

Revista da Faculdade de

ISSN 1519-1656



Direito

Padre Anchieta



Ano VII - Nº 11 - Maio/2006

ISSN 1519-1656

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA.

Jundiaí-SP: Sociedade Padre Anchieta
il. 23cm.

Semestral
Inclui bibliografia

CDU 34(05)

EDITORIAL

Neste décimo primeiro número da nossa Revista trazemos vários artigos de interesse dos integrantes da área jurídica.

Há artigos das mais diversas matérias e todos com enfoques importantes e relevantes.

É fundamental para estudantes e profissionais de direito a leitura, interpretação e discussão de textos jurídicos sobre temas atuais.

Esperamos, como sempre, que tenham agradável leitura.

Até o próximo número.

Conselho Editorial

A **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA** é uma publicação semestral aberta à colaboração de estudiosos e pesquisadores do Centro Universitário Padre Anchieta e de outras instituições.

Os trabalhos publicados foram selecionados pelo Conselho Editorial, sendo os conceitos e opiniões neles expressos de responsabilidade exclusiva de seus autores, aos quais deve ser requerida autorização para a reprodução parcial ou total dos artigos, relatos de pesquisa etc.

Conselho Editorial

Alexandre Barros Castro

Cláudio Antônio Soares Levada

João Carlos José Martinelli

Luiz Carlos Branco

Márcio Franklin Nogueira

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Correspondência

R. Bom Jesus de Pirapora, 140, Centro, Jundiaí/SP.

CEP. 13.207-660

Fax – 4521-8444 ramal 238

Caixa Postal 240

anchieta@anchieta.br • www.anchieta.br

Editoração

DEPARTAMENTO DE PUBLICIDADE

Escolas e Centro Universitário Padre Anchieta

Revisão

João Antonio de Vasconcellos

Tiragem

3.000

Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta.

Pede-se permuta • Pide-se canje • We ask for exchange

SUMÁRIO

A cidadania como defesa da constituição

Mauro Alves de Araujo.....7

Agravo no direito processual do trabalho

José Jair Ferraretto e Samuel Antonio Merbach de Oliveira.....25

Considerações sobre a natureza acessória do contrato de corretagem

Ronaldo Gerd Seifert.....35

Fins da pena no estado democrático de direito. Ideologia do bem jurídico. Alternativas penais e processuais à pena privativa de liberdade

Marcus Vinicius Ribeiro.....49

Lacunas da percepção: um olhar na paisagem

Luciana Cordeiro de Souza.....87

O conceito de culpabilidade e o livre arbítrio

João Paulo Orsini Martinelli.....103

Normas para apresentação de originais.....117

A CIDADANIA COMO DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

Mauro Alves de Araujo

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa o estudo de uma questão que muito tem sido discutida, a cidadania, mas pouco se trata de seu exercício como meio de defesa da Constituição.

Assim, procura este estudo demonstrar o que é um cidadão na nova Carta Magna, e como o exercício da cidadania é imprescindível para uma evolução cultural de nosso povo.

Ainda que de forma singela, o presente estudo busca a apresentação da evolução histórica da cidadania, desde nossa primeira Constituição da República até a hodierna, demonstrando o incessante aprimoramento do Estado Democrático de Direito, com a origem do conceito de cidadão e dos meios de defesa da Constituição.

O sentido do termo cidadão, sua natureza e finalidade, também são demonstrados de uma forma diversa das que vêm sendo demonstradas pela doutrina, como uma nova forma de pensar o conceito de cidadão, mormente, o que visa uma melhor análise da questão na atualidade.

Para tanto, passa-se a estudar a questão sob o aspecto tradicional, com as críticas a esta interpretação, e posteriormente o estudo sob uma nova ótica, com os argumentos para a defesa desta posição.

Isto é feito com a aquisição do direito à cidadania, sua perda e reaquisição, incluindo suas conseqüências e direitos.

Como o tema é analisado com o tradicional conceito de cidadão, a distinção entre este e nacionalidade é discutido com o sentido que se adota para cidadão, que inova ante o conceito tradicional.

Por fim, uma explanação sobre as hipóteses constitucionais de direito à cidadania é feita para demonstrar que o conceito tradicional de cidadão está superado pela hodierna Carta da República, que permite a sua defesa de forma ampla, no novo conceito de cidadão. E, assim, são demonstradas as hipóteses de exercício da cidadania como instrumento de defesa da Constituição.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A Constituição de um país é o guia de todo cidadão, para que se tenha um Estado de Direito. O Brasil, como sabemos, é novo na história do mundo, sendo que, na forma de governo republicano, nosso país já teve 6 (seis) constituições, quais sejam, as de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988, ou seja, um grande

número de constituições em tão curto espaço de tempo, mormente quando comparado com países como a Inglaterra e os Estados Unidos.

Mas, a cada nova Constituição, promulgada ou outorgada, novos avanços foram feitos, máxime no aspecto de instituição das garantias individuais, com um aprimoramento da democracia. Exceção feita à Constituição de 1937 que, outorgada por Getúlio Vargas sob a argumentação de salvar o país de uma guerra civil, face os conflitos ideológicos, restringiu os direitos políticos até então conquistados.

Somente com o advento da Constituição de 1946 voltamos a ter um Estado de Direito, com o restabelecimento e aumento dos direitos sociais e políticos.

A Constituição de 1967, quando promulgada com texto imposto pelo regime militar que se implantara com o golpe de 1964, reduziu a autonomia individual, permitindo que direitos e garantias constitucionais fossem suspensos, o que a tornou mais autoritária que a Constituição de 1937, decretada por Getúlio Vargas. Quando emendada pelo tão repugnado Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, a Constituição de 1967 mostrou-se mais nitidamente uma exceção à evolução das garantias fundamentais de cada nova constituição. Isto porque o referido Ato Institucional, dentre outras modificações à Constituição de 1967, suspendeu os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de 10 (dez) anos, cassou os mandatos e suspendeu as garantias individuais e da magistratura, implantando a ditadura militar de 20 anos.

Ante a saturação do povo brasileiro pela não participação de modo direto na escolha de seus governantes, bem como pela proliferação de escândalos envolvendo militares que, até então, se consideravam ícones da honestidade, o que lhes legitimava a governar e escolher os governantes, o Estado de Direito era um anseio reclamado de forma clara por todos os segmentos de nossa sociedade.

Assim, através da Emenda Constitucional nº 11, os famigerados Atos Institucionais são revogados, restabelecendo-se a Constituição de 1967 que, reiterando, guardava o autoritarismo do regime militar de 1964.

Daí que, em 1982, começaram os movimentos que reclamavam uma maior abertura política, culminando com a Emenda nº 26, de 27 de novembro de 1985, que convocava a Assembléia Nacional Constituinte, eleita em 1986 pela “*Nova República*”, cumulando as funções legislativas com o poder constituinte.

Em 1º de fevereiro de 1987 tivemos a instalação da Assembléia Constituinte, e em 5 de outubro de 1988 a promulgação da hodierna Constituição da República Federativa do Brasil.

Vivemos, assim, sob a égide de uma Constituição que tem, em seu Preâmbulo, o fim a que se destina, qual seja, “*o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*”.

Esta Constituição de 1988 é, com certeza, a que mais se preocupou com o homem, o cidadão, pois colocou seus direitos e garantias fundamentais no início do texto legal, demonstrando a tendência democrática e humanística do texto. Ao contrário do que ocorria com as constituições pretéritas, onde em primeiro lugar vinha o Estado, com seus bens e direitos, depois o homem, cidadão, em que pese os direitos naturais e inalienáveis da pessoa humana preexistirem ao Estado e a este se sobreponem.

Esta prevalência dos direitos humanos sobre o Estado remontam a séculos, como se constata pela “*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*”, elaborada pela Assembléia Constituinte Francesa em 1789, como um aprimoramento das “*Declarações*” norte-americanas dos Estados de Virgínia e da Pensilvânia (1776). Mais, a própria “*Declaração Internacional dos Direitos do Homem*”, de 1948, votada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, instituiu a todos que aderirem a este Tratado o respeito a estas garantias, e o Brasil tem a adoção destas garantias assegurada pela própria Constituição, artigo 5º, parágrafo segundo¹.

Mas estes direitos e garantias fundamentais de nada valem se o destinatário dos mesmos não souber e não exigir o cumprimento. Para tanto, entretanto, mostra-se indispensável que cada um saiba o que lhe é reservado no texto constitucional, utilizando-se, se necessário, de consultas freqüentes ao “livrinho”, como o fazia o nosso antigo presidente Dutra.

Esta freqüente consulta ao texto constitucional, e o respeito ao mesmo, é indispensável, também, para que se possa aprimorá-lo e, máxime, consiga-se continuar com um Estado Democrático de Direito, pois não é apenas no que nos interessa que devemos respeitar a Constituição, como advertia Pontes de Miranda², eis que devemos ser fiéis à Constituição para garantirmos a liberdade.

Esta fidelidade à Constituição, quando rompida, deve ser imediatamente levantada, utilizando-se dos meios de que se dispõe para fazer valer o texto legal.

Estes meios de defesa da Constituição remontam a própria criação da Constituição, constando desde a primeira Carta algumas formas de defesa, embora, em todas constem as exceções, aplicáveis em situações de emergências, v.g., quando o Estado mergulha no imprevisível, em situações de turbulência política, social e institucional, como no estado de defesa, de sítio ou na guerra. Estas situações não representam um Estado sem Constituição ou que age fora desta, pois implicam o mister de adotar uma disciplina diversa daquela que vinha sendo adotada quando em plena normalidade constitucional.

A própria enumeração constitucional dos direitos e garantias das pessoas é uma forma de defesa, quando permite que aquele que teve seu direito ou garantia

¹ O mesmo ocorria com a Constituição de 1967, artigo 153, parágrafo 36, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969.

² *Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: RT, 1967, tomo I, p. 15.*

ofendido seja reparado.

Considerando que este capítulo não se presta ao estudo dos meios de defesa da Constituição, mas sim à demonstração da evolução histórica de alguns, explícitos, deve-se recordar que um dos primeiros meios de defesa explícito na Constituição é o Habeas Corpus, que remonta na história ao direito romano, cuja ação chamava-se “*interdictum de libero homine exhibendo*”, a posteriori adotada pela Magna Carta da Inglaterra, em 1215, e com a edição da “*Petition of Rights*” que culminou no “*Habeas Corpus Act*”, de 1679.

O Brasil conheceu este meio de defesa da liberdade individual com o Decreto de 25.5.1821, incluído na Constituição Imperial de 1824, disciplinado no Código de Processo Criminal de 29.11.1832, e, finalmente, introduzido na nossa primeira Constituição da República, em 1891.

Sem dúvida este é o meio de defesa da Constituição mais importante para o indivíduo que tem a violação da sua liberdade assegurada no texto constitucional.

O mandado de segurança, outro meio de defesa da Constituição, sempre que um direito líquido e certo é violado, vale dizer, também, aqueles existentes em nosso texto constitucional, é singular, pois não existe no direito estrangeiro, tendo sido introduzido em nossa Constituição de 1934.

Os novéis institutos de “*habeas data*” e mandado de injunção, introduzidos no nosso sistema somente na hodierna Carta Magna, têm suas origens no direito norte-americano.

O “*habeas data*” tem sua origem na legislação ordinária dos Estados Unidos, do “*Freedom of Information Act*” de 1974, alterado posteriormente pelo “*Freedom of Information Reform Act*” de 1978, e se presta à obtenção das informações constantes de registros públicos, e, se o caso, sua retificação, mormente para garantir o direito constitucional de personalidade, ou de evitar discriminação.

O mandado de injunção, por sua vez, origina-se no “*writ of injunction*”, embora o nosso instituto esteja ainda sem os devidos contornos e objetivos para exigir a efetividade das normas constitucionais sem aplicabilidade imediata.

Outro meio de defesa da Constituição assegurado nesta é a ação popular, cuja fonte é o Direito Romano, sendo certo que o direito europeu somente a admitia para defesa de apenas alguns direitos, tais como a defesa dos lugares públicos, das coisas de domínio e uso comum do povo, segundo informa Manoel Gonçalves Ferreira Filho³.

No direito brasileiro esta ação popular foi introduzida na Constituição de 1934, sem regulamentação por lei, suprimida pela Constituição de 1937, restabelecida pela Constituição de 1946, regulamentada pela Lei nº 4717, de 29.6.1965, mantida na Constituição de 1967 e na atual.

O controle de constitucionalidade das leis “nasceu” no direito inglês, através do juiz Coke, em 1610, tendo este controle perecido na Inglaterra ante a soberania do Parlamento para legislar sobre tudo, sem controle.

³ *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 306.

A Constituição norte-americana de 1787 adotou este controle através da básica “*supremacy clause*”, que permite o controle de constitucionalidade das leis, a “*judicial review*”.

O direito pátrio assegura a todo juiz o controle de constitucionalidade de uma lei, artigo 102, III, da Constituição Federal, quando da análise de um caso concreto, bem como a possibilidade de ser proposta uma ação declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, perante o STF, artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal, decisão sobre a inconstitucionalidade em abstrato.

Este controle de constitucionalidade, em nosso sistema, existe desde o Decreto nº 848, de 1890. As constituições de 1891, 1934 e 1937 permitiam o controle, embora existisse nas duas primeiras a vedação ao juiz de analisar questões exclusivamente políticas. A Constituição de 1946 afastou esta restrição, afastamento este mantido, também, na Constituição de 1967. A Lei Federal nº 221, de 1894, também cuidou deste controle de constitucionalidade.

CONCEITO – FINALIDADE – NATUREZA

Para conceituar cidadania, imprescindível analisar o conceito de cidadão, regredindo-se no tempo - **embora não seja o tópico de evolução histórica** - para analisar este conceito sob a égide da Constituição do Império, que distinguia o cidadão ativo do cidadão em geral.

Cidadão ativo era aquele titular dos direitos políticos, enquanto cidadão, em geral, era o nacional⁴.

Assim, em um sentido estrito, pode ser considerado como cidadão o brasileiro nato ou naturalizado no gozo dos direitos políticos e participante da vida do Estado, como já se verificava no Direito Romano.

O que representa ser cidadania, nos precisos termos das preleções de J. H. Meirelles Teixeira⁵, “*a capacidade para exercer direitos políticos (votar, ser votado, ocupar cargos públicos, prestar serviços honoríficos)*”⁶.

Porém, como o presente trabalho busca demonstrar a cidadania como meio de defesa da Constituição, forçoso reconhecer que sendo a Constituição um direito de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, face o princípio constitucional da isonomia, não se pode adotar como conceito de cidadão e cidadania o sentido estrito suso mencionado.

Com efeito, cidadão e cidadania devem ser empregados em um sentido mais amplo, o primeiro como toda pessoa que aqui resida, portanto, detentora de direitos constitucionais que podem ser reclamados quando ofendidos, independente-

⁴ Apud José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9. ed. Malheiros, 1993, p. 305.

⁵ *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 547.

⁶ No mesmo sentido José Afonso da Silva, op. cit., p. 305; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit., p. 105; Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky, *Curso de Direito Constitucional*, 5. ed. Juarez de Oliveira, 2000, p. 422.

mente de ser ou não titular de direitos políticos.

De outra forma, teríamos a absurda situação de um estrangeiro aqui residente, não naturalizado, ou de um incapaz, ainda que brasileiro, detentor de um direito constitucional, mas sem o direito de reclamá-lo, face à falta de titularidade de direitos políticos.

É óbvio que o constituinte não quis esta insana situação, senão o princípio constitucional da isonomia teria sido atenuado na sua redação, evitando que uma situação desta se efetivasse.

Assim, este trabalho passará a utilizar, na maioria das referências, cidadão e cidadania em sentido amplo, como, aliás, é utilizado no cotidiano, quando se menciona a existência de ofensa a este ou àquele direito do cidadão, ressaltando, entretanto, quando o caso, o sentido estrito dos termos, em que pese o professor Meirelles Teixeira⁷ prelecionar que a cidadania imprescinde de “*dois elementos essenciais: a nacionalidade, mais o gozo de direitos políticos*”.

Aliás, a utilização de cidadão em sentido amplo encontra guarida na Constituição do Império⁸.

E é este cidadão, em sentido amplo ou estrito, que deve, no exercício de seu direito intrínseco na Constituição, fazer valer as normas que regem o Estado, utilizando-se de todo e qualquer recurso disponível para que o Estado de Direito prevaleça.

De outra forma, não poderemos nunca atingir um grau de educação e cultura, pois cada ofensa a um direito constitucional representa um retrocesso imenso, comparado com as parcas conquistas de nosso povo. Os princípios de igualdade e legalidade, e o que deles decorre, representa a democracia tão perseguida e combatida ao longo de nossa história.

Indiscutível que o interesse maior na evolução de nosso povo é deste próprio, e, inegavelmente, também, de nosso Estado, que para sua existência necessita de um conjunto de pessoas nascidas no seu território, com “*a mesma língua, os mesmos costumes e tradições de seus antepassados, formando uma comunidade de base sociocultural que denominamos nação*”⁹, pessoas que quanto mais evoluídas, mais forte torna-se o Estado. E isto somente é possível em um Estado de Direito.

Mas este Estado de Direito não existe apenas com direitos aos habitantes do País, mas também com deveres, mormente se considerarmos que o direito de um termina quando começa o do outro. Daí o primeiro dever em um Estado de Direito, o respeito ao direito alheio.

Aliás, muito se ouve falar de cidadania para exigir o cumprimento de direitos, mas, infelizmente, pouco se ouve o exercício da cidadania como um dever. Assim, é corriqueiro verificar-se uma pessoa, até mesmo cidadão no sentido estrito do

⁷ Op. cit., p. 565

⁸ Apud José Afonso da Silva, op. cit., p. 305.

⁹ José Afonso da Silva, op. cit., p. 283.

termo, exigindo os seus direitos, exercitando sua cidadania, inclusive como defesa da Constituição, mas olvidando-se de suas obrigações, também constitucionais, como, por exemplo, o respeito à Lei.

Quantos não buscam vantagens em detrimento de outrem? Muitos, basta constatar a omissão da verdade, quando não a mentira, em processos litigiosos, evitando a aplicação da Lei. Vários “cidadãos”, eleitos pelo povo, desrespeitam a Constituição em proveito próprio, estão aí os escândalos do Senado Federal para demonstrar.

Outros, que integram o Poder que deveria servir para exigir o cumprimento da Lei e, máxime, da Constituição, apropriam-se do dinheiro público sem nenhum pudor. Ou “vendem” decisões aos que melhor lhes garantirem vantagens pessoais. Isto quando não são as decisões proferidas em favor de interesses políticos, ainda que em total arrepio à Constituição.

Com certeza não é esta a finalidade da cidadania, mas é o que ocorre com os “cidadãos” que gozam de seus direitos políticos e aproveitam-se destes para “levar vantagem em tudo”.

E não é a falta de vantagem em detrimento de outrem que permite a uma pessoa desrespeitar a Lei. O simples fato de alguém não respeitar uma regra de trânsito, ainda que nenhum prejuízo possa estar causando o seu ato naquele momento da infração, já representa, por si só, um desrespeito à cidadania, pois, se a norma existe, deve ser respeitada, ainda que esta contrarie o interesse da pessoa. Pode-se sim se insurgir contra uma lei que se considere injusta, injusta para o interesse público, coletivo ou difuso, jamais apenas particular. Mas para isto deve-se utilizar dos mecanismos existentes para tanto, e não simplesmente dizer que não vai cumprir a Lei porque a mesma é injusta.

Por isso não se pode adotar aqui o conceito de cidadão como sendo apenas daquele que tenha a nacionalidade e gozo dos direitos políticos, conforme temos a origem no Direito Romano.

Deve-se ter como certo que os direitos e deveres constitucionais são de todos que residam em um País sob o Estado de Direito, com a possibilidade de todos utilizarem os mecanismos jurídicos existentes para defender a Constituição, por conseguinte, garantir um verdadeiro Estado de Direito.

Os mecanismos de defesa da Constituição, no exercício da cidadania, entretanto, serão estudados em capítulo à parte.

AQUISIÇÃO DO DIREITO À CIDADANIA

Analisando a questão sob o aspecto estrito, tem-se a aquisição do direito à cidadania quando se somam a nacionalidade e os direitos políticos.

Nacionalidade, segundo Pontes de Miranda¹⁰, pode ser definida como “o laço jurídico-político de direito público interno que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado”¹¹. Para Marcello Caetano¹², nacionalidade é atributo de “*todos quantos nascem num certo ambiente cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso numa língua comum, atualizado num idêntico conceito de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideais coletivos*”.

Portanto, tem-se como nacional todo aquele que nasce em um país, seja reconhecido como nacional embora nascido em outro país, ou adquire a nacionalidade de um país pela naturalização, perdendo a originária, artigo 12 da Constituição Federal.

Mas a nacionalidade, isoladamente, não assegura a cidadania, no sentido estrito, embora represente ao nacional direitos e deveres, mormente os constantes na Carta Magna.

Para que o nacional seja considerado cidadão, no sentido estrito, mister se faz que o mesmo seja capaz, não necessariamente a capacidade plena do direito civil, mas apenas a relativa - a partir dos dezesseis anos o nacional pode ser eleitor, e dos dezoito pode ser representante político, vereador - e com isto, tenha direitos políticos - desde que preenchidos os demais requisitos para seu exercício -, podendo participar da vida do Estado, seja como participante direto, representante político, integrando o Poder Executivo ou o Poder Legislativo, seja como participante indireto, com o direito de ser ouvido na representação política, sendo, portanto, a aquisição da cidadania representada pela possibilidade de ser eleitor¹³.

Considerando o sentido amplo do termo cidadania, pode-se afirmar que a aquisição deste direito nasce com a simples residência da pessoa no país, seja ela nacional ou estrangeira.

É óbvio que quando se fala em cidadania no sentido amplo, não se pode assegurar a qualquer pessoa todos os direitos constantes na Constituição, mormente alguns que se referem a direitos políticos.

Mas, como veremos de forma pormenorizada em tópico mais adequado, inegável que um dos direitos de toda pessoa residente no país é o de exigir o cumprimento da Constituição.

Para tanto, ainda que estrangeiro, o acesso ao Poder Judiciário não pode ser negado quando houver ato lesivo ao interesse público, ainda que a forma para tanto não possa ser o meio de defesa assegurado na Constituição Federal, a ação popu-

¹⁰ Apud Leda Pereira Mota, op. cit., p. 411.

¹¹ Definição esta adotada, também, por José Afonso da Silva, op. cit., p. 546

¹² Apud Meirelles Teixeira, op. cit., p. 284

¹³ Direitos políticos positivos, segundo José Afonso da Silva, op. cit., p. 308

lar. Neste caso, a pessoa que não é cidadão, no sentido estrito, poderá reclamar judicialmente da lesividade do ato que, por ofender ao interesse público, diretamente o está ofendendo. Exemplo de uma situação desta é a hipótese do ato lesivo implicar o aumento do preço de um serviço público utilizado pelo não cidadão em sentido técnico, e com isto está lhe causando um prejuízo próprio. Indiscutível que esta hipótese, embora de direito próprio, tem como fundamento legal a moralidade administrativa exigida na Constituição.

Outra hipótese é o remédio constitucional para impedir que alguém sofra ameaça a sua liberdade por ato ilegal ou com abuso de poder. Em tal caso, o estrangeiro e o nacional sem os direitos políticos têm assegurado este remédio constitucional.

Daí a razão de utilizar-se do termo cidadão no sentido amplo, por ser este o mais adequado quando se busca a defesa da Constituição.

PERDA E REAQUISIÇÃO DA CIDADANIA

Partindo-se do conceito de cidadania em sentido estrito, cidadão eleitor, deve-se distinguir a perda temporária da definitiva, para analisar a reaquisição da cidadania¹⁴.

Utilizando-se do ensinamento de José Afonso da Silva¹⁵, tem-se o cidadão privado, por imposição constitucional, de seus direitos políticos, de duas formas: a definitiva, quando o cidadão perde os direitos políticos, não podendo eleger ou ser eleito; a temporária, quando não ocorre a perda, propriamente dita, dos direitos políticos, mas apenas a suspensão destes direitos por um período.

A privação definitiva dos direitos políticos ou a suspensão destes não é distinguida no texto constitucional, ambas estão previstas indistintamente no artigo 15 da Constituição Federal, e implicitamente no artigo 14, § 3º, I, da Carta Magna.

Mas a doutrina ensina que a privação somente ocorre em três hipóteses: quando ocorrer cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; quando houver recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa nos termos do art. 5º, VIII, da Carta Magna; quando se perde a nacionalidade brasileira¹⁶.

A suspensão dos direitos políticos, por sua vez, ocorre nas demais hipóteses do referido artigo 15, quais sejam, incapacidade absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; e improbidade administrati-

¹⁴ José Afonso da Silva denomina direitos políticos negativos a perda dos direitos políticos, temporária ou definitiva, total ou parcial, op. cit., p. 334

¹⁵ Op. cit., pp. 334-343

¹⁶ Meirelles Teixeira, op. cit., p. 569

va, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

No que se refere à perda de forma definitiva, nos casos de cancelamento da naturalização - **em que é imprescindível o trânsito em julgado da sentença** - de perda da nacionalidade por aquisição voluntária de outra, p.e., por naturalização, e de recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou o cumprimento de prestação alternativa, não há como ser readquirida a cidadania senão, nas duas primeiras hipóteses, por decreto do Presidente da República, artigo 36 da Lei nº 818/49.

