio é interrogativo. O estilo linear, quase sem retórica, relata os fatos. Tanto a interrogação quanto o relato, completo, dos fatos são pontos altos aqui, pois “quanto mais fatos alguém tenha, mais fácil de demonstrar” algo. E devemos reportar em especial aqueles fatos “intimamente ligados ao assunto”¹⁷. Especial efeito retórico, contudo, apresenta-se na repetição da interrogação ao final. Não há, por outro lado, uma única qualificação moral aos agentes envolvidos. Não há recurso de amplificação nem se procura conduzir o ouvinte a certo estado de espírito. Parece que o autor abre mão de persuadir até. Em aparência, pois o relato dos fatos, integral, é em si mesmo um argumento poderoso. A repetição da pergunta, ao início e fim, transfere responsabilidade para o ouvinte. É a peroração clássica, nos moldes que apresenta Aristóteles: falei, você me ouviu, conhece os fatos, agora julgue¹⁸. Pode-se ler e reler o argumento de Tércio e não se desmascara um único silogismo falso ou truque retórico. Então fazemos o contraste com o texto de Comparato, que trata igualmente de um discurso deliberativo, isto é, aquele em que uma conclusão num e noutro sentido é possível, pois o tema é controverso, e verificamos que a amplificação, sobretudo por qualidades morais, é extrema em Comparato: inepto, escandaloso, subversivo, cínico, desviante da justiça e da decência...

O texto de Tércio Ferraz Jr., todavia, é apenas em aparência moralmente indiferente. Ao contrário de Comparato, de quem divergir é inépcia, não apresenta um único argumento de autoridade como jurista. No entanto, não se despe da condição de jurista e por isso mesmo não podemos criticar aqui o uso da expressão

¹⁷ Ret. II, xxii, 11, 1396b11-12.

¹⁸ Ret. III, xix, 6, 1420a9.

“revolução” e “contrarrevolução” para as partes envolvidas, porque o jurista não conhece outra palavra para a quebra violenta da ordem senão revolução e para ele distinções como golpes de Estado e revolução pertencem a outra área de conhecimento. Entretanto, a interrogação apresenta o sentido exato da opinião. E a opinião do jurista, apresentada ao povo, é um elogio sincero da soberania do ouvinte. O texto é verdadeiro. E por ser verdadeiro é humilde. E onde precisa ensinar algo técnico, como o que significa anistia, o faz de modo tranquilo, desfazendo a falácia corrente da mistura de gêneros. Anistia é um tipo de esquecimento, mas é artificial: é uma decisão que tomamos para esquecer algumas coisas, sem considerá-las diferentes em sua natureza. Se decidimos perdoar determinados crimes, eles não deixam de ser crimes por esse perdão. Logo, a decisão de anistiar não é necessariamente uma emanção de nossa natureza imoral que tenderia a esquecer a história, porque esquecer é algo natural e anistiar é algo artificial.

Admirável que alguém, que, em termos sinceramente liberais, apresenta ao povo apenas uma opinião, seja mais consistentemente defensor da soberania popular do que aquele que se apresenta como democrata, mas diante de quem, se divergimos, somos cínicos, escandalosos, subversivos, indecentes. Aqui temos um gancho para examinar o argumento principal de Comparato: o aspecto político da anistia.

9

O ouvinte é levado a concordar com a repetição de qualidades negativas do caráter nacional, porque, afinal, o orador está incluído nele. Seria algo como uma autocrítica. Se examinarmos, detidamente, veremos por que exatamente Comparato precisa começar com a amplificação de uma qualidade nacional moralmente negativa. Ele começa dizendo que tendemos a esquecer crimes coletivos,

como o genocídio dos indígenas, a escravidão dos negros africanos e também os crimes da ditadura. Todavia, esse nós, que aparentemente inclui, exclui: como sempre, a juventude de hoje é muito ignorante; logo, precisa ser guiada à verdade pelos sábios. O argumento de autoridade não é usado apenas no aspecto técnico, ele transpassa o argumento todo. Numa penada, três falácias. Misturam-se gêneros diversos com o objetivo de reforçar identidade falsa: todos teriam sido crimes coletivos do tipo do genocídio. A refutação mais simples seria: como pedir pena individual para crimes coletivos? Por ser simples, ela não capta, porém, toda a falácia.

Falácia 3. A apresentação de três premissas sugere que também a ditadura militar foi um tipo de genocídio, qualidade que o autor jamais confere, mas que fica suficientemente sugerida. Hoje, no discurso do código forte retórico, todos os gêneros se misturam impunemente. A ditadura militar ora é totalitária, ora é genocida, ora é qualquer outra amplificação que sirva ao propósito de qualificar os crimes de seus agentes no conceito forte – mas historicamente bem definido – de crimes contra a humanidade.

Não surpreende que o juiz Zaffaroni, que também usa o código forte de retórica, seja bem mais explícito que Comparato e chegue a argumento que pode ser considerado imoral, como o de diminuir a violência criminal da ditadura argentina para o fim, único, de amplificar a violência que considera, hoje, de classe e raça. Na realidade, porém, não há o que comparar, porque um Estado que institucionaliza a tortura é de natureza diversa daquele em que a tortura colhe pessoas, mesmo que apenas os excluídos, mas a tortura não se torna legítima. Mesmo que saibamos que nem a ditadura argentina, nem a brasileira – que não foram suaves e cometeram crimes hediondos e trataram com violência ilegal seus inimigos – praticaram purgações étnicas, o termo genocida é constantemente usado por amplificação. Para Zaffaroni, entretanto, a

ditadura *genocida* só foi notada porque suas vítimas eram de classe média e brancas: “se Adolfo tivesse sido negro e de Zimbabwe, não lhe teriam concedido o Nobel, ainda que tudo tivesse sido igual ou pior”¹⁹. Pessoalmente, considero esse tipo de argumento um golpe injusto e totalmente gratuito na face das madres da Plaza de Mayo. Só o código retórico forte o explica.

Então é preciso distinguir o que é diferente. Fazer alguma distinção não é sempre preciosismo. Não é nem mesmo sofisticação. É refutação da confusão de gêneros que serve para tudo. A ditadura militar distingue-se da ditadura totalitária: os inimigos não são colhidos a esmo, por serem portadores de uma condição humana determinada. Não foram inimigos da ditadura os que eram de determinado *genos* – não houve purgação étnica e por isso a ditadura não foi genocida, pois o fim de exterminar o *genos* ou etnia é o que qualifica esse termo, e não o número de pessoas exterminadas. Numa ditadura totalitária alguém se torna inimigo do Estado sem ter nem ao menos a opção de tornar-se um colaborador do regime. Se essa opção existiu, significa que todos os que se fizeram inimigos do regime mal ou bem escolheram por si mesmos e não foram escolhidos aleatoriamente. Dizer que não foi genocida e nem um regime totalitário não é um elogio à ditadura, pois ditadura de violência ilegal ela continua. O que também distingue um regime totalitário é que a sociedade sob esse regime está “totalmente” submetida, na vida pública e privada, já que esta deixa de existir aos fins do Estado. Quem assistir ao filme *Zuzu Angel*, recomendado por Piovesan/Bicudo, dificilmente chegará a concluir que a sociedade estava totalizada, isto é, absolutamente dominada. Para compreender o que isso significa, o leitor poderia assistir também ao filme *A vida dos outros*, produção alemã recente.

¹⁹ *Conversación con el juez Zaffaroni*, artigo publicado em 17.11.2005 e disponível em: <<http://lavaca.org/seccion/actualidad/1/1227.shtml>>. Acesso em: 8 out. 2008.

A vítima do crime contra a humanidade é eliminada simplesmente por ter uma condição étnica que, independentemente do que ela faça, é considerada pelo governante como pertencente ao inimigo e por isso deve ser eliminada. Na condição étnica, compreendem-se todos os pertencimentos relacionados nos documentos que denominaram esse tipo de crime. A ditadura militar no Brasil foi violenta e criminosamente usou/abusou do corpo de seus inimigos, eliminou-os e ocultou seus corpos dos familiares, mas não produziu purgações étnicas e por isso não cometeu crimes contra a humanidade. A extensão, por amplificação retórica desse conceito, não me parece lícita.

10

Numa penada, três falácias. Vejamos a segunda.

Falácia 4. Por que Comparato precisa começar falando de nosso caráter nacional e de tendência ao esquecimento de crimes coletivos? A explicação está relacionada à falácia de seu argumento sobre a ilegitimidade política da Lei da Anistia, porque a premissa é verdadeira, mas o autor não quer extrair dela sua consequência natural. Segundo Comparato (e nisso estou de acordo), a Lei da Anistia tem vício de origem por usurpar a soberania popular. Todavia, conduzir o argumento do vício de origem até sua natural consequência levaria o jurista a um caminho que não serve ao propósito da causa, porque o vício de origem por usurpação de soberania popular na criação da anistia é corrigível a qualquer tempo, desde que o povo soberano fale sobre isso, referendando ou anulando, mas em manifestação direta de sua soberania. Agora, se o povo de hoje é muito ignorante, a soberania popular só serve, para Comparato, no passado. No presente, a solução melhor seria confiar no Supremo Tribunal. É gravemente inconsistente o argumento.

O núcleo da contradição explica por que o jurista Comparato inicia seu texto depreciando (uma forma de amplificação, ao contrário) nosso caráter moral: nós não valemos nada, nós do povo não temos memória, nós, os jovens, “reproduzimos, agora, com relação aos horrores do regime militar, a mesma atitude vergonhosa de virar as costas ao passado”²⁰. A pauta de ação política que Comparato poderia extrair do vício de origem ele não quer correr o risco de defender. Que adiantaria submeter a revisão da anistia a referendo por esse povo que não vai saber votar direito?

Discurso autoritário, seja de direita ou de esquerda, é sempre o mesmo discurso. Esse repete o paradoxo da liberdade formulado por Rousseau: a liberdade é tão sublime que se pode obrigar o outro a ser livre contra sua vontade. Ainda que inconsistente, Comparato tem razão na premissa: a Lei da Anistia tinha seu vício de origem. Questão de tanta significação e que toca tão profundamente a nação como foi a anistia, que condena as vítimas a conviverem eternamente com pessoas que cometeram os crimes mais infames como se tais pessoas nada tivessem feito ou, pior, como se tais pessoas tivessem cumprido seu “dever”, é questão que não podia ser definida pelo Congresso Nacional, nem mesmo o que temos hoje, que dirá aquele da democracia dirigida daquele tempo. Entretanto, se todo argumento político gira em torno ao vício de origem e se reconhecer o vício de origem significa também reconhecer a preponderância da soberania popular para decidir assunto de tanta significação para a nação, então não podemos fugir à consequência natural da premissa: a Lei da Anistia de 1979 só pode ser revisada se for consultada a soberania popular e não anulada simplesmente por uma corte de justiça.

²⁰ COMPARATO, 2008.

11

Falácia 5. Numa penada rápida, três falácias. A terceira é a confusão deliberada de falar de uma coisa em particular e da mesma coisa de modo geral, por isso o argumento moral lançado por Comparato é falacioso. Omite do leitor – que não está familiarizado com o conceito de anistia – que anistia não é o mesmo que esquecimento. O jurista Comparato falaciosamente mistura dois gêneros e, para invalidar uma anistia em particular, invalida a anistia no geral (falácia da confusão do geral e do particular²¹). Para chegar ao resultado pretendido (imoralidade da anistia aos crimes da ditadura), Comparato declara o instituto em si “imoral”, porque esquecer crimes deliberadamente seria sempre algo equivalente a “afirmar que a imoralidade compensa”. A falácia nesse caso é grosseira e não exige muitos argumentos para ser refutada, mas exige ser lembrada, porque tem sido reiterada por outros modos mais sofisticados.

12

O argumento técnico-jurídico pareceria incabível no discurso público, porque argumentos técnicos são endereçados aos tribunais e não ao povo. Contudo, como se aponta em público que divergir de Comparato é ser “inepto”, é preciso questionar se o elemento de conexão expressamente mencionado na Lei da Anistia pode, como todo conceito jurídico, ser manipulado para abranger ou não tal ou qual tipo de crime. A lei diz que se consideram conexos “crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. A questão não é tão simples, porque estabelecer, em cada caso, a “relação com crimes políticos” ou a “motivação” parece que dependeria sempre de uma decisão judicial. No entanto, se a anistia é legítima, precisamos retornar à

²¹ Ret. II, xxiv, 10, 1402a4.

sua natureza. Ela é o esquecimento artificial de um fato criminoso. Se o povo soberano pode esquecer o fato, pode anistiar tanto quem foi condenado como quem o praticou e não foi julgado. Então, para quem não foi julgado, precisamos estabelecer a conexão sem adentrar na casuística da motivação de cada crime que poderia ou não ter relação com a ditadura militar e sua razão de Estado. Só vejo como estabelecer critério de conexão na identidade da causa primeira (a *arché* da ditadura). Todos os Estados modernos declaram em documentos fundacionais sua causa primeira ou razão de ser. A ditadura militar assim o fez e declarou, na exposição de motivos do Ato Institucional n. 1, que os militares tomaram o poder entre outras razões para pôr a casa em ordem, porque supostamente a ordem constitucional não era forte o suficiente para proteger-nos contra o bolchevismo. A razão de Estado era, em última instância, combater o que seria um processo revolucionário. O golpe de Estado é essencialmente contrarrevolucionário (não no sentido jurídico). Não era parte essencial da razão de Estado que um grupo de pessoas pudesse apropriar-se da coisa pública. Persistia a distinção entre público e privado, ao menos na ordem jurídica. Assim, o militar que fosse autor de peculato não seria jamais anistiado, porque o peculato (furto de bem público pelo funcionário) não era conexo com a razão de Estado e, assim, não era um crime conexo com crime político pela motivação. Todavia, se a ditadura nasceu com o AI-1, ela revelou-se apenas em 1968. Neste se declarou a existência de um estado de guerra e franqueou-se ao Estado o uso/abuso do corpo dos inimigos, pela suspensão indefinida do *habeas corpus*. E a causa primeira dos crimes que a anistia queria alcançar estava neste AI-5, de 1968, que em sua declaração de motivos estabeleceu que “se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam que sejam frustrados os ideais superiores da Revolução, preservando a ordem, a segurança, a tranqüilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País compromete-

tidos por processos subversivos e de guerra revolucionária”. Como instrumento, cuidou que fosse suspensa a “garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular” (art. 10).