No caso de perda dos direitos políticos por recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou o cumprimento de prestação alternativa, entretanto, não há como se ter a reaquisição da cidadania, face a melhor interpretação do artigo 36, § 2º, da mesma Lei nº 818/49.

A perda temporária dos direitos políticos, suspensão, por sua vez, somente representa a perda da cidadania, repita-se, em sentido estrito, enquanto perdurar o motivo que levou à suspensão dos direitos políticos; encerrado o motivo, restabelecem-se os direitos políticos e readquire-se, por conseguinte, a cidadania.

Todavia, como se tem discutido a cidadania também no sentido amplo, que, respeitadas as opiniões divergentes, entende-se a mais apropriada como meio de defesa da Constituição, devem-se traçar algumas breves linhas a respeito da perda e reaquisição desta espécie de cidadania.

Como visto adrede, a cidadania em sentido amplo deve ser empregada, amplo, como a faculdade assegurada a toda pessoa residente no país, nacional ou estrangeiro, que, portanto, é detentora de direitos constitucionais, os quais podem ser reclamados quando ofendidos, independentemente de serem ou não titulares de direitos políticos.

Isto representa a impossibilidade de se ter a perda da cidadania, por consequência, do direito de defesa da Constituição, enquanto residente no país, ainda que incidente qualquer uma das hipóteses do artigo 15 da Constituição Federal.

Ao ocorrer a transferência de residência deste país para outro, a cidadania deixa de existir como meio de defesa a todos os que anteriormente aqui residiam, restando apenas este direito aos nacionais que, embora não mais residentes no país, mantêm os seus direitos políticos para algumas hipóteses, como a ação popular e a escolha dos membros dos Poderes Executivo e Legislativo.

Pode-se afirmar que a defesa da Constituição, como direito-dever da cidadania, existe até mesmo para os que perderam os direitos políticos, na forma do artigo 15 da Constituição Federal, como veremos no tópico apropriado adiante - exercício da cidadania como defesa da Constituição.

Assim, a cidadania, no sentido amplo, quando perdida, é readquirida, pelos estrangeiros e nacionais sem direitos políticos, com o simples reingresso da pessoa no país com fins de aqui fixar residência, ainda que momentânea, permitindo-lhe, assim, a defesa da Constituição.

DISTINÇÕES ENTRE NACIONALIDADE E CIDADANIA

Como visto anteriormente, nacionalidade é a qualidade da pessoa em relação ao Estado, que integra esta entidade, possibilitando-lhe exigir a devida proteção, e, em contrapartida, sujeitando-se ao cumprimento dos deveres impostos por este mesmo Estado¹⁷.

Por outro lado, cidadão, em sentido estrito, é o nacional que acumula os direitos políticos¹⁸.

Analisando a questão sob este aspecto, fácil perceber que a nacionalidade distingue-se da cidadania, em sentido estrito, pelo simples fato de esta os direitos políticos que não são exigidos naquela, embora seja requisito para esta.

Entretanto, não se deve fazer uma análise tão simplista das distinções entre nacionalidade e cidadania, máxime quando se observa que até o presente momento este trabalho vem analisando a cidadania em um sentido mais amplo, o que implica em distinções diversas da analisada em primeiro plano.

Com efeito, ao considerarmos cidadania em sentido amplo, temos o direito assegurado a todos os residentes no País, estrangeiros ou nacionais, e a nacionalidade, ainda, como uma qualidade da pessoa em relação ao Estado.

Com isto, excetuando-se esta qualidade como uma proteção do Estado aos seus em determinadas situações, p. e., a extradição, artigo 5º, LI, da Constituição Federal, todos os cidadãos, em sentido amplo, são iguais, podendo, igualmente, reclamar a defesa da Constituição. Tanto que até mesmo o estrangeiro tem a proteção constitucional, impedindo-se a sua extradição por crime político ou de opinião, mesmo artigo 5º, inciso LII.

Assim, quando analisada sob o aspecto amplo, cidadania e nacionalidade não têm distinções para fins de defesa da Constituição, podendo o nacional ou estrangeiro reclamá-la.

HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE DIREITO À CIDADANIA

Primeiramente, deve-se consignar que a cidadania é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, artigo 1º da Carta Magna.

Mais uma vez, entretanto, a questão da cidadania deve ser analisada sob os dois aspectos, o estrito e o amplo.

No aspecto estrito, tem-se como direito à cidadania a aquisição dos direitos políticos, que se confundem com a própria aquisição da cidadania.

Com efeito, como visto anteriormente, a cidadania no sentido estrito depende da existência de nacionalidade e direitos políticos, e estes somente são deferidos ao nacional que atinge a idade mínima de 16 (dezesesseis) anos, como faculdade, e

¹⁷ Von Glahn, in *Law Among Nations*, apud Leda P. Mota, op. cit., p. 411.

¹⁸ V. tópico "Aquisição do Direito à Cidadania"

18 (dezoito) anos como obrigação, artigo 14, § 1º, da Constituição Federal.

É com a aquisição dos direitos políticos que a pessoa exerce o direito de representação no Estado, elegendo ou sendo eleito para os cargos dos Poderes Executivo e Legislativo, conforme se verifica no parágrafo único do referido artigo 1º, e artigo 14, ambos da Constituição Federal.

Daí porque, considerando o sentido estrito, tem-se como uma das hipóteses constitucionais de direito à cidadania o direito a voto assegurado aos brasileiros, natos ou naturalizados, que tenham completos 16 (dezesesseis) anos de idade, com alistamento eleitoral, para tanto preenchidos os requisitos constitucionais, artigo 14, §§ 1º, 2º e 4º, da Constituição Federal.

Outra hipótese encontra-se no direito de o cidadão, também no sentido estrito, candidatar-se a um cargo eletivo, desde que preenchidos os requisitos para o cargo, mesmo artigo 14, §§ 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º.

Como direito à cidadania, em sentido estrito, há na Constituição Federal, ainda, a legitimidade assegurada ao cidadão para propor ação popular visando à anulabilidade de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado - aqui entendido como União, Estado, Município e Território - participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, artigo 5º, LXXIII, da Carta Magna.

Entretanto, em que pese a doutrina em sentido contrário, não se tem adotado a cidadania como um direito exclusivo dos titulares de direitos políticos, pois, repita-se, o artigo 5º da Carta Magna, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, não faz distinção entre as pessoas, sejam de qualquer nacionalidade, desde que residentes no País.

Assim, não há como se tratar das hipóteses constitucionais à cidadania apenas no sentido estrito, devendo-se, sim, enfrentá-la também no sentido amplo, como se tem feito no curso deste trabalho.

Uma das primeiras críticas que se faz à doutrina quando separa os direitos de cidadania dos direitos dos demais é, justamente, quanto ao direito de ação popular.

Como se infere do *caput* do referido artigo 5º da Carta Magna, o objeto desta ação é a proteção ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Evidente que o objeto desta ação não interessa apenas àqueles que detêm direitos políticos, mas sim a toda pessoa que aqui reside, seja porque o patrimônio público também lhe pertence, eis que contribuinte de impostos diretos e indiretos, seja porque o meio ambiente também lhe é importante, eis que depende do mesmo para uma vida salubre, seja, finalmente, porque o patrimônio histórico e cultural do país em que vive lhe interessa para educação própria e, mormente, de sua eventual prole que, face à insuficiência de idade, não pode ser titular de direitos políticos, embora futuramente venha a ser, face à nacionalidade originária ou adquirida.

Reiterando, cidadania deve ser interpretada como a possibilidade de toda pessoa residente no País exigir o cumprimento de seus direitos constitucionais ou

infraconstitucionais.

Destarte, entende-se que todas as hipóteses constitucionais, com exceção dos direitos políticos, são direitos à cidadania de toda e qualquer pessoa aqui residente.

De outra forma, restaria a absurda hipótese de um estrangeiro, aqui residente, com atividade profissional regular, contribuinte de impostos diretos e indiretos, que contribui para o crescimento socioeconômico do País em que reside, não ser considerado como cidadão, e portanto sem direitos assegurados aos nacionais, pelo simples fato de não poder eleger ou ser eleito representante do povo. A ofensa ao princípio da isonomia seria incontestável, eis que a igualdade preconizada na Carta da República não deve basear-se em direitos políticos, mas sim no bem-estar de todos, artigo 3º, IV, da Constituição Federal.

Mais, o próprio *caput* do artigo 5º da Constituição Federal restaria ofendido se distinções forem feitas entre titulares e não titulares de direitos políticos, cujos direitos e garantias fundamentais, dentre as quais se inclui a legitimidade para a ação popular, estão enumerados como incisos do referido artigo 5º.

Os direitos políticos, por estarem descritos em capítulo à parte na Constituição Federal, representam que os mesmos são apenas privilégio em relação aos estrangeiros, não um requisito à cidadania.

EXERCÍCIO DA CIDADANIA COMO DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

Como já mencionado adrede, a cidadania como instrumento de defesa da Constituição não pode ser considerada no seu sentido estrito, mas sim, no amplo.

Mesmo porque, a condição de eleitor não altera em nada o direito dos residentes no país em relação à Constituição. A condição de eleitor apenas assegura a seu titular a possibilidade de escolher os membros dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como a de candidatar-se a um cargo político nestes Poderes. Mas, repita-se, não é este direito que altera a posição do residente no país quanto aos direitos e deveres constantes na Constituição, mesmo porque, ao interpretar-se desta forma, como sendo o cidadão no sentido estrito detentor de direitos e deveres na Constituição, poder-se-ia afirmar que a cidadania é dividida em graus, e somente é cidadão pleno aquele que tiver no mínimo 35 (trinta e cinco) anos de idade, idade mínima para ser candidato ao cargo mais alto do Poder Executivo.

Com certeza, esta não é a melhor forma de se analisar a defesa da Constituição. Ao contrário, a defesa da Constituição deve ser exercida como um dever de todos os que estão sob sua égide.

Daí porque afirmar-se anteriormente que a defesa da Constituição é um direito-dever da cidadania, no sentido amplo, existente até mesmo para os que perderam os direitos políticos, na forma do artigo 15 da Constituição Federal. Isto porque, analisando as hipóteses de perda dos direitos políticos, artigo 15 da Constituição

Federal, não se vislumbra a perda dos direitos e deveres assegurados na Carta Magna.

Todas aquelas hipóteses representam apenas a perda, definitiva ou temporária, do direito de eleger ou ser eleito membro dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como ingressar com ação popular. Embora esta legitimidade, como demonstrado em capítulo anterior, não deve ser assegurada apenas ao detentor de direitos políticos, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Inegável, entretanto, que as pessoas que perderam seus direitos políticos continuam titulares de direitos fundamentais, assegurados constitucionalmente, permitindo ao ofendido, ainda que indireto, que os defenda como a Constituição também lhe assegura.

Assim, se uma pessoa for ofendida no seu direito de liberdade por abuso de autoridade, nada impede que aquele que está privado de seus direitos políticos impet্রে o remédio constitucional do “*habeas corpus*” em favor do ofendido direto.

O mesmo ocorre com o encarcerado, que tem seus direitos fundamentais impostergáveis, dentre os quais o direito-dever de trabalhar, podendo exigir que este direito constitucional seja assegurado aos presos indistintamente, embora reclamado de forma individual, alcançando a todos os constrictos como defesa da Constituição.

Adotar o conceito de cidadania no sentido estrito como único meio de defesa da Constituição representaria uma limitação a esta defesa, pois teríamos como meios de defesa do cidadão apenas a possibilidade de eleger os representantes do povo, o de ser eleito, e a ação popular - repita-se - embora não se tenha como exclusiva dos cidadãos em sentido estrito.

Os outros meios de defesa da Constituição, constantes na mesma, não são exclusivos dos cidadãos em sentido estrito, e alguns não são deferidos nem mesmo a estes, como ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de Constitucionalidade, artigo 103 da Carta Magna.

Evidente que o exercício da cidadania como defesa da Constituição deve ser no sentido amplo do termo, possibilitando a todos que aqui residam exigir o cumprimento da Lei Maior, independentemente de nacionalidade e de titularidade de direitos políticos, respeitando-se, assim, o princípio constitucional da isonomia, consagrado no Preâmbulo e no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Partindo-se deste raciocínio, verifica-se a todos o direito de buscar a defesa da Constituição, como ocorre com o pedido de “*habeas corpus*”, em que, diretamente, pretende-se o respeito à Constituição no caso concreto do paciente, e, indiretamente, estamos buscando a defesa de direito próprio, pois busca-se o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito em que se vive.

O mesmo pode-se dizer do Mandado de Segurança, do Mandado de Injunção e do “*Habeas Data*”, nos quais, além do direito próprio que se está buscando, indiretamente há, também, a busca do aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, como de interesse público de todos os que vivem no País.

O direito de petição, também previsto na Carta Magna como direito fundamental de todos, é uma forma de defesa da Constituição não só própria, como de interesse público. Com efeito, quando alguém reclama ao Poder Judiciário o respeito à Constituição por uma ofensa concreta, pode, de forma oblíqua, estar defendendo o direito de todos. Exemplo de uma situação desta é a de alguém, reclamando da ofensa ao direito constitucional de ir e vir em uma Lei Municipal que fecha um loteamento, cujas ruas e áreas verde e de lazer são de domínio público, e que obtém a inconstitucionalidade da referida lei, por conseguinte, a abertura do loteamento, está protegendo não só o direito próprio, mas o de todos.

Mas o melhor meio de defesa da Constituição será exercido com o pleno conhecimento e respeito à cidadania, quando todos, independentemente da classe a que pertençam, seja do povo, seja homem público, respeitarem a Constituição.

O melhor exemplo de tal respeito deveria vir justamente daqueles que ocupam cargos públicos, eleitos, concursados ou nomeados, fazendo como nosso antigo Presidente Dutra, que tinha a Constituição de 1946, então vigente, como o “livrinho” a ser consultado antes de qualquer tomada de decisão política. Isto, com certeza, impregnaria o povo do receio de desobedecer uma norma, por mais simples e inofensiva que fosse, pois o indivíduo saberia que, se descoberto, poderia ser recriminado ou discriminado pelos seus pares, sem qualquer possibilidade de furtar-se ao cumprimento da pena, legal ou moral, imposta pela infração.

Hoje, o que se percebe no povo é um sentimento de total descrença no sistema, o que lhe permite, também, desrespeitar as mínimas normas de convívio, buscando sempre a aplicação da “Lei de Gerson”, levando vantagem em tudo, independentemente de esta desta vantagem representar um prejuízo a outrem.

Deve-se, portanto, mudar este quadro, buscando o aprimoramento do povo, embora para tanto seja necessária uma educação, que, infelizmente, ao contrário do apregoado pelo Governo Federal, vem sendo cada vez mais desprestigiada. Basta constatar que no ensino público a política de repasse de crédito às escolas segue caminho inverso ao índice de reprovação, ou seja, quanto mais rigoroso o ensino, por conseguinte, a avaliação do aluno, e isto represente sua reprovação, menor o repasse à escola.

Com isto, verifica-se um índice cada vez mais elevado de ignorância dos que freqüentam os bancos universitários de faculdades privadas, com alunos despreparados para uma simples interpretação de texto.

Daí porque deve cada cidadão, no sentido amplo, exigir do Estado o cumprimento da norma constitucional que determina ser a educação direito de todos e dever do Estado e da família, e que visa o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, artigo 205 da Carta Magna. Para tanto, deve o ensino seguir os princípios definidos no artigo 206 da Constituição Federal, dentre os quais se destaca a “*garantia de padrão de qualidade*”, inciso VII.

Com educação de qualidade, com certeza, senão todos, a maioria aprenderá

que o simples ato de não jogar um papel na rua representa muito mais que um gesto de cidadania, representa, também, um meio de defesa da própria Carta da República, quando assegura uma qualidade de vida a todos com a proteção do meio ambiente, não ofendido com o simples papel que pode ir parar em um rio, poluindo-o.

Finalizando, o exercício da cidadania é a melhor arma que se tem para a defesa da Constituição, e deve ser exercido não somente por titulares de direitos políticos, mas por todos, e não apenas quando nos interessa, mas também quando o exercício da cidadania possa ofender interesses próprios.

Países desenvolvidos são exemplos, em muitos casos, de como interesses particulares são colocados de lado pelos seus titulares para que a Lei seja respeitada.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho foram traçadas algumas conclusões a respeito do tema, com os argumentos que embasam a posição adotada. Mas enumeram-se os pontos conclusivos aqui defendidos:

1. O Estado Democrático de Direito é almejado desde nossa primeira Carta da República, aprimorado a cada nova Constituição, com exceção daquela promulgada em 1937 e imposta pelo regime militar em 1967;

2. Um dos meios de defesa mais explícito e existente desde a primeira Constituição é o “*Habeas Corpus*”, considerado o mais importante, por representar a coibição do abuso de poder que restringe o direito de liberdade;

3. O mandado de segurança, outro meio de defesa da Constituição, é singular, existente somente no direito pátrio, desde nossa Constituição de 1934;

4. Os institutos de “*habeas data*” e mandado de injunção, de origem norte-americana, passaram a integrar os meios de defesa da Constituição na hodierna Carta;

5. A ação popular, de origem romana, foi introduzida, também, na nossa Constituição de 1934, suprimida pela Constituição de 1937, restabelecida pela Constituição de 1946, e mantida até a atual;

6. O controle de constitucionalidade das leis vem do direito inglês, e é assegurado a todo juiz no direito pátrio, quando se tratar de um caso concreto, e em abstrato ao STF, existente desde 1890;

7. Cidadão, desde a Constituição do Império, no sentido estrito, é o titular de direitos políticos. E cidadania é a capacidade de exercer direitos políticos;

8. Cidadão e cidadania, em sentido amplo, é toda pessoa residente no País, detentora de direitos constitucionais que podem ser reclamados quando ofendidos, independentemente de ser ou não titular de direitos políticos;

9. A aquisição do direito à cidadania, sob o aspecto estrito, ocorre quando se

somam a nacionalidade e os direitos políticos;

10. No sentido amplo, cidadania é adquirida com a simples residência da pessoa no país, seja ela nacional ou estrangeira;

11. A perda e a re aquisição da cidadania, em sentido estrito, ocorrem, respectivamente, por imposição constitucional, com a perda e restabelecimento dos direitos políticos;

12. No sentido amplo, a perda e re aquisição da cidadania ocorrem com a transferência de residência do país e seu reingresso;

13. A nacionalidade distingue-se da cidadania por ser, no sentido estrito desta, além de um requisito, a possibilidade de exigir do Estado a proteção devida, enquanto cidadania é o direito-dever de participar da vida política;

14. No sentido amplo, a nacionalidade continua sendo uma qualidade da pessoa em relação ao Estado, enquanto cidadania é o direito de exigir o cumprimento da Constituição;

15. Enquanto no sentido estrito as hipóteses constitucionais de direito à cidadania resumem-se a aquisição dos direitos políticos e a legitimidade assegurada ao cidadão para propor ação popular, embora esta legitimidade se confira, também, no sentido amplo;

16. Todas as hipóteses constitucionais, com exceção dos direitos políticos, são direitos à cidadania em sentido amplo;

17. A cidadania, no sentido estrito ou amplo, como instrumento de defesa da Constituição, apresenta-se por “*habeas corpus*”, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, “*Habeas Data*” e o direito de petição;

18. O melhor meio de defesa da Constituição é exercido por todos os que respeitem a cidadania, e não apenas quando haja interesse particular no exercício.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *La Constitución y El Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Constituinte – Assembléia, Processo, Poder*. 2. ed. São Paulo: RT, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Ponte de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967. Tomo I

NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. Hélio Bicudo (Coord.). São Paulo: FTD, 1997.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Maria Garcia

(Rev. e atual). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

AGRAVO NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

José Jair Ferraretto*

Samuel Antonio Merbach de Oliveira**

INTRODUÇÃO

O direito pátrio trata da matéria processual em dois campos distintos e específicos de atuação, isto é, através do direito processual civil e do direito processual penal, porém, no campo do direito do trabalho a Consolidação das Leis do Trabalho objetivou impor nos anos quarenta o seu próprio direito processual vindo assim a se constituir num terceiro campo do direito processual, embora deixando claro a necessidade de se completar com o direito processual civil no tocante as lacunas e omissões existentes, motivos ensejadores de dúvidas e curiosidades no meio acadêmico. Nesse contexto, propomos o estudo deste tema.

Para abordar o assunto devemos como evidenciado recorrer também ao Direito Processual comum, porém, como no presente caso a proposta do tema refere-se ao agravo no direito processual do trabalho, temos que buscar como primeira e importante fonte processual o disposto no art. 893 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja disposição encontra-se redigida da seguinte forma:

Art. 893. Das decisões são admissíveis os seguintes recursos:

- I - embargos;
- II - recurso ordinário;
- III - recurso de revista;
- IV - **agravo**.

Como se vê, a Consolidação das Leis do Trabalho foi aprovada e inserida em nossos meios através do Decreto-Lei nº. 5.452 de 1º de maio de 1943, pelo então Presidente da República Getúlio Vargas, disciplinando tanto o direito substantivo como o direito adjetivo do trabalho, e sofreu ao longo desses anos inúmeras modificações e interpretações.

*Advogado - Mestre em Direito pela UNIP – Campinas, Especialista em Advocacia Empresarial pela FMU, Especialista em Direito Processual Penal pela PUC-SP, professor do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta de Jundiaí e professor do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista.

**Mestre em Direito pela PUC-Campinas, Mestre em Filosofia pela PUC-Campinas, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas, aluno do Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário Padre Anchieta, Doutorando em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, professor dos Cursos de Direito e de Administração de Empresas do Centro Universitário Padre Anchieta, e congressista do II Congresso Mundial de Direito Processual realizado em Recife.

Não podemos perder de vista a questão do agravo, que é na verdade o tema principal deste estudo, isto é, **o agravo no direito processual do trabalho**; assim sendo, de início devemos abordar genericamente o tema, sendo de conhecimento que no direito do trabalho, ou melhor, na Consolidação das Leis do Trabalho, ele encontra-se disciplinado de duas formas específicas, ou seja, **agravo de petição e agravo de instrumento**, não podendo ser esquecido o agravo regimental previsto no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho; logo, para o estudo do tema a que nos propomos, devemos buscar auxílio também no artigo 897 do mencionado diploma legal (CLT), onde então encontramos a seguinte disposição:

Art. 897. Cabe agravo, no prazo de 8 (oito) dias:

a) de petição, das decisões do Juiz ou Presidente, nas execuções;

b) de instrumento, dos despachos que denegarem a interposição de recursos.

AGRAVO DE PETIÇÃO

Observamos, no entanto, que a matéria circunscreve-se em torno das duas espécies de agravos previstas como formas de recursos na Consolidação das Leis do Trabalho, motivo pelo qual nesta oportunidade iniciamos pelo agravo de petição, que na ordem legal consolidada vem em primeiro lugar consoante se verifica da alínea “a” do artigo 897 acima transcrito, e conforme os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins (2004, p. 440) “Agravo de petição é o recurso que serve para atacar as decisões do juiz nas execuções”, bem como devemos seguir os requisitos do parágrafo primeiro do referido diploma legal, senão vejamos:

Parágrafo primeiro. O agravo de petição só será recebido quando o agravante delimitar, justificadamente, as matérias e os valores impugnados, permitida a execução imediata da parte remanescente até final, nos próprios autos ou por carta de sentença.

Conforme se vê do dispositivo em referência, o agravo de petição é uma forma de recurso cabível das decisões do Juiz ou do Presidente, nas execuções, isto é, somente no processo de execução trabalhista, independentemente do trâmite processual ocorrer na Justiça do Trabalho ou na Justiça Comum; este, portanto, é o motivo de o legislador ter usado a expressão Juiz e Presidente na redação da norma jurídica em referência, ou seja, quando a execução trabalhista ocorrer na jurisdição comum caberá agravo de petição da decisão proferida pelo Juiz de Direito, quando ocorrer perante a jurisdição especializada caberá agravo de petição da decisão do Juiz Presidente, hoje com nova nomenclatura, Juiz do Trabalho. Para Wagner D. Giglio (1973, p. 311), “o agravo de petição tem, no processo trabalhista, funções diversas daquelas que lhe cabem no processo comum, pois se restringe às hipóteses de incidentes da execução, como regra.”

O agravo de petição, portanto, não se refere apenas às dúvidas levantadas a respeito de valores constantes da liquidação de sentença como muitos pensam,

mas também quanto a outras matérias conforme se percebe da redação do parágrafo primeiro do artigo 897 antes transcrito ao afirmar que o agravo de petição será recebido quando o agravante delimitar justificadamente as matérias e os valores impugnados, destarte, como a norma jurídica deixou claro não se refere apenas à impugnação de valores, mas também de matérias suscitadas na execução, isto é, a parte inconformada deve delimitar e justificar fundamentadamente a matéria que pretende ver reapreciada desde que relativa ao processo de execução e levantada por meio de embargos. A necessidade de se delimitar e justificar a matéria que o agravante pretende ver reapreciada é exigência primeiro para possibilitar que a execução possa prosseguir quanto à parte não recorrida, segundo, para evitar recurso meramente protelatório e terceiro, e o mais importante, para possibilitar ao agravado o direito de contraminutar a matéria delimitada e não ter que adivinhar o que é que deve refutar, por outras palavras é permitir ao agravado o direito de ampla defesa. Diga-se de passagem, muito bem lembrado por Marly A. Cardone (1997, p. 176) quando nos ensina que “para limitar a interposição de agravo de petição meramente protelatório, foi dada nova redação ao art. 897 da CLT, pela Lei n. 8432/92” e prosseguindo ela diz: “Nestas condições, o agravo só será recebido se indicar clara, limitada e justificadamente as matérias e os valores impugnados.”

Amauri Mascaro Nascimento (1990, p. 455) ensina que os recursos trabalhistas entre outros são os de agravo de petição e de instrumento, sendo: “agravo de petição, das sentenças proferidas pelo Juiz Presidente das Juntas de Conciliação e Julgamento nos embargos à execução, para o Tribunal Regional do Trabalho ou uma das suas Turmas”.

Interessante todavia é a definição de agravo de petição de Afonso Braga apud Benito Nazareno Sciarra Guimarães em sua obra *Como Advogar na Justiça do Trabalho* (1976, p. 69): “é o recurso interposto do Juízo “a quo” para o Juízo “ad quem” a fim de reformar a sentença que, julgando a preliminar, imponha fim ao processo”. Na verdade Afonso Braga assim nos ensina, data venia, tomando por base o art. 846 do CPC de 1939, que era assim redigido: “Salvo os casos expressos de agravo de instrumento, admitir-se-á agravo de petição, que se processará nos próprios autos, das decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito.” Diga-se de passagem que o estatuto processual de 1939 foi suplantado pelo CPC de 1973 em vigor e que aboliu totalmente o agravo de petição na esfera processual comum.

Na verdade há uma grande tendência dos advogados militantes na área, de invocarem dispositivos do Código de Processo Civil perante a Justiça do Trabalho, não que isto não possa ser feito, pois a própria Consolidação das Leis do Trabalho disciplina em seu art. 769, ou seja, nos casos de omissão, porém, não é o caso do presente tema em que a previsão recursal além de específica e clara, data venia, não nos parece que seja omissa, portanto, cabe aqui menção do importante e conhecido brocardo jurídico “*in claris cessat interpretatio*” e que nos permite concluir que nos casos em que for extinto o processo sem julgamento de mérito o

recurso é o ordinário previsto no art. 893, II c.c o art. 895, ambos da CLT.

Verifica-se, ainda, da norma consolidada que poderá o recurso de agravo de petição ser interposto contra as decisões do Juiz ou do Presidente, entendendo-se, portanto, que caberá das decisões tanto da justiça comum, como da justiça especializada como antes visto, isto é, nas localidades onde não haja jurisdição de uma Junta de Conciliação e Julgamento, atualmente Vara do Trabalho, caberá este agravo também das decisões dos Juízes de Direito investidos de jurisdição do trabalho (art. 668 da C.L.T.), mas desde que o processo encontre-se em fase de execução, por exemplo, o recurso contra um despacho ou decisão que homologar a conta de liquidação para alguns (é o caso por exemplo do juiz homologar parcialmente o cálculo do reclamante), enquanto para outros esta é uma decisão interlocutória irrecorrível, ou, então, quando o juiz decidir sobre a subsistência ou insubsistência da penhora, acolher ou rejeitar embargos do devedor ou de terceiros, entre outras matérias atinentes ao processo de execução, cujo recurso será sempre o de agravo de petição e a competência para sua apreciação será sempre do Tribunal Regional do Trabalho de cuja jurisdição faça parte a comarca da justiça comum conforme determinação dos artigos 678 e 679 da CLT. Por outro lado, quando tratar-se de decisão proferida em processo de execução por uma Vara do Trabalho, antigamente Junta de Conciliação e Julgamento, cuja sentença era prolatada pelo Juiz Presidente, hoje pelo Juiz do Trabalho, o recurso será o mesmo, ou seja, o agravo de petição para apreciação do TRT.

Neste sentido, Amador Paes de Almeida (1998, p. 238) entende que o Código de Processo Civil (1973) não manteve o agravo de petição previsto no anterior (1939), mas vivo está na Consolidação das Leis do Trabalho, “podendo ser interposto das decisões do juiz presidente, ou do juiz de direito investido de jurisdição trabalhista, nas execuções”.

Podemos afirmar, portanto, que o agravo de petição é a forma recursal adequada e única especialmente contra as decisões proferidas no processo de execução trabalhista, neste sentido são os ensinamentos do insigne Valentim Carrion (2001, p. 752) em seus *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, quando se manifesta: “O agravo de petição é o recurso específico contra qualquer decisão do juiz na execução, após o julgamento de embargos do executado (art.884)”.

Salienta-se, no entanto, que o agravo de petição é o remédio para a parte inconformada em face de decisão proferida em sede de embargos, ou seja, embargos do devedor ou embargos de terceiros, salientando-se, no entanto, que só é cabível contra sentenças e neste sentido são os ensinamentos de W. D. Giglio (1973, p. 312) quando diz:

“Entende a doutrina, porém, que o agravo de petição só se justifica contra sentenças terminativas ou definitivas prolatadas na execução, pois as interlocutórias são irrecorríveis, face ao comando do art. 893, par. 1º, da CLT. Ou seja: “Os incidentes do processo serão resolvidos pelo

próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recurso da decisão definitiva”.

O prazo para interposição do recurso de agravo de petição é de oito (8) dias conforme determina claramente o *caput* do artigo 897, sendo certo que no tocante aos seus efeitos a doutrina tem entendido como sendo o devolutivo, podendo ser recebido pelo juiz em ambos os efeitos. Neste sentido, devemos interpretar gramaticalmente as palavras contidas no par. 1º do art. 897, cuja interpretação leva a conclusão de que o efeito é o suspensivo, isto é, o agravo de petição suspende os efeitos da sentença agravada apenas no que tange ao objeto circunscrito do recurso, podendo, é claro, prosseguir a execução nos próprios autos ou por carta de sentença quanto às matérias não delimitadas ou não justificadas ou ainda sobre os valores não impugnados; assim sendo, depreende-se que o processo principal poderá subir para apreciação executando-se até final apenas a parte remanescente ou não impugnada, porém, se o agravo de petição abranger o valor total da execução (por exemplo a existência de prova do pagamento), ou se a matéria envolver a totalidade dos embargos, a execução ficará totalmente suspensa e sendo assim o efeito recursal será sem sombra de dúvida o suspensivo, salvo se evidente a intenção protelatória do agravante.

Wilson de Souza Campos Batalha (1995, p. 603) leciona que “não sendo concedido ao agravo de petição efeito suspensivo, a execução nem por isso se torna definitiva. Ela só poderá exercer-se com a feição de execução provisória, até a penhora ...”.

Diante disto, podemos afirmar que o agravo de petição é o meio recursal adequado e que possibilita a reapreciação das decisões na fase de execução, qualquer que seja a modalidade de impugnação adotada nessa fase processual. Deve ser entendido, portanto, como forma de recurso das sentenças proferidas no processo de execução trabalhista, pois no processo do trabalho são irrecorríveis como antes visto, as decisões interlocutórias e os despachos de mero expediente.

Por fim, diante do princípio da informalidade, celeridade e economicidade processual preponderante perante a Justiça do Trabalho, ou seja, no processo do trabalho, o agravo de petição não é somente o meio adequado de recurso cabível no processo de execução, mas o único.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Quanto ao recurso **agravo de instrumento** no processo do trabalho devemos observar segundo o artigo 897, alínea “b” que o mesmo cabe dos despachos que denegarem a interposição de recursos, diferentemente do agravo de instrumento previsto e disciplinado no Código de Processo Civil, o qual cabe de decisão

interlocutória que resolve questão incidente; difere, ainda, do agravo de petição, aquele recurso que cabe das decisões proferidas na fase executória trabalhista, como visto no tópico anterior. O agravo de instrumento trabalhista é forma recursal que agasalha e protege o direito de recurso contra despacho que denega seguimento a interposição de recurso contra decisão da justiça do trabalho, diferenciando-se assim do direito processual comum, cujo cabimento se dá sobre qualquer decisão interlocutória, isto é, aquela que não pondo fim ao processo resolve questão incidente; não podemos nos esquecer, todavia, as lições de José Carlos Barbosa Moreira (2000, p. 144), quando ensina que não cabe agravo de instrumento de “pronunciamentos sem conteúdo decisório”, afirmando, ainda, que “o critério de distinção é o da natureza do pronunciamento, não o da denominação legal: ainda quando o Código chame “despacho” a algum ato decisório”.

No direito processual civil, o agravo de instrumento ora enfocado cabe das decisões interlocutórias como visto, mas, no direito processual do trabalho, cabe especificamente de simples despachos que denegarem a interposição de recurso, embora o despacho denegatório de recurso contenha o chamado “conteúdo decisório”, cabendo mesmo contra despachos que não receberem agravos de petição, uma vez que trata-se este último de forma recursal como vimos anteriormente, assim, no direito processual do trabalho, o agravo de instrumento possui características próprias, equiparando-se à carta testemunhável disciplinada no Direito Processual Penal (art. 639 e seguintes do CPP).

Assim sendo e a título de comparação, podemos dizer que a carta testemunhável no Direito Processual Penal é a forma de recurso cabível da decisão que denegar recurso, ou da decisão que acolhendo o recurso interposto impede a sua expedição e seguimento para o juízo competente para a apreciação.

Para Fernando Capez (2004, p. 462), carta testemunhável é o “recurso que tem por fim provocar o reexame da decisão que denegar ou impedir o seguimento de recurso em sentido estrito, do agravo em execução e, para alguns, do protesto por novo Júri”.

Neste contexto, o agravo de instrumento cabe também do despacho que não recebe agravo de petição conforme dispõe o par. 2º, do art. 897 da CLT.

Ressalta-se, por oportuno, que o referido art. 897 estabelece que o prazo para interposição de agravo, tanto o de petição como o de instrumento, é de oito (8) dias, porém o Código de Processo Civil, em seu art. 522, determina o prazo de dez (10) dias para interposição do agravo de instrumento, não obstante a clareza do processo comum quanto ao prazo do agravo, não há, no entanto, como aplicar-se subsidiariamente os ditames do Código de Processo Civil para ampliação do prazo de oito para dez dias no direito processual do trabalho, uma vez que a CLT., em seu art. 769, afirma com precisão e autoridade que somente nos casos omissos o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, isto é, só se aplica naquilo que não contrariar ou que não for incompatível com a legislação do trabalho; por outro lado, diz o art. 889 da CLT., ao se referir à aplica-

ção subsidiária das disposições do processo de execução fiscal, que será aplicado somente naquilo que não contravierem os dispositivos da norma consolidada.

Dessa maneira, tanto o Juiz como o Relator que denegar a admissibilidade e processamento de qualquer recurso sofrerá os efeitos do agravo de instrumento, uma vez que a CLT em seu artigo 897, alínea “b” admite textualmente essa forma de recurso dos despachos que denegarem interposição de recursos. Assim podemos invocar uma vez mais os ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento (1990, p. 455), que diz sem embargo ou constrangimento: “dos despachos de Juízes ou Relatores que negarem seguimento a recurso” cabe agravo de instrumento, no mesmo contexto é a opinião de Lima Teixeira (2000, p. 1434), que afirma: “É cabível contra despacho que indefere seguimento a qualquer recurso, seja na fase cognitiva ou na de execução”.

Salienta-se, por oportuno, que a Consolidação das Leis do Trabalho trata do agravo como sendo o recurso cabível de despacho que denega recursos, não importando se se trata de decisão ou de mero despacho, embora possamos afirmar que o despacho que nega seguimento a recurso tenha verdadeiro sabor de decisão interlocutória, pois o Juiz ou o Relator que nega o processamento de um recurso na verdade nega a condição de admissibilidade ou procedibilidade do recurso interposto, portanto, exara uma real decisão interlocutória, ou seja, há “conteúdo decisório”, não se tratando, portanto, de um mero despacho de expediente, por isso não podemos deixar de transcrever aqui a posição de Amador Paes de Almeida (1998, P. 236-7), que diz:

“O agravo de instrumento, no processo do trabalho, é um recurso em sentido restrito, por isso que cabe exclusivamente dos despachos que denegam outros recursos anteriormente interpostos.

À guisa de explicação: a parte, vencida no todo ou parcialmente, interpõe *recurso ordinário*. O juiz presidente da Junta de Conciliação e Julgamento (**Vara do Trabalho**) conclui pela intempestividade do recurso, ou seja, conclui que o recurso em apreço foi interposto fora do prazo. O recorrente, inconformado com essa decisão, interpõe *agravo de instrumento* para o Tribunal Regional. Trata-se, portanto, de um recurso de **decisão** que conclui pelo indeferimento de processamento de recurso anteriormente interposto. Visa, pois, decisões interlocutórias, como, aliás, enfatiza o art. 897, *b*, da Consolidação das Leis do Trabalho ...”(grifos nossos)

Nota-se, no entanto, que o agravo de instrumento no direito processual do trabalho serve para que a parte inconformada diante do obstáculo criado pelo Juiz ou pelo Relator consiga o intento de ver processado o seu recurso e reapreciada a decisão recorrida, independentemente de se tratar de despacho ou decisão interlocutória o ato judicial que nega seguimento ao recurso interposto; por outras palavras, o nome jurídico pouco importa, diferentemente do processo civil comum, no qual se verifica que o agravo só caberá de decisão que, não pondo fim ao processo, resolve questão incidente.

Sérgio Pinto Martins (2004, p. 448) ensina que o agravo de instrumento recebe esse nome porque depende da formação de autos em apartado (forma-se o instrumento) para possibilitar o seguimento do processo. Prosseguindo afirma que o agravo de instrumento serve apenas para destrancar recurso cujo seguimento foi negado, mas que não serve para decisões interlocutórias, pois no direito processual do trabalho só cabe recurso de decisões definitivas. Para o eminente processualista, quando for negado seguimento a recurso ordinário, de revista, agravo de petição e recurso extraordinário caberá agravo de instrumento, não cabendo, no entanto, agravo de instrumento das decisões que repelirem os embargos, pois nesse caso ele entende que o remédio é o agravo regimental, no entanto, se se refere a embargos do devedor, à penhora ou à arrematação ou de terceiro, o remédio é o agravo de petição e jamais o de instrumento.

Observa-se o cabimento do agravo de instrumento em relação a despacho que denega recursos, como visto anteriormente tanto pode ser despacho do Juiz ou como Relator. Ressalta-se, outrossim, que a alínea “a” do art. 897 da CLT, quando trata do agravo de petição, diz textualmente “das decisões do Juiz ou Presidente”, referindo-se à possibilidade de recurso quer das decisões da Justiça do Trabalho como da Justiça Comum investida de jurisdição trabalhista. No tocante ao agravo de instrumento, a alínea “b” do referido diploma legal não diz claramente, isto é, omite, porém, da leitura do parágrafo 4º verifica-se que a competência para conhecimento do agravo é a mesma do recurso cuja interposição foi denegada; logo, se os recursos interpostos perante a Justiça Comum em feitos trabalhistas são de competência do TRT, pode-se concluir que o agravo de instrumento interposto contra despacho do Juiz de Direito que nega seguimento a qualquer recurso em ação de cunho trabalhista é, data venia, o agravo de instrumento de competência do TRT.

AGRAVO REGIMENTAL

É o agravo decorrente de previsão regimental, isto é, encontra-se disciplinado nos regimentos internos dos tribunais, no caso da espécie no regimento interno do Tribunal Superior do Trabalho.

Não se confunde evidentemente com a correição parcial muito usada nos meios forenses trabalhistas pelos advogados, tema este relevante e que será abordado em outra oportunidade, embora a Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 709, parágrafo 1º preveja o agravo regimental como forma de recurso cabível das decisões do corregedor.

Para Sérgio Pinto Martins (2004, p. 459), trata-se de criação pretoriana e que se assemelha ao agravo de instrumento uma vez que a sua finalidade é praticamente a mesma, servindo no sentido de obter o prosseguimento de recurso denegado, entretanto, não podemos deixar de comentar o art. 3º, inciso II, alínea “a” e o art. 5º, alínea “c” da Lei 7701/1988, que disciplinam a competência do TST para julgar

em única instância os agravos regimentais interpostos em dissídios individuais, através da Seção de Dissídios Individuais, bem como a competência no julgamento em última instância pelas Turmas.

CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou demonstrar que o direito processual, embora seja um só, apresenta-se com roupagens diferentes nos diversos ramos a que está afeto com as suas especialidades, semelhanças e diferenças, assim, não podemos deixar de mencionar que o Congresso Nacional já aprovou modificações nos arts. 522, 523 e 527 do Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, estabelecendo que o recurso cabível das decisões interlocutórias é o agravo retido e não mais o de instrumento, ou seja, este último será assim convertido somente quando se tratar de decisão que possa causar à parte lesão grave e de difícil reparação, ou nos casos de inadmissão da apelação e dos efeitos em que for recebida, porém até o momento da conclusão deste estudo não havia notícia da sanção da lei pelo Sr. Presidente da República.

Por fim, essas diferenças e semelhanças devem ser cuidadosamente estudadas, observando-se as disposições legais pertinentes, bem como as suas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso Prático de Processo do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

BORGES, Marcos Afonso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: ed. Universitária de Direito, 1975.

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

CARDONE. Marly A. *Advocacia Trabalhista*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 1997.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Edição atual. e ampl. por Eduardo Carrion. 26. ed. São Paulo. Saraiva. 2001.

FLAKS, Milton. *Comentários à Lei da Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense. 1981.

GIGLIO, D. Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

GUIMARÃES, Benito Nazareno Sciarra. *Como Advogar na Justiça do Trabalho*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: 21. ed. Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro. Forense, 1981. Vol. V.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 15.ed. São Paulo: LTr, 1990

NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PACHECO, José da Silva. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. Edição rev. e ampl. por José Eduardo Saad; Ana Maria Saad Castello Branco. 38. ed. São Paulo: LTr, 2005.

SALEM NETO, José. *Teoria e Prática do Direito e Processo do Trabalho*. 3. ed. Bauru-SP: Javoli, 1979.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo, 2000.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Liquidação da Sentença no Processo do Trabalho*. 3. ed. rev. São Paulo: LTr, 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA ACESSÓRIA DO CONTRATO DE CORRETAGEM

Ronaldo Gerd Seifert

O contrato de corretagem, inominado até a vinda do Código Civil de 2002, foi regulado entre os artigos 722 e 729 do novo diploma civil. No contrato de corretagem dá-se a intermediação, ou seja, a aproximação de pessoas interessadas em figurar em pólos opostos de um mesmo negócio. As partes são o corretor e o incumbente, em que o primeiro aproxima pessoa interessada em negociar com o segundo. O negócio intermediado pode ser de toda espécie, como compra e venda de móveis ou imóveis; compra e venda de valores ou de mercadorias; a constituição de seguro; a efetivação de investimentos; a realização de viagens; a locação de bens; a prestação de serviços; a associação de pessoas ou de empresas e outros. Como visto, trata-se de um instrumento usado em nossa sociedade tanto em relações mercantis quanto em civis¹, sendo um ou outro conforme o seu objeto, isto é, a corretagem será civil ou comercial de acordo com o negócio que se tem por fito².

O artigo 722 dá a definição legal do contrato e o faz, primeiramente, afastando a possibilidade de se confundir corretagem com os contratos de representação, prestação de serviços ou qualquer outro que subentenda relação de dependência entre as partes, consagrando o caráter *sui generis* da mediação. A segunda parte do artigo delimita propriamente o contrato. Acrescentamos à definição legal a noção de função social do contrato (art. 421 CC³), que é a obrigação de o corretor conduzi-lo diligentemente ao seu fim (art. 723, primeira parte, CC⁴). Pode-se definir corretagem, portanto, como contrato *sui generis* pelo qual o corretor se obriga a obter um ou mais negócios para o incumbente, diligenciando para levá-los a bom êxito, conforme as instruções recebidas.

Quanto ao aspecto histórico da corretagem, não se sabe a partir de quando nem onde começou a existir. José da Silva Pacheco acredita que a corretagem sempre existiu, ainda que de forma simplificada e escassa⁵. No entanto, por ser um contrato que visa à obtenção de outro, a corretagem perde o seu valor e utilidade em sociedades muito simples cujos contratos não passam de acertos simples e corriqueiros, tais como o escambo de excedentes. Inútil é a função do corretor em

¹ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960. vol. I, p. 264.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. vol. III, p. 555.

² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. vol. XLIII, § 4733, p. 343.

³ Código Civil – artigo 421 – “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁴ Código Civil – artigo 723, primeira parte – “O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência que o negócio requer”.

⁵ PACHECO, José da Silva. Corretor. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro por J. M. Carvalho Santos*. Rio de Janeiro: Borsoi. vol. XXIII, p. 153 - “a corretagem, ao que parece, sempre existiu, embora de forma elementar e não muito freqüente”.

aproximar pessoas num lugar onde todos se conhecem e sabem o que cada um tem a oferecer. Ainda assim, ao nosso ver, não está enganado Pacheco ao dizer que a corretagem sempre existiu. Ela não é fruto de criação de qualquer pessoa ou povo. Trata-se de uma necessidade natural das sociedades quando mais complexas, pois, assim como ensina Adam Smith, a divisão do trabalho é conseqüência natural, não planejada, da sociedade em desenvolvimento⁶. A corretagem se torna mais necessária e, conseqüentemente, mais comum quando as relações sociais se tornam mais complexas, em que interessados em pólos opostos de um mesmo contrato não se conhecem e basta que sejam aproximados, ou quando o negócio almejado for tão complexo que se faz necessária a presença de um especialista para intermediar.

Karl Büncher⁷, citado na obra do professor Carvalho Neto, classificou o desenvolvimento das sociedades em estágios para explicar, em cada um, a necessidade da mediação. Para ele, no estágio de “economia doméstica”, enquanto a produção tinha fulcro no consumo pessoal e familiar, não existia a mediação. Do mesmo modo, não era percebida no estágio de “economia urbana”, pois a troca se dava diretamente entre o produtor e o consumidor. Surgiu a mediação quando a produção e o consumo de mercadorias se tornaram complexos, havendo um domínio de circulação de bens, fase que denominou de estágio de “economia nacional”.

Carvalho Neto⁸ estudou as diferentes necessidades de corretores na sociedade de acordo com os mais recentes períodos históricos. Explica que, durante a Idade Média, os corretores realizavam intermediações, mas não tinham tanta importância econômica e social. Eram desprezados pelas corporações de ofício e os preconceitos da época depreciavam a profissão. Já a Renascença foi importantíssima para o desenvolvimento da profissão. As novas idéias de liberdade de mercados e o desenvolvimento do comércio trouxeram prestígio aos corretores. A Revolução Industrial, por sua vez, trouxe a efetivação da importância do corretor no cenário econômico. As rápidas e constantes negociações que, na época, eram exigidas fortaleceram a posição do mediador, que se tornou parte da nobreza e adquiriu alta respeitabilidade. Hoje, a profissão de corretor está, ainda, com mais vigor e dinamismo, sendo reforçada pelo implemento dos meios de comunicação e transporte, responsáveis por sua maior agilidade.

⁶ SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre a natureza e suas causas*. Tradução Luiz João. São Paulo: São Paulo, 1983. livro I, cap. II, p. 55 – “a divisão do trabalho é conseqüência necessária, embora muito lenta e gradual, de uma certa tendência ou propensão existente na natureza humana que não tem em vista esta utilidade extensa, ou seja: a propensão a intercambiar, permutar ou trocar uma coisa pela outra”. Idem, cap. II, p. 55 – “Numa sociedade civilizada, o homem a todo momento necessita da ajuda e cooperação de grandes multidões”. Idem, cap. III, p. 60 – “quando o mercado é muito reduzido, ninguém pode sentir-se estimulado a dedicar-se inteiramente a uma ocupação, porque não poderá permutar toda uma parcela excedente de sua produção que ultrapassa seu consumo pessoal pela parcela de produção do trabalho alheio, de qual tem necessidade (...) existem certos tipos de trabalho, mesmo da categoria mais baixa, que só podem ser executados em uma cidade grande”.

⁷ BUNCHÜR, Karl. *Études d'histoire et d'économie politiques*. Paris, 1901 – Apud CARVALHO NETO, Antônio. *Contrato de Mediação*, p. 20.

⁸ CARVALHO NETO, Antônio. *Contrato de Mediação*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 21.

O contrato de corretagem é presente nas sociedades mais complexas, onde há necessidades que o corretor pode suprir. A utilidade do corretor às partes aproximadas pode ser dividida, basicamente, em três pontos: promove rápida circulação de riquezas, pois sabe onde encontrar e como atrair cada tipo de interessado; propicia melhores resultados ao incumbente, pois possui estruturas mais amplas para atingir um grande número de pretendentes, podendo utilizar-se da *lei da oferta e da procura*; oferece maior segurança ao contrato mediado, por poder evitar relações com insolventes, parasitas, fraudadores, e por poder explicar os meios de conclusão e execução de contratos mais complexos, especialmente os solenes, tudo em virtude da vivência e especialização que adquire no meio negocial.