Antes era golpe político, mas o documento de nascimento da ditadura *qua* regime de violência criminal e ilegal está nesse AI-5, que proscree indefinidamente o *habeas corpus*, remédio para assegurar à vítima a posse de seu corpo. O AI-5 transfere, juridicamente, a propriedade do corpo do inimigo para o Estado. Não é por acaso que o *habeas corpus* só tenha retornado um pouco antes da anistia. Se o AI-5 é certidão de nascimento, a anistia de 1979 é certidão de óbito da ditadura. E isso transparece por ter sido ampla, geral e irrestrita, mas apenas para os agentes do Estado. Ela nasceu unilateral. Originariamente, a lei anistiou os agentes de Estado que praticaram crimes de guerra (tortura e eliminação de prisioneiros) e crimes comuns associados a razões de Estado. Nessa conexão, na realidade, entra todo e qualquer crime praticado contra pessoas cujo corpo foi tomado pelo Estado por razões de Estado. Quando se franqueia o uso do corpo para tortura objetivando o interrogatório, não há exatamente diferença de natureza em franquear o uso do corpo também para o uso privado pelos agentes do Estado que detêm poder sobre aquele corpo. A violação sexual da presa evidentemente não tinha relação alguma com uma “razão de Estado” da ditadura militar, mas a causa, ou seja, o poder que o agente, seja de que escalão fosse, detinha sobre o corpo estava legitimado pela razão de Estado. E quem diria que o desnudamento, a violência sexual não seriam por fim “métodos” de interrogatório? Tudo era, assim, um crime lateral, mas não sujeito à investigação judicial, já que a vítima não tinha mais direito a seu corpo (por força do AI-5). Nem mesmo autores de crimes contra vítimas absolutamente inocentes, como Zuzu Angel, fugiriam à regra da

impunidade pela anistia. O assassinato de Zuzu Angel (sigo o relato do filme de Sérgio Rezende que considero idôneo, até porque se apresenta como biografia, e o autor de um dos grandes filmes sobre a Guerra de Canudos é um cineasta sério) entra, infelizmente, na categoria de crimes de Estado. Zuzu Angel, mãe de Stuart, torturado e preso, julgado após sua morte pelo tribunal militar, entrou na posse de provas que mostrariam a face verdadeira do regime que se franqueou impunemente o uso/abuso do corpo do inimigo, inclusive para sua eliminação e ocultação do corpo, e assim tornou-se, sob a ótica do regime, inimiga da razão d(aquele tipo de) Estado.

Tecnicamente, portanto, não é inépcia divergir de Comparato ou, pelo menos, ter a questão como controversa.

13

Voltando ao relato de Tércio Ferraz Jr., recordemos que os excluídos foram incluídos casuisticamente pelo Superior Tribunal Militar e que a Constituição de 1988 ampliou a anistia para todos os casos que ainda sobrassem de pessoas atingidas por atos de exceção. O ano de 1988 e o uso pela Constituinte da palavra anistia, hoje, são fatos inconvenientes, mas fatos são teimosos, como dizia Arendt. É fácil qualificar de cínico, segundo o código forte da retórica da anistia, quem propõe ter havido uma reconciliação nacional. Isso, entretanto, não quer dizer que tal reconciliação seja impossível. Mesmo que ainda latente o trauma dos crimes da ditadura, é preciso reconhecer que, a partir do instante em que o terrorismo entrou na cena, estávamos em face de um conflito do errado com o ainda mais errado. A amplificação hiperbólica, mediante uso de qualidades morais negativas, até mesmo a quem apenas reconheça que a anistia é legítima, não faz com que o terrorismo tenha sido inocente. E não é correto separar da história só o que interessa e jogar fora o resto, como seria a leitura “às tiras” apenas da *letra* da lei, porque a anistia

foi um fato complexo. Do jeito como aconteceu, meio que a presenças, é inegável que a Assembleia Constituinte expressamente a reconheceu, porque usou essa palavra em suas disposições *transitórias*. E essa palavra é relevante para fazermos o gancho com a falácia da justiça de transição no texto de Piovesan/Bicudo.

14

Falácia 6. Falaciosa a omissão deliberada de fatos que importam no julgamento. Piovesan/Bicudo e Comparato omitem a referência ao ano de 1988, que não é um ano qualquer no nosso calendário: é o ano de nascimento do Estado democrático. Como eu disse antes, todo Estado moderno inicia-se com um documento fundacional: a ditadura começou com o AI-1, que procurava legitimar o golpe em nome do combate ao bolchevismo, e revelou sua face criminosa no AI-5, que reconheceu no país um estado de guerra que autorizava o Estado a apropriar-se do corpo de seus inimigos para usar e abusar. Todavia, a certidão de óbito da ditadura dá-se precisamente quando o regime cuida de imunizar seus agentes contra a sanção criminal, na anistia, inicialmente unilateral, de 1979. Isso significa que no Brasil nós tivemos uma transição para a democracia finita, bem demarcada: entre 1979 e 1988. E só a falaciosa omissão de fatos que permite essa demarcação de um tempo histórico determinado permite que os juristas falem dos dilemas da justiça de transição. Que sentido tem agora, trinta anos depois de 1979, falar em “dilemas da transição democrática”? Que transição é essa? De onde e para onde? Quando vai chegar a democracia depois da transição? A transição é um conceito carregado porque é teleológico. Qual é o *télos* da transição? Que democracia os autores esperam depois da transição? Toda transição é transição para algo diferente, mas, se esse algo diferente é apenas uma retórica “justiça com paz” e não “paz sem justiça”, o conceito de transição continua sendo truque retórico, porque a anistia é juridicamente uma deliberação justa que é o início da paz.

A questão é saber se ela foi legítima. E transição não pode ser algo infinito, se não sabemos qual é seu *télos*, o para quê da transição. Ninguém mais imagina que um regime político seja apenas a transição para o paraíso que um dia chegará.

A enfática transição busca trazer o ouvinte para um certo estado de espírito, isto é, fora da história. A transição infinita não é um tempo, ela é a própria eternidade. É sempre a mesma, como se nada tivesse acontecido. Para refutar esse argumento poderoso, precisamos deixar claro e estabelecido que a transição acabou em 1988. O que temos hoje pode ser uma democracia ruim, mas não é mais uma democracia “dirigida” pelos militares.

Esgotado o exame de falácias da retórica da anistia, vejamos um ponto em que Comparato tem razão e que poderia passar despercebido na discussão sobre a possibilidade de revisão.

15

Compreendidos os exageros de um discurso que, afinal, é *epideiktiko*, em homenagem às vítimas, ainda que injusto por amplificação, o argumento mais forte de Comparato deve ser considerado. Se a anistia foi estendida e se tornou ampla, geral e irrestrita, ela acolheu injustamente, porque de modos diferentes, pessoas responsáveis por crimes. A própria lei expressou-se de modo diferente: anistiou os que cometeram crimes, de um lado; excluiu os que foram condenados por crimes, de outro. Os dois grupos foram tratados de modo diverso e assim também o “trauma” causado pela guerra foi “curado” unilateralmente, porque as vítimas de terrorismo e sequestro tiveram o direito de apontar o nome de seu algoz e a tranquilidade, ao menos, de saber que seus crimes foram apurados, conhecidos, e que foram condenados e depois anistiados. A dívida para com os que foram vítimas de tortura é evidente: seus algozes foram anistiados sem que houvesse processo, e

nem ao menos o nome de quem o torturou é possível à vítima pronunciar, depois da anistia, sem incorrer em atentado contra a honra de seu algoz, e isso é uma violência permanente. Agora, surge então refutação legítima à tese de Tércio, do simples “não”, porque melhor seria um não qualificado, sujeito a ressalva. É possível questionar se, mesmo que os efeitos da anistia permaneçam, as vítimas da ditadura seguem tendo direito à “declaração”, por processo judicial, do nome de seus algozes. Alguém irá perguntar: mas para que as vítimas querem ter o direito de pôr na lapela do torturador o nome “criminoso”? A essa pergunta não se deve responder com um conselho do tipo: *por que você não esquece isso tudo?* Porque esquecer o trauma da tortura é algo que compete apenas a quem a sofreu: nós, povo soberano, não temos o direito de esquecer de fato a tortura, nós só temos direito (e o exercemos ainda que a prestações) de esquecer juridicamente o fato e isso é uma decisão de justiça que segue sendo sempre um esquecimento artificial. Esse esquecimento artificial significa que nós, povo soberano, em nome de uma deliberação que fizemos de estancar a roda da vingança infinita, estabelecemos um ano zero a partir do qual toda tortura será processada e punida, e ainda dissemos mais: daqui para frente sem direito a graça ou anistia. A Constituição de 1988 pronunciou com todas as letras “*tortura, nunca mais*”.

Sobre a questão da declaração de autoria de crimes anistiados, é preciso lembrar a natureza da anistia. Cito Tércio Ferraz Jr.:

juridicamente a anistia provoca a criação de uma ficção legal: não apaga propriamente a infração, mas o direito de punir, razão pela qual aparece depois de ter surgido o fato criminoso, não se confundindo com uma novação legislativa, isto é, não transforma o crime em ato lícito²².

Apagado o direito de punir estaria apagado o direito de declarar autoria do crime? Penso que não, pois essa declaração é não apenas

²² FERRAZ JÚNIOR, 2006.

civil, mas é questão de direito público porque afeta ao direito do povo soberano de conhecer sua própria história. É regra conhecida em direito que pretensões meramente declaratórias não se submetem à prescrição, apenas às pretensões condenatórias que dela decorrem.

16

É tempo de concluir. Retomo, então, já não em refutação apenas, mas em reformulação, o tema central de Bicudo/Piovesan: verdade e justiça.

Em si mesma a anistia, compreendida como fato complexo que foi, entre 1979 e 1988, pode não ser ilegítima ou imoral, por mais difícil que seja viver a experiência da impunidade de atos como os que foram praticados pelo Estado no regime militar. Todavia, o que a torna legítima é o fato de que não havia, entre os inimigos de Estado de então, apenas agentes absolutamente inocentes. O povo tinha direito à resistência, mas não tinha direito aos meios ilícitos de resistência. E quando o terror moderno entra na cena política não existem mais facilmente apenas bandidos e mocinhos²³. A tortura é proscrita na guerra legítima, mas a tomada de reféns (sequestro de civis) também o é, por isso o conflito se fez entre o errado e o muito errado. Onde os dois lados têm crimes a purgar, é moralmente legítimo que o povo soberano estabeleça um fictício começo novo, mesmo que o preço desse começo novo, que determine a proibição tanto da tortura quanto do terrorismo, seja a anistia bilateral. Ainda hoje grupos humanos em conflito aspiram pela anistia como esquecimento artificial do sofrimento passado para que se possa simular uma espécie de recomeço, ano zero, a partir do qual os crimes sejam

²³ Sobre a “genealogia” do terror moderno, cf. artigo de Agnes Heller intitulado “11/9 ou Modernidade e terror” (*Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, a. 4, n. 17, p. 11-30, out./dez. 2005).

punidos, estancando a roda da vingança que é infinita. Enquanto não há no cometimento de crimes políticos a finalidade de purgação étnica (compreendidos os pertencimentos religiosos etc. como espécies desta), não podemos com legitimidade falar no conceito de crimes contra a humanidade, por atentado moral à origem desse conceito no Tribunal de Nuremberg. Quando deliberamos sobre a revisão da anistia, estamos deliberando *hoje*. A repetição parece redundante, mas não é. Nós estamos deliberando que não admitimos o terrorismo, nem hoje, nem amanhã, mas também não o admitimos ontem. Ao contrário do que afirma Comparato sobre a ignorância e lassidão moral da juventude de hoje, não possuo critério de julgamento do conteúdo moral de cada geração. O que sei é que cada geração “escolhe” existencialmente também o seu próprio passado (no sentido empregado por Jean Paul Sartre): cada geração constrói seu panteão de heróis e vilões. Todavia, cada geração também é responsável por seus heróis e precisa acolhê-los com consistência e coerência: não é possível aprovar no passado aquilo que se condena hoje. Quem acolhe o terrorismo na resistência de ontem à ditadura criminosa como algo justificado ou até mesmo santificado por fins sublimes, precisa necessariamente dizer que hoje aprova o terrorismo como solução para nossos conflitos atuais. O que nós vemos no discurso político, porém, é que os truques de retórica que escamoteiam os problemas reais servem para embalar uma causa e fazer-nos pensar menos, mas não servem para que as pessoas que defendem uma causa, em nome dos direitos humanos, sejam mais sinceras em relação a essa luta e também digam que proscovem, hoje, grupos terroristas que agem em nome de supostos fins sublimes. Talvez o melhor seja que não precisemos escolher entre dois falsos heróis: nem os generais que supostamente nos salvaram do bolchevismo com o mal menor (que foi a justificativa, razão de ser da tomada violenta do poder político) nem os terroristas, os quais, se vitoriosos, teriam inaugurado para nós uma sociedade potencialmente ainda menos livre do que aquela

em que viveram: talvez tivessem construído o mundo dos sonhos deles, mas o século 20 já nos ofereceu experiência suficiente para que saibamos que os nossos sonhos não podem ser realizados por meios criminosos, até porque eles não são sempre os sonhos dos outros. E muito menos o sonho de todos.

Referências

ARISTOTLE. *The “Art” of Rhetoric*. Tradução John Henry Freese. Cambridge, London: Harvard University Press, 1926. (Loeb Classical Library).

BICUDO, Hélio; PIOVESAN, Flávia. Direito à verdade e à justiça. *Folha de S. Paulo*, 2 dez. 2006, p. A3.

COMPARATO, Fábio Konder. Crimes sem castigo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 set. 2008, Tendências e Debates.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Revisão para ficar tudo como está? *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 dez. 2006, Tendências e Debates.

FREUD, Sigmund. *Psicopatología de la vida cotidiana*. Tradução Luis López-Ballesteros y de Torres. Madrid: Biblioteca Nueva, 1996. (Obras Completas, v. 1).

HELLER, Agnes. On “strong coding” in philosophy. In: _____; FEHÉR, Ferenc. *The grandeur and twilight of radical universalism*. New Brunswick; London: Transaction, 1991.

_____. Where are we at home? *Thesis Eleven*, v. 41, p. 1-18, 1995.

OZ, Amós. *Como curar um fanático*. Tradução Denise Cabral. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

QUINTANA, Mário. *A vaca e o hipogrifo*. 3. ed. Porto Alegre: Garatuja, 1979.

A nova Lei do Estágio. Estágio na Administração Pública. Atuação do Ministério Público do Trabalho

Henrique Lima Correia*

Sumário: 1 Introdução. 2 Alterações da nova Lei do Estágio. 2.1 Conceito de estágio. 2.2 Requisitos para existência do estágio regular. 2.3 Agentes de integração. 2.4 Partes envolvidas no estágio. 2.4.1 Instituição de ensino. 2.4.2 Parte concedente. 2.4.3 Estagiário. 2.5 Fraude no estágio. 2.6 Regras de transição. 3 Estágio na administração pública. 4 Atuação do Ministério Público do Trabalho. 5 Conclusão.

1 Introdução

Estágio tem por finalidade complementar a formação do estudante por meio de atividades práticas. Desse modo, o estudante tem a possibilidade de concretizar os ensinamentos teóricos recebidos na instituição de ensino, preparando-se para o ingresso no mercado de trabalho.

A relação jurídica entre parte concedente e estagiário representa verdadeira relação de trabalho¹, porque há prestação de serviços executados por pessoa natural.

* Henrique Lima Correia é Procurador do Trabalho da 15ª Região (Ministério Público do Trabalho em Araraquara-SP) e professor de Direito do Trabalho nos cursos *Praetorium* e CAMAT, ambos para Magistratura do Trabalho e MPT.

¹ Como se trata de relação de trabalho, eventuais conflitos acerca do contrato de estágio serão de competência da Justiça do Trabalho, por força do artigo 114 da CF/88.

O contrato de estágio possui todos os requisitos para formação da relação empregatícia, pois nele há pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. Entretanto, o legislador excluiu² o estagiário da proteção celetista, para incentivar a formação de novos profissionais. Diante disso, não se aplicam ao estagiário as normas protetivas da CLT (férias, 13^º, hora extra etc.).

Importante diferenciar, ainda, o contrato de estágio do contrato de aprendizagem, uma vez que na aprendizagem há verdadeiro vínculo empregatício, previsto na CLT (arts. 424-433). Ademais, o aprendiz possui limitação na idade, entre 14 e 24 anos. Por fim, o aprendiz possuirá todo o sistema protetivo trabalhista e previdenciário.

2 Alterações da nova Lei do Estágio

A Lei n. 11.788/2008³ revogou a lei anterior, Lei n. 6.494/1977. A partir da publicação desse novo sistema, a relação jurídica do estágio, bem como as obrigações das instituições de ensino e da parte concedente são reguladas inteiramente por essa nova lei.

Há tempos, setores da sociedade reivindicavam a edição de lei que tratasse de forma mais detalhada a relação do estágio, em razão das mudanças no mercado de trabalho, das frequentes práticas de exploração da mão de obra barata dos estagiários e também

² Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado: “Repita-se que o estagiário traduz-se em um dos tipos de trabalhadores que mais se aproximam da figura jurídica do empregado – sem que a legislação autorize, porém, sua tipificação como tal. De fato, no estágio remunerado, esse trabalhador intelectual reúne, no contexto concreto de sua relação com o concedente do estágio, todos os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação ao tomador dos serviços). Não obstante, a ordem jurídica, avaliando e sopesando a causa e objetivos pedagógicos e educacionais inerentes à relação de estágio – do ponto de vista do prestador de serviços, nega caráter empregatício ao vínculo formado” (DELGADO, 2008, p. 324).

³ Artigos da nova Lei do Estágio serão citados neste texto sem qualquer referência.

em consequência da omissão⁴ da antiga norma em vários pontos importantes.

Seguem abaixo algumas observações sobre as inovações promovidas pela nova Lei do Estágio e também breve comentário sobre o estágio em órgãos da administração pública.

2.1 Conceito de estágio

A definição de estágio está prevista no art. 1º da Lei n. 11.788/2008:

estágio é o ato educativo escolar supervisionado desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições:

- de educação superior;
- de educação profissional;
- de ensino médio;
- da educação especial e
- dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos [g.n.].

A lei trouxe, ainda, duas formas de estágio: obrigatório e não obrigatório. Em ambos os casos, repita-se, não há falar em vínculo empregatício. O primeiro é aquele definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção de diploma (art. 2º, § 1º). No caso do estágio obrigatório, a remuneração é facultativa. O estágio não obrigatório é aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória (art. 2º, § 2º). Neste caso, a contraprestação é obrigatória.

⁴ A Lei n. 6.494/1977 não previa, por exemplo, a limitação da jornada do estagiário, limitava-se apenas a compatibilidade entre horário escolar e atividades do estágio.

Deve-se ressaltar que há discussão sobre o estágio em *ensino médio* (não profissionalizante), tendo em vista a dificuldade em desempenhar atividades ligadas à complementação desses cursos⁵. Verifica-se, ainda, que o estágio para adolescentes do ensino médio está em colisão com o princípio da proteção integral, ou seja, ignora a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Além disso, as atividades desenvolvidas por esses jovens são meramente rotineiras, como empacotadores de supermercados, *office boys*, telefonistas etc., representando verdadeira precarização do trabalho adolescente.

Diante desses argumentos, são inconstitucionais os artigos da nova lei que preveem estágio para estudantes de nível médio, pois afrontam diretamente o texto da Constituição Federal, em especial os artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana), 3º, IV (promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), e principalmente o 227, que prevê o princípio da proteção integral.

É importante frisar que no estágio em *ensino médio profissionalizante* há verdadeira formação profissional do estagiário, ou seja, existe ligação entre as atividades desenvolvidas no estágio e as matérias ministradas no curso.

O posicionamento dominante, entretanto, defende a possibilidade de estágio de estudantes de ensino médio em geral, ligados a projetos de interesse social, como forma de incentivar a formação de novos profissionais e ainda a formação do cidadão⁶.

⁵ O estágio deve seguir a linha de formação *profissional* do estagiário, ou seja, matérias que estiver estudando no curso. Diante disso, pergunto: qual é a linha de formação de um estudante do ensino médio?

⁶ “Essa amplitude de possibilidades de estágio, ao contemplar os educandos do ensino médio e de educação de jovens e adultos, recebeu críticas no sentido de que a falta de clareza quanto aos objetivos do estágio em tais modalidades poderia levar a um desvirtuamento do instituto. Todavia, a maior abrangência do público destinatário do estágio, para atingir todas as modalidades de ensino, é uma exigência da LDB (art.

2.2 Requisitos para existência do estágio regular

Para a existência do contrato de estágio válido, há necessidade de preencher requisitos formais e materiais. Os requisitos *formais* são:

- a) matrícula e frequência escolar atestados pela instituição de ensino;
- b) termo de compromisso entre estagiário (educando), parte concedente e instituição de ensino.

Verifica-se, assim, que o contrato de estágio é solene⁷, ou seja, exige-se forma especial; deve ser escrito.

Os requisitos *materiais* estão ligados à essência do estágio, isto é, a conexão da parte teórica com as atividades desenvolvidas pelo estagiário. Os requisitos previstos na lei são:

- a) compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso⁸;
- b) acompanhamento efetivo pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente.

Em havendo o descumprimento de quaisquer dos requisitos formais ou materiais, acarretará em formação de vínculo empregatício, bem como de todos os demais direitos trabalhistas (férias + 1/3, 13º salário, FGTS, horas extras, adicional noturno etc.). A título de exemplo, o estudante de direito que presta serviços em escritório de

3º, IX) ao determinar que a educação escolar – sem distinção – deverá estabelecer laços com as situações experimentadas na prática social, inclusive com o mundo de trabalho” (SOBRINHO, 2008, p. 1180).

⁷ “O caráter solene do estágio apresenta-se tanto na sua formalização quanto na sua execução, a ponto de o legislador estabelecer que a instituição de ensino deve exigir dos seus educandos a apresentação de relatórios de atividade (art. 7º, IV, LEE) em periodicidade não superior a um semestre” (ibidem, p. 1173).

⁸ *Exemplo de compatibilidade*: estudante de medicina deve estagiar no hospital; estudante de direito possui estágio na Justiça do Trabalho ou escritório de advocacia. Em resumo, o estudante deverá desempenhar atividades correlatas com a sua área de formação.

advocacia, mas apenas atende telefone, serve café, faz a limpeza, será empregado, e não estagiário, pois não há compatibilidade entre o estudo teórico e as atividades por ele desenvolvidas.

2.3 Agentes de integração

Há previsão, na Lei do Estágio, de agentes de integração público ou privado⁹. Esses serviços de integração estão ligados, por exemplo, ao cadastro de estudantes, indicação de oportunidades de estágio etc. (art. 5º). Deve-se destacar que esses serviços não podem ser cobrados do estagiário e, ainda, que não há obrigatoriedade em sua utilização para que o contrato de estágio seja formalizado.

2.4 Partes envolvidas no estágio

A relação jurídica desenvolvida é triangular¹⁰, ou seja, há presença de três pessoas: instituição de ensino, parte concedente e estagiário. Seguem abaixo algumas observações sobre as partes envolvidas no estágio.

2.4.1 Instituição de ensino

A instituição de ensino intermedeia a relação de estágio. Dentre suas atribuições, há a necessidade de avaliar as instalações da parte concedente do estágio e sua adequação à formação cultural e profissional do educando (art. 7º). Verifica-se, assim, a responsabilidade da instituição de ensino em constatar as condições do meio ambiente de trabalho nas quais o estagiário prestará suas atividades.

⁹ Essa intermediação é realizada, por exemplo, por meio do Centro de Integração Empresa-Escola (CIEE).

¹⁰ A relação empregatícia é bilateral, pois envolve apenas empregado e empregador.

Outra inovação da lei foi atribuir à instituição de ensino a necessidade de indicar professor orientador, da área a ser desenvolvida no estágio, como responsável pelo acompanhamento e avaliação das atividades, requisito material para a validade do estágio.

Por fim, outra novidade interessante foi exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a 6 (seis) meses, de relatório de atividades. Essa medida possibilitará a fiscalização e o aproveitamento do estagiário e permitirá à instituição de ensino excluir a parte concedente que se utilize do contrato de estágio apenas como exploração de mão de obra barata.

2.4.2 Parte concedente

A parte concedente é a responsável pela concessão de estágio. De acordo com a lei, podem oferecer estágio:

- pessoas jurídicas de direito privado (empresas, associações civis etc.);
- órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional.

Dentre as obrigações da parte concedente previstas no artigo 9º, está a necessidade de indicar funcionário de seu quadro pessoal, com formação ou experiência profissional na área de conhecimento desenvolvida no curso do estagiário, para orientar e supervisionar até 10 (dez) estagiários simultaneamente. Ademais, deverá contratar seguro contra acidentes pessoais, tanto para estágio obrigatório

quanto para o não obrigatório¹¹. A parte concedente deverá, ainda, enviar à instituição de ensino, com periodicidade mínima de 6 (seis) meses, relatório de atividades, com vista obrigatória ao estagiário.

2.4.3 Estagiário

Inicialmente, cabe destacar que a nova Lei do Estágio não prevê idade mínima para o estagiário, basta que esteja frequentando uma das instituições de ensino citadas inicialmente. Assim, deve-se aplicar o artigo 7º, XXXIII, da CF/88 para o limite de idade do estagiário.

A primeira interpretação possível do dispositivo constitucional acima defende o estágio a partir dos 14 anos, pois se trata de uma forma de aprendizagem (interpretação ampliada do dispositivo constitucional). Entretanto, o artigo 7º, XXXIII, é direcionado apenas para aprendizes, regidos pela CLT, e somente a partir dos 16 anos há possibilidade de contrato de estágio.

Seguem abaixo alguns direitos previstos para os estagiários.

a) Jornada do estagiário

A jornada de atividades do estágio será elaborada de comum acordo entre as partes, devendo ser compatível com as atividades escolares. A nova lei prevê, entretanto, limites¹² desse acordo:

- jornada máxima de *4 horas diárias e 20 horas semanais* para os estudantes da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental na modalidade de jovens e adultos;
- jornada de *6 horas diárias e 30 horas semanais* para os estudantes do ensino superior, educação profissional e ensino médio;

¹¹ O seguro obrigatório já era previsto na lei anterior.

¹² Há possibilidade de jornada inferior aos limites acima.

- jornada de *40 horas semanais* para os estudantes que alternam entre a teoria e a prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais. Essa jornada deverá estar prevista no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino;
- redução da carga horária em pelo *menos à metade*, nos períodos de avaliação¹³, para o bom desempenho do estudante.

A discussão que poderá surgir no tocante à jornada de trabalho do estagiário é em relação à possibilidade de compensação dessa jornada.

O primeiro posicionamento é no sentido de que a possibilidade de compensação é voltada apenas para empregados, porque, como há necessidade de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o estagiário está excluído, já que não possui sindicato da categoria, para defesa de seus interesses. Por fim, importante ressaltar que a compensação é forma de flexibilização dos direitos trabalhistas, sendo prevista de forma excepcional na CF/88, logo, não comporta interpretação extensiva aos estagiários. Se prevalecer essa posição restritiva, a empresa que adotar a compensação deverá ser autuada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

O segundo posicionamento que poderá surgir, defendendo a possibilidade de compensação de horários, poderá utilizar-se do argumento de que o instituto da compensação é benéfico ao estudante, permitindo-lhe adaptar melhor seus horários. Nesse sentido, se houver previsão no termo de compromisso, a compensação será permitida.

De qualquer maneira, se os limites acima forem excedidos, ou seja, se o estagiário prestar horas extras, ocorrerá desvirtuamento do estágio, conseqüentemente ocorrerá vínculo empregatício com

¹³ Essa redução da jornada era uma reivindicação antiga dos estudantes, sobretudo daqueles que têm provas bimestrais durante vários dias seguidos.

a parte concedente (CLT, art. 9^o), aplicação de multa administrativa e atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) para coibir continuidade da fraude.

b) Duração do contrato de estágio

Inovação salutar da nova lei foi estabelecer o contrato por prazo determinado de, no máximo, 2 (*dois*) anos para o estágio, na mesma parte concedente. Esse prazo máximo de 2 anos não se aplica aos estagiários portadores de deficiência (art. 11).

A lei prevê ressalva a esse prazo máximo de 2 anos ao portador de deficiência como forma de incentivar a contratação. Entretanto, deve-se interpretar o artigo 11 de forma razoável para evitar precarização do trabalho dos portadores de deficiência. Contrato de estágio com duração, por exemplo, de 10 anos entre o estagiário e a mesma parte concedente configura precarização do trabalho.

A Lei do Estágio é silente no tocante à prorrogação do contrato de estágio, mas, diante da aplicação por analogia do artigo 451¹⁴, há possibilidade de uma única prorrogação dentro do período de 2 anos.

c) Bolsa ou contraprestação

A contraprestação das atividades do estágio dependerá de acordo entre as partes. Será compulsória a contraprestação e o auxílio-transporte para o estágio *não obrigatório*.

Ademais, tanto no estágio obrigatório quanto no estágio não obrigatório, a eventual concessão de benefícios relacionados a

¹⁴ “O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado por mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação de prazo” (CLT, art. 451).

transporte, alimentação e saúde, entre outros, não caracteriza vínculo empregatício¹⁵ (art. 12).

A lei não estipulou valor mínimo, assim, utilizando-se de uma interpretação literal, o salário-mínimo não precisa ser respeitado para o contrato de estágio. Entretanto, essa não é a melhor interpretação, pois se deve garantir o salário-mínimo hora, assim como é garantido ao aprendiz (CLT, art. 428, § 2º). Essa segunda posição está de acordo com a interpretação sistemática do ordenamento jurídico e com o princípio da dignidade do trabalhador, como fundamento da República Federativa (CF/88, art. 1º).