O *animus* do incumbente, ao firmar a mediação, é a obtenção de um determinado negócio. As prestações do corretor não geram benefício algum ao incumbente se este não obtiver o negócio que tem por fito. A obtenção do negócio pretendido é o resultado útil, é o objetivo da corretagem, é o que dá ao corretor o direito de receber a remuneração, a contraprestação almejada. A obrigação do corretor é de fim, não de meio. Ainda que faça investimentos, utilize seu tempo e estrutura, tenha gastos com divulgação de toda sorte, o corretor não fará jus à corretagem se não proporcionar ao incumbente o negócio estipulado. Essa é a natureza aleatória da mediação.

Para que haja a formação da mediação, não é exigida qualquer solenidade, basta o mútuo consentimento entre corretor e incumbente, ainda que tácito⁹, sobre os elementos essenciais do contrato¹⁰. Os elementos essenciais da corretagem se encontram nas instruções. É certo que as instruções podem ser referentes aos meios que o incumbente deseje que o corretor diligencie, estipulando cuidados especiais ou exigindo pouca divulgação. No entanto, conterão os elementos essenciais da mediação as instruções que tratem do delineamento do negócio pretendido, ou seja, delimitação das prestações que almeja do negócio, tais como o preço e o objeto na compra e venda, ou o preço e o serviço na prestação de serviço. Sem a presença das prestações do contrato que se tem por fito, o corretor não poderá diligenciar. Como encontrar interessado, sem que tenha um negócio a oferecer? Como oferecer a venda sem saber o objeto da venda? Como vender um bem sem que possua, ao menos, uma base ou noção do preço? Na ausência de um desses elementos, não nasce contrato de corretagem. Ressalta-se, no entanto, que, nas instruções, as prestações não precisam estar definitiva ou totalmente delimitadas, bastando que forneçam uma base para o corretor diligenciar. A faixa de valor do preço, embora não o defina precisamente, é suficiente para que o corretor possa procurar por interessados.

⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo XLIII, § 4737, p. 355. CARVALHO NETO, Antônio. *Contrato de Mediação*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 50 - "Reputa-se tácita a aceitação, quando o corretor ou incumbente admitem a interferência recíproca no seus negócios, sem que haja objetivamente qualquer contrato entre eles, nem prévio entendimento escrito ou verbal".

¹⁰ GONÇALVES, Luís da Cunha. *Dos Contratos em Especial*, Coleção Jurídica Portuguesa. Lisboa: Ática, 1953, p. 102 - "não está sujeito à formalidade externa, nem mesmo quando tenha por objeto qualquer contrato que deva ser celebrado por escritura pública". Código Civil, artigo 107 - "A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir".

O mediador deve diligenciar dentro do prazo estipulado no contrato ou, se por tempo indeterminado, até a denúncia pelo incumbente. Para o corretor, quanto mais longo o prazo, mais interessante será, pois é ele quem assume a *alea*, correndo contra o tempo para obter o negócio e, conseqüentemente, colher o lucro dos seus investimentos através do recebimento da remuneração. Ora, enquanto possível a busca de interessados, poderá e deverá diligenciar, ainda que as tentativas anteriores não tenham logrado êxito.

Quanto à classificação do contrato de corretagem, tem-se considerado *bilateral*, pois o corretor diligencia em busca do negócio almejado para receber a remuneração e o incumbente aceita pagar a remuneração quando obtiver o negócio pretendido, sendo patente a reciprocidade das prestações¹¹, embora haja opiniões em contrário¹²; *oneroso* pois tem-se um ganho patrimonial por ambas as partes e porque presume-se que a corretagem seja onerosa (art. 724 CC), sendo excepcionalmente gratuito quando expressamente acertado; *consensual*, pois não se exige qualquer solenidade ou execução para nascer o contrato, bastando o simples acordo de vontades; *aleatório*, pois gera a obrigação de o corretor diligenciar em busca de interessados, efetuando despesas, sem ter a certeza de que alcançará o resultado útil para receber sua remuneração, assumindo um risco futuro e incerto; *nominado* desde que entrou em vigor o Código Civil de 2002 que foi a primeira regulamentação legal e genérica do presente contrato.

Quanto à classificação do contrato de corretagem em *acessório* ou não, há controvérsias na doutrina, assunto que passamos a tratar.

Há os que consideram a corretagem como contrato acessório. Eles explicam que este só nasce em virtude da intenção de se obter um outro contrato, o principal. “Serve de instrumento para conclusão de um outro negócio”¹³. Ele não tem valor em si mesmo. Não existe senão por causa de um outro negócio. Carvalho Neto enfatiza a acessoriedade, dizendo:

“a mediação como contrato acessório, equiparar-se-á ao verbo transitivo que requer sempre o objeto (...), ao adjetivo que só adquire personalidade ao justapor-se ao substantivo”¹⁴.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*. São Paulo/Rio de Janeiro: Forense. vol. III, p. 266. GONÇALVES, Luís da Cunha. *Dos Contratos em Especial*, Coleção Jurídica Portuguesa. Lisboa: Ática, 1953, p. 102. CARVALHO NETO, Antônio, *Contrato de Mediação*, Saraiva, São Paulo, 1956, p. 33. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. vol III, p 554. OLIVEIRA, Moacyr de. *Contrato de Corretagem*. *Enciclopédia Jurídica*. Saraiva. vol. 19, p. 271. BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 229. CHAVES, Antônio. *Corretagem*. *Enciclopédia Jurídica*, Saraiva. vol. 21, p. 1. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Saraiva, 2002, vol. III, p. 391. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Contrato de Corretagem Imobiliária*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 29.

¹² SILVA, Justino Adriano da, *Mediação*. *Enciclopédia Jurídica*. Saraiva, vol. 52, p. 128. GOMES, Orlando. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 386. RIEZLER e REULING, citados por Caio Mário Pereira, op. cit., p. 206.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, vol III, p 554.

¹⁴ Idem ao CARVALHO NETO, p. 21.

A maior parte da doutrina classifica a corretagem como acessório. Além de Carvalho Neto, esse é o entendimento de Arnaldo Wald¹⁵, Maria Helena Diniz¹⁶, Sílvio de Salvo Venosa¹⁷, Carlos Alberto Bittar¹⁸, Antônio Chaves¹⁹, Carvalho de Mendonça²⁰.

Há autores, por outro lado, que não classificaram a corretagem assim. É o caso de Orlando Gomes e Caio Mário. Entretanto, não fazem qualquer referência à motivação de não classificá-la dessa forma. Não se posicionam expressamente contra o seu aspecto acessório, mas apenas o omitem em seus estudos. Já Gustavo Tepedino²¹ entende não ser o contrato de mediação tecnicamente acessório. Para ele, há apenas uma afinidade econômica entre o negócio almejado e a mediação.

Os contratos acessório e principal, como ensina Arnaldo Wald²², são conexos, em que o primeiro existe em virtude do segundo. Não há motivo para a existência de um contrato acessório sem um contrato principal, pois o seu objeto se encontra no contrato principal. A existência e utilidade daquele se destinam a este contrato. Como consequência, a unanimidade da doutrina aclama um importante aspecto do contrato acessório, que será por nós analisado: trata-se do princípio *accessorium sequitur naturam sui principalis* em que o contrato acessório segue o principal. Sílvio Rodrigues explica que “o contrato acessório depende da sina do principal (...). Se o contrato principal é nulo, ineficaz, igualmente será o acessório”²³. Washington de Barros, Serpa Lopes, Orlando Fida e Edson Ferreira Cardoso no mesmo sentido²⁴. Carvalho Santos explica o porquê dessa regra: “não se compreendia um contrato destinado a assegurar a execução de uma obrigação, de que a lei não reconhece a eficácia”²⁵. Bessone de Andrade alerta para a possibilidade de “o contrato acessório ser concluído antes do principal, ficando, então, condicionado à celebração do último”²⁶.

¹⁵ WALT, Arnaldo. *A Remuneração do Corretor*. Revista dos Tribunais, vol. 561, p. 9.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Saraiva, 2002, vol. III, p. 391.

¹⁷ Idem a VENOSA, p. 554.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 231.

¹⁹ CHAVES, Antônio. Corretagem. *Enciclopédia Jurídica*. Saraiva. vol. 21, p. 1.

²⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, vol. II, p. 287.

²¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 121 – Apud COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Contrato de Corretagem Imobiliária*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 29.

²² WALT, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*. São Paulo: RT, 1987, p. 151.

²³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Saraiva, 2002. vol. III, p. 37.

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, Saraiva, São Paulo, 1996, volume I, p. 30. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, vol. III, p. 41. FIDA, Orlando; FERREIRA CARDOSO, Edson. *Contratos*. São Paulo: E.U.D., 1980, vol. I, p. 39.

²⁵ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. São Paulo: Freitas Bastos, 1951, vol. XIX, p. 263.

²⁶ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 40.

FERNANDES, Adauto. *O Contrato no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Fº, 1945, vol. II, p. 97 – “Também o contrato acessório pode anteceder ao contrato principal (...) os contratos desta espécie são também considerados condicionais”.

Com base no conceito de que o contrato acessório deve seguir o principal, faremos duas assertivas para serem, separadamente, comparadas com o contrato de corretagem: 1) a validade de um contrato acessório está condicionada à existência do contrato principal; 2) a perda da validade do contrato principal gera o mesmo ao contrato acessório.

1) *A validade de um contrato acessório está condicionada à existência de um contrato principal.* Da forma que se tem o contrato de corretagem regulado em nosso diploma civil, sua validade se dá anteriormente à existência do negócio pretendido. O objeto da corretagem é, exatamente, concluir um novo contrato ou dar-lhe existência no mundo jurídico. Na verdade, se o negócio pretendido já existir, não há qualquer utilidade para o contrato de corretagem, pois não há objeto a ser alcançado. Do mesmo modo, não se pode dizer que a validade do contrato de corretagem está suspensivamente condicionada à existência do principal. O contrato de mediação produz seus efeitos normalmente a partir de sua formação, mesmo sendo muito tempo antes da formação do contrato perseguido. Trata-se de um contrato perfeito, acabado. Desde o início, o mediador assume a obrigação de obter um negócio para o incumbente (art. 722 CC) com diligência e prudência, trazendo esclarecimentos e informações ao dono do negócio (art. 723 CC). Apenas a obrigação do incumbente – pagar a remuneração – é condicionada à obtenção do contrato almejado, devido à característica aleatória da corretagem. Não é rara a hipótese de o contrato de corretagem se extinguir exatamente quando nasce o contrato intermediado, de forma que não coexistam no tempo. É o caso do incumbente que, satisfeito com a mediação, paga a comissão ao corretor junto com a conclusão do contrato principal. É, também, comum o contrato de corretagem que não atinge o seu fim, negócio almejado. Nem por isso nunca existiu. Na verdade, foi formado, produziu seus efeitos no mundo jurídico e se extinguiu autonomamente²⁷.

2) *A perda da validade do contrato principal gera o mesmo ao contrato acessório.* Se o presente preceito for aplicado ao contrato de corretagem indistintamente, inúmeras vezes o corretor arcará com perda do direito de sua remuneração ou da possibilidade de continuar intermediando.

São as hipóteses de o negócio, depois de concluído, ser resolvido por distrato ou arrependimento, que tirariam o direito da remuneração do corretor se não fosse o disposto no artigo 725 *in fine* do Código Civil. Mas se o negócio for resolvido por culpa de uma das partes, caso fortuito ou força maior, não haverá qualquer dispositivo legal que proteja a remuneração do corretor, embora devida. Como decidiu o Desembargador Atahide Monteiro da Silva, do Tribunal de Justiça de São Paulo,

²⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo XLIII, § 4738, p. 363 – “O contrato de mediação pode existir, valer e ser eficaz, sem que se conclua o contrato para cuja execução há a ajuda”.

“o corretor que aproxima o comprador do vendedor e opera e agiliza a transação não perde a remuneração pactuada, se, posteriormente, o negócio se desfaz por circunstâncias que lhes são estranhas”(RT 712/220),

pois não é o corretor parte do negócio mediado²⁸.

Do mesmo modo, se aplicada tal regra, perderá o direito à remuneração quando o negócio obtido, relativamente nulo, sem que o corretor saiba ou possa saber do vício, for judicialmente anulado. Essa, também, não é a melhor solução, pois, como ensinam Pontes de Miranda e Orlando Gomes, o corretor manterá o direito à remuneração se não conhecer a causa da anulação já que não é parte do contrato mediado²⁹, visto que

“seria tornar o corretor responsável, sem cláusula *del credere*, pelo adimplemento do contrato por parte do terceiro, o que é contra os princípios (cf. G. PLANCK, *Kommentar*, II, 634; PAUL OARTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 764; K. KOBER, *J. V. Staudingers Kommentar*, II, 2, 1234)”³⁰.

Além da perda do direito à remuneração, o corretor, em outros casos, perderá o direito de prosseguir na busca de interessados pelo negócio. É o caso de contrato de corretagem convencionado por prazo de três meses em que o corretor, no primeiro mês, encontra interessado que, em seguida, vem a concluir negócio absolutamente nulo com o incumbente. Evidentemente, o corretor não terá direito à remuneração, visto que os efeitos de tal nulidade se operam *ex tunc*, como se nunca tivesse ocorrido o resultado útil. Mas se considerarmos que a nulidade do negócio atingiu a corretagem, o corretor não poderá continuar a buscar por novos interessados pelo prazo de dois meses que lhe restam.

Outra conseqüência da regra de o acessório ter de seguir o principal é que se a nulidade absoluta se der em decorrência da forma, não terá o corretor direito à remuneração se incumbente e terceiro aproximado concluírem novo negócio formalmente válido. Evidentemente, essa não é a melhor solução, pois se assim fosse, consagraria o enriquecimento sem causa às partes, em detrimento de todo esforço que fizera o corretor, sem o qual não nasceria o negócio.

Alertamos que se a corretagem seguir a nulidade do negócio que tem por fito, não se dará a simples nulidade da mediação que seria a volta das partes ao estado

²⁸ CARVALHO NETO, Antônio. *Contrato de Mediação*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 77 – “Atua em todos os sentidos para que este ocorra, mas, no momento do acordo, o corretor se retira”.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*. São Paulo/Rio de Janeiro: Forense, vol. III, p. 267 – “Não afeta o direito do mediador à retribuição o fato de se arrependerem as partes do negócio entabulado, ou de uma delas dar causa à resolução. O corretor não garante o contrato. Sua atividade é limitada à aproximação de pessoas, e cessa a obrigação, fazendo jus ao pagamento, uma vez efetuado o acordo”.

²⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 381 – “A simples anulabilidade somente se lhe seria oponível, porém, se conhecia a causa” - p. 382 “Com sua ação, facilita as negociações preliminares; mas se fracassam, nenhuma responsabilidade lhe podem ser imputadas”.

³¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo XLIII, § 4738, p. 363.

anterior ao contrato. O corretor já terá assumido e cumprido obrigações em sua diligência, inclusive efetuando despesas, sendo incabível a possibilidade de o corretor e o incumbente voltarem ao estado anterior ao contrato, mesmo porque não teria o corretor de quem receber as despesas efetuadas. Ocorrerá exatamente a mesma consequência de um contrato de mediação em que o corretor efetuou despesas mas não atingiu o resultado útil em que foi extinto pelo tempo ou por outra causa superveniente³¹. Nesse caso, portanto, a nulidade do contrato de corretagem mais será *extinção* do que simples *nulidade*, pelos efeitos que permanecem no mundo jurídico. Portanto, não se pode aceitar que a corretagem se torne nula quando o negócio almejado, após atingido, for nulo. Isso não pode se dar, pois o negócio absolutamente nulo é posto como se nunca tivesse existido, não podendo redundar em qualquer efeito. Se de sua nulidade causar a nulidade da corretagem que preexistia validamente àquele, estará o negócio nulo gerando efeitos, qual seja a *extinção* do contrato de corretagem.

Como visto, o contrato de mediação não segue indistintamente a sorte do seu negócio objeto. Porém, há algumas características que o fazem ser caracterizado como contrato acessório. Assim como entende a doutrina majoritária, o contrato de mediação só existe em virtude de um outro contrato. Não tem função per se. Seu objeto está inteiramente voltado para a obtenção do negócio almejado. O fato de o contrato perseguido não existir no mundo jurídico não desfaz sua característica acessória. Como ensina Orlando Gomes, “os contratos acessórios podem ser *preparatórios*, como o mandato”. O que se dá com o mandato ocorre da mesma forma com a corretagem, ou seja, embora ainda não tenha nascido o contrato principal, já nasceu o contrato acessório, pois este existe unicamente em virtude e para a formação daquele.

Além disso, embora não siga indistintamente a sorte do contrato que almeja alcançar, a corretagem em certo termo segue o seu principal. Evidentemente, assim como acima exemplificado, a sorte da corretagem não segue a sorte do contrato já obtido, mesmo porque é no momento de sua formação que se extingue a função primordial da corretagem, faltando, algumas vezes, apenas a remuneração, contraprestação. A corretagem segue a sorte do contrato que *abstratamente* se quer alcançar. Quando o incumbente passa as instruções ao corretor, delimitando o negócio que quer e seus elementos essenciais, tem-se um negócio em *abstrato*. Diz-se *abstrata* a sua projeção baseada na incumbência, considerados os preceitos e possibilidades genéricas que acompanham as instruções do dono do negócio. Se, *abstratamente*, o contrato almejado for nulo, ou seja, se nas instruções dadas pelo incumbente já for nulo o principal, não podendo, em hipótese alguma, ser validamente concluído, será a mediação nula também, acompanhando o princi-

³¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo XLIII, § 4739, p. 367 – “Extingue-se o contrato de corretagem, além do caso de conclusão do negócio jurídico: a) pela revogação por parte do incumbente (...); b) pela denúncia cheia; c) pela expiração do prazo ou não implemento de condição suspensiva; (...) g) pelo distrato; h) pela declaração de nulidade, resolução ou resilição”.

pal, pois seu objeto não poderá ser alcançado. Isso se dá pois, embora o negócio ainda não exista, podem ser conhecidos seus elementos essenciais e ser considerado lícito ou ilícito, possível ou impossível, determinável ou não (art. 166 CC). Quando o negócio almejado for ilícito, tal qual o lenocídio, ou impossível, assim como viagem ao centro da Terra, sendo, conseqüentemente, nulos, a corretagem seguirá o mesmo destino, pois, tal vício não pode ser evitado ou corrigido em um eventual contrato realizado. Da mesma maneira, se lícito o negócio quando firmado o contrato de mediação mas, durante o prazo da mediação, nova lei passa a considerá-lo ilícito, nulo será o contrato de corretagem tal qual o negócio que se tinha por fito. O mesmo se dá quando o objeto que se pretende alugar se perde por caso fortuito ou força maior. Tais contratos jamais poderiam ocorrer validamente, pois a sua nulidade se encontra em *abstracto*, de forma que, em *concreto*, os negócios não podem se furtar a estarem contidos dentro da noção *abstracta*.

No entanto, se o negócio almejado for absolutamente nulo em *concreto*, ou seja, propriamente no contrato obtido, não será extinta a mediação, mas considerar-se-á que o contrato obtido nunca existiu (*ex tunc*), podendo o corretor procurar por novo interessado, se ainda houver prazo para diligenciar. Sendo o contrato relativamente nulo em *concreto*, a sua anulação produzirá seus efeitos *ex nunc*, sendo privado o corretor de sua remuneração apenas se acresceu a possível anulação ocorrida à *alea* do contrato de corretagem, mas não em virtude de o acessório seguir o principal.

Conforme visto, o contrato de corretagem pode ser considerado acessório ou não. Deve-se indagar o motivo de um contrato ser considerado acessório, ou seja, a função dessa classificação dentro do Direito, para que, considerando tal função, haja base para se classificar a corretagem em acessório ou não. Esse tema, porém, não tem sido muito trabalhado pela doutrina, nem há qualquer dispositivo legal, em nosso Código Civil, que trate especificamente do contrato acessório e principal. Há disposição legal sobre coisas e sobre obrigações quanto à classificação acessória e principal, tendo cada um recebido diferentes ênfases. Será analisada a ênfase dada pelo nosso código sobre coisas e obrigações acessórias porque são análogas ao conceito de contrato acessório.

Quanto às obrigações acessórias e principais, o legislador não se preocupou em classificá-las ou em defini-las. Ele, simplesmente, estipulou a regra de o acessório ter de seguir o principal (art. 184, *in fini*, CC), preocupando-se muito mais com a conseqüência do que com a classificação. Quanto às obrigações, o acessório deverá sempre seguir o seu principal, sendo a exceção admitida apenas por disposição legal em contrário³².

A preocupação do legislador em relação aos bens acessórios e principais não foi a mesma. Não estabeleceu a regra de o acessório ter de seguir o principal. Não se trata do simples fato de não contemplá-la expressamente, mas de não ter repe-

³² CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 2. ed. Freitas Bastos, 1937, vol. III, p. 287. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 3.ed. Freitas Bastos, 1961, vol. II, p. 80.

tido o artigo 153 do Código Civil de 1916, o que evidencia sua intenção de não exigir que todo bem acessório deva seguir o seu principal. O legislador se limitou a classificar os bens em acessório ou principal dando a sua definição: "*Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal*". Ele se preocupou mais com a relação do bem acessório com o principal do que com a consequência dessa relação. Por isso, não determina mais a regra de o acessório ter de seguir o principal.

Fizemos um breve apanhado da motivação do legislador na classificação de coisas e obrigações acessórias, para que se percebessem as diferentes motivações que determinam a classificação em contrato acessório e principal. Sendo essa classificação tão - somente doutrinária, poderá variar tal motivação. Essas diferentes motivações acarretam diferentes posicionamentos quanto à classificação de contrato de corretagem em acessório ou não. Se o motivo for o pragmatismo de se ter como regra o *accessorium sequitur naturam principalis* para todos os contratos, assim como ocorre com as obrigações (art. 184, *in fine*, CC), não poderá se considerar o contrato de corretagem acessório, pois este não segue o negócio pretendido indistintamente em todos os casos. No entanto, se a preocupação der ênfase às características dos contratos, ao invés de suas consequências, e se pautar na relação de dependência do contrato acessório ao principal, como legalmente está disposto sobre a acessoriedade dos bens (art. 92 CC), o contrato de corretagem será considerado acessório.

Diante das considerações aqui colocadas, percebe-se que o contrato de corretagem pode ser considerado acessório tanto quanto principal. Há base jurídica para ambos os posicionamentos. Como o próprio título, traçamos considerações sobre um assunto pouco discutido, que tem impacto real nas relações de mediação. Nossa preocupação, ao tratar do assunto, não é defender, muito menos estabelecer a classificação do contrato de corretagem como acessório ou não. Importa que seja despertada a atenção do operador do Direito que, ao se deparar com a classificação acessória seguida por muitos doutrinadores, não aplique a regra de o contrato de corretagem seguir indistintamente o contrato que tem por fim concluir, mas que atente para as consequências específicas da mediação.

Deve-se manter a relação contratual de corretagem, mesmo que o contrato obtido venha a ser resolvido por distrato, arrependimento, nulidade, caso fortuito ou força maior ou anulação, pois a validade daquele preexiste ao negócio concreto. Como está disposto no artigo 725 do Código Civil, o corretor fará jus à sua remuneração quando atingir o resultado acertado entre ele e o incumbente. A consecução do resultado útil compreende a *alea*, risco, que o corretor assume. Obtido o negócio, cumprida está a prestação do corretor. Ainda que um fato posterior desfaça o novo contrato, não será atingido o direito do corretor de receber a remuneração, visto que não é parte da nova relação contratual, não participa dela nem a garante³³. Ressaltamos, apenas, que o corretor não fará jus à remuneração no caso de nulidade absoluta do negócio, pois o resultado útil nunca se deu. O mesmo ocorrerá se a nulidade relativa do negócio fosse do conhecimento do mediador, pois, nesse

caso, o corretor acresceu à *alea* a hipótese de ser anulado, ficando, por isso, sujeito à perda do direito à remuneração. No entanto, em ambos os casos, o corretor poderá continuar a procurar por novos interessados se abstratamente possível e se dentro do prazo.

Finalmente, pode-se concluir que o contrato de corretagem não é propriamente dependente do negócio que for concretizado. Este não causa o desfazimento daquele. A validade da mediação independe do contrato obtido. A corretagem é, na verdade, dependente do contrato que visa formar, quando este for considerado em abstrato, partindo-se das instruções dadas pelo incumbente, enquanto projeção. Não há mediação sem instruções, sem que se possa projetar o negócio almejado. Além disso, eventuais vícios do negócio em abstrato afetam diretamente a mediação, pois dentro de tal projeção, não poderá ser obtido em concreto um negócio sem tais vícios, comprometendo a validade da corretagem. O corretor, por meio das instruções referentes ao negócio, conhece ou pode conhecer o vício. Ele compromete sua futura e eventual remuneração ou a possibilidade de intermediar caso aceite, como objeto da mediação, negócio viciado, porque a mediação é dependente do negócio em abstrato que visa formar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CARVALHO NETO, Antônio. *Contrato de Mediação*. São Paulo: Saraiva, 1956.

CHAVES, Antônio. Corretagem. *Enciclopédia Jurídica*. Saraiva. vol. 21.