É importante ressaltar que eventuais críticas à concessão da contraprestação ou, ainda, garantir o salário-mínimo hora não desestimulam a concessão de estágio, mas valorizam as atividades desenvolvidas pelo estudante.

Deve-se destacar, por fim, que o estagiário não é segurado obrigatório da previdência social, podendo contribuir como segurado facultativo.

d) Recesso

Estágio igual ou superior a 1 (um) ano dará direito ao recesso de 30 (trinta) dias. Se o estágio tiver duração inferior a 1 ano, o recesso será proporcional. Dessa forma, se o contrato for extinto antes do prazo previamente fixado, o estagiário poderá exigir, *em dinheiro*, o recesso proporcional. Essa é a hipótese prevista na lei, em que o estagiário terá direito à “verba rescisória”. Nos demais casos, se houver descumprimento do contrato de estágio, como

¹⁵ “O recebimento do valor da bolsa de estágio não está condicionado ao sucesso ou ao risco das atividades exploradas pela instituição concedente, mas nada impede que esta pactue a possibilidade de o estagiário perceber a verba de participação nos lucros” (SOBRINHO, 2008, p. 1184).

concessão do recesso fora do prazo ou, ainda, não remuneração do recesso, ocorrerá o vínculo empregatício direto, com base no artigo 9º da CLT e artigo 15 da nova lei.

O recesso será remunerado se o estagiário receber bolsa ou outra forma de contraprestação (art. 13). E, por fim, será usufruído preferencialmente durante as férias escolares.

Discussões que poderão surgir são em relação a possibilidade de fracionamento do recesso¹⁶; faltas injustificadas interferirem na duração do recesso; notificação prévia de 30 dias antes do recesso; época de concessão etc. Em todos esses casos, embora o recesso não seja idêntico ao instituto de férias, deve-se aplicar a CLT (arts. 130-149), por analogia.

e) Normas de saúde e segurança

No tocante às normas ligadas ao meio ambiente de trabalho, entenda-se saúde e segurança do estagiário, serão aplicadas as normas previstas na CLT, demais leis específicas e Normas Regulamentadoras (NR). Ademais, a implementação de um ambiente seguro e saudável é responsabilidade da parte concedente do estágio.

Importante destacar que a *responsabilidade pelo meio ambiente do trabalho* é da parte concedente, conforme prevê o artigo 9º, II: “ofertar instalações que tenham condições de proporcionar ao educando atividades de aprendizagem social, profissional e cultural”. Nesse sentido, há ainda a obrigatoriedade de contratar seguro contra acidentes pessoais. Assim, em ocorrendo acidente durante as ativida-

¹⁶ Há previsão de fracionamento das férias do estagiário do Ministério Público da União, conforme Portaria n. 567/2008: “Art. 12. A cada 6 (seis) meses é assegurado ao estagiário recesso remunerado de 15 (quinze) dias, a ser gozado, preferencialmente, durante as férias escolares, sendo vedada a conversão em pecúnia”.

des do estagiário, a responsabilidade por eventual indenização por danos morais e materiais é, em regra, da parte concedente.

Essa responsabilidade será também da instituição de ensino que escolher mal a parte concedente. Aliás, está previsto no artigo 7º, II, que é *obrigação da instituição de ensino avaliar as instalações da parte concedente do estágio*. Diante disso, se a instituição avaliar o ambiente de trabalho de forma negligente, será solidariamente responsável com a parte concedente pelo ressarcimento de eventuais danos sofridos pelo estagiário.

f) Número de estagiários

A grande inovação da lei foi estabelecer limite ao número de estagiários, necessidade que há tempos era apontada pela doutrina¹⁷. Assim, o número máximo de estagiários em relação ao quadro de pessoal das entidades concedentes será:

- de 1 a 5 empregados: até 1 estagiário;
- de 6 a 10 empregados: até 2 estagiários;
- de 11 a 25 empregados: até 5 estagiários;
- acima de 25 empregados: até 20% de estagiários.

Infelizmente, esses limites não são aplicados aos *estagiários de nível superior* ou de *nível médio profissional*. Entende-se que o artigo 17, § 4º, que exclui a aplicação dos percentuais para esses estagiários, servirá como campo fértil para fraudes trabalhistas. Imaginemos a possibilidade de um escritório de advocacia contar com apenas 2 advogados empregados e 30 estagiários, configurando verdadeira substituição da mão de obra.

¹⁷ “A formação de contratos de estágio só se justifica de forma excepcional no contexto do mercado de trabalho. Mesmo que não haja nenhuma lei prevendo tal limite, a fixação de um limite de 10% de estagiários para cada setor da empresa, com relação ao número de empregados efetivos, parece mais que razoável” (SOUTO MAIOR, 2008, p. 252).

Dessa forma, esse dispositivo acima deve ser interpretado com razoabilidade e proporcionalidade, pela fiscalização do trabalho e pelo Ministério Público do Trabalho, pois situações discrepantes dos percentuais previstos em lei devem ser combatidas. A melhor interpretação seria aplicar a proporção de 20% para os estagiários de nível superior e nível médio profissionalizante, pois esse percentual já representa número elevadíssimo de estagiários diante do número de empregados.

Há discussão acerca da atuação do Ministério Público do Trabalho para garantir os percentuais de vagas para estagiários nas empresas que tiverem condições de possuir estagiários. Há duas posições a respeito do tema. A primeira delas defende a atuação dos Procuradores do Trabalho como medida de incentivo à formação de novos profissionais. O segundo posicionamento é no sentido de que não há atuação do MPT para garantir esses percentuais, tendo em vista que a lei *não* prevê uma obrigatoriedade, mas apenas limita o número de estudantes, para evitar fraude. Ademais, essa atuação interferiria no poder de direção do empregador, que optou em não ter estagiários¹⁸. Finalmente, a adoção desse posicionamento não prejudica trabalhadores, pois esses serão contratados como empregados, possuindo o rol de proteção da CLT, em compasso com o artigo 170, VIII, da CF/88, que privilegia a busca do pleno emprego.

A outra inovação salutar da lei foi a previsão de ação afirmativa¹⁹, ou seja, cota de vagas para estagiários portadores de defi-

¹⁸ A contratação de estagiários, bem como o respeito aos requisitos do contrato de estágio, vai de encontro ao princípio da função social da propriedade, artigo 170 da CF/88.

¹⁹ *Ações afirmativas* são medidas estatais temporárias, com finalidade de compensar situações historicamente desiguais. Possuem caráter educativo, pois preveem caráter de conscientização da população sobre a desigualdade histórica sofrida pelas minorias. Essas ações positivas concretizam, em especial, o ingresso ou acesso ao mercado de trabalho para as mulheres, negros, deficientes físicos, homossexuais e índios. Pelo *princípio da máxima*

ciência, assegurando percentual de 10% das vagas oferecidas pela parte concedente. Nesse caso, a empresa que optar por contratar estagiários estará obrigada a garantir esse percentual de vagas, sob pena de multa administrativa²⁰ e atuação do Ministério Público do Trabalho.

Por fim, na hipótese de a parte concedente possuir várias filiais, os limites previstos acima para contratação de número máximo de estagiários serão aplicados a cada uma delas.

2.5 Fraude no estágio

Ocorrerá a fraude no estágio quando ausente um dos requisitos formais ou materiais. Assim, mesmo que presentes os requisitos formais, se verificada a falta de compatibilidade entre a formação escolar do estudante e as atividades desenvolvidas na parte concedente, atrairá o artigo 9º da CLT²¹, bem como o princípio da primazia da realidade²², formando vínculo empregatício entre estagiário e parte concedente.

Os efeitos do estágio fraudulento:

- vínculo empregatício, conseqüentemente, o reconhecimento de todas as verbas trabalhistas, durante o período em que prestou serviços como “falso estagiário”;
- em caso de incompatibilidade em permanecer no emprego, o “estagiário” poderá pleitear rescisão indireta e, em razão da exploração de mão de obra, indenização por danos morais,

efetividade da constituição e da igualdade material, por meio das ações afirmativas, há concretização dos objetivos da Carta Constitucional, conforme artigo 3º.

²⁰ Multa aplicada pelos auditores fiscais do trabalho – Ministério do Trabalho e Emprego.

²¹ “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação” (CLT, art. 9º).

²² “*Princípio da primazia da realidade*, em razão do qual a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não correspondente à realidade” (SÜSEKIND, 2004, p. 145).

pois o empregador infringiu o princípio da lealdade contratual e praticou abuso do direito²³;

- aplicação de multa administrativa pelos auditores fiscais do trabalho e, se envolver interesse coletivo, atuação do Ministério Público do Trabalho.

É importante frisar que a instituição pública ou privada que reincidir na irregularidade ficará impedida de receber estagiários por 2 (dois) anos, contados da data da decisão definitiva do processo administrativo (art. 15).

Por fim, a justiça competente para solucionar conflitos envolvendo contrato de estágio, bem como fraude nesta relação de trabalho, é a Justiça Especializada²⁴, conforme prevê o artigo 114 da CF/88.

2.6 Regras de transição

A nova Lei do Estágio trouxe algumas discussões com relação aos contratos de estágio em curso. Essas discussões poderiam ter sido evitadas se publicado decreto regulamentador, pelo Poder Executivo. Há apenas dois artigos destinados aos contratos em curso na lei:

Art. 18. A prorrogação dos estágios contratados antes do início da vigência desta Lei apenas poderá ocorrer se ajustada às suas disposições.

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

²³ “Neste aspecto assumem relevância jurídica a noção do abuso de direito e o princípio de que o contrato de estágio deve se constituir uma exceção no mercado de trabalho, sob pena de ser agredida a norma constitucional da busca do pleno emprego (art. 170, VIII)” (SOUTO MAIOR, 2008, p. 252).

²⁴ O prazo prescricional aplicável ao estagiário é o previsto no artigo 7º, XXIX, da CF/88.

Como não há decreto para regulamentar a nova lei, algumas dúvidas podem surgir, como:

a) *Contratos em vigor há dois anos, quando da publicação da nova lei, poderão ser prorrogados com a mesma parte concedente?*

Não poderão ser prorrogados, exceto para estagiários portadores de necessidades especiais. A nova Lei do Estágio tem aplicação imediata, incidindo sobre os contratos de estágio em curso. Logo, o prazo de 2 anos deve ser respeitado. Nesse sentido é o artigo 22, § 2º, da Portaria n. 567/2008 do Ministério Público da União (MPU), vedando a prorrogação dos contratos de estágio em curso com prazo igual ou superior a 2 anos.

b) *Como fica o recesso dos estágios em curso, a partir da publicação da nova lei?*

Como a nova lei possui aplicação imediata sobre os contratos de estágio, o período aquisitivo do recesso passa a contar a partir da entrada em vigor do novo estatuto.

c) *Contratos de estágio não obrigatórios em curso devem ser remunerados imediatamente após a publicação da nova lei?*

Esse é o mesmo raciocínio da discussão anterior; se a incidência é imediata, os contratos de estágio (não obrigatório) em curso devem ser remunerados.

3 Estágio na Administração Pública

Assim como na iniciativa privada, a administração pública pode contratar estagiários. A nova Lei do Estágio prevê, no artigo 9º, que os órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do DF e dos Municípios podem oferecer estágios. Logo, há aplicação da

Lei n. 11.788/2008 para os contratos de estágio celebrados com a administração pública.

A discussão surge quando há bolsa ou outra forma de contraprestação do estágio.

Tendo em vista que o estagiário na administração exerce função pública e recebe, via bolsa ou contraprestação, dinheiro público em razão das atividades desempenhadas, há necessidade de concurso público²⁵ ou, pelo menos, processo seletivo, para seleção desses estudantes.

Esse já era o posicionamento do Ministério Público do Trabalho antes da publicação da nova lei, conforme se verifica na Orientação n. 22 da ata da CONAP (Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública):

22. Estágio. Necessidade de concurso público. É possível a Administração Pública contratar estagiários, desde que a contratação se dê através de processo seletivo, e seja observada a legislação específica (Ata da Reunião Nacional de 22.3.2006).

Após a publicação da nova Lei do Estágio, o MPU publicou a Portaria n. 567/2008, que prevê a realização de processo seletivo para estagiários:

Art. 5º O recrutamento dos estagiários dar-se-á por meio de *processo seletivo*, divulgado, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias, na unidade que o realizará, bem como no *site* do respectivos ramos do Ministério Público da União e, ainda, nas sedes das instituições de ensino conveniadas [g.n.].

²⁵ A Procuradoria do Trabalho da 15ª Região (Campinas e interior de São Paulo) realiza concurso público com 3 fases (prova objetiva, dissertativa e, por fim, exame oral). Essa prova é realizada de forma simultânea (mesmo dia e horário) para todas as unidades do Ministério Público do Trabalho no interior paulista. Mesmo antes da nova lei, a PRT-15ª Região já indicava dois procuradores para exercerem o papel de coordenadores do estágio, que acompanhavam, de perto, as atividades dos estudantes no Ministério Público do Trabalho.

No tocante à fraude no estágio da administração pública, os efeitos são diferentes, pois não há o reconhecimento de vínculo empregatício, em razão da necessidade do concurso público para trabalhar na administração pública. Exemplificando: estagiários que estejam prestando serviços no autoatendimento do Banco do Brasil, configurando atividade-fim do banco. Essa atividade não comporta a substituição por estagiários; ou, ainda, estudantes de direito que estejam trabalhando, como estagiários, no caixa do Banco do Brasil. Em ambos os casos, o contrato de estágio é fraudulento, mas não será reconhecido o vínculo empregatício, pois há necessidade de prévio concurso público para ingresso no Banco do Brasil.

A consequência desse contrato fraudulento de estágio, ao invés de reconhecer o vínculo empregatício, bem como o pagamento de todas as verbas trabalhistas, será apenas o pagamento do saldo de salário e depósitos do FGTS, por força da Súmula n. 363 do TST²⁶.

Em sendo configurada essa fraude, seja em órgãos do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, o Ministério Público do Trabalho possui atribuição para firmar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou, ainda, ingressar com ação civil pública para impedir que essa prática continue, bem como pleitear indenização por danos morais coletivos para ressarcir a sociedade, do mal causado pela exploração do estagiário. Ademais, em todas essas atuações, o membro do MPT poderá ingressar com ação

²⁶ “A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo artigo 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS” (Súmula n. 363 do TST).

de improbidade administrativa na *Justiça do Trabalho* em face do administrador público.

É importante frisar que a instituição pública que reincidir na irregularidade ficará impedida de receber estagiários por 2 (dois) anos, contados da data da decisão definitiva do processo administrativo (art. 15).