³³ MAIA, Paulo Carneiro. *Estudo de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Alba, 1962, p. 115-116 - Apud COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Contrato de Corretagem Imobiliária*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 29 – “Visível se apresenta, sem necessidade de lucidez sobrenatural, que ajustada a compra e venda, com a intervenção do corretor, tem ele direito à comissão preestabelecida se o negócio não vier a ser efetivado por culpa de uma das partes. A falta de resultado, está claro, não isenta o comitente de pagar o mediador desde que este cumpriu sua incumbência e o negócio não se realizou por culpa de qualquer dos contratantes. Os esforços empregados pelo mediador devem ser compensados, não por eles em si, mas pela conclusão do negócio que lhe foi entregue. Se o corretor devesse ficar prejudicado, tendo concluído o negócio, sem contribuir para a inexecução do contrato, a fim de não ser burlado na sua atividade honesta, seria incitado à malícia”.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 382 “Com sua ação, facilita as negociações preliminares; mas se fracassa, nenhuma responsabilidade lhe pode ser imputada”.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, vol. II, p. 286 – “Conseguindo o acordo das vontades dos interessados, cessa o seu ofício. Ele não figura nesse contrato; não é contratante”. – p. 371 “as operações anuladas por acordo ou conveniência das partes estão sujeitas ao pagamento da corretagem”.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Contrato de Corretagem Imobiliária*. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Saraiva, 2002, vol. III.

FERNANDES, Adauto. *O Contrato no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Fº, 1945, vol. II.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960, vol. I.

FIDA, Orlando; FERREIRA CARDOSO, Edson. *Contratos*. São Paulo: E.U.D., 1980, vol. 1.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

GONÇALVES, Luís da Cunha. *Dos Contratos em Especial*. Coleção Jurídica Portuguesa. Lisboa: Ática, 1953.

JUNQUEIRA, Gabriel J. P., *Corretagem e Transação Imobiliária no Novo Código Civil*, Edipro, São Paulo, 2004.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, vol. II.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo XLIII.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, volume I.

OLIVEIRA, Moacyr de. Contrato de Corretagem. *Enciclopédia Jurídica*. Saraiva, vol. 19.

PACHECO, José da Silva. *Corretor*. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro por J. M. Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsoi, vol. XXIII.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*. São Paulo/Rio de Janeiro: Forense, vol. III.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. III.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. São Paulo: Freitas Bastos, 1951, vol. XIX.

SERPÁ LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SILVA, Justino Adriano da. Mediação. *Enciclopédia Jurídica*. Saraiva, vol. 52.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre a natureza e suas causas*. Tradução Luiz João. São Paulo: São Paulo, 1983.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, vol. III.

WALD, Arnoldo. *A Remuneração do Corretor*. Revista dos Tribunais, vol. 561.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*. São Paulo: RT, 1987, pág. 151.

FINS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. IDEOLOGIA DO BEM JURÍDICO. ALTERNATIVAS PENAIS E PROCESSUAIS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Marcus Vinicius Ribeiro*

1. INTRODUÇÃO

A pena privativa de liberdade vinha sendo a única resposta para a prevenção da criminalidade. Entretanto, a prisão não vinha cumprindo sua finalidade e, recentemente, se percebeu que devem ser buscadas medidas alternativas. Existem alternativas penais e processuais para se evitar a prisão, que somente deve ser utilizada quando não existir outra solução para resposta ao delito.

No presente trabalho, para se chegar a estas conclusões será analisada a finalidade da pena no Estado democrático de direito e as alternativas para a prisão previstas em nossa legislação.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Existem vários conceitos de Estado, sendo que Tituis chegou a enumerar mais de cento e quarenta definições. Aliás, até a formação e surgimento do mesmo é controvertida, pois uma corrente teórica o confunde com a própria história da humanidade, existindo, destarte, desde os agrupamentos mais primitivos e outros autores defendem que este surgiu após um período durante o qual a sociedade humana existiu sem ele.¹

De qualquer forma, para Dalmo de Abreu Dalari², Estado pode ser conceituado como sendo uma ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.

Neste caminho, é sabido que, desde que o homem passou a viver em comunidade, se percebeu a necessidade de serem estabelecidas regras de conduta que possibilitassem a convivência pacífica entre os indivíduos. O Estado foi a forma que a humanidade criou para organizar-se politicamente. Desse modo, ele tornou-se a sede do poder político, alguns até entendendo que um se confunde com o outro ou que o segundo é o instrumento do primeiro.

Com efeito, na medida em que alguns indivíduos estabeleceram quais são as regras a serem seguidas, como elas devem ser estabelecidas, quem é incumbido de executá-las e de que forma, além de solucionar as controvérsias caso elas ocorressem, surge o poder.

* Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Penal do curso de Pós-graduação em Ciências Criminais do UniAnchieta. Professor de Direito Constitucional e Direito Penal do UniAnchieta e da UMC

¹ Cf. Dalmo de Abreu Dalari, O Futuro do estado, p. 41 e ss. e 50 e ss.

² ob. cit., p 49.

O Estado, conforme expõe Celso Bastos³, “é o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder”. Gomes Canotilho⁴ aponta como elementos do Estado: o território, a população e a politicidade. O território é entendido como o espaço físico em que o poder político é exercido. Por seu turno, a população são os indivíduos que compõem a comunidade e a politicidade os fins buscados e definidos em termos políticos.

A idéia de Estado está ligada a uma sociedade política em que existam regras que possibilitem o convívio harmônico entre os indivíduos. Estado de Direito é o que está amparado em um ordenamento jurídico e prima pelo cumprimento da lei, ou seja, que existam regras claras e definidas, devendo estas serem obedecidas. Mas, nem todo estado de direito é democrático, sendo que a Alemanha nazista e a Itália fascista também eram estados de direito, vez que se fundavam em leis, mas não podem ser considerados estados democráticos.

É bem verdade, frise-se, que o Direito de cada Estado não foi criado de um dia para o outro, pois é a consequência de uma evolução secular. “Costuma-se distinguir, por um lado, os direitos romanistas e os que lhe são aparentados, o common law e os direitos socialistas dos países de tendência comunista; e por outro os numerosos sistemas jurídicos que existem noutros lugares do mundo, sobretudo direito muçulmano, hindu, chinês e africano”.⁵

O Estado Democrático de Direito é aquele em que, além de estar amparado em um ordenamento jurídico, sobressai não só a obediência da lei como a dignidade da pessoa humana com valores democráticos, visando o interesse da população e não da classe dominante.

Em um Estado Democrático de Direito existem direitos fundamentais do indivíduo, que são esferas da vida particular destes nas quais não é lícita a invasão do poder público.

Assim sendo, conforme já mencionado, para garantir o convívio social, em um Estado democrático de Direito, são previstas regras de conduta, e aqueles que as infringirem estão sujeitos a uma sanção.

Com efeito, a sanção é a maneira que se encontrou para obrigar o cumprimento da norma de conduta prevista na legislação vigente. A sanção penal é a pena a que o sujeito está sujeito pelo descumprimento do mandamento legal.

3. A PENA

Von Liszt define pena como sendo “o mal, que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinqüente em razão do delito”.⁶

³ Direito Constitucional, p. 5.

⁴ Direito Constitucional, p. 14.

⁵ John Gilissen. Introdução Histórica ao Direito, p. 19.

⁶ Tratado de Direito Penal Alemão, trad. José Hygídio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1899. Tomo I, p. 400.

Para Aníbal Bruno, pena é “a sanção consistente na privação de determinados bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado”. No direito penal tradicional, existem várias teorias para explicar o fundamento da pena, quais sejam:

Teoria absoluta: para esta teoria, a pena é uma retribuição justa a um mal injusto praticado pelo criminoso, ou seja, se baseia na idéia de retribuir um mal ao criminoso por ele ter praticado outro. Para a teoria em apreço, a pena não tem qualquer finalidade prática, não visando a recuperação social do criminoso e tampouco à prevenção de outros crimes. A finalidade é tão-somente punir o criminoso que praticou o crime.

Teoria relativa ou utilitária: Para a teoria relativa, a pena é necessária para a segurança social prevenindo que outros crimes aconteçam. Nesta teoria, a pena não possui a finalidade de punir o criminoso, mas somente de intimidá-lo e a todos os demais membros da comunidade para que não pratiquem infrações penais.

Teoria mista: A teoria mista entende que a pena possui mais de uma finalidade. Na teoria em estudo, a pena tem um caráter retributivo, pois visa punir o criminoso, mas também possui um caráter preventivo, porque pretende impedir a prática de novos delitos pelo criminoso ou por outros membros da sociedade, sendo que ela visa, outrossim, a ressocializar, recuperando o acusado para que ele não pratique mais crimes. Destarte, a pena possui a finalidade de punir o acusado, intimidar para evitar novos delitos e ressocializar o infrator para que ele não volte a cometer a infração. É a teoria adotada pelo nosso Código Penal.

Diante da teoria mista, adotada pelo nosso Código Penal, a finalidade da pena seria *retributiva, preventiva e reeducativa*, ou seja, a pena buscaria retribuir o mal praticado pelo criminoso, prevenir a ocorrência de novos delitos e corrigir o infrator para que ele não volte a delinqüir.

Mas, Michel Foucault⁷ questiona tal finalidade afirmando que a pena tem uma função social complexa, sendo que não pode ser explicada somente pela “armadura jurídica da sociedade nem por suas opções éticas fundamentais”.

Para Foucault, a pena significa mais, está ligada a uma série de efeitos positivos úteis que ela tem por encargo sustentar, sendo a forma pela qual o poder se impõe e sujeita os indivíduos à dominação.

De qualquer forma, para o direito, a pena é a resposta que este traz para o delito. Contudo, esta deve ser evitada ao máximo, só se justificando quando não existir outra solução para evitar a prática de outras infrações penais e a ressocialização e punição do criminoso. Isto porque o castigo não pode ser a única resposta para o crime.

Assim, o Direito Penal só deve ser usado em *ultima ratio*, ou seja, quando todos os demais campos do direito se mostraram ineficazes. Outrossim, dentro do direito penal, a imposição de pena restritiva de liberdade deve ser evitada ao máxi-

⁷ Vigiar e Punir, p. 24.

mo, sendo usada somente nos crimes mais graves para criminosos irrecuperáveis e perigosos. Isto porque a pena de prisão é um remédio opressivo e violento de conseqüências avassaladoras sobre a personalidade, que só deve ser aplicada quando esgotadas todas as demais tentativas de coibir os delitos e de garantir a paz social. É inegável que o encarceramento do homem não o melhora, nem o aperfeiçoa, nem corrige a falha cometida, nem o recupera para o retorno à vida da sociedade que ele perturbou com a sua conduta delituosa.⁸

O Estado só deve intervir criminalmente quando todos os outros meios de solução do conflito se mostraram ineficazes.

A doutrina classifica as penas em:

Pena corporal - aquela que atinge a integridade física do criminoso, assim como açoite, mutilações, marca por ferro quente, morte, etc. São proibidas por nossa Constituição.

Pena privativa de liberdade - aquela que atinge a liberdade de locomoção do criminoso mediante a prisão do mesmo.

Pena restritiva de liberdade - aquela que limita a liberdade de locomoção do acusado sem submetê-lo a prisão. Ex: banimento (expulsão do país), desterro (expulsão da comarca), etc. Também são proibidas pela Constituição Federal.

Pena restritiva de direitos - aquela que suprime ou restringe alguns direitos do criminoso

Pena pecuniária - é a que recai sobre o patrimônio do criminoso. Ex: multa, perda de bens ou valores.

3.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

No passado, a pena privativa de liberdade era pouco aplicada, prevalecendo as penas corporais. Assim, a prisão era uma medida usada somente para que deixasse o delinqüente detido à disposição da justiça até que este fosse executado.

Posteriormente, percebendo-se a desumanidade das penas corporais, dando-se conta, outrossim, de que o delinqüente representava força de trabalho que estava sendo desperdiçada, surgiu a idéia de prender os infratores para que abandonassem seu modo de vida e passassem a produzir, compulsoriamente, conforme as regras impostas pela sociedade.

No Brasil, atualmente, a pena privativa de liberdade não pode ser superior a 30 anos, conforme o artigo 75 do Código Penal, para se evitar o encarceramento perpétuo do indivíduo. Há três penas privativas de liberdade, quais sejam: reclusão, detenção e prisão simples. Com efeito, crimes (infrações penais mais graves) são punidos com reclusão ou detenção, sendo a pena de reclusão mais rigorosa, enquanto que a prisão simples é reservada para as contravenções penais (infrações penais menos graves). A pena privativa de liberdade pode ser cumprida em três

⁸ Evandro Lins e Silva. Apresentação da obra "Os Processos de Descriminalização" de Raúl Cervini.

regimes: o regime fechado, que implica o encarceramento do condenado em estabelecimentos penais de segurança máxima ou média; o regime semi-aberto, que consiste no cumprimento da pena de prisão em estabelecimento agrícola, industrial ou similar; e o regime aberto, que permite que o acusado trabalhe durante o dia, recolhendo-se, somente nos dias de folga e à noite, em casas do albergado ou estabelecimento adequado.

Sem ter em conta que a prisão deveria somente ser reservada a criminosos reincidentes e contumazes ou que praticassem crimes violentos, foram surgindo e se multiplicando prisões por toda parte, como a única resposta à prevenção do delito. Como se sabe, várias são as críticas lançadas sobre a prisão como único modelo punitivo. Com efeito, se argumenta que a prisão não reeduca, ao contrário, corrompe o indivíduo; não evita a reincidência, senão que a estimula, servindo como uma verdadeira *pós-graduação* no crime, sendo que indivíduos que praticaram furtos ao saírem após convívio diário com criminosos mais perigosos saem cometendo roubos, seqüestros e latrocínios. Os defeitos da pena de prisão não são poucos: a) retira da sociedade homens com força de trabalho para produzir que vivem no ócio, são sustentados pelo restante da população que trabalha e paga seus impostos que são usados, inclusive, para manter os enclausurados; b) retira da família o seu chefe, deixando-a sem qualquer amparo ou assistência; c) gera criminalidade indireta, pois os filhos do preso crescem na miséria, sem a figura do genitor e na marginalidade, tornando-se novos criminosos; d) aniquila a saúde e a personalidade do indivíduo que terá grande dificuldade ao retornar ao convívio com a sociedade.⁹

Com efeito, Alessandro Baratta¹⁰ lembra que “o cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o auto-respeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele. As cerimônias de degradação no início da detenção, com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestuário e objetos pessoais), são o oposto de tudo isso. A educação promove um sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante.

Exames clínicos realizados com os clássicos testes de personalidade mostraram os efeitos negativos do encarceramento sobre a psique dos condenados e a correlação destes efeitos com a duração daquele. A conclusão a que chegam estudos deste gênero é que a possibilidade de transformar um delinqüente anti-social violento em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir e que o instituto da pena não pode realizar a sua finalidade como instituto de educação.”

César Roberto Bitencourt¹¹ expõe que “quando a prisão converteu-se na resposta penológica principal, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que

⁹ Cf. Ataliba Nogueira, *Pena de Prisão*, 1956, p. 65-81, *apud* Gilberto Ferreira, 1997, p. 34.

¹⁰ *Criminologia Crítica e crítica do direito penal*, 1997, p. 183.

¹¹ *Falência da Pena de Prisão*, 1993, p. 143 e ss.

poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinqüente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio adequado para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão referem-se à impossibilidade - absoluta ou relativa - de obter algum efeito positivo sobre o apenado. (...) As deficiências da prisão, as causas que originam ou evidenciam sua crise podem ser analisadas em seus mais variados aspectos, tais como, pelas perturbações psicológicas que produz, pelo problema sexual, pela subcultura carcerária, pelos efeitos negativos sobre a pessoa do condenado etc”.

Por seu turno, Maria Lúcia Karam¹² disse que “a reação punitiva, como o estilo único de controle de situações problemáticas ou conflitivas - conseqüência da intervenção do sistema penal - já se mostrou inidônea para solucionar tais situações (...). Uma atitude mais racional e mais humana aponta para respostas e para estilos que favoreçam não os interesses de manutenção e reprodução de sistemas desiguais e perversos, mas que sim permitam a libertação e a emancipação do homem”. Verifica-se, destarte, que a prisão é um grande equívoco histórico e vinha sendo a única resposta do Direito Penal para o combate à criminalidade.

Desse modo, admitindo-se que a pena de prisão não vem cumprindo sua finalidade, além de ser extremamente custosa para o Estado e desaconselhável a pequenos infratores, devem ser buscadas outras soluções para o controle do delito, aplicando a pena privativa de liberdade somente em último caso.

Nesse passo, para infrações penais menos graves, a moderna criminologia aconselha que se proceda à despenalização ou à descriminalização. Na primeira, a conduta continua proibida penalmente, mas não se aplica a pena de prisão, sendo adotada uma medida alternativa. Por seu turno, na derradeira, a conduta deixa de ser punida criminalmente.

4. ALTERNATIVAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS PARA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Nesta linha, várias alternativas à pena privativa de liberdade vêm sendo propostas. Podem se citar como exemplo alguns institutos que já são conhecidos há um certo tempo pela doutrina penal, como suspensão condicional da pena (sursis), perdão judicial, penas pecuniárias e restritivas de direitos e outros que surgiram

¹² De Crimes, Penas e Fantasias, 1993, p.192.

mais recentemente como a suspensão condicional do processo, a transação penal e composição civil, além das penas alternativas.

4.1 ALTERNATIVAS PENAIIS

Como alternativas penais se incluem aquelas que constituem sanções penais mas diferem da pena de prisão. Neste passo, aqui se encontram todas as penas alternativas, além de institutos que impedem a restrição da liberdade sem, contudo, perderem o caráter punitivo com o reconhecimento da prática da infração e do envolvimento do agente.

Por isso, o *sursis*, em que é aplicada uma pena, mas esta fica suspensa sob determinadas condições; o perdão judicial, que reconhece a culpabilidade do agente, mas o isenta de pena, e todas as penas alternativas, que punem o delinqüente, mas não com a prisão, aqui se incluem.

4.1.1 SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

A suspensão condicional da pena ou *sursis* é um instituto pelo qual a pena é suspensa, ficando o condenado, durante o período desta suspensão, sujeito ao cumprimento de certas condições.

Aníbal Bruno¹³ aponta que a origem do *sursis* está no projeto de Bérenger, “que tentou introduzi-lo na França, em 1884. A Bélgica transformou esta proposta em lei (1888), antecipando-se ao país donde provinha, que só veio a adotá-la em 1891.(...) Entre nós, abriu caminho ao instituto de suspensão condicional da pena o projeto de Esmeraldino Bandeira, de 1906, que não alcançou converter-se em lei. Em 1922, um decreto autorizava o Governo a adotar e regulamentar a medida, o que veio a ser feito pelo Decreto n. 16.558, de 6 de setembro de 1924”.

Suspensão condicional da pena ou *sursis*, para Manzini¹⁴, é “uma decisão jurisdicional, com a qual o juiz ao mesmo tempo que declara a culpabilidade e inflige a pena (reconhecendo, assim, o poder de punir do Estado, no caso individual), concede ao condenado, de quem pode presumir a respiscência, aquelas possibilidades jurídicas, com cujo êxito se atuará a renúncia do Estado, ao poder de realizar a própria pretensão punitiva.”

Existem duas espécies de *sursis*: simples e especial. O *sursis* simples é o que, no primeiro ano de suspensão, o réu presta serviços à comunidade ou tem uma limitação de fim de semana. Deve ser aplicado quando o condenado, sem justo motivo, deixa de reparar o dano ou quando as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis ao mesmo.

¹³ Direito Penal, Parte Geral, T. III, 1967, p. 172.

¹⁴ *Apud* Magalhães Noronha, Direito Penal, Volume 1, p. 270.

Por seu turno, no *sursis* especial o condenado não presta serviços à comunidade nem tem limitação de fim de semana, sujeitando-se somente às condições legais previstas no § 2º do artigo 78 do Código Penal.

O *sursis* possui requisitos objetivos e subjetivos:

Requisitos objetivos: a) pena privativa de liberdade; b) pena deve ser igual ou inferior a 2 anos; ou, se o condenado for maior de 70 anos ou com problemas de saúde, pena igual ou inferior a 4 anos; c) que não seja cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requisitos subjetivos: a) o réu não pode ser reincidente em crime doloso; b) que a culpabilidade, os antecedentes e a conduta social do réu autorizem o benefício.

No *sursis* simples é obrigatória a condição de prestação de serviços à comunidade no primeiro ano de suspensão, além das do *sursis* especial. Por sua vez, no *sursis* especial, no primeiro ano do período de prova, as condições são: a) proibição de freqüentar determinados lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; c) comparecimento mensal obrigatório a juízo, para justificar suas atividades.

Aliás, período de prova é o período em que o réu deve cumprir as condições que lhe foram impostas. No caso de crime o lapso é de 2 a 4 anos, se for contravenção, 1 a 3 anos.

Pode ocorrer a revogação do *sursis* caso as condições não sejam cumpridas. A revogação pode ser obrigatória ou facultativa. Ocorre revogação obrigatória se o réu: 1) vem a ser condenado em sentença irrecorrível por crime doloso; 2) frustra, embora solvente, a execução da pena de multa; 3) não efetua, sem justo motivo, a reparação do dano; 4) deixa de prestar serviços no caso do *sursis* simples.

Por seu turno, a revogação facultativa ficará a critério do juiz se o condenado: 1) descumprir qualquer outra condição imposta; 2) é irrecorrivelmente condenado por crime culposo ou contravenção penal.

Revogado o *sursis* o réu deve cumprir por inteiro a pena imposta na sentença, pois ela não chegou a ser cumprida, sequer parcialmente, tendo sido apenas suspensa.

Pode ocorrer a cassação do *sursis* quando o réu perde o benefício antes de iniciar o período de prova. Pode ocorrer: 1) quando o réu não comparece à audiência admonitória; 2) quando o réu renunciar ao benefício; 3) quando o réu for condenado irrecorrivelmente, em outro processo, à pena privativa de liberdade; 4) quando, em grau de recurso, o Tribunal aumentar a pena imposta, e esta ultrapassar 2 anos.

Expirado o período de prova sem que ocorra a revogação, a pena privativa de liberdade considera-se automaticamente extinta, conforme previsto no artigo 82 do Código Penal.

4.1.2 PERDÃO JUDICIAL

O perdão judicial é uma causa extintiva de punibilidade introduzida pela reforma penal de 1984. Formaram-se duas correntes no tocante à natureza jurídica do instituto e da sentença que o concede. Com efeito, para uns o instituto isenta o perdoado de todos os gravames.¹⁵ Evidentemente, para estes o perdão judicial não pode ser considerado “alternativa penal”, vez que não é considerado pena.

Damásio E. de Jesus entende que “perdão judicial é o instituto pelo qual o juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias”.¹⁶

O perdão judicial ocorre quando o juiz deixa de aplicar a pena (ou pelo menos seus efeitos principais) em determinadas hipóteses devido a circunstâncias excepcionais. Só pode ocorrer nos seguintes casos: homicídio culposo, lesões corporais, injúria, fraude em refeição, alojamento ou transporte, receptação culposa, adulterio, parto suposto, subtração de incapazes e nas contravenções penais no caso da ignorância da lei.

Porém, em que pese a extinção dos efeitos principais da pena, subsistem os efeitos secundários ou reflexos, entre os quais a obrigação de arcar com as custas do processo e a infração ser levada em conta como antecedente para o réu, mas, por expressa determinação legal, exclui-se o efeito da reincidência.¹⁷

4.1.3 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Pena restritiva de direito é a sanção imposta ao condenado consistente na supressão ou diminuição temporária de um ou mais direitos do mesmo. O artigo 44 do Código Penal estipula que “as penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

As penas restritivas de direitos podem ser de cinco espécies, quais sejam: prestação pecuniária; perda de bens ou valores; prestação de serviços à comunidade;

¹⁵ Cf, Alberto Silva Franco, Código Penal e sua Interpretação Judicial, T. 1, p. 1816 e Luiz Vicente Cernichiaro in *Justitia* 116/157.

¹⁶ Direito Penal, 1º volume, p. 687.

¹⁷ Damásio E. de Jesus, Direito Penal, V. 1, p. 689.

de ou entidades públicas; limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos. As duas primeiras foram “inovações” introduzidas pela Lei 9714 de 25 de novembro de 1998.

PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

A pena de prestação pecuniária consiste no pagamento à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

PENA DE PERDA DE BENS OU VALORES

A perda de bens ou valores consiste na expropriação de coisas corpóreas ou incorpóreas pertencentes ao condenado, destinando-as ao Fundo Penitenciário Nacional.

Assim sendo, conforme expõe Cezar Roberto Bitencourt¹⁸, esta “nova” pena na verdade trata-se de uma falaciosa definição da pena de confisco, *in verbis*:

“Trata-se, na verdade, da odiosa pena de confisco, que, de há muito tempo, foi proscrita pelo direito penal moderno. A definição atribuída pela lei à pena de ‘perda de bens ou valores’ não corresponde à sua natureza jurídica e ao seu retrospecto histórico, não passando de uma ficção político-jurídica para impor uma sanção repudiada na maioria dos países democráticos de direito”.

Aliás, a perda dos bens que forem produto do crime já era um efeito da condenação. Desse modo, a previsão de tal pena é, no mínimo, redundante.

PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE OU ENTIDADES PÚBLICAS

A pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição, ao condenado, de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitalares, de ensino, ou outros estabelecimentos congêneres. Tais tarefas devem ser atribuídas conforme as aptidões do condenado e não coincidir com a jornada de trabalho habitual do mesmo. Neste trabalho comunitário, cada hora de tarefa deve corresponder a um dia de pena.