4 Atuação do Ministério Público do Trabalho

O Ministério Público do Trabalho, conforme prevê o texto constitucional, é defensor do Estado Democrático de Direito, da ordem jurídica e, sobretudo, protetor dos direitos sociais do trabalhador. Sua atuação se dá no campo *extrajudicial* e *judicial*. No primeiro caso, atua como articulador social²⁷, esclarecendo à sociedade e ao Estado, por meio de palestras e audiências públicas, a importância das leis que protegem o trabalhador, no caso, a discussão da nova Lei do Estágio e suas repercussões. Poderá também enviar Notificação Recomendatória a órgãos públicos e empresas, como alerta para regularizar os contratos de estágio.

Ainda no campo extrajudicial, há possibilidade de instauração de inquérito civil, que tem por finalidade colher elementos para uma futura ação civil pública ou ainda para firmar *Termo de Ajustamento de Conduta* (TAC). O TAC é “o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a

²⁷ “É na função de articular social que o Ministério Público do Trabalho atua incentivando e orientando, como instituição observadora, os setores governamentais e não-governamentais na execução de políticas públicas de elevado interesse social (CF, 127, *caput*), como as que têm por objeto a erradicação do trabalho infantil, do trabalho forçado ou escravo e de todas as formas de discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, religião, a inserção no mercado de trabalho da pessoa portadora de deficiência etc.” (LEITE, 2006, p. 139).

ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais”²⁸. Esse poderoso instrumento extrajudicial²⁹ poderá ser utilizado pelo Procurador do Trabalho, quando verificar que o estágio está em desacordo com a legislação.

No campo *judicial*, o Ministério Público do Trabalho possui legitimidade autônoma para a defesa de direitos metaindividuais, podendo ingressar no Judiciário para a implementação das novas regras do contrato de estágio ou, ainda, requerendo a proibição de excessos.

No tocante à atuação judicial do MPT, o Poder Constituinte de 1988 avançou no campo dos direitos fundamentais. Já no preâmbulo mostrou preocupação com os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões. A Ação Civil Pública (ACP), por sua vez, nasceu como um poderoso instrumento de superação do individualismo. Tem como finalidade defender os interesses metaindividuais.

Assim, o MPT tem a ACP como ferramenta para assegurar o exercício dos direitos sociais previstos no ordenamento jurídico, no caso, a defesa dos direitos dos estagiários. Essa atuação contribui para a concretização dos objetivos traçados pelo Poder Constituinte Originário, conforme art. 3º da CF/88.

Por fim, o membro do Ministério Público poderá utilizar todas essas ferramentas para a defesa da ordem jurídica. Dentre as possíveis atuações do MPT, merecem destaque:

²⁸ CARVALHO FILHO apud LEITE, 2006, p. 296.

²⁹ “É, indubitavelmente, o TAC (Termo de Ajustamento de Conduta), um dos mais nobres objetivos do inquérito civil trabalhista porque, por meio dele, obtém-se, de imediato a tutela jurisdicional que seria oferecida pelo Poder Judiciário, mediante um processo lento, burocrático e dispendioso para os cofres públicos e para as próprias partes. É o TAC uma das mais precisas formas de tutela preventiva e reparadora dos danos causados aos interesses da sociedade ou ameaçadores dos mesmos” (MELLO, 2004, p. 56).

- a) No caso de estágio nos órgãos da administração pública sem o devido processo objetivo de seleção, o MPT atuará primeiro via extrajudicial – TAC, de forma a cessar a ilegalidade. Se o agente público persistir na conduta, o Procurador do Trabalho ingressará na Justiça do Trabalho com ação civil pública e ação de improbidade administrativa contra o administrador, pois o fato de contratar sem concurso ou processo seletivo atenta contra os princípios da administração pública, artigo 11 da Lei n. 8.429/1992. Em tempo, o Procurador do Trabalho levará ao conhecimento do Ministério Público Federal (MPF) para que investigue a conduta do administrador na área criminal, conforme previsto no art. 203 do Código Penal.
- b) No caso de estágio para estudantes de ensino médio, exceto profissionalizante, embora expressamente previsto pela nova lei, o texto é inconstitucional. Assim, o Procurador do Trabalho que entender conveniente atuará primeiro na tentativa de acordo extrajudicial – TAC. Se houver recusa da parte contrária, o membro do MPT ingressará na Justiça do Trabalho requerendo a cessação imediata dessa atividade, além de pedido para proibir futuras contratações de estagiários de ensino médio. Para a apreciação desses pedidos, será necessário requerer a declaração de inconstitucionalidade da lei, de forma incidental.
- c) No caso de utilização do estagiário para substituição de mão de obra ou, ainda, estágio em atividades rotineiras, sem que haja compatibilidade entre as atividades e o ensino teórico.
- d) Acompanhamento, de perto, das agências de integração.
- e) Fiscalização do meio ambiente de trabalho (normas de saúde e segurança), nos quais os estagiários estão prestando servi-

ços. Nesse caso, será verificado, com auxílio do Ministério do Trabalho e Emprego, se a parte concedente tem respeitado recesso, bem como a jornada de trabalho.

- f) Assegurar o percentual de 10% das vagas reservadas para portadores de deficiência, bem como obrigar que a parte concedente não exceda os limites das vagas impostas pelo legislador.

5 Conclusão

A nova Lei do Estágio garantiu alguns direitos sociais aos estagiários, cumprindo um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 3º). Embora grande parte das empresas o tenha criticado, esse novo sistema diminuirá as fraudes envolvendo contrato de estágio. Dentre as principais novidades, destacam-se limitação do número de estagiários; reserva de vagas para deficientes; previsão de penalidade para a parte concedente que incorrer em fraude e, sobretudo, novos direitos previstos aos estudantes. Falta ainda a regulamentação da lei, via decreto, que irá solucionar algumas controvérsias.

Como as fraudes persistirão, mesmo com novo sistema, os órgãos de proteção ao trabalhador brasileiro, Ministério Público do Trabalho, Justiça do Trabalho e Ministério do Trabalho e Emprego atuarão de forma contundente na defesa dos direitos dos estagiários.

Referências

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MELLO, Raimundo Simão. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. O contrato de estágio e as inovações da Lei n. 11.788/2008. *Revista LTr*, a. 72, n. 10, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. v. 2.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2004. v. 1.

O estatuto disciplinar dos membros do Ministério Público

Vitor Fernandes Gonçalves*

Sumário: 1 Considerações introdutórias. 2 Autonomia do estatuto disciplinar dos membros do MP. 3 Das faltas disciplinares. 4 A persecução disciplinar e suas fases. 5 Conclusão.

1 Considerações introdutórias

Reconhecido pelo legislador constituinte pátrio como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme dispõe o artigo 129, *caput*, da Constituição Federal, o Ministério Público, por meio dos seus membros, afirma-se como instituição nacional em que a sociedade confia e à qual recorre para a defesa de seus direitos.

No exercício de suas atribuições, os membros do MP processam altas autoridades de todos os poderes estatais, imputando-lhes, não raras vezes, a prática de crimes e/ou de atos ilícitos como os que resultam em improbidade administrativa. Nesse contexto, sobleva em importância que os membros do MP conduzam-se em sua vida funcional, pública e privada de forma esmerada e exemplar.

* Vitor Fernandes Gonçalves é Procurador de Justiça e membro do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Foi Corregedor-Geral do MPDFT e Primeiro-Secretário do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do Ministério Público (2007-2008).

Por outro lado, os membros do MP são, antes de tudo, simples seres humanos, com toda a falibilidade decorrente dessa condição. Daí a óbvia necessidade que o Estado tem de sujeitar os atos deles a mecanismos de controle, interno e externo, não se descurando assim da estruturação de um estatuto disciplinar para lembrá-los, a uma, de que, em sentido lato, são agentes públicos – e como tal devem sempre servir ao público – e, a duas, de que, como defensores da ordem jurídica, devem antes de tudo observá-la exemplarmente.

2 Autonomia do estatuto disciplinar dos membros do MP

É inquestionável a sujeição dos membros do MP a um estatuto disciplinar. A propósito do tema, releva lembrar que direito disciplinar, na lição de José Armando da Costa, é “o conjunto de princípios e normas que objetivam, através de vários institutos próprios, condicionar e manter a normalidade do serviço público”¹. Como desmembramento visível do direito administrativo, o direito disciplinar sistematiza o poder disciplinar do Estado, a cujo respeito asseverou Hely Lopes Meirelles tratar-se de

uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relação de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou estabelecimento a que passam a integrar definitiva ou transitoriamente. É a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração².

Em verdade, para o membro do MP a sujeição ao poder disciplinar da Administração Pública constitui corolário de sua condição de agente público em sentido lato. Entretanto, o Estatuto dos

¹ COSTA, 1981, p. 3.

² MEIRELLES, 1990, p. 108.

Servidores Públicos Civis da União (Lei n. 8.112/1990) não lhe é aplicável no âmbito disciplinar, porquanto, em razão de sua condição de agente político e membro de carreira de Estado, ele está sujeito constitucional (CF, art. 130-A, § 2º, II e III) e legalmente (LC n. 75/1993 e Lei n. 8.625/1993) a um sistema de controle próprio, bem mais complexo, em face do qual seus atos ficam submetidos permanentemente a controle interno (Corregedoria-Geral) e externo (Conselho Nacional do MP), podendo ainda responder por crime de responsabilidade (CF, art. 105, I, *a*, e Lei n. 1.079/1950, art. 40, n. 1 a 4).

Pode-se falar, assim, na existência de um estatuto disciplinar autônomo do membro do MP em relação às regras vigentes para o funcionalismo público civil em geral. Tal autonomia se opera no plano legal por meio das disposições disciplinares contidas na Lei Orgânica Nacional do MP (Lei n. 8.625/1993) e na Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/1993), diplomas legais que constituem, por excelência, as leis fundamentais do estatuto disciplinar dos membros do MP.

Na realidade, por serem tais leis orgânicas posteriores à Lei n. 8.112/1990, bem como por seu caráter de leis especiais, que prevalecem sobre as disposições gerais, e, ainda, por disporem de forma integral sobre a pertinente matéria disciplinar, afastam completamente qualquer cogitação de emprego, nesse particular, do já mencionado Estatuto dos Funcionários Públicos Civis. Nem mesmo a título supletivo ou subsidiário é passível tal aplicação, pois a Lei Complementar n. 75/1993 dispõe expressamente em seu artigo 261 que “[se aplicam], subsidiariamente, ao processo disciplinar, as normas do Código de Processo Penal”, disposição que é extensiva aos Ministérios Públicos dos Estados, na forma do artigo 80 da Lei n. 8.625/1993.

Sem embargo do exposto, releva notar que, apesar de autônomo, o estatuto disciplinar dos membros do MP sujeita-se à mesma teoria geral que o estatuto disciplinar do funcionalismo em geral no que concerne à aplicação dos princípios gerais do direito disciplinar, como é o caso do *princípio da autonomia da esfera disciplinar* em relação à esfera penal ou civil, do *princípio da flexibilidade discricionária*, que mitiga até determinado ponto o devido processo legal formal, permitindo ao administrador uma certa liberdade na solução de questões disciplinares, nos limites de sua competência e tendo em mente o melhor para o interesse público, do *princípio da tipicidade aberta*, que permite tipos de conteúdo subjetivo, do *princípio do devido processo legal substancial*, do qual são corolários os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e vários outros, inclusive muitos princípios constitucionais do processo penal, como os da proibição de dupla responsabilização pelo mesmo fato (*ne bis in idem*), o da publicidade do julgamento, o da presunção de inocência etc.

3 Das faltas disciplinares

Comparando-se os tipos das infrações disciplinares dos funcionários públicos civis com os dos membros do MP, observa-se que, conquanto o leque de vedações vigente para o funcionalismo em geral seja bem mais extenso, aquele dos membros do MP é mais específico, contendo várias hipóteses sem correspondência no estatuto geral, sendo importante destacar, ainda, o intuito do legislador pátrio de assegurar aos membros do MP a independência necessária para o exercício de suas atribuições, desejo já patenteado pela previsão de prerrogativas constitucionais, como a da vitaliciedade, que obsta a demissão do membro do MP senão por sentença transitada em julgado. Por outro lado, mesmo entre as leis orgânicas do Ministério Público não há uma coincidência quanto aos tipos, prevendo a lei orgânica nacional maior número de hipóteses que a lei orgânica do MPU.

Consulte-se, nesse sentido, o quadro demonstrativo abaixo:

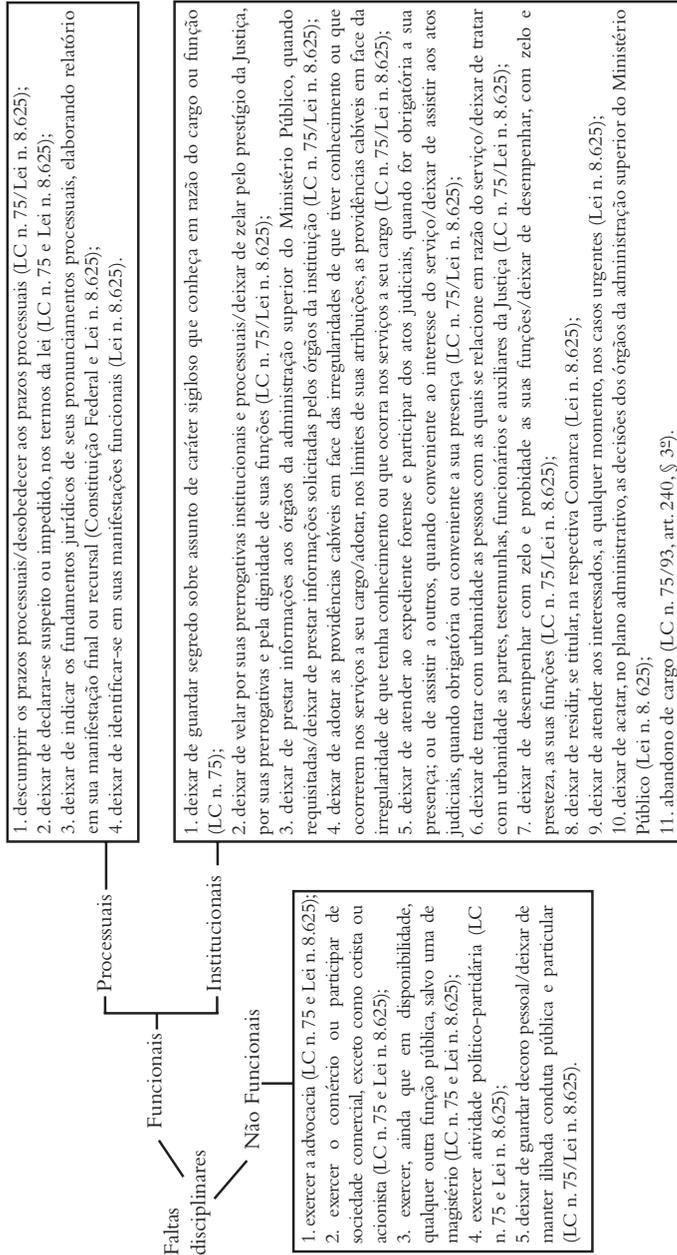
Lei n. 8.112/1990 (Funcionalismo civil)	LC n. 75/1993 (MP da União)	Lei n. 8.625/1993 (MP dos Estados)
<p>Art. 116. São deveres do servidor:</p> <p>I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;</p> <p>II - ser leal às instituições a que servir;</p> <p>III - observar as normas legais e regulamentares;</p> <p>IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;</p> <p>V - atender com presteza:</p> <p>a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;</p> <p>b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;</p> <p>c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.</p> <p>VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;</p> <p>VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;</p> <p>VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;</p> <p>IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;</p> <p>X - ser assíduo e pontual ao serviço;</p> <p>XI - tratar com urbanidade as pessoas;</p> <p>XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.</p> <p>Art. 117. Ao servidor é proibido:</p> <p>I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;</p>	<p>Art. 236. O membro do Ministério Público da União, em respeito à dignidade de suas funções e à da Justiça, deve observar as normas que regem o seu exercício e especialmente:</p> <p>I - cumprir os prazos processuais;</p> <p>II - guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função;</p> <p>III - velar por suas prerrogativas institucionais e processuais;</p> <p>IV - prestar informações aos órgãos da administração superior do Ministério Público, quando requisitadas;</p> <p>V - atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando for obrigatória a sua presença; ou assistir a outros, quando conveniente ao interesse do serviço;</p> <p>VI - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei;</p> <p>VII - adotar as providências cabíveis em face das irregularidades de que tiver conhecimento ou que ocorrerem nos serviços a seu cargo;</p> <p>VIII - tratar com urbanidade as pessoas com as quais se relacione em razão do serviço;</p> <p>IX - desempenhar com zelo e probidade as suas funções;</p> <p>X - guardar decoro pessoal.</p> <p>Art. 237. É vedado ao membro do Ministério Público da União:</p> <p>I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto; honorários, percentagens ou custas processuais;</p>	<p>Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:</p> <p>I - manter ilibada conduta pública e particular;</p> <p>II - zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções;</p> <p>III - indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal;</p> <p>IV - obedecer aos prazos processuais;</p> <p>V - assistir aos atos judiciais, quando obrigatória ou conveniente a sua presença;</p> <p>VI - desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções;</p> <p>VII - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei;</p> <p>VIII - adotar, nos limites de suas atribuições, as providências cabíveis em face da irregularidade de que tenha conhecimento ou que ocorra nos serviços a seu cargo;</p> <p>IX - tratar com urbanidade as partes, testemunhas, funcionários e auxiliares da Justiça;</p> <p>X - residir, se titular, na respectiva Comarca;</p> <p>XI - prestar informações solicitadas pelos órgãos da instituição;</p> <p>XII - identificar-se em suas manifestações funcionais;</p> <p>XIII - atender aos interessados, a qualquer momento, nos casos urgentes;</p>

<p>II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;</p> <p>III - recusar fé a documentos públicos;</p> <p>IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;</p> <p>V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;</p> <p>VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;</p> <p>VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;</p> <p>VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;</p> <p>IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;</p> <p>X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;</p> <p>XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;</p>	<p>II - exercer a advocacia;</p> <p>III - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista;</p> <p>IV - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;</p> <p>V - exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e o direito de afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer.</p>	<p>XIV - acatar, no plano administrativo, as decisões dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público.</p> <p>Art. 44. Aos membros do Ministério Público se aplicam as seguintes vedações:</p> <p>I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;</p> <p>II - exercer advocacia;</p> <p>III - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista;</p> <p>IV - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de Magistério;</p> <p>V - exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e as exceções previstas em lei.</p> <p>Parágrafo único. Não constituem acumulação, para os efeitos do inciso IV deste artigo, as atividades exercidas em organismos estatais afetos à área de atuação do Ministério Público, em Centro de Estudo e Aperfeiçoamento de Ministério Público, em entidades de representação de classe e o exercício de cargos de confiança na sua administração e nos órgãos auxiliares.</p>
---	--	---

<p>XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;</p> <p>XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;</p> <p>XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;</p> <p>XV - proceder de forma desidiosa;</p> <p>XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;</p> <p>XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;</p> <p>XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;</p> <p>XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.</p>		
--	--	--

Com a finalidade de sistematizar os tipos disciplinares *supra* transcritos, em especial aqueles vigentes para os membros do MP, pode-se principiar com o gênero falta disciplinar, a partir do qual podem ser identificadas faltas disciplinares funcionais ou não funcionais, consoante tenham ou não relação com o concreto exercício pelo membro em causa de suas atribuições legais. As faltas disciplinares não funcionais materializam-se sempre com condutas que o membro pratica fora do exercício de suas funções; são condutas *exteriores* à sua atuação como membro do MP. Por seu turno, as faltas disciplinares funcionais podem ser categorizadas como faltas processuais, que o membro pratica em um dado processo, ou como faltas institucionais, em que o prejuízo causado pelo membro projeta-se em nível institucional, para além de um único processo.

Para uma plena visualização dessa classificação dos tipos, consulte-se o esquema abaixo:



À guisa de tecer comentários acerca dos tipos disciplinares a que estão sujeitos os membros do MP, isto é, dos modelos de comportamento a eles proibidos e previamente submetidos a exigências de publicidade normativa, impõe-se inicialmente destacar a aplicação, em sede disciplinar, do princípio da tipicidade. Sobre o assunto, Fábio Medina Osório adverte que

a garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra, por certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado (art. 5º, LIV, CF/88), como tem sido nos países civilizados, visto que sem a tipificação do comportamento proibido, resulta violada a segurança jurídica da pessoa humana, ou jurídica, que se expõe ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais. Sem a garantia da tipicidade, as pessoas atingidas ou potencialmente afetadas pela atuação sancionatória estatal ficam expostas às desigualdades, a níveis intoleráveis de riscos de arbitrariedade e caprichos dos Poderes Públicos³.

Resulta que a existência de prévios tipos legais limita as administrações superiores dos MPs da União e dos Estados em seu poder de persecução disciplinar diante de seus respectivos membros, não podendo estas puni-los por condutas atípicas na esfera disciplinar. Sob a ótica individual dos membros, resta-lhes assegurado o direito à previsibilidade, vale dizer, de escolha de comportar-se em conformidade com a norma disciplinar ou não, assumindo o ônus de sofrer as sanções cabíveis, no último caso. É imperioso observar, todavia, que o direito disciplinar comporta um regime de tipicidade permissiva no qual, em nome do interesse público e de assegurar flexibilidade à Administração na escolha das condutas puníveis, resta admissível a utilização de tipos abertos, assim denominados porque de conteúdo impreciso ou indeterminado, constituindo verdadeiras cláusulas gerais, hipóteses cujas características primordiais são formadas por via jurisprudencial e não legal.

³ OSÓRIO, 2006, p. 264-265.

Esse é, precisamente, o caso da chamada quebra de decoro, previsão extremamente vaga e permeada por preceitos morais. A ideia do que seja “decoro pessoal” pode variar enormemente de pessoa para pessoa. De igual modo, manter “ílibada conduta pública e particular” é um conceito subjetivo, que pode mudar e muda conforme os valores culturais do intérprete. Aqui, releva considerar-se quebra de decoro aquela conduta pessoal comprometedora da dignidade das funções, a conduta que traz reflexos negativos aos valores defendidos pela instituição, destoando, dentro de um contexto de racionalidade e proporcionalidade, do conceito médio social que se tem de um membro do MP e do cargo por ele ocupado. Deve existir, portanto, uma correlação necessária entre a conduta praticada e o interesse público na proteção da dignidade institucional, apurado este à luz da razoabilidade.

Em verdade, na prática, a quebra de decoro assume a função de cláusula geral, outorgando às administrações superiores dos MPs da União e dos Estados um generoso espaço de movimentação, dentro do qual é incluída uma quantidade imensa de condutas pessoais externas dos membros, muitas delas constituindo tipos criminais comuns. Assim, por exemplo, se um membro do MP for acusado de, em sua vida particular, ter praticado estelionato ou receptação, poderá responder na esfera disciplinar justamente por quebra de decoro, à míngua de qualquer outra hipótese que reflita, na vida institucional, a nocividade do comportamento praticado na vida particular. Esse caráter praticamente subsidiário explica a grande importância que assume a previsão da quebra do decoro para a reprimenda disciplinar dos membros das carreiras de Estado, dos agentes políticos em geral, o que não constitui exceção em relação aos membros do MP.

Por outro lado, pode-se falar na existência de quebra de decoro simples ou qualificada, sendo esta última a conduta pública

de incontinência escandalosa que constitua, por sua habitualidade, grave comprometimento da dignidade da instituição, que redunde na aplicação da pena máxima de demissão (cf. art. 240, V, *d*, da Lei Complementar n. 75/1993, aplicável subsidiariamente aos Estados, por força do art. 80 da Lei n. 8.625/1993), ao contrário da quebra de decoro simples, que rende ensejo a mera censura, enquanto descumprimento de dever legal. É, por exemplo, o caso de membro que se embriague em público e compareça ao serviço embriagado, de forma contumaz, procedendo de maneira escandalosa.

Afora a quebra de decoro, no universo das faltas disciplinares não funcionais dos membros do MP, restam somente as chamadas vedações legais, quais sejam: a vedação de exercício da advocacia, a de participação em sociedade comercial, a de exercer qualquer outra função, salvo uma de magistério, e a de exercer atividade político-partidária. Tais vedações não são recentes para os membros do Ministério Público e foram quase todas regulamentadas recentemente pelo Conselho Nacional do Ministério Público. A proibição de exercer a advocacia, por exemplo, que já se encontrava prevista para os membros do MP dos Estados, à exceção dos casos de direito adquirido, desde a vigência do artigo 24, § 2º, da Lei Complementar n. 40/1981 – diploma legal que foi integralmente estendido aos membros do MP do Distrito Federal e Territórios por meio do Decreto-Lei n. 2.627/1985 –, fica ressalvada apenas para aqueles membros do MP da União que, na forma do § 3º do artigo 29 do ADCT, exerciam a atividade de advogado à época da entrada em vigor da Constituição de 1988, com base na Lei n. 1.341/1951. Mesmo assim, não podem atuar nas causas em que, por força de lei ou do interesse público, esteja prevista a atuação do Ministério Público, por qualquer de seus órgãos e ramos. É o que dispõe a Resolução CNMP n. 8/2006, com a redação da Resolução CNMP n. 16/2007.

Quanto à vedação de participação em sociedade comercial, salvo na condição de quotista ou acionista, prevista em relação aos membros dos MPs dos Estados e aos do MP do DF e Territórios, na forma do artigo 24, I, da Lei Complementar n. 40/1981, já existia quanto aos membros do MP da União desde a época da Lei n. 1.341/1951, cujo artigo 18, *d*, proibia “dirigir bancos, companhias, empresas ou estabelecimentos, subvencionados ou não”. Por se tratar de disposição antiga e de clareza solar, sobre ela o CNMP não produziu ato normativo, ao contrário da vedação de exercício de outras funções, salvo uma de magistério, objeto da Resolução CNMP n. 3/2005 (que limita em 20 horas-aula semanais a docência por parte de membros do MP, respeitada a compatibilidade de horários) e da vedação ao exercício de atividade político-partidária, matéria da Resolução CNMP n. 5/2006, em que se estabelece a proibição integral de atividade político-partidária apenas para os membros do MP que ingressaram na instituição após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, permitindo-se, *a contrario sensu*, àqueles que já eram membros antes de tal emenda o direito de licenciarem-se para concorrer a cargo eletivo, na forma do artigo 44, V, *in fine*, da Lei n. 8.625/1993 e bem assim do artigo 204, IV, *a* e *b*, da Lei Complementar n. 75/1993.

No que concerne às faltas disciplinares funcionais de natureza processual, constituem elas, reunidas, um instrumental para a garantia da efetiva implementação da assim denominada Reforma do Judiciário, materializada por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004. Assim, por exemplo, o direito constitucional à razoável duração do processo e à celeridade na prestação jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII) pode ser alcançado, no âmbito do Ministério Público, pelo rigoroso cumprimento dos prazos processuais por parte dos membros, em realização material ao dever de agir com presteza. De igual modo, a necessária motivação das decisões e dos

atos judiciais e administrativos (CF, art. 93, IX e X) materializa-se quanto ao MP (cf. CF, art. 129, § 4º) na medida em que os membros, identificando-se sempre claramente, ajam invariavelmente com o maior zelo em suas atribuições, indicando os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos, inclusive elaborando relatórios em sua manifestação final ou recursal. Por último, a necessária indicação de suspeição ou impedimento por parte do membro do MP, sobre constituir antes de tudo uma questão de lealdade processual, é garantia de uma atuação sempre impessoal por parte da instituição, em atendimento ao princípio da impessoalidade que informa toda a atividade administrativa (CF, art. 37, *caput*).

Passando a comentar as faltas disciplinares funcionais institucionais, nelas se identificam violações de deveres legais que se justificam por questões de hierarquia e conveniência administrativa, como os referentes a prestar informações aos órgãos da administração superior ou a acatar as decisões desses mesmos órgãos. De igual forma, tratar todos com urbanidade no ambiente de trabalho assegura o bom funcionamento da atividade institucional, o que também ocorre com o comparecimento aos atos judiciais em que seja obrigatória ou conveniente a participação ministerial.

A propósito, vários tipos disciplinares procuram assegurar o comparecimento do membro do MP ao serviço, não apenas por uma questão de moralidade no trato com a coisa pública, mas também para o mais eficiente atendimento ao usuário e interação do MP com a sociedade. Exemplos de tais tipos são o de “abandono de emprego”, o de “deixar de atender ao expediente forense”, o de “atender os interessados a qualquer momento, em casos urgentes” e o de “morar, se titular, na respectiva comarca”, assunto que, por sua importância, mereceu regulamentação específica por parte do CNMP na forma da Resolução n. 26/2007 daquele órgão.

Em todos esses casos mencionados no parágrafo anterior, a instituição é a maior prejudicada pela falta disciplinar praticada. Da mesma forma, ao não defender as prerrogativas institucionais e processuais que lhe são ínsitas, o membro dá causa a um prejuízo para todos os demais membros, resultando no enfraquecimento da instituição como um todo, enfraquecimento que ocorre igualmente na hipótese de divulgação de segredo sobre assunto de caráter confidencial, ao qual o membro tenha acesso em razão de seu trabalho, fato de resto típico penalmente, na medida em que constitui o crime de violação de sigilo (Código Penal, art. 325).