Sérgio Salomão Shecaira¹⁹, em estudo sobre o assunto, após analisar vários casos práticos apontou como principal problema desta modalidade de pena a fisca-

¹⁸ Novas penas alternativas, 1999, p. 119.

¹⁹ Prestação de serviços à comunidade, p. 91.

lização deficiente no momento da execução da mesma.

PENA DE INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS

A pena de interdição temporária de direitos pode ser de: proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo; ou proibição de frequentar determinados lugares.

PENA DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA

Esta pena consiste na obrigação do condenado de permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casas de albergado ou em estabelecimentos adequados, podendo fazer com que o mesmo frequente cursos ou palestras, ou ainda realizando quaisquer atividades recreativas, impedindo que este se dedique ao ócio ou à vadiagem durante seu tempo de lazer.

Conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos:

O parágrafo 2º do artigo 44 do Código Penal estabelece que “na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos”.

4.1.4 PENA DE MULTA

Outra pena, já bastante antiga, que substitui a prisão é a multa penal. Com efeito, pena de multa é “toda diminuição de nossas riquezas sancionada pela lei como punição de um delito”.²⁰

Em outras palavras, “a pena de multa consiste na obrigação imposta ao condenado de pagar ao fundo penitenciário do Estado determinada soma em dinheiro”.²¹

A pena de multa é aplicada em duas fases. Com efeito, na primeira fase, o juiz vai fixar uma quantidade de dias-multa, que varia entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta). Nesta fase, o juiz leva em conta a natureza mais ou menos grave da infração penal, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, as agravantes e atenuantes existentes, além das causas de aumento e diminuição de pena.

²⁰ Francesco Carrara *apud* Luis Regis Prado, *Multa Penal*, p. 18.

²¹ Flávio Augusto Monteiro de Barros, *Direito Penal - Parte Geral*, p. 396.

Após fixada a quantidade de dias-multa, o juiz irá fixar o valor econômico de cada dia-multa. Neste passo, conforme o parágrafo 1º do artigo 49 do Código Penal, o valor de cada dia multa não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato (que corresponde a 1/3 do salário mínimo mensal), nem superior a cinco vezes esse salário (mas o juiz poderá aumentar este limite até o triplo - art. 60, § 1º). Para a fixação deste valor o juiz levará em conta a situação econômica do réu para que seja alcançada a individualização da pena de multa.

Transitada em julgado a sentença que fixou a pena de multa, esta será considerada dívida de valor, aplicando-se as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, conforme a nova redação do artigo 51 do Código Penal, dada pela Lei 9.268/96.^{22 23 24}

4.2 ALTERNATIVAS PROCESSUAIS

Além destas chamadas alternativas penais em que o agente sofre uma punição diversa da restritiva da liberdade, existem outras medidas processuais que buscam outras soluções ao delito sem se utilizar da prisão.

Para as alternativas processuais o diploma normativo fundamental foi a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 que provocou uma série de mudanças em nosso ordenamento jurídico penal. Com efeito, o legislador disciplinou os Juizados Especiais Criminais, criando o chamado procedimento sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo, passou a exigir representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa, além de introduzir em nosso sistema um instituto chamado suspensão condicional do processo.

Tais inovações quebraram a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal e da verdade real, abrindo espaço para um consenso no campo da justiça criminal.²⁵

Assim sendo, nas infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo, será dispensado o inquérito policial, elaborando-se, simplesmente, um termo circunstanciado, sendo encaminhado o autor do fato e a vítima ao Juizado Especial Criminal para uma audiência preliminar.

²² A antiga redação do artigo 51 do Código Penal determinava que o condenado à pena de multa, sendo solvente, que deixasse de pagá-la ou frustrasse sua execução, teria sua pena convertida em detenção, na razão de que cada dia-multa corresponderia a um dia de detenção.

²³ A nova redação do artigo 51 dada pela Lei 9268/96 determina que *a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública.*

²⁴ A redação do artigo 51 dada pela Lei 9268/96 tem constitucionalidade duvidosa pois sendo considerada dívida de valor com aplicação das normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, no caso de morte do condenado, a dívida passa a seus sucessores, sendo que, como é cediço, no Direito Penal, a pena não pode passar da pessoa do delinqüente. (Art. 5º XLV da C.F.).

²⁵ *Idem, ibidem.*

“A Lei n. 9.099/95 separou o procedimento das infrações penais de menor potencial ofensivo em duas fases distintas: na primeira tenta-se a composição civil e a transação penal; somente se não for conseguida esta última, passa-se então ao procedimento sumaríssimo”.²⁶

No procedimento sumaríssimo, será oferecida a denúncia ou queixa, se possível, oralmente, na própria audiência preliminar. Logo após, haverá uma audiência única em que, inicialmente, será dada a palavra ao defensor, que poderá alegar fatos que possam acarretar a rejeição da preambular acusatória. Em seguida, caso o juiz receba a exordial, se passará à instrução, com a oitiva da vítima, das testemunhas de acusação e de defesa (nesta ordem) e, por fim, realizado o interrogatório do acusado. Finalmente, as partes apresentarão alegações orais e o juiz proferirá sentença na própria audiência.

A Lei 9.099/95 considerou como sendo infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e o crimes em que a pena máxima não ultrapasse 1 ano, desde que não seja de procedimentos especiais. Porém, a **Lei 10.259 de 12 de julho de 2001**, que dispõe sobre os Juizados Especiais na Justiça Federal trouxe um outro critério, considerando **infrações penais de menor potencial ofensivo** as que a lei comine **pena máxima não superior a dois anos ou multa e não trouxe qualquer restrição em relação ao procedimento das mesmas**.

Ora, não teria razão ter direito à transação penal, por exemplo, quem cometesse um desacato contra um policial rodoviário federal e não ter quem cometesse, na mesma ocasião, o mesmo delito contra um policial rodoviário estadual. Destarte, para que se garanta o princípio da igualdade, o critério dos Juizados Especiais Criminais da Justiça Federal deverá ser seguido, também, na Justiça Estadual. Por sua vez, o artigo 88 da Lei em análise passou a exigir *representação na ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves ou culposas*. Trata-se, assim, de dois novos casos de ação penal pública condicionada, além dos previstos no Código Penal.

Por fim, pela *suspensão condicional do processo*, prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propõe a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos da suspensão condicional da pena (*sursis*).²⁷

A suspensão condicional do processo é cabível tanto nas infrações penais de menor potencial ofensivo, que são julgadas perante os Juizados Especiais Criminais, quanto nas demais, desde que presentes as condições legais. Assim, na suspensão condicional do processo, em princípio, não se aplicam as disposições previstas nos artigos 60 a 87 que dizem respeito, especificamente, ao Juizado Especial Criminal.

²⁶ Antonio Magalhães Gomes Filho, Juizados Especiais Criminais, Revista do Advogado, n. 50, agosto/97

²⁷ Cf. Marcus Vinicius Ribeiro, A suspensão condicional do Processo na ação Penal Privada, 2000, p. 49 e ss.

Pois bem, todos estes institutos mencionados, composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são medidas processuais que tendem a evitar a pena privativa da liberdade.

4.2.1 COMPOSIÇÃO CIVIL

A composição civil ocorre entre o autor do fato e vítima, nos casos em que exista disponibilidade desta última, em que o acordo de reparação do dano acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação, extinguindo a punibilidade do agente.

4.2.2 TRANSAÇÃO PENAL

Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, ao serem julgadas nos Juizados Especiais Criminais, na audiência preliminar será efetuada uma proposta de transação penal que consiste em uma medida alternativa à prisão consensual.

A transação penal se inspirou na *plea bargain* do direito anglo-saxão, mas com tal instituto não se confunde, pois naquele instituto ocorre reconhecimento de culpa por parte do acusado e na transação sequer existe processo e o autor do fato consente apenas em cumprir determinadas obrigações para que evite este último e suas possíveis conseqüências.

Não será admitida a transação penal se o agente foi condenado em definitivo pela prática de crime a pena privativa de liberdade, foi beneficiado por outra transação penal no período de cinco anos ou a personalidade do agente, seus antecedentes, os motivos e circunstâncias do delito indiquem que a medida não é suficiente para a repressão e prevenção do delito.

Evidentemente esta medida alternativa consensual não poderá ser mais gravosa que a pena eventualmente aplicada à infração penal e, no caso de descumprimento do acordo, deverá ocorrer a execução do título executivo que é a sentença homologatória.

Em relação aos critérios para saber se no caso específico deve ser proposta a transação penal ou não, se presentes os requisitos legais o Ministério Público pode ou não deixar de efetuar a proposta, o que será mencionado para a suspensão condicional do processo é aplicado, mesmo que os institutos não se confundam, sendo sabidas as diferenças entre ambos.

Entretanto, uma observação importante é quanto ao cabimento do instituto no caso de tentativa, concurso de crimes ou casos especiais de aumento ou diminuição de pena, pois na transação deve ser levado em conta o máximo do aumento ou o mínimo da diminuição, enquanto na suspensão condicional do processo o critério deve ser o mínimo do aumento e o máximo da diminuição, pois o presente instituto

considera relevante a pena máxima e aquele a pena mínima.

4.2.3 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A suspensão condicional do processo não tem relação com os Juizados Especiais Criminais, a não ser ter sido introduzida pelo mesmo diploma normativo, sendo ambas alternativas à pena de prisão.

Com efeito, a suspensão condicional do processo é cabível tanto nas infrações penais de menor potencial ofensivo que são julgadas perante os Juizados Especiais Criminais, quanto nas demais, desde que presentes as condições legais. Assim, na suspensão condicional do processo, em princípio, não se aplicam as disposições previstas nos artigos 60 a 87 que dizem respeito, especificamente, ao Juizado Especial Criminal.

Pela suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos da suspensão condicional da pena (*sursis*).

Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor na presença do juiz, este poderá suspender o processo, submetendo o acusado a um período de prova, sob as seguintes condições: I- reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II- proibição de freqüentar determinados lugares; III- proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz e IV- comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

A suspensão condicional do processo teve forte inspiração no sistema do *probation* anglo-saxão, tradicional nos sistemas do *common law*, mas não pode ser confundida com o mesmo.²⁸

Com efeito, conforme ensina Hermán Hormazábal Malareé²⁹, na *probation* existem dois momentos claramente diferenciados. Inicialmente se declara a culpabilidade do acusado (*conviction*) e somente depois, no momento da sentença (*sentence*), mas antes dela, é que, caso o acusado requeira, se suspende o processo entrando o réu em um período de prova de seis meses.

Desse modo a suspensão condicional do processo difere, substancialmente, da *probation*, pois o feito deve ser suspenso *ab initio*, não havendo declaração de culpabilidade, além de ser proposta pela acusação e não requerida pelo réu.

A suspensão condicional do processo também possui semelhanças com um

²⁸ Ada Pellegrini Grinover. *Novas Tendências do Direito Processual*, 2. ed, 1990, p. 408.

²⁹ *Apud* Luiz Flávio Gomes, *Suspensão Condicional do Processo*, 1995, p. 124.

instituto chamado *suspención del fallo*, previsto no Código Penal da Polônia de 1969 e no antigo Código Penal Espanhol de 1980.³⁰

Porém, a *suspención del fallo*, além de se destinar, em regra, somente a acusados menores de 21 anos, assim como no *probation* anglo-saxão, suspende-se somente o julgamento, ou seja, suspende-se somente a sentença (que seria condenatória).³¹

A suspensão condicional do processo também possui semelhança, mas não se confunde, com o *sursis* (suspensão condicional da pena), surgido na França e na Bélgica por volta de 1884 e adotado pela legislação brasileira desde o Decreto n. 16.558, de 6 de setembro de 1924.³²

Com efeito, no *sursis* o processo se encerra e o acusado é condenado a uma pena. Porém, a execução desta sanção penal fica suspensa por um determinado período e, se o condenado cumprir as condições impostas, a mesma é extinta. Entretanto, é prolatada uma sentença condenatória e o acusado perde sua condição de primariedade pois foi condenado, somente a pena deixou de ser executada.

Na suspensão condicional de processo não existe sentença condenatória, e tampouco admissão de culpa por parte do acusado; este, após cumprir as condições que lhe foram impostas, não perde sua condição de primariedade, pois não foi condenado.

Por fim, a suspensão condicional do processo se distingue da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/95 porque a transação ocorre antes mesmo de se iniciar a ação penal (antes de se oferecer a denúncia ou queixa e, conseqüentemente, do juiz recebê-la), enquanto que a suspensão deve ser proposta exatamente no momento do oferecimento da preambular acusatória e, após o juiz recebê-la, deve indagar ao acusado se aceita tal proposta.

Além disto, na transação penal, para critério de cabimento leva-se em consideração a pena máxima e, sendo homologada, ocorre a extinção de punibilidade imediata, enquanto na suspensão do processo, cabível nos crimes com pena mínima igual ou inferior a um ano, o processo será suspenso e somente será extinta a punibilidade se cumpridas as condições pelo acusado.

³⁰ Cezar Roberto Bitencourt, Juizados Especiais Criminais e Alternativas à pena de Prisão, 1997, p.118-119.

³¹ *Idem, ibidem*.

³² Aníbal Bruno, in Direito Penal, Parte Geral, T. III, 1967, p. 172, aponta que a origem do *sursis* está no projeto de Bérenger, que tentou introduzi-lo na França, em 1884. A Bélgica transformou esta proposta em lei (1888), antecipando-se ao país donde provinha, que só veio a adotá-la em 1891.(...) Entre nós, abriu caminho ao instituto de suspensão condicional da pena o projeto de Esmeraldino Bandeira, de 1906, que não alcançou converter-se em lei. Em 1922, um decreto autorizava o Governo a adotar e regulamentar a medida, o que veio a ser feito pelo Decreto n. 16.558, de 6 de setembro de 1924.

NATUREZA JURÍDICA DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A suspensão condicional do processo é um ato bilateral no qual tanto o titular da ação penal quanto o acusado cedem e transigem, sendo que a acusação abre mão do processo enquanto o réu dispensa uma série de direitos e garantias processuais em troca de ver extinta sua punibilidade após determinado lapso.³³

Com efeito, sendo um ato bilateral, nada impede que o acusado não aceite os termos da proposta e faça uma contraproposta.³⁴

Na suspensão condicional do processo *o acusado não contesta a imputação, mas não admite a culpa nem proclama sua inocência*.³⁵ Trata-se de um instituto de despenalização em que o legislador procura evitar a aplicação da pena.³⁶

A primeira polêmica surgida com a suspensão condicional do processo foi estabelecer se a mesma se trata de direito subjetivo do acusado ou mera faculdade da acusação.

A respeito, Luiz Vicente Cernicchiaro³⁷ afirmou que “a lei, não obstante conhecidas polêmicas, volta a utilizar-se do verbo - poder. “O Ministério Público poderá propor...”(art. 89), “...recebendo a denúncia, poderá suspender o processo...”(art. 89, par. 1º.). É sabido, porém, às vezes esquecido, o sentido vulgar da palavra nem sempre coincide com o significado jurídico. Impõe interpretação lógico-sistemática. Fundamental é extrair o significado do vocábulo no contexto. Nunca descurar a orientação teleológica. Insista-se, Direito é dever ser. (...) Neste quadrante, não fica a critério do Ministério Público (mais rigoroso, ou mais tolerante) propor a suspensão do processo. A suspensão é direito do acusado. Conseqüentemente, obrigação do Ministério Público. Reunidas as condições, impõe-se sugeri-la”.

Além disso, o verbo “poder” deve ser interpretado como sendo um “poder-dever”, o Ministério Público pode (deve) propor... se reunidas as condições legais e não pode propor... se tais condições não estiverem presentes.

O magistrado paulista Dirceu Aguiar Dias Cintra Júnior³⁸, com muita propriedade afirma que “tem-se entendido que o legislador abrandou o princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas não chegou a conferir uma faculdade ao titular daquela para que requeresse ou não a suspensão do processo. Adotou, sim, o princípio da oportunidade regrada, submetida a controle judicial (...) Não constitui novidade interpretar-se a expressão “poderá” como um poder-dever que gera, em contrapartida, um direito subjetivo do réu. No caso do “sursis” a jurisprudência assentou há tempos tal posição”.

³³ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes. Juizados Especiais Criminais, 1996, p. 190.

³⁴ Idem, p. 192.

³⁵ Luiz Flávio Gomes. Suspensão Condicional do Processo, p. 126.

³⁶ Damásio E. de Jesus, Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, 1990, p. 88

³⁷ Lei 9.099/95 Suspensão Condicional do Processo, Boletim do IBCrim n. 36.

³⁸ A suspensão condicional do processo e o princípio da proteção judiciária, in Boletim IBCrim/ Edição Especial n. 45 - agosto/96.

Aliás, conforme mencionado pelo autor citado, a hipótese é idêntica à da suspensão condicional da pena, que igualmente traz o verbo “poder” na redação do dispositivo que a prevê, mas que tem sido interpretado como poder-dever sempre que satisfeitos os requisitos legais.³⁹

No mesmo sentido, Damásio E. de Jesus⁴⁰ entende que “a expressão poderá não deve ser entendida no sentido de discricionariedade absoluta. Desde que presentes as condições legais, o Ministério Público tem o dever de propor a suspensão condicional do processo”.

A respeito já tivemos a oportunidade de enumerar ampla jurisprudência neste sentido.⁴¹ Com efeito, não pode ficar ao livre arbítrio do Promotor de Justiça, sem qualquer critério legal, selecionar quais pessoas têm direito a tal benefício e quais não fazem *jus* ao mesmo. Aliás, isto importaria em tratar desigualmente pessoas postas na mesma situação jurídica. *In casu*, o Ministério Público deve se pautar pela “discricionariedade regrada” fazendo valer o instituto criado por nosso ordenamento jurídico para se proceder uma despenalização. Destarte, se conclui que a suspensão condicional do processo é um direito subjetivo do acusado, não sendo mera faculdade da acusação. Sempre que presentes os requisitos legais, a suspensão do processo deve ser proposta.

Neste caminho, um problema surge quando o membro do Ministério Público se recusa a efetuar a proposta de suspensão condicional do processo, estando presentes os requisitos legais.

A respeito, muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência, sobre qual deveria ser a solução caso o órgão do *parquet* deixe de formular a proposta de suspensão condicional do processo.

Surgiram, então, quatro principais correntes para solucionar tal omissão legal. Nesse passo, a primeira corrente entende que, na omissão da acusação, o juiz deve aplicar a suspensão do processo de ofício. Outros entendem que o acusado é quem deve requerer ao juiz devendo o mesmo emitir um provimento a respeito. Por seu turno, a terceira corrente defende a impetração da ação de impugnação de *habeas corpus* contra a omissão do Ministério Público. Por fim, a corrente derradeira defende a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, devendo ser os autos remetidos ao Procurador Geral de Justiça para que o mesmo faça a proposta.⁴²

³⁹ A respeito, Heleno Cláudio Fragoso, in *Jurisprudência Criminal*, traz o seguinte julgado: 514. Suspensão condicional da pena. É obrigatória ao condenado que satisfaça os requisitos da lei.

Segundo o art. 57 do CP, a execução da pena de detenção não superior a dois anos pode ser suspensa, desde que estejam reunidas as condições previstas nos incisos I e II do mesmo dispositivo. A mesma regra está consignada no art. 696 CPP. A jurisprudência dos tribunais, no entanto, tem-se firmado no sentido de excluir a faculdade, se se reúnem os requisitos da lei, afirmando ser obrigatória a concessão do *sursis* ao sentenciado que satisfaz os requisitos da lei. O *sursis* seria, assim, um direito. Essa orientação foi consagrada no julgamento do HC 43.673, pela 3ª. turma do STF, relator o ilustre Min. Eloy da Rocha, que em seu voto afirmou: “não mais se discute que, reunidos os requisitos legais, ao sentenciado se deve conceder a suspensão condicional da pena”. A questão se resume em saber se o condenado preenche os requisitos da lei (...) (RTJ 42/722).

1982, 1º. vol, p. 575.

⁴⁰ Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, 1995, p. 90.

⁴¹ Marcus Vinicius Ribeiro, A suspensão condicional do processo na ação penal privada, p. 54-55

⁴² Caetano Lagrasta Neto e outros, op. cit. p. 230.

Com efeito, alguns entendem que deve ser aplicado, por analogia, o artigo 28 do Código de Processo Penal.⁴³ A tese, de início, é sedutora. Realmente, pela atual normatização do instituto, compete ao Ministério Público efetuar a proposta de suspensão condicional do processo e, embora seja o mesmo uno e indivisível, não se deveria privá-lo de sua função simplesmente porque a negativa foi o entendimento de um órgão individual da instituição.

Ademais, em um primeiro aspecto, o fundamento que sustenta o citado artigo 28 do Código de Processo Penal até pode ser considerado similar ao caso analisado. Na hipótese do artigo 28 do Código de Processo Penal, existe uma discordância entre o magistrado e o promotor sobre o pedido de arquivamento de inquérito policial e o oferecimento da denúncia. Assim, o Procurador Geral de Justiça, ou outro órgão designado por ele, irá manifestar a opinião final daquela instituição, que é a titular da ação penal pública.

Por seu turno, no caso da negativa da proposta de suspensão do processo, assim como no caso do pedido de arquivamento do inquérito policial, outrossim, há divergência entre o juiz e o promotor sobre a necessidade da proposta ou não.

Destarte, se houvesse certeza de que o novo membro do Ministério Público designado fosse propor a suspensão condicional do processo o problema estaria solucionado e o *parquet* não se veria “ferido” na sua função de efetuar a proposta da suspensão do processo.

Porém, outro problema surge caso o Procurador Geral de Justiça, ou o membro do Ministério Público por ele designado, insista em não propor a suspensão condicional do processo, mesmo presentes todos os requisitos legais.

Neste caso, existirá uma diferença em relação à hipótese do artigo 28, quando o Promotor deixa de oferecer denúncia. É que no pedido de arquivamento do inquérito policial inexistente vulneração a direito subjetivo do réu. Assim, se o Procurador Geral de Justiça se recusar a oferecer denúncia, resta ao juiz acatar tal determinação. Até porque é o Ministério Público que tem a titularidade da ação penal pública (*dominus litis*).

Diversa é a hipótese ora analisada. Aqui, conforme anteriormente explorado, existe um direito subjetivo do réu de ver o processo suspenso sempre que estejam presentes as condições legais.

Nossa Carta Magna estabelece, como cláusula pétrea, em seu artigo 5º., inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É inegável, destarte, que o Judiciário não poderá deixar de se manifestar caso o Ministério Público, estando presentes as condições legais, deixe de cumprir sua função de propor a suspensão do processo. Até porque, embora o Ministério Público seja o titular da ação penal pública, não é ele que tem por função dizer o direito aplicável ao caso concreto, sendo tal função atribuída ao Poder Judiciário. Ade-

⁴³ O Supremo Tribunal Federal, recentemente, no HC 75.343-4, de 12/11/97, se posicionou como sendo esta a melhor solução para o caso.

mais, não poderia ficar ao alvedrio do órgão do Ministério Público selecionar em quais casos o instituto pode ser aplicado e em quais o mesmo deve ser desconsiderado.

Destarte, repita-se, se o Ministério Público insistir em não cumprir sua função de propor a suspensão condicional do processo, estando presentes os requisitos legais, deve o Judiciário se pronunciar a respeito.⁴⁴

Aliás agindo assim o magistrado, não estará substituindo o órgão do Ministério Público na elaboração da proposta de suspensão do processo e sim julgando o caso concreto, vale dizer, decidindo o direito público subjetivo infringido.

Assim, o juiz, caso aceita a suspensão pelo réu, em decisão fundamentada, deve analisar as circunstâncias e determinar a suspensão condicional do processo. Ao Ministério Público, caso inconformado, e entendendo não estar presente algum dos requisitos legais da suspensão, resta buscar a impugnação da decisão judicial pelos meios cabíveis.

Considerando que é um direito subjetivo do acusado e que o juiz deverá apreciar sobre a negativa do órgão do Ministério Público no caso de negativa de proposta por parte deste último, resta ser analisado se o juiz pode indagar ao réu, de ofício, sobre as condições para a suspensão do processo ou se deve ser provocado. Neste sentido, embora possa ser pleiteado ao juiz ou mesmo impetrado *habeas corpus* em favor do acusado, que teve seu direito de locomoção lesado devido à ausência de proposta de suspensão condicional do processo, nada impede ao magistrado que indague da defesa sobre o fato ocorrido, pois existe um direito público subjetivo em jogo.

Enfim, o que parece claro é a necessidade de mecanismos para controlar eventual ato discricionário e arbitrário por parte do titular da ação penal, que embora tenha uma certa disposição da ação penal com esta nova postura do direito processual penal transacional, não se pode admitir, entretanto, que ele disponha de direitos públicos subjetivos conferidos aos acusados em geral. Até porque a função de dizer o direito aplicável ao caso concreto continua sendo do Estado-Juiz.

A suspensão condicional do processo não pode ser considerada como admissão de culpa por parte de acusado, muito pelo contrário, ele pode ser inocente mas querer evitar a estigmatização de estar sendo processado criminalmente, preferir a

⁴⁴ Assim, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: “Se o réu preenche as condições básicas previstas no art. 89, da Lei n. 9.099 de 1995, e o Ministério Público recusa fazer a proposta da suspensão, alegando não atendidos os requisitos subjetivos, porém sem explicitá-los, pode a Justiça formulá-la (...).” (STJ - Resp n. 142.912/SP, 6^o. Turma, Rel. Min. William Patterson, j. 02.09.97, v.u., DJU 29.09.97, p. 48.366). No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Correição Parcial n. 222.554-3/8, 3^o. Cam. Crim. Rel. Des. Oliveira Ribeiro, j. 25.03.97, por votação unânime decidiu o seguinte: “Processo Penal. Suspensão condicional. Lei 9.099/95. Inércia voluntária do Ministério Público. Proposta ex officio pelo juiz. Admissibilidade. Aplicabilidade do art. 89. Direito subjetivo público do acusado. Atendimento dos requisitos previstos. Atuação substitutiva do Juízo que se faz de pronto. Correição indeferida. Se o acusado se vê aprioristicamente protegido pela norma penal, recusar-se este benefício é o mesmo que ferir-lhe direito subjetivo próprio, de alçada pública, e tal ferimento não é de ser perpetrado pelo Ministério Público e muito menos pelo magistrado a quem incumbe presidir o processo, desde sua fase inicial. Por tais razões vê-se que a atuação do juízo ao assumir a iniciativa da suspensão do processo, ante a inércia do MP, não padece de qualquer erro.”

medida a aguardar um processo moroso com conseqüências incertas, mas o que é necessário, sempre, é sua concordância com as condições e o instituto.

Questiona-se até que ponto o interessado pode consentir em eventual lesão a seus direitos e garantias fundamentais, tais como a ampla defesa, o devido processo legal, a presunção de inocência e o princípio básico de que *nulla poena sine iudicio*.

Se se entendesse que a medida significaria uma antecipação da pena ou reconhecimento de culpa, evidentemente que ela seria inconstitucional, porque o acusado não poderia dispor destas normas cogentes de interesse público.

Outrossim não procederia o argumento de que a própria Constituição prevê, em seu artigo 98, a transação e os Juizados Especiais Criminais, pois como afirmou Miguel Reale Júnior⁴⁵, se a constituição consagrou os direitos fundamentais como cláusula pétrea, imodificável sequer por emendas constitucionais, não poderia ela mesmo autorizar uma lei ordinária revogar tais direitos.

O Professor alemão Otto Bachof⁴⁶ defende até a existência de normas constitucionais inconstitucionais quando a disposição da constituição infringir o direito natural.

A respeito, afirma que “esta questão pode parecer, à primeira vista, paradoxal, pois, na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar a si mesma. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição: ora, o facto (sic!) é que por constitucionalistas tão ilustres como Krüger e Giese foi defendida a opinião de que, no caso de semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida”.⁴⁷

Não se chega aqui a defender a existência de “normas constitucionais inconstitucionais”, até porque há grandes diferenças entre o Direito Constitucional Alemão e o Brasileiro, mas não se pode negar que ao realizar uma interpretação sistemática do texto de nossa Carta Magna, ao balancear os bens jurídicos, algumas normas têm maior relevância do que outras, especialmente as que tratam de direitos fundamentais do homem.

Assim, seja a suspensão condicional do processo ou mesmo a transação penal, em hipótese alguma podem ser consideradas como antecipação de pena, sob pena da inconstitucionalidade apontada. Devem ser entendidos tais institutos como ***soluções político-criminais, que extinguem o processo, cumpridas as condições legais, sem que se declare nem a culpabilidade nem a inocência.***

É inegável, entretanto, que tais medidas possuem aspectos punitivos para o acusado ou autor do fato, mas, em hipótese alguma podem ser consideradas pena,

⁴⁵ Pena sem processo, 1997, p.31.

⁴⁶ Normas Constitucionais inconstitucionais? , 1994, p. 17.

⁴⁷ Otto Bachof, Normas constitucionais inconstitucionais?, p. 55.

na acepção jurídica do termo.

Outra consequência da observância dos preceitos constitucionais, especialmente o da ampla defesa, é que a suspensão do processo deve ser aceita pelo acusado e por seu defensor.

Não basta a concordância somente do acusado, como tem decido grande parte da nossa jurisprudência^{48 49}. Deve o defensor, igualmente, concordar com a medida.

É que só assim pode se considerar que a ampla defesa foi obedecida em seus dois aspectos, a saber, a auto-defesa (realizada pelo próprio acusado) e a defesa técnica (por um profissional habilitado).

Ressalte-se que somente um profissional legalmente habilitado, que teve formação jurídica e que conhece o cotidiano jurídico, é que vai saber auferir se a suspensão será benéfica ou não ao acusado.

Pode ocorrer, por exemplo, que o crime esteja prescrito, o fato seja atípico ou não haja prova da materialidade, em que a absolvição será imperiosa. O acusado, evidentemente, não tem o conhecimento técnico necessário para analisar tais fatos e, assim, a condições da suspensão condicional do processo lhe serão prejudiciais.

Diga-se mais: mesmo que se entenda que o próprio acusado concordou em cumprir as condições, nos autos, podia ser patente sua absolvição, e o interesse maior seria do próprio Estado em declará-la, não podendo, aliás, transigir a respeito.

Desse modo, caso seja a vontade autônoma do acusado e de seu defensor, e estes aceitem as condições propostas pela acusação, o feito deve ser suspenso, aguardando o respectivo cumprimento das mesmas para a consequente extinção da punibilidade.

Pois bem, a suspensão condicional do processo foi uma medida de despenalização que nosso legislador encontrou, para pequenos infratores primários, que vem ao encontro de todos os estudos modernos a respeito da pena, embora, repita-se, não possa ser considerada como sanção penal e sim como solução político-criminal.

⁴⁸ *“Aceitação da proposta de suspensão condicional do processo é ato personalíssimo do réu. Suspensão condicional do processo. Proposta. Aceitação pelo réu e discordância do advogado. Irrelevância. Lei que não exige a anuência do defensor. Prevalência da opinião do acusado. Hipótese em que não exige a anuência do defensor. Prevalência da opinião do acusado. Hipótese em que a suspensão é um ato personalíssimo. Consequências de eventual processo, ademais, que são sofridas pelo acusado e não pelo advogado. Suspensão mantida. Recurso não provido. A suspensão é ato voluntário do acusado. Com efeito, sendo a suspensão um ato jurídico de natureza transacional que valoriza a situação de consenso, confere ao acusado poderes de participar da solução contenciosa estimulando sua auto-estima e possibilitando uma melhor solução aos fatos”.* (TJ/SP Ap. Crim. n. 240.350-3, Lorena, 1ª. Ccrim. Rel Fortes Barbosa, j. 15.12.97, v. u. (Boletim do IBCCrim n. 65 - abril/98).

⁴⁹ No mesmo sentido *in* Lei dos Juizados Especiais na Jurisprudência, Caetano Lagrasta Neto e outros citam ementas do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, processo número 1024921, 11ª. Câm. relator Renato Nalini, j. 12/08/96 v.u. e processo 843519, 14ª. Câmara, rel. Haroldo Luz, julgado em 16/04/96, v.u.

FINALIDADES E CONSEQÜÊNCIAS DA SUSPENSÃO DO PROCESSO

São vários os benefícios da suspensão condicional do processo. Damásio E. de Jesus⁵⁰ aponta os seguintes:

1) evita a prisão; 2) não obriga o acusado ao constrangimento de comparecer várias vezes como réu perante a justiça criminal; 3) reduz o custo do delito; 4) diminui o volume de serviço judiciário, permitindo que a Justiça cuide com maior zelo da criminalidade violenta (espaço de conflito).”

ECONOMIA PROCESSUAL

A suspensão condicional do processo somente pode ocorrer em crimes com pena mínima que não exceda a um ano. Além disso, é requisito da mesma que o réu não tenha sido processado ou não tenha sido condenado por outro crime.

Ora, com estas características é bem provável que, ao final da instrução, caso o réu venha a ser condenado, no caso de imposição de uma pena restritiva da liberdade, na pior das hipóteses, esta venha a ser suspensa condicionalmente pelo *sursis*, previsto no artigo 77 do Código Penal.

Assim sendo, após o lento e custoso processo judicial se chegou a uma solução que, para a sociedade, foi bem semelhante à que poderia ter sido proposta *ab initio*. E com a consequência de que, para o acusado, a suspensão condicional do processo teria sido muito menos danosa, pois ele não teria de ter se submetido a todo o processo, com a estigmatização de se ver condenado criminalmente.

CELERIDADE

A suspensão condicional do processo, por ser proposta desde o início do feito, antes mesmo da instrução da causa, é muito mais ágil e célere. Desse modo, a resposta oficial à causa vem com muito maior rapidez e efetividade.

DIMINUIÇÃO DO ALTO CUSTO DO PROCESSO E DA PENA

Com a prática de um ilícito penal, se criam, implicitamente, incontáveis gastos, danos e prejuízos, tanto para as vítimas quanto para a própria economia estatal. Este custo do delito é ainda maior se for considerado o que se gasta com a prevenção, repressão e investigação do mesmo. Nesse caminho, apenas para colocar o aparato judicial em funcionamento, advém um gasto considerável para as finanças públicas. E o que é mais grave, na maioria das vezes, as técnicas e os métodos utilizados não dão respostas ao problema, mas o agravam.⁵¹

Deve-se reconhecer, outrossim, que um infrator já representa, em si mesmo,

⁵⁰ Op. cit. p. 91.

⁵¹ Raúl Cervini. Os processos de descriminalização, 1995, p. 54.

um grande prejuízo para a comunidade, pois é alimentado, vestido e educado, e se espera que ele reembolse à sociedade o investimento nele realizado. Ao cometer um delito, além de ele dedicar suas energias e gastar sua força física com atividades ilícitas, ainda causa prejuízos a outras pessoas. Além disto, o processo irá impedir que todos desempenhem sua função para o desenvolvimento social em boa parte do tempo de seu cotidiano.⁵²

De fato, existe uma série de custos indiretos para a economia, pois, com o processo, a vítima, testemunhas, familiares do réu e do ofendido, além de deixarem de produzir para acompanharem o feito, têm despesas, seja com combustível ou condução para chegar ao Fórum, com o vestuário, ou mesmo com cópias de atos processuais.

Aliás, em crimes de menor potencial ofensivo, profissionais do Direito que, normalmente, são bem remunerados, desperdiçam seus préstimos para esta criminalidade de bagatela, enquanto poderiam estar se concentrando apenas nos delitos mais graves.

Ademais, se ao final do feito se chegar a uma pena de prisão, a conseqüência é ainda mais gravosa, porque tal forma de punição, além de ser desaconselhável nos crimes menos graves, tem um custo muito elevado para o Estado. Para se ter idéia, em recente pesquisa se descobriu que no estado do Rio Grande do Sul se gasta com o cárcere, mensalmente, cerca de R\$ 290,14 por preso. Em uma pena alternativa, em que aquele estado desenvolve um trabalho pioneiro desde 1985, sabe-se que o custo médio de um prestador de serviços à comunidade é de R\$53,35.

⁵³

Uma das soluções encontradas para diminuir tais custos do delito foi, exatamente, a suspensão condicional do processo. Com este instituto inovador, se aceita a proposta pelo acusado, economiza-se uma série de recursos, uma vez que inúmeras audiências deixaram de ser realizadas, que implicariam no precioso tempo de juízes, promotores, advogados, do réu, da vítima e de testemunhas; poupa-se o que seria gasto tanto com o transporte de pessoas que atuariam no processo (testemunhas, advogados, réu, etc.) quanto com incontáveis folhas de papéis, carimbos e energia elétrica que seria gasta no curso do feito. Assim sendo, a suspensão condicional do processo tem uma importante função na diminuição dos custos do processo, da pena e mesmo da infração.

PREOCUPAÇÃO COM A VÍTIMA

Tradicionalmente, o Direito Processual Penal dava à vítima um papel secundário. Muitas vezes, ela era simplesmente usada a fim de que prestasse seu depoimento para auxiliar na instrução do processo, mas em momento algum era indagada

⁵² Idem, p. 57.

⁵³ Revista número 07 do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente.

sobre as conseqüências que o crime lhe causou, ocorrendo ocasiões, até, em que chegava a ser desrespeitada pelo advogado, promotor, juiz ou serventuários da Justiça. Outras vezes, era colocada em uma sala de espera única, juntamente com o próprio o acusado e/ou seus parentes, que não hesitavam em tentar intimidá-la.

O criminólogo espanhol Antonio García-Pablos de Molina⁵⁴ afirmou que “o abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos: no Direito Penal (material e processual), na Política Criminal, na Política Social, nas próprias ciências criminológicas. Desde o campo da Sociologia e da Psicologia social, diversos autores têm denunciado este abandono: o Direito Penal contemporâneo - advertem - acha-se unilateral e equivocadamente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual. A Criminologia tampouco tem demonstrado sensibilidade pelos problemas da vítima do delito, pois centra seu interesse exclusivamente na pessoa do delinqüente”.

Por seu turno, Antonio Scarance Fernandes⁵⁵ já defendia mudanças profundas no sistema criminal com maior preocupação com a vítima. Para ele, “o primeiro passo é descriminar. Há condutas que, por serem menos ofensivas, não precisam ser erigidas em tipos penais. Bastam para elas sanções administrativas. Podem até mesmo não merecer qualquer punição. Com isso, haverá inevitável diminuição dos serviços da polícia judiciária. O tempo ganho poderá representar aperfeiçoamento na apuração dos crimes noticiados e permitirá maior atenção às vítimas”.

Mais adiante, continua, “necessário, por outro lado, admitirem atenuações ao rigor proveniente do princípio da obrigatoriedade. Só a descriminação não basta. Há sempre, até por imperiosidade do sistema, em qualquer jurídica uma seletividade natural dos fatos noticiados. Alguns não originam investigações, nem seria possível que isso sucedesse em todas as ocorrências comunicadas, sob pena de colapso do sistema judiciário, já congestionado. Outros, depois de apurados não ocasionam processos criminais. Nesta seletividade formam-se critérios caóticos e subjetivos. Melhor, então, que se admita uma mitigação à regra da obrigatoriedade e o próprio legislador fixe as hipóteses em que se admite a não propositura da ação penal”.⁵⁶

Então, indo ao encontro de todas estas aspirações, o instituto da suspensão condicional do processo juntamente com a transação penal demonstram uma mudança de comportamento em nossa Justiça Criminal.

Com efeito, o inciso I do parágrafo 1º. do artigo 89 da Lei 9.099/95 exige como condição para a concessão do benefício a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.

⁵⁴ Criminologia, 1992, p. 42 .

⁵⁵ O Papel da Vítima no Processo Criminal, 1995, p. 70.

⁵⁶ *Idem, ibidem.*

Neste novo sistema, já não existe somente a preocupação de atender a preocupação punitiva do Estado. Ganhou relevo o atendimento à expectativa da vítima.⁵⁷

Deve haver cautela, entretanto, para se evitarem demandas temerárias com denúncias caluniosas visando extrair proveito financeiro da situação.

Além disto, outras vezes, não havendo prova efetiva do prejuízo, ou sendo este a critério subjetivo da vítima, a mesma pode querer usar tal condição para impedir o benefício ao acusado.

Assim, sempre que houver dúvida sobre a existência ou a dimensão do prejuízo, ou no caso dos sujeitos processuais não chegarem a uma composição, ainda deve ser pleiteado eventual ressarcimento no juízo cível, não podendo, na dúvida, impedirem-se benefícios aos acusados na esfera criminal.

De qualquer forma, nos inúmeros casos em que existe o ressarcimento do dano, a lei 9.099/95 já mostrou ter uma maior preocupação com a vítima do que no sistema penal tradicional.

MAIOR EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Por ser mais ágil, diminuir o custo de demandas judiciais, além de se preocupar com a vítima, é evidente que o provimento jurisdicional se torna mais efetivo.

É sabido por todos que, muitas vezes, após um lento e moroso processo judicial, a sanção penal restou inviável, seja pela ocorrência da prescrição, morte do agente ou outra causa extintiva de punibilidade.

Além disso, mesmo quando ocorria uma sanção penal, em determinados casos tal punição se mostrava desnecessária, injusta ou ineficaz, seja por não ser compreendida pelo agente, devido ao longo tempo passado, ou mesmo por sua recuperação.

Agora, a medida tomada é imediatamente sentida pelo acusado que, ademais, terá que se esforçar para cumprir as condições que lhe foram impostas para ocorrer a extinção de sua punibilidade.

O magistrado e professor carioca Werber Martins Batista afirma que o instituto “oferece vantagens consideráveis, pois com ele se antecipa, praticamente, o resultado do processo, com tudo de bom que isso acarreta: logo em seguida à prática do fato e não um, dois, três ou mais anos depois, como acontece agora, o autor toma conhecimento da reprovação da Justiça e, ao mesmo tempo, de oportunidade que lhe é dada para redimir-se do que fez”.

⁵⁷ Luiz Flávio Gomes, *Suspensão Condicional do Processo*, 1995, p. 112.

ALGUMAS POLÊMICAS SURGIDAS COM A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Várias polêmicas surgiram com a suspensão condicional do processo. Pas-sam-se a analisar algumas:

APLICAÇÃO ÀS CONTRAVENÇÕES PENAIS

O legislador, no *caput* do artigo 89 da Lei 9.099/95, ao determinar quais infrações penais estariam sob o alcance da suspensão condicional do processo, se referiu aos “**crimes** em que a pena mínima cominada fosse igual ou inferior a um ano (...)” (grifo nosso).

Ora, ao mencionar crimes, o legislador se esqueceu de que crime é uma espécie da qual infração penal é o gênero. Assim, as infrações penais podem ser crimes (ou delitos) que ofendem mais gravemente o bem juridicamente tutelado e por isto apenado com detenção ou reclusão, além das contravenções penais, de menor gravidade, sujeitas à multa ou prisão simples. Pois bem, em uma interpretação meramente literal e mais apressada, poder-se-ia falar que a lei só prevê a suspensão condicional do processo para crimes, pois não fez alusão às contravenções penais. Não é este o melhor entendimento e a interpretação que deve ser dada. Aliás, não teria sentido algum prever um benefício a uma infração mais grave e negar à menos lesiva. É evidente que o legislador queria alcançar todas as infrações penais, mas se esqueceu da diferença entre ambas as espécies ou pecou na redação do dispositivo ora analisado.

Assim, conforme expõe Damásio E. de Jesus⁵⁸, “a suspensão condicional do processo é aplicável às contravenções penais, não obstante a lei mencionar ‘crimes’. Se o juiz pode o mais, aplicando a medida ao delito, com maior razão recomenda-se que faça incidir sobre as contravenções, infrações de menor gravidade (...)”.⁵⁹

MOMENTO DA PROPOSTA

O artigo 89 da Lei 9.099/95, estabelece que a proposta de suspensão condicional do processo deve ser formulada *ao oferecer a denúncia*. Assim, se demonstra a clara intenção do legislador de se suspender o processo *ab initio*.

Isto porque a intenção do legislador, ao criar tal instituto, foi de, exatamente,

⁵⁸ Breves notas à Lei dos Juizados Especiais Criminais, Boletim IBCCrim n. 35 nov/95 .

⁵⁹ No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete, *in* Juizados Especiais Criminais, 1998, p. 155, aponta que *embora a lei, no art. 89, somente se refira a crime, em imprecisão terminológica, é evidente que cabe a proposta de suspensão do processo no caso de contravenção, já que não se pode admitir que fique o autor dessa infração menor em situação inferior àquela do autor do crime. Permitida a suspensão do processo ao autor de crime, infração em tese mais grave, não se pode recusá-la ao de contravenção, de menor gravidade.*

simplificar e agilizar a Justiça Criminal, antecipando algumas conseqüências processuais sem o respectivo ônus.

Desse modo, o momento adequado para se formular a proposta de suspensão condicional do processo é o do oferecimento da denúncia. Dessarte, o réu e seu defensor, ao comparecerem em juízo devem, inicialmente, se manifestar sobre a concordância ou não com a medida. Se aceitarem a proposta e as condições, o processo será suspenso e o réu submetido às condições impostas. Isto tudo, antes de ser efetuado o interrogatório do acusado, pois não teria qualquer sentido submeter o réu a tal constrangimento, realizando um ato que pode se tornar totalmente desnecessário, indo contra uma das finalidades do instituto que é a de economia processual.

Se o réu descumprir alguma das condições no período de prova, o processo será retomado e aí sim efetuados o interrogatório do mesmo e os derradeiros atos processuais.

Se o réu não aceitar a suspensão condicional do processo, o feito prosseguirá normalmente e, neste caso, não será possível uma segunda proposta naquela relação processual porque ocorreu preclusão. Porém, se ele queria a suspensão do processo mas não concordou com as condições impostas, deve manifestar sua discordância na ata e discutir a divergência quando do recurso de apelação ou, se preferir, impetrar uma ação de impugnação.

Entretanto, existem casos em que a acusação deixa de propor a suspensão condicional do processo no momento de oferecer a denúncia, muitas vezes porque faltava a folha de antecedente do acusado ou por qualquer outro motivo. Há quem entenda, e com razão, que neste caso o juiz sequer deveria receber a exordial e aguardar tal mister para se saber se a suspensão condicional do processo é cabível ou não.

Nesse sentido, Alberto Zacharias Toron⁶⁰ afirma o seguinte:

“Na verdade, ao oferecer a denúncia, o promotor de justiça deveria manifestar-se sobre a proposta da suspensão. Todavia, como freqüentemente a Folha de Antecedentes do imputado não se encontra nos autos, o representante ministerial, ao invés de cobrar o dado faltante, comodamente, reserva-se o direito de manifestar sobre o “sursis” processual somente após o seu estranhamento. O juiz, por seu turno, acaba recebendo a denúncia e designando interrogatório que se realiza.

Sem embargo de tal proceder ter se tornado praxe, **está errado**. Primeiro porque a lei é expressa ao prescrever “ao oferecer a denúncia” o Ministério Público se manifestará a respeito da suspensão, propondo-a ou não. Depois, porque o instituto em foco foi criado acima de tudo, **visando a poupar o acusado do constrangimento decorrente da simples presença no procedimento criminal**”.

De qualquer forma, mesmo que a preambular seja recebida e o processo iniciado, nada impede que, posteriormente, seja formulada a proposta e, se for aceita,

⁶⁰ A Suspensão Processual e a Realização do Interrogatório do Acusado, Boletim do IBCCrim n.76, março/99.

o processo será suspenso na fase em que se encontrar. Isto porque um erro não justifica o outro.

É possível, outrossim, que a proposta deixe de ser formulada pela acusação porque a classificação dada ao fato para o enquadramento do crime impeça a suspensão condicional do processo por ultrapassar a pena mínima de um ano.

Porém, é sabido que, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, o juiz pode dar a classificação que bem entender aos fatos narrados na exordial, podendo, então, ocorrer que, com esta nova classificação, tornou-se possível a suspensão condicional do processo.

A respeito, Dirceu Aguiar Dias Cintra Júnior⁶¹, citando acórdão da lavra do Desembargador Dínio Garcia, lembra que “é de nossa tradição processual a possibilidade de o juiz tomar os fatos com definição jurídica diversa da denúncia (art. 383 do CPP). Pode o juiz, inclusive, “reconhecer” a nova definição, antes da sentença, para que a defesa se manifeste, se a circunstância não estiver implícita na denúncia (art. 384, caput, do CPP)”.

Mais adiante, prossegue o magistrado⁶²:

“No caso da suspensão condicional do processo, a situação não é outra. Não se trata de abordar o mérito, propriamente, mas de “reconhecer” que a classificação do fato na denúncia está incorreta. Vedada esta possibilidade, tem-se como materialmente não garantido o acesso do réu à prestação jurisdicional, que inclui a apreciação de seu direito subjetivo à suspensão condicional do processo”.

Se isto ocorrer, o juiz deve baixar os autos à acusação para que formule a proposta, e, se esta não a fizer, conforme anteriormente exposto, o juiz determina a suspensão condicional do processo, cabendo à acusação, se inconformada, buscar a impugnação da decisão judicial pelos meios cabíveis.

O mesmo deve ocorrer quando houver uma desclassificação do delito. A partir do momento em que não restou caracterizada a classificação jurídica provisória dada pela acusação, nenhum impedimento resta para que seja feita a proposta de suspensão condicional do processo.

Nesse caminho, no caso de ação penal pública, o Juiz, após desclassificar o delito, deve aplicar, analogicamente, o artigo 384 do Código de Processo Penal, baixando os autos ao Ministério Público, a fim de que o mesmo formule a proposta de suspensão do processo.

Ressalta-se, ademais, que se trata de direito subjetivo do réu, sendo que, após a mencionada desclassificação, a suspensão condicional do processo tornou-se possível, desde que o acusado preencha os demais requisitos legais.

A respeito, Ada Pelegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes⁶³ afirmam que:

⁶¹ A suspensão condicional do processo e o princípio da proteção judiciária.

⁶² *Idem, ibidem.*

⁶³ cf. Juizados Especiais Criminais, em conjunto com Luiz Flávio Gomes, 1996, à página 203.