Não obstante, o maior enfraquecimento institucional de todos consiste na violação, pelo membro, do dever de probidade. A improbidade administrativa, em quaisquer de suas modalidades, a ação que dá causa a danos ao erário, o alcance administrativo – verdadeira apropriação de verbas públicas a que se tenha acesso –, conduz à corrosão da imagem da instituição perante a sociedade, merecendo, por esse motivo, rigorosa reprimenda, sob a forma da aplicação da pena máxima de demissão.

Registre-se, a propósito, a existência na Lei Complementar n. 75/1993 das penas de advertência, censura, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade, sendo essa lei aplicável, nesse particular, salvo lei específica estadual, a todo o MP nacional. O afastamento preventivo do membro, fundado na inconveniência do serviço ou na conveniência da instrução do inquérito ou do processo, pode vigorar por até 120 dias, na forma do artigo 260 da LC n. 75/1993, mas não constitui pena, uma vez que se defere ao membro indiciado o pagamento de vencimentos integrais enquanto durar o afastamento. Da mesma forma, a lei não contempla a colocação em disponibilidade como pena, ainda que por interesse público, por isso que a colocação em disponibilidade,

salvo melhor juízo, não admite o mero pagamento de vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.

A prescrição, como hipótese extintiva da punibilidade, restringe o poder persecutório disciplinar da Administração Pública. As penas de advertência e censura prescrevem em um ano, enquanto as de suspensão – que determinam a interrupção do pagamento dos vencimentos – prescrevem em dois anos. Por último, as penas de demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade prescrevem em quatro anos. A prescrição das penas começa a correr do dia da falta ou do dia em que cessou a continuação ou permanência, no caso de falta continuada ou permanente, ficando admitida a interrupção do prazo por ocasião da instauração do processo administrativo disciplinar e da citação para a ação de perda do cargo.

Entretanto, naqueles casos em que a ação do membro corresponder, na esfera penal, a um tipo criminal, o prazo prescricional será o aplicável ao crime respectivo. Tudo conforme dispõem, nesse particular, os artigos 244 e 245 da Lei Complementar n. 75/1993. Inclusive, o Conselho Nacional do MP já decidiu no sentido de que, ainda quando o tipo na esfera disciplinar não constitua ele próprio um crime – *verbi gratia*, na hipótese de quebra de decoro, uma vez que o fato praticado em tese pelo membro corresponda a um tipo penal –, a prescrição será inexoravelmente a do tipo penal (Pedido de Revisão de Processo Disciplinar n. 798/2007-74, julgado em 10/3/2008).

A pena de advertência mostra-se cabível apenas na hipótese de “negligência no exercício das funções”, situação que se pode verificar, por exemplo, pelo descumprimento reiterado e habitual dos prazos processuais, bem como pela falta de zelo no exercício das funções. No descumprimento dos demais deveres previstos na Lei Complementar n. 75/1993, a regra geral é a imposição da pena de

censura, assim como para o descumprimento das vedações legais a regra geral prevista é a pena de suspensão.

Todavia, o descumprimento de alguns deveres legais é reputado especialmente grave pelo legislador, rendendo ensejo, na forma do artigo 240 da Lei Complementar n. 75/1993, à pena máxima de demissão, o que é o caso do abandono de emprego (falta por trinta dias consecutivos ou sessenta, alternados, no período de um ano), da quebra de decoro qualificada a que já se fez menção, do descumprimento do dever de probidade, da hipótese de quebra de sigilo funcional, de se dar causa a um dano ao erário, caso em que, se de pequena monta o dano e atendidas as peculiaridades do caso e o histórico funcional do membro em causa, pode a demissão ser substituída pela suspensão. Ainda, redundando em demissão o exercício ilegal de cargo ou função pública, em descumprimento à vedação legal nesse sentido.

Por outro lado, a reincidência é causa expressa de agravamento das penas em geral, considerada esta pela nova prática de falta funcional em até quatro anos da ciência, pelo membro, da imposição contra si de uma pena disciplinar pretérita. Impõe-se insistir, por derradeiro, que a aplicação da pena de demissão, assim como a aplicação das penas de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade (que se referem a faltas passíveis de demissão praticadas na ativa), dependem do ajuizamento da ação civil correspondente, de que tal ação civil seja julgada procedente e de que sua respectiva decisão condenatória transite em julgado definitivamente.

4 A persecução disciplinar e suas fases

Passando a cuidar do direito adjetivo disciplinar dos membros do MP, mostra-se inicialmente oportuno lembrar que se aplicam ao processo disciplinar vários dos princípios peculiares ao processo

penal. Nesse sentido, impende destacar a incidência do princípio do devido processo legal, formal e substancial, do princípio da presunção de inocência, do princípio do contraditório, do princípio da ampla defesa, do princípio do *non bis in idem* e do princípio da individualização da pena, dentre outros. É necessário realçar, todavia, a lúcida advertência que faz Fábio Medina Osório, no que respeita ao tema, enfatizando que

No exame dos princípios que presidem o Direito Administrativo Sancionador, necessário perceber que nem sempre um mesmo princípio possuirá idêntico alcance. Não basta invocar, genericamente, a idéia de sanção administrativa para justificar uma aplicação automática e uniforme de um dado princípio do Direito Administrativo Sancionador, v.g, legalidade ou culpabilidade⁴.

Com razão o renomado professor, pois os princípios, apesar de manterem um referencial mínimo, um núcleo básico, podem sofrer restrições de aplicação por ocasião de sua integração ao direito disciplinar, conforme se trate de uma ou outra etapa da persecução disciplinar.

A propósito, constituem fases consecutivas da persecução disciplinar a sindicância, o inquérito administrativo disciplinar e o processo administrativo disciplinar, devendo-se abordar cada uma delas separadamente, para bem lhes destacar as características. Acerca da fase da sindicância, releva salientar que se trata de procedimento disciplinar inquisitorial, em regra reservado, com o fim de reunir elementos para a instauração, se for o caso, de inquérito administrativo disciplinar. A sindicância é facultativa e dispensável, pois se o corregedor-geral já dispuser de elementos suficientes para instaurar de imediato o inquérito administrativo, não apenas pode como deve fazê-lo. É o caso, por exemplo, de uma representação que alguém protocolize contra um membro, acostando

⁴ OSÓRIO, 2006, p. 196.

um sólido conjunto fático-probatório no sentido da ocorrência de uma falta disciplinar.

Ainda cabe enfatizar que a sindicância é instaurada e conduzida monocraticamente pelo corregedor-geral, embora nada impeça que uma comissão de membros seja constituída para atuar. No entanto, a sindicância não pode ser muito demorada, pois constitui um procedimento meramente preparatório, não se justificando como um fim em si mesmo, já que torna mais lenta a persecução disciplinar, aumentando o risco de prescrição, e, ao contrário do que ocorre na lei geral do funcionalismo civil, ela não redundará na aplicação de pena ao seu final. Por esse motivo, se a hipótese demanda apuração mais complexa, com ampla dilação probatória, será melhor finalizar a sindicância e proceder à instrução na fase do inquérito administrativo disciplinar.

Por outro lado, constitui impropriedade falar-se na espécie que o membro envolvido nos fatos apurados coloca-se na posição de sindicado. Na sindicância, faz-se o primeiro apanhado de como os fatos se deram, e, nessa ocasião, ainda não existe juízo de valor algum do órgão disciplinar acerca da existência de falta funcional e/ou de quem é a culpa, não havendo sequer obrigatoriedade de se ouvir o membro ou os membros envolvidos nos fatos. Todavia, reputando-se oportuno instar algum membro a se manifestar sobre os fatos, este poderá manifestar-se ou não, a juízo pessoal, salvo na hipótese de requisição de informações, caso em que a recusa constitui falta funcional. Consoante se observa, na fase da sindicância, é ampla a discricionariedade do corregedor-geral quanto a considerar presente um conjunto indiciário que justifique a instauração ou não de inquérito disciplinar.

Todavia, a ação do corregedor-geral não fica desprovida de controle interno – por meio do Conselho Superior ou do Colégio

de Procuradores, consoante se trate de membro do MP da União ou estadual, que apreciam os relatórios finais das sindicâncias arquivadas – nem de controle externo, uma vez que o Conselho Nacional do Ministério Público pode, no prazo de um ano, acolhendo proposta do corregedor nacional, rever a decisão de arquivamento de qualquer processo disciplinar sobre membro do Ministério Público, além de poder o corregedor nacional agir de ofício, ou em face de representações, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da Corregedoria-Geral (CF, art. 130-A, § 2º, III e IV, § 3º, I), conquanto se assegure às corregedorias-gerais o prazo de 120 (cento e vinte) dias para apurar fatos acerca dos quais porventura ainda não se tenha manifestado (Regimento Interno do CNMP, art. 71, § 4º).

Sem embargo de todos esses controles, impende destacar a necessidade que se tem de preservar a imagem, a honra e a intimidade dos membros do Ministério Público, que, muitas vezes, justamente por serem incansáveis no exercício de suas atribuições, têm sua integridade questionada em função de denúncias anônimas ou representações absolutamente infundadas e sem a menor indicação de qualquer elemento de prova, indício ou mínima credibilidade. Em casos que tais, e bem assim nos relativos a condutas disciplinares prescritas, o Conselho Nacional do Ministério Público, acertadamente, incluiu em seu Regimento Interno (art. 31, I) a possibilidade de o corregedor nacional do Ministério Público, monocraticamente, arquivar os autos do procedimento preliminar por ele instaurado, dando ciência ao plenário, sem, contudo, demandar a homologação do arquivamento em julgamento da matéria pelo plenário, mediante distribuição a relator e com os consectários de ampla publicidade daí decorrentes, em face da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Nesses mesmos casos, convém que as corregedorias-gerais dos Estados e da União disponham igualmente do poder de arquivar monocraticamente as sindicâncias que instaurarem de ofício, dando mera ciência reservada ao respectivo Conselho Superior ou Colégio de Procuradores, sendo descabido o julgamento público por tais órgãos de administração superior, com evidente exposição injustificada da imagem do membro injustamente assacado em sua honra com uma representação absolutamente infundada e despropositada, ou, ainda, por conduta há muito prescrita. Tal apreciação do arquivamento mediante formal julgamento somente é obrigatória na hipótese de ter partido do órgão colegiado superior a determinação à corregedoria-geral de instauração da sindicância. É o que decorre, como exemplo para o MP da União, da interpretação sistêmica e lógica do artigo 166, XI, c/c o artigo 174, II, da Lei Complementar n. 75/1993 (MPDFT).

Passando a tratar do inquérito administrativo, releva notar que tal procedimento investigativo de falta funcional deve obrigatoriamente ser instaurado pelo corregedor-geral “sempre que tomar conhecimento de infração disciplinar” (art. 247). Esse conhecimento da infração disciplinar poderá decorrer da obtenção de elementos suficientes a partir de atuação *ex officio* da corregedoria-geral ou tendo em conta o recebimento de peças de informação de membros da instituição, de autoridades judiciais ou outras autoridades, ou o recebimento de representação por advogado, pessoa do povo ou mesmo pessoa anônima, mas cujos fundamentos sejam bastantes a trazer-lhe foros de credibilidade.

Por elementos mínimos para tomada de conhecimento da falta disciplinar pelo corregedor-geral, pode-se entender pelo menos a confirmação fática de sua efetiva ocorrência, considerando-se a subsunção, em tese, de uma dada conduta de um membro a um particular descumprimento de dever ou vedação legal, com todos

os elementos essenciais do tipo respectivo. Além desse trabalho de tipificação, que é provisório, impõe-se a determinação da data do fato, do horário, do local, do número de pessoas envolvidas e das circunstâncias essenciais à configuração em tese da conduta típica que se visualiza como possível de ter ocorrido.

Com esses elementos mínimos, impende reafirmar ser possível fazer o indiciamento imediato do membro envolvido na conduta típica em nível disciplinar, dispensando-se a sindicância e instaurando-se diretamente o inquérito administrativo disciplinar. Por outro lado, tais elementos mínimos podem ter sido obtidos justamente por meio da tramitação da sindicância, que, na letra do artigo 246 da Lei Complementar n. 75/1993, é justamente “o procedimento que tem por objeto a coleta sumária de dados para instauração, se necessário, de inquérito administrativo”. Ainda, mesmo que os elementos mínimos declinados tenham sido apenas parcialmente obtidos, naqueles casos em que houver complexidade da instrução, com necessidade de se produzir prova pericial e farta prova testemunhal, impõe-se como medida de inteligência a instauração do inquérito administrativo disciplinar.

Detalhando o procedimento de tramitação dos inquéritos administrativos disciplinares, ressalte-se a necessidade formal de portaria para sua instauração, com o indiciamento de um dado membro, pelo corregedor-geral, como possível autor de uma dada falta funcional, a qual deve ser devidamente especificada em termos de tipicidade. A Lei Complementar n. 75/1993, em seu artigo 247, aplicável subsidiariamente aos Estados, à luz do artigo 80 da Lei n. 8.625/1993, estabelece que será necessariamente constituída comissão de três membros, sendo que um deles pode ser o corregedor-geral, mas todos têm de pertencer ao menos à mesma classe que o membro indiciado, na carreira do Ministério Público. É de se notar que, a exemplo da sindicância, o inquérito adminis-

trativo disciplinar é procedimento inquisitorial e reservado, sendo o sigilo expressamente previsto em lei (LC n. 75/1993, art. 247), devendo durar de 30 a 60 dias, mas não podendo ultrapassar 120 dias, nomeadamente nas hipóteses em que o procedimento foi instaurado por determinação do CNMP.

Todavia, ao contrário da sindicância, na qual não se impõe a realização de contraditório algum, no inquérito disciplinar a lei assegura a defesa, pois aí sim já há uma investigação formalmente instaurada pela corregedoria-geral, contra um membro que se coloca, como corolário, na condição de investigado, de indiciado, isto é, contra quem existem indícios. No entanto, a defesa que defere a lei ao membro indiciado materializa-se em grau mínimo, assegurando tão somente o direito de vista integral dos autos ao final de toda a instrução – vista pessoal ou por meio de advogado⁵ – e o de apresentar defesa escrita, antes da elaboração do relatório final. Assim, por exemplo, no que respeita à produção de

⁵ Consulte-se, a respeito, a seguinte decisão: Ementa: I. *Habeas corpus*: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8.906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações (STF; HC n. 82.354/PR, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 10.8.2004, DJ de 24 set. 2004, p. 00042, Ementário n. 2165-1, p. 29, RTJ, v. 191-02, p. 547).

prova, não é obrigatório produzi-la na presença do investigado ou de pessoa por ele designada, uma vez que este tem a prerrogativa de produzi-la toda novamente, por ocasião do processo administrativo disciplinar, como garante o artigo 254, § 4º, *in fine*, da Lei Complementar n. 75/1993.