“A desclassificação do delito pode ensejar a suspensão condicional do processo fora do seu tempo normal (que é o da denúncia, nos termos do art. 89). Suponha-se a denúncia por furto qualificado, sendo certo que ab initio havia justa causa para isso. Encerrada a instrução, percebe-se que a qualificadora não resultou comprovada. O juiz terá que aplicar o art. 384 do CPP. No princípio, pela pena cominada, não era possível a suspensão do processo; agora, com a desclassificação, tornou-se possível: estamos convencidos de que nessa hipótese o juiz, antes de sentenciar, deve ensejar a possibilidade de suspensão”.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito:

“Desclassificação do crime e suspensão condicional do processo. No momento da prolação da sentença condenatória, havendo a desclassificação da conduta criminosa imputada ao réu para outra que se enquadre nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95. (‘Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, ...’) deve o juiz instar o Ministério Público para que se pronuncie a respeito da proposta de suspensão condicional do processo. Com base nesse entendimento, o Tribunal deferiu habeas-corpus contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - que entendera inaplicável o referido benefício porquanto ultrapassada a fase processual a ele correspondente - para invalidar a condenação penal, mantida, no entanto, a desclassificação operada pelo magistrado de 1ª. instância, determinando que se submeta ao paciente a proposta de suspensão condicional do processo que, na espécie, já fora oferecida pelo Ministério Público.”

(HC n. 75.894-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.04.98, inf. 105/98).⁶⁴

REQUISITOS OU PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Para o réu fazer *jus* ao benefício da suspensão condicional do processo, são necessários vários requisitos. De início, adverte-se que a pena mínima atribuída à infração penal tem de ser igual ou inferior a um ano. Para se chegar a esta pena, devem ser consideradas as causas de aumento, diminuição, critérios para a fixação de pena na tentativa e no concurso de crimes, conforme será oportunamente exposto.

Outrossim, a lei exige que o acusado não esteja sendo processado. Porém, em que pese tal disposição legal, a exigência em apreço fere o princípio constitucional de presunção de inocência.

É que o inciso LVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Além disto, o artigo 8º da Convenção Americana dos Direitos do

⁶⁴ Boletim IBCCrim n. 67 - junho/1998

Homem declara que todo acusado é presumivelmente inocente até que se prove legalmente sua culpabilidade.

Ora, se durante o processo o acusado deve ser considerado inocente, não poderia o legislador infraconstitucional tratá-lo como se condenado (ou culpado) fosse. Assim sendo, não haveria motivo algum para se impedir tal benefício a acusados que não foram condenados irrecorrivelmente, pois, repita-se, devem ser presumidos inocentes até prova em contrário.

Destarte, a melhor solução para conciliar tal disposição normativa com o princípio constitucionalmente assegurado aos acusados em geral, parece ser a encontrada por Ada Pelegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes⁶⁵, sendo que na existência de outro processo em curso deve ser feita uma análise mais aprofundada das chamadas circunstâncias judiciais (culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos, etc.). O que não se pode admitir é que o simples fato de existir um outro processo, por si só, impeça o benefício a quem é presumivelmente inocente.

É evidente que se o réu tem péssima conduta social, personalidade voltada ao crime e responde a vários processos, embora nenhum com trânsito em julgado, não deve fazer *jus* ao benefício. Mas, o que não pode ocorrer é que, repita-se, o mero fato de existir outro processo em curso, a quem é presumido como sendo inocente, seja considerado um fato que impeça a medida.

Cezar Roberto Bitencourt⁶⁶ discorda deste entendimento, afirmando que não há inconstitucionalidade alguma no dispositivo em exame, afirmando que “para conceder vantagens desta magnitude é compreensível que a ordem jurídica faça determinadas exigências, como forma de assegurar o acerto do beneplácito. E, ademais, o acusado que praticar condutas definidas como crime, é natural que seja processado, essa é a ordem natural das coisas, essa é a regra”.

O mesmo entendimento possui Julio Fabbrini Mirabete⁶⁷, que entende que “ao contrário do que se tem por vezes afirmado, a exigência desse requisito não viola o princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade ao impedir a suspensão pela simples existência de outro processo contra o acusado. Esse princípio constitucional apenas impede que alguém seja considerado culpado sem que haja contra si uma sentença condenatória transitada em julgado. Isso não impede a lei de exigir requisitos vários para a concessão ou manutenção de direitos ou benefícios”.

Entretanto, com a devida vênia, tal entendimento está partindo do pressuposto que o acusado tenha praticado a conduta definida como crime, pois, caso contrário, qual seria o motivo de se impedir o instituto a uma pessoa simplesmente por estar sendo processada? Se ele (presumivelmente) não praticou aquele ato de que está sendo acusado, o que impede que goze do benefício?

⁶⁵ Juizados Especiais Criminais, 1996, p. 214.

⁶⁶ Juizados Especiais Criminas e Alternativas à pena de Prisão, 1997, p. 121.

⁶⁷ Juizados Especiais Criminais, 1998, p. 160.

Outro requisito para a suspensão condicional do processo é o fato de o acusado não ter sido condenado por outro crime. Neste passo, é evidente que condenação por uma contravenção penal não tem o condão de impedir o benefício.

Além destes mencionados, devem estar presentes os demais requisitos necessários para a suspensão condicional da pena, previstos no artigo 77 do Código Penal. Entretanto, tais requisitos necessitam de uma adaptação para serem aplicados à suspensão condicional do processo, pois são específicos para o *sursis*.

Enfim, presentes todos os requisitos legais, sendo o instituto em estudo um direito subjetivo do réu, a proposta de suspensão condicional do processo deve ser formulada ao mesmo.

CONDIÇÕES

Conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 89 da Lei 9.099/95, aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, suspenderá o processo, submetendo o acusado a um período de prova, sob as seguintes condições: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de freqüentar determinados lugares, proibição de se ausentar da comarca sem autorização do juiz; comparecimento mensal obrigatório a juízo para informar e justificar suas atividades.

Conforme expôs Cezar Roberto Bitencourt⁶⁸, as condições legais acima referidas *não necessitam ser todas aplicadas conjuntamente*. A situação fática é que indicará ao magistrado quais as condições relacionadas que são recomendadas ao caso.

De outra parte, o parágrafo 2º do artigo 89 da Lei 9.099/95 determina que, além das referidas no parágrafo 1º, outras condições podem ser fixadas pelo juiz, desde que forem adequadas ao fato e à situação do acusado.

A respeito, conforme disse Cezar Roberto Bitencourt⁶⁹, assim como ocorre na hipótese do livramento condicional, “as condições não podem ser ociosas, humilhantes, indignas ou constrangedoras, nem constituídas por deveres decorrentes de outras previsões legais”.

Alberto Silva Franco (Boletim IBCCrim n. 35) se confessa em dúvida quanto ao instituto, pois como se pode falar na suspensão condicional do processo, se a aceitação do acusado à proposta do MP envolve o acolhimento de um pacote fechado de condições? Que acordo é este em que o acusado não pode discutir cada uma das condições que vão, durante alguns anos, reger sua vida?

Na verdade, deve ser dada ao acusado a oportunidade de fazer uma contra-proposta, caso ele queira a suspensão mas não aceite as condições impostas.

⁶⁸ Juizados Especiais Criminais e Alternativas à pena de Prisão, 1997, p. 131.

⁶⁹ Op. cit. p. 132.

No caso de não se chegar a um acordo, o processo terá seguimento, restando ao acusado, se inconformado, se utilizar dos meios de impugnação dos atos judiciais existentes no nosso ordenamento jurídico. Assim, tanto pode se utilizar de ações de impugnação para determinar a suspensão do processo com as condições que lhe parecerem justas ou, caso condenado, na apelação, requerer a nulidade do feito desde a proposta formulada, para se suspender o feito com as condições pretendidas.

Aceitas as condições e suspenso o processo, o réu será submetido a um período de prova, de dois a quatro anos, em que o feito e o curso do prazo prescricional ficarão suspensos, sendo que, após tal lapso, caso cumpridas as condições que foram impostas ao acusado, será declarada extinta sua punibilidade.

O artigo 89 da Lei 9.099/95, em seu parágrafo terceiro, estabelece as causas obrigatórias de revogação da suspensão do processo. Com efeito, a lei determina a revogação do instituto se o beneficiário vier a ser processado por outro crime durante o período de prova ou se o mesmo deixar de efetuar a reparação do dano sem justo motivo.

Quanto à primeira hipótese de revogação, estamos com Ada Pelegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes⁷⁰, pois a “inconstitucionalidade dessa determinação é meridiana. Enquanto o processo está em andamento, o acusado é presumivelmente inocente, não pode ser tratado como condenado. É nisso que consiste a regra de tratamento derivada do princípio constitucional de presunção de inocência, consoante a lição de Antonio Magalhães Gomes Filho.

Onde está escrito processado, portanto, deve ser lido condenado irreccorivelmente, isto é, revoga-se obrigatoriamente a suspensão do processo se o acusado vier a ser condenado irreccorivelmente por outro crime”.⁷¹

Nota-se que a lei se refere a crime, logo se o beneficiário da suspensão do processo vier a ser condenado por uma contravenção penal, não é causa obrigatória da revogação da medida.

A segunda causa de revogação obrigatória mostra a preocupação com a vítima trazida por este novo instituto, mas, sabiamente, prevê a possibilidade de o beneficiário provar a impossibilidade de reparar o dano, seja porque não tem condições para tal ou mesmo porque a vítima desapareceu ou não aceite tal reparação.

Por seu turno, o parágrafo 4º. prevê as causas facultativas de revogação da medida. Assim, são causas facultativas que podem causar a revogação da suspensão do processo o fato de o beneficiário vir a ser processado (sic) durante o período de prova por uma contravenção.

Aqui, assim como no caso de crime que ocasiona a revogação obrigatória, deve ser entendido como causa de revogação facultativa o fato de ser, o réu, con-

⁷⁰ Juizados Especiais Criminais, p. 232.

⁷¹ Idem, *ibidem*.

denado por contravenção penal, transitando em julgado a condenação.

A causa derradeira de revogação facultativa resulta do descumprimento, por parte do réu, das condições impostas para a suspensão do processo. Isto é, ressaltada a reparação do dano, *qualquer outra condição imposta*.

No caso de revogação da medida, o processo será retomado na fase em que se encontrar.

TENTATIVA

Conforme visto, a suspensão condicional do processo é cabível nas infrações penais com pena mínima igual ou inferior a um ano. Porém, existem dúvidas na doutrina e na jurisprudência para se estabelecer se no caso de ocorrer tentativa, concurso de crimes ou casos de aumento e diminuição de pena, deve-se levar em consideração o parâmetro legal de aumento ou diminuição da pena ou considera-se somente a pena básica atribuída à infração penal.

Neste passo, tentativa ocorre quando se inicia a execução de um crime mas este não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Quando o crime é tentado mas não se consumou, a pena imposta ao acusado deve ser diminuída de um a dois terços. Isto porque nosso Código Penal se filiou à corrente defendida por Carrara de que a tentativa deve ser sancionada com pena inferior à do delito consumado.⁷²

Assim sendo, a pena mínima a que o acusado poderá ser condenado não será a prevista no preceito secundário do dispositivo incriminador, e sim aquela com a redução máxima da norma de extensão temporal que determina a redução da pena imposta ao fato.

Desse modo, no caso da tentativa, para se saber se é possível a suspensão condicional do processo, o aplicador deverá considerar a pena mínima prevista para o crime e diminuir do máximo possível previsto no parágrafo único do artigo 14 do Código Penal, pois esta será a pena mínima a que o acusado estará sujeito, ou seja, trata-se de diminuir a pena mínima em dois terços.

CONCURSO DE CRIMES

Por seu turno, no caso de concurso de crimes, duas posições se formaram na doutrina e na jurisprudência. A primeira considera o cômputo isolado das penas para o fim de aferição do cabimento da suspensão^{73 74 75}, enquanto que a derradeira prevê a inviabilidade do instituto se a soma das penas, no concurso material ou formal, superar um ano.

⁷² Cf. Eugênio Raúl Zafaroni e José Henrique Pierangeli, *Da Tentativa*, 1995, p.126 e ss.

⁷³ Neste sentido, no caso de continuidade delitiva, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no RHC n. 6.066/SP, 5^a. Turma, Rel. José Arnaldo, j. 28.04.97, v.u., DJU 06.10.97, p.50.016 *in verbis*: "*penas mínimas não podem ser somadas para obstar a suspensão. Aplicação do art. 89, da Lei 9.099/95. Recurso conhecido e provido*".

⁷⁴ Este é também o entendimento de Damásio E. de Jesus, *in* Juizados Especiais Criminais, p. 100, para o qual, *as penas mínimas abstratas não podem ser somadas para fim de impedimento da medida*.

Nesse sentido, tem se consolidado a posição de que “no cálculo da pena mínima para fins de suspensão do processo (Art. 89, da Lei n. 9.099/95) leva-se em conta a causa de aumento decorrente do concurso”.⁷⁶

De fato, a solução para este caso deve ser a mesma que a doutrina e a jurisprudência têm adotado para o *sursis* (suspensão condicional da pena), ou seja, primeiro se parte da pena mínima cominada ao crime e depois se aumenta o mínimo possível em razão do concurso de crimes ocorrido.

Assim, tratando-se de concurso material, as penas mínimas devem ser somadas, enquanto que no concurso formal ou crime continuado, à pena mínima básica do crime mais grave deve ser acrescentado o menor aumento possível, qual seja, um sexto (salvo os casos de concurso material benéfico em que as penas mínimas devem ser somadas).

CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DE PENA

Para a aplicação da suspensão condicional do processo, o marco fundamental é a pena mínima aplicada à infração penal, devendo, para se chegar a ela, ser consideradas, da mesma forma que no caso de tentativa, as causas de aumento e diminuição de pena.

Assim sendo, quanto às causas de aumento de pena, deve se considerar o aumento mínimo, enquanto que nas causas de diminuição, considera-se o redutor máximo. Isto porque, repita-se, será esta a pena mínima a que o agente estará sujeito.

Nesta linha de raciocínio, a Promotora de Justiça Waléria Garcelan Loma Garcia⁷⁷ defende a suspensão condicional do processo no crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, mesmo após a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, quando presente o instituto do arrependimento posterior.

É que a Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, no seu artigo 302, criou um novo tipo penal para o crime de homicídio culposo praticado com veículo automotor com pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Se se considerasse somente a pena base, pela legislação atual tal hipótese estaria fora da esfera de possibilidade da suspensão do processo. Porém, defende a autora, se presente o arrependimento posterior, que ocasiona a redução de um a dois terços na pena, e considerada a diminuição máxima (2/3), a pena

⁷⁵ O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo também já decidiu desta maneira *in verbis*: “Lei 9.099/95. Suspensão Condicional do Processo. Concurso de crimes. Consideração isolada das penas. Necessidade: em sede da Lei 9.099/95, tratando-se de concurso de crimes, a orientação mais adequada é no sentido da não cumulatividade das penas, tomando-se antes cada delito isoladamente, na conformidade do art. 119 do CP, ao tratar genericamente da extinção da punibilidade, que é por igual ao alcance último do art. 89 da Lei (TACrimSP, Ap. n. 992469, Rel. S.C. Garcia, Rolo/Flash n. 1041/247).

⁷⁶ RHC 6.671-RS, rel. Min Fernando Gonçalves, 6ª. T do STJ, v.u., j. 17.11.97, DJU 9.12.97, p. 64776.

⁷⁷ Código de Trânsito Brasileiro: O crime de homicídio Culposo e a possibilidade da suspensão Condicional do Processo, Revista do IBCCrim n. 36, fev/98.

mínima passa a ser inferior a um ano (8 meses), o que viabiliza a proposta da suspensão condicional do processo.

É bem verdade que, na hipótese narrada, trata-se de caso de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal e não de causa especial de diminuição de pena, mas o mesmo raciocínio deve ser utilizado, por muito maior razão, na derradeira hipótese.

No caso de causas de aumento de pena, deve ser considerado o critério de aumento da pena e no caso de se prever um máximo e um mínimo para tal mister, o aumento deve ser o mínimo possível.

Quanto à consideração das causas de aumento de pena para se chegar à pena mínima cominada, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* número 74.234-3, publicado no Diário Oficial da União de 02.08.96, p. 25.799, em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, já decidiu:

“Também parece não proceder a alegação de que o ora paciente teria direito ao benefício da suspensão condicional do processo penal. É que a acusação penal deduzida contra o ora paciente - e que foi integralmente acolhida pela sentença condenatória - imputou-lhe a prática do crime de apropriação indébita qualificada (CP, art. 168, Par. 1º, III), cuja pena mínima definida “in abstracto” - considerada a existência de causa especial de aumento de pena (um terço) - situada em nível superior (um ano e quatro meses de reclusão) ao limite inultrapassável fixado pelo art. 89, “caput”, da Lei n. 9.099/95. Essa circunstância, “verificada a razoabilidade (justa causa) do aumento”, exclui a admissibilidade da suspensão condicional do processo, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (Luiz Flávio Gomes, *Suspensão Condicional do Processo Penal*, p. 148, 1995, RT)”.

POSSIBILIDADE DE NOVA SUSPENSÃO DO PROCESSO

Nada impede que seja concedido ao agente uma nova suspensão do processo em outro feito, mesmo que ele já tenha sido beneficiado anteriormente pelo instituto. É que, ao contrário da transação penal em que o artigo 76 da Lei 9.099/95 exige que o autor do fato não tenha sido beneficiado por ela no prazo de cinco anos, não existe tal empecilho no presente instituto.

Nesse caminho, conforme dito anteriormente, embora a mesma lei tenha trazido tais novidades para nosso ordenamento jurídico, não se deve confundir a suspensão condicional do processo com a transação penal, pois são institutos diferentes, com âmbito de admissibilidade diverso.

A respeito, conforme expôs Julio Fabbrini Mirabete⁷⁸, “caso o acusado continue atendendo aos requisitos do art. 89 nada impede que seja concedida nova suspensão condicional do processo”.

⁷⁸ Juizados Especiais Criminais, 1998, p. 164.

CONCLUSÃO

Em um Estado democrático de direito, que zela pela dignidade da pessoa humana, são selecionados determinados bens jurídicos e previstas sanções para aqueles que os violarem. Estas sanções podem ser penais ou civis. A sanção penal, ou pena, é a que a pessoa está sujeita caso pratique uma infração penal. Ultimamente a prisão, pena restritiva de liberdade, vinha sendo a única resposta do direito para combater a prática de crimes. Entretanto, a prisão não vinha cumprindo sua finalidade e medidas alternativas vêm surgindo em nosso ordenamento jurídico. Existem alternativas penais e processuais para que se evitem penas privativas de liberdade. Podem ser mencionadas como exemplos: o sursis, o perdão judicial, as penas alternativas, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

LACUNAS DA PERCEPÇÃO: UM OLHAR NA PAISAGEM

Luciana Cordeiro de Souza¹

Fome, sede, dor
que me invade.
Vazio sem sabor
que me envolve.
Descaso, poluição, doença e morte.
Fim de uma Era,
esperança vã.
Desejos de um novo tempo,
de uma vida sã.
Em um mundo cego,
meus olhos querem ver
a paisagem que
minha alma grita:
a cor da vida!

Luciana Cordeiro

1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É interessante observarmos que apenas notamos e cuidamos do que nossa visão descortina, podendo-se até afirmar que, na maioria das vezes, nossa visão é curta demais e, por outras, cega. Ao analisarmos os verbos² ver e olhar, percebemos que seus significados são similares, ambos se reportam à idéia de prestar atenção, de contemplar, enquanto que o verbo enxergar, refere-se tão somente ao notar, e por isso, talvez, o que tenhamos feito até agora tenha sido apenas enxergar, simplesmente notar o todo que nos envolve sem darmos a devida importância à imagem que captamos. Surgindo daí o caos em que vivemos: caos social, político e econômico.

Muitos de nós somos negligentes, egoístas ou quem sabe, alienados na rea-

¹ Advogada Ambientalista, Mestre e Doutoranda em Direito Ambiental na PUC/SP, Bolsista CAPES, Professora de Ciências Políticas da Faculdade de Direito Padre Anchieta - Jundiaí - SP; Sócia Fundadora da APRODAB.

² Segundo o dicionário Aurélio, temos que **Enxergar** significa ver a custo; entrever, divisar; descortinar, avistar; notar; perceber; observar. Enquanto que **Olhar** refere-se a fitar os olhos ou a vista em; mirar; contemplar; olhar de cara; encarar. Já para o verbo **Ver**, o significado corresponde a: conhecer ou perceber pela visão; olhar para; contemplar. (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Aurélio*, passim.)

lidade que nos cerca. Mas, neste trabalho, estamos falando sobre a paisagem que não vemos, e que por não vemos muitas vezes a poluímos, contaminamos, destruimos. Esta paisagem é o meio no qual estamos inseridos, e quando nos reportamos ao Meio Ambiente, estamos a falar sobre a Vida. Sobre nosso cotidiano como ser humano, como cidadão, como partícipe do Estado e não como mero espectador.

O planeta Terra, lar que nos foi dado para ser administrado e servir de moradia para todos os seus habitantes, pede socorro. Se olharmos ao redor, avistamos poluição, destruição, miséria, fome, doenças e morte.

Este trabalho, de forma sucinta, tem a ambição de descortinar esse cenário ambiental no qual estamos inseridos, fazer com que possamos ver e olhar, e não apenas enxergar nossa realidade.

A proposta é abrir os olhos, olhar e ver a paisagem, buscar conhecer e entender o porquê do desequilíbrio no cenário ambiental em que vivemos, bem como descobrirmos juntos de que forma faremos a diferença. Eis o desafio.

2- O OLHAR SOBRE OS RECURSOS HÍDRICOS

Ao pensarmos em recursos hídricos, facilmente nos vem à mente um lindo rio com águas cristalinas, se nos desligarmos um pouco do barulho ao redor, podemos até ouvir o canto das águas jorrando da nascente, escorrendo pelas pedras a formar cachoeiras, tudo parece perfeito. Porém, sabemos que a realidade não é essa. Dados confirmam que em nosso país, 80% dos esgotos das grandes cidades são despejados *in natura* em nossos rios, poluindo e contaminando³ nossas águas, trazendo doenças⁴ e mortes. Em nossos hospitais, temos que 80% dos leitos estão ocupados por pacientes com doenças de origem hídrica⁵.

Estudos da ONU demonstram que morrem pelo menos 10 mil pessoas todos os dias no mundo, mortes estas causadas pela falta de tratamento de água e esgotos. Sendo 6000 mil crianças com idade até 5 anos. Podendo ser considerado que a água de má qualidade e o esgoto não tratado são os maiores assassinos da humanidade, pois matam muito mais do que a AIDS e todas as guerras em andamento. Esses dados são terríveis e pouco se fala sobre isso.⁶

Corroborando nossas assertivas, trazemos a colação as constatações de Joel Felipe Soares⁷, que tem um olhar sobre o tema:

³ Água poluída é diferente de água contaminada. Poluída: é aquela que tem cheiro forte, cor bem escura, que alterou suas características naturais, isto é, deixou de ser pura e saudável aos seres vivos. Contaminada é aquela que transmite doenças, pois contém microorganismos, restos de animais, larvas e ovos de vermes.

⁴ Sueli Gandolfo Dallari, no texto O Direito à saúde, *Revista de Saúde Pública*, 22 (1), p. 58, conceitua: "Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença."

⁵ Doenças transmitidas diretamente através da água: cólera; febre tifóide; febre paratífóide; disenteria bacilar; amebíase ou disenteria amebiana; hepatite infecciosa; poliomielite. Doenças transmitidas indiretamente através da água: esquistossomose; fluorose; malária; febre amarela; bócio; dengue; tracoma; leptospirose; perturbações gastrointestinais de etiologia escura; infecções dos olhos, ouvidos, garganta e nariz.

⁶ José Sachetta, Carta Maior, 22/03/03.

⁷ Joel Felipe Soares, A solução está sob a Terra, *Estadão*, 22/03/04.

“À disposição do homem estão 38,36 milhões de km³ de água, dos quais 3% são superficiais e 97% subterrâneos. Vale ressaltar que uma parcela significativa das águas superficiais já está comprometida pelo alto nível de poluição. (...) Torna-se necessária a criação de uma política de governo centrada em dois objetivos prioritários: a educação e o saneamento.

No saneamento, nossa situação é realmente grave. Hoje, no país, 80% dos esgotos coletados são jogados nos rios, sem nenhum tratamento. E o pior: 50% dos esgotos são coletados. Nesse ritmo, entraremos em colapso antes de 2015. É fundamental uma ação governamental, em que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário assumam a responsabilidade pelo gerenciamento e destinação de verbas para o setor. Deveriam, juntos, iniciar obras para coleta e tratamento de esgotos, tratar o assunto como calamidade pública, colocar o País acima das questões partidárias e de interesses de grupos ou pessoas. Assim, seria possível gerar condições para frear a curva descendente no saneamento.

Ações dessa envergadura gerariam milhares de empregos, questão prioritária no atual governo. E uma economia significativa na área da saúde, pois, para cada real investido em saneamento, teríamos uma economia de dois reais na saúde.”

Neste sentido temos as palavras de Dom Cláudio Hummes⁸: *“Mas muitíssimo ainda a fazer, com urgência. Hoje, no mundo, ‘segundo a ONU, cerca de 1,2 bilhão de pessoas não têm água de qualidade para beber e 2,4 bilhões não têm serviços sanitários adequados. A cada ano morrem 2 milhões de crianças devido a doenças causadas por água contaminada.”*

Ainda: *“Nos países mais pobres, uma em cada cinco crianças morre antes dos 5 anos de idade por doenças relacionadas à água. A metade dos leitos hospitalares do mundo está ocupada por pacientes afetados por enfermidades relacionadas à água.”*⁹

Assim