A liberdade da comissão para produzir provas é ampla, podendo proceder a inspeção, colher prova documental, testemunhal, pericial, audiovisual, e admite, quanto às diligências, os poderes de requisição deferidos genericamente aos membros no artigo 8º da Lei Complementar n. 75/1993, dentre os quais releva destacar o de notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada, requisitar informações, exames e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta, bem como informações e documentos de entidades privadas, expedir notificações e intimações, ter acesso a bancos de dados e realizar diligências investigatórias. Por outro lado o colendo Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência firmada no sentido da admissibilidade da utilização, na esfera disciplinar, da prova emprestada do inquérito policial ou da ação penal respectiva, mesmo em se tratando de prova obtida mediante quebra de sigilo autorizada judicialmente e ainda que a autorização tenha sido concedida para a investigação de terceiros⁶.

⁶ Consulte-se, a respeito, a seguinte decisão: Ementa: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF e do art. 1º da Lei federal n. 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado

Finda a instrução e ofertada a oportunidade da defesa escrita ao membro indiciado, cabe à comissão de inquérito disciplinar produzir o seu parecer conclusivo, no qual deverá necessariamente posicionar-se quanto à necessidade de instauração ou não do competente processo administrativo disciplinar (PAD). Caso se pronuncie positivamente, deverá elaborar a súmula da acusação e submetê-la ao Conselho Superior ou Colégio de Procuradores, consoante se trate de membro do MP da União ou dos Estados. Outrossim, na hipótese de se manifestar pelo arquivamento, os autos devem ser igualmente enviados ao órgão colegiado respectivo, que poderá rejeitá-lo, caso em que enviará os autos ao corregedor-geral, para a elaboração da súmula de acusação. O corregedor-geral, nesse caso, assim como no de apuração de fatos anteriormente arquivados por ele, mas que tenham tido o arquivamento revisto pelo órgão colegiado superior interno ou pelo Conselho Nacional do Ministério Público, não tem independência funcional assegurada, porquanto exerce função de atividade-meio, tipicamente administrativa, restringindo-se tal garantia ao exercício da atividade-fim institucional⁷.

Em caso de recebimento da súmula de acusação pelo Conselho Superior ou Colégio de Procuradores, o que equivale no âmbito disciplinar ao recebimento da denúncia na ação penal pública, deve ser instaurado o competente processo administrativo disciplinar, com a formação da comissão respectiva, para a qual há a obrigação de se convocar novos membros, que não tenham atuado nas fases anteriores, nem tenham qualquer relação com os fatos, impedimento ou suspeição. De outra parte, o processo disciplinar deverá ser concluído em 90 (noventa) dias, prorrogáveis por mais

à colheita dessa prova (STF, Inq. QO-QO 2424/RJ, rel. min. Cezar Peluso, Plenário, j. em 20.6.2007, acórdão publicado em 24.8.2007, p. 55, Ementário n. 2286-1, p. 152).

⁷ Consulte-se, a respeito, a seguinte decisão: STF, HC n. 71.049/RJ, rel. min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, j. em 15 dez. 1994, DJ de 17 mar. 1995, p. 5790, Ementário n. 1779-2, p. 203.

30 (trinta), totalizando tempo de tramitação global de 120 (cento e vinte) dias.

Importa destacar que, ao contrário das fases anteriores da persecução disciplinar, no processo administrativo disciplinar, a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório é plena. É o que estabelece o artigo 252 da Lei Complementar n. 75/1993 ao dispor que “O processo administrativo, instaurado por decisão do Conselho Superior, será contraditório, assegurada ampla defesa ao acusado”. A propósito, consoante ensina Celso Ribeiro Bastos,

O contraditório é a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à evidenciação de sua versão⁸.

No processo administrativo disciplinar, o membro acusado é formalmente citado para apresentar defesa prévia no prazo de 15 (quinze) dias. Pode a comissão entender oportuno que seja interrogado, tendo nesse caso a faculdade de permanecer em silêncio, em respeito ao princípio *nemo tenetur se detegere*. No entanto, o interrogatório quanto a fatos que envolvem a conduta de eventuais coautores, como pondera adequadamente Sebastião José Lessa, “deve ser entendido como *testemunho* e tomado na presença do defensor do co-acusado, sob pena de nulidade por ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, *ex vi* do art. 5º, inc.

⁸ BASTOS, 1989, p. 265.

LV, da Carta Política”⁹, sendo que nesse sentido vem igualmente decidindo a jurisprudência pátria¹⁰.

O membro acusado pode e deve constituir advogado, mas, se não o fizer, não haverá nulidade, e nesse sentido o colendo Supremo Tribunal Federal recentemente editou a Súmula Vinculante n. 5, segundo a qual “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (Sessão Plenária de 7.5.2008, *DJ* n. 88/2008, p. 1, publicada em 16.5.2008). Não obstante, mesmo que permaneça alheio ao processo, o membro não ficará sem defesa, que será exercida por outro membro, designado defensor dativo. A *expertise* do defensor dativo, pelo menos da mesma classe na carreira que o membro acusado, não apenas garante uma defesa técnica de alto nível, mercê da condição obrigatória de experiente bacharel em Direito dos membros do MP, como afasta qualquer possível alegação de nulidade, até porque, para o caso, a determinação da Lei Complementar n. 75/1993 é expressa (art. 254, § 3º).

Por ocasião da instrução, o acusado e/ou seu defensor não apenas podem requerer provas na defesa prévia, como também demandar que seja refeita toda a prova testemunhal produzida nas fases anteriores. Ainda, o membro acusado e/ou seu advogado têm o direito de se fazer presente em todas as colheitas de prova, fazer perguntas às testemunhas, formular quesitos à eventual perícia etc. Por outro lado, os pedidos de produção de prova podem ser rejeitados se forem impertinentes ou procrastinatórios. Finda a instrução, o membro acusado tem o direito de apresentar alegações finais à comissão do PAD, após o que o feito deve ser relatado e encami-

⁹ LESSA, 2006, p. 221.

¹⁰ Consultem-se, nesse sentido, as seguintes decisões: TRF 1ª Região, ACR n. 1997.01.00.008681-6/BA, rel. des. federal Tourinho Neto, *DJ* de 22 ago. 1997; HC n. 2004.01.00.055866-5, rel. des. federal Olindo Menezes, *DJ* de 25 fev. 2005.

nhado ao órgão colegiado superior competente, Conselho Superior ou Colégio de Procuradores.

É importante notar que, quando a lei fala na produção de mero relatório pela comissão do PAD, ela quer dizer que não cabe aos seus respectivos membros formular juízo de valor sobre a acusação, como é o caso da comissão de inquérito, pois no PAD a acusação já está formulada e delimitada pela respectiva súmula, enquanto o julgamento desta cabe *exclusivamente* ao órgão colegiado superior. Aliás, a propósito do julgamento, impende ressaltar que o membro acusado deve ser pessoalmente intimado da designação da sessão, a fim de que possa, querendo, sustentar oralmente suas razões, por ocasião do julgamento, pessoalmente ou por meio de advogado ou defensor dativo. O julgamento será público e as decisões, fundamentadas e tomadas pela maioria absoluta dos membros do órgão colegiado superior, em atenção ao disposto no artigo 93, X, c/c o artigo 129, § 4º, ambos da Constituição Federal.

Outrossim, julgando-se procedente a súmula de acusação, caberá ao procurador-geral de Justiça aplicar as penas de advertência, censura e suspensão, as duas primeiras, reservadamente. As demais penas, de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade, somente por decisão judicial transitada em julgado. A derradeira observação é que não fica excluído eventual recurso ao Conselho Nacional do Ministério Público, na forma da Constituição e do respectivo regimento interno daquele novel órgão colegiado, sendo ainda possível se ajuizar o competente pedido de revisão do processo, o que é admitido pelo artigo 262, *caput*, e incisos I e II da Lei Complementar n. 75/1993, “a qualquer tempo”, “quando se aduzam fatos ou circunstâncias suscetíveis de provar inocência ou de justificar a imposição de sanção mais branda”, ou “quando a sanção se tenha fundado em prova falsa”, sem falar na revisão pelo Poder Judiciário, que pode inclusive avaliar a justiça da sanção

administrativa à luz de princípios como o da proporcionalidade, conforme recentemente decidiu a excelsa Corte¹¹.

5 Conclusão

Do que foi exposto, cabe sintetizar que, como fiscal da aplicação da Constituição Federal e das leis, o membro do Ministério Público está sujeito a rigoroso controle político-administrativo. O controle é especial, em face de sua condição de agente político, estando inclusive sujeito a crime de responsabilidade, revelando-se mais complexo que o do servidor público em geral, ressalvada a sua atuação como gestor, em que responde como qualquer outro administrador de dinheiros públicos, inclusive perante o tribunal de contas respectivo. Em realidade, o controle a que está sujeito o membro do MP pode ser identificado em, ao menos, três diferentes níveis.

O primeiro deles e o mais importante é o controle feito pela própria sociedade, que recorre ao Ministério Público *na mesma medida* em que verifica que ali obtém auxílio na defesa de seus direitos. Cabe ao membro do Ministério Público antes de tudo servir à sociedade, de forma eficiente e isenta. O segundo controle e o mais efetivo é o controle interno, exercido pela corregedoria-geral, que atua de ofício ou recebe representações de cidadãos, de autoridades de todos os poderes, atuando na esfera disciplinar quando necessário, para assegurar a ordem e a eficiência da atividade administrativa, bem como a integridade da honra e da imagem institucional, preocupando-se igualmente em assegurar aos membros do Ministério Público as condições para um adequado e tem-

¹¹ Consulte-se, nesse sentido, a seguinte decisão: STF, MS n. 23.041/SC, rel. para o acórdão ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 11.2.2008, acórdão publicado em 1º.8.2008, Ementário n. 2326-02, p. 347.

pestivo exercício de suas atribuições. O terceiro e último controle, coordenado, complementar e externo, é o exercido pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Na comparação entre os tipos disciplinares da Lei Orgânica Nacional do MP (Lei n. 8.625/1993), aplicável aos MPs estaduais, e a Lei Complementar n. 75/1993, aplicável aos membros do Ministério Público da União, bem se verifica que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público é mais pródiga em hipóteses genéricas de faltas disciplinares, restando, entretanto, afastada a utilização da Lei n. 8.625/1993 para os membros do MPU e vice-versa, porquanto não se admite o uso da analogia *in malam partem* para acrescentar tipos não especificamente previstos. Assim, por exemplo, “deixar de cumprir as decisões dos órgãos superiores” constitui uma falta funcional na Lei n. 8.625/1993, mas a mesma conduta tem de ser enquadrada entre os membros do MPU como “falta de zelo no exercício das funções”, à falta de um tipo disciplinar específico.

Maior ou menor o número de tipos, é fato que se o Ministério Público não é nacional, coexistindo leis orgânicas variadas e diferentes, por outro lado é uniforme no país a conduta escorreita da esmagadora maioria dos membros do *parquet*, por isso que seu comportamento disciplinar é, em termos genéricos, digno de encômios. Há, todavia, a necessidade de superação de algumas visões corporativas, como a utilização da independência funcional como verdadeira imunidade para todas as ações e opiniões, olvidando-se que o membro do MP, antes de todos, tem a obrigação de observar as leis. Por outro lado, a extrema flexibilidade que se concede aos membros para a condução de sua agenda profissional foi absorvida pela cultura político-administrativa, daí tendo surgido abusos – felizmente isolados – que, por colocarem em risco a observância dos deveres legais de atendimento do expediente forense e da sociedade, quando não o dever de cumprimento dos prazos processuais, devem ser

definitivamente reprimidos, tanto assim que, desde a Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional n. 45/2004), o direito à eficiência e à celeridade na prestação jurisdicional foi elevado à condição de direito constitucional fundamental.

A propósito, aliás, do cumprimento dos prazos processuais, importa separar a necessidade de se regularizar o andamento de um feito remanescente da responsabilidade disciplinar pelo fato de o feito se encontrar remanescente. Pode o atraso se encontrar justificado, em função do excesso de serviço e/ou da ausência de infraestrutura de apoio humano e material, em nível institucional. Justificado o atraso, não obstante o feito permaneça remanescente, e sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, para a regularização do respectivo andamento, é perfeitamente possível a atividade de transação administrativa, por meio da utilização do compromisso de ajustamento, instituto pré-processual de natureza consensual.

A utilização do compromisso de ajustamento e de outras formas de transação administrativa, como o acordo na falta funcional de quebra do dever de urbanidade, constituem meios alternativos de resolução de litígios que evitam que o membro figure como acusado em processo administrativo disciplinar, prevenindo eventual prejuízo à sua carreira e assim facilitando sua inserção no seio institucional. Por outro lado, do ponto de vista institucional, seria oportuno *de lege ferenda* a unificação dos tipos das leis orgânicas (LC n. 75/1993 e Lei n. 8.625/1993) e bem assim a diversificação das penas, com a adoção de sanções como as de censura cumulada com pecuniária ou de censura pública, o que seria especialmente produtivo em termos de prevenção genérica e específica.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do direito disciplinar*. São Paulo: Forense, 1981.

LESSA, Sebastião José. *Do processo administrativo disciplinar e da sindicância: doutrina, jurisprudência e prática*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)*, com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de artigos que versem sobre matéria jurídica ou afim, de autoria de membros e servidores do MPU ou de colaboradores externos à Instituição; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU. O envio e a publicação de trabalhos no *Boletim* hão de atender às normas a seguir apresentadas.

1 Normas para apresentação:

- 1.1 Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira (somente para autores estrangeiros), com no máximo quarenta laudas.
- 1.2 Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se farão constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3 O autor encaminhará à ESMPU, pelo fax (61) 3313-5185, o formulário de “Cessão de Direitos Autorais e Autorização para Publicação em Meio Eletrônico”, disponível na página da ESMPU, no endereço <www.esmpu.gov.br>, no *link* “Formulários”, devidamente preenchido e assinado.
- 1.4 Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato .doc (Word) para o endereço <editoracao@esmpu.gov.br>.

- 1.5 As citações e as referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 10520 e NBR 6023).
- 1.6 O Núcleo de Editoração da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais, pelo endereço eletrônico citado acima ou pelos telefones (61) 3313-5114, 3313-5107 ou 3313-5125.

2 Normas editoriais para publicação:

- 2.1 Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2 Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.3 Não serão publicados: peças processuais; gravações de palestras, seminários e similares; textos de autores brasileiros escritos em língua estrangeira.
- 2.4 A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.5 Os artigos publicados pelo *Boletim Científico da ESMPU* poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da ESMPU, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.
- 2.6 As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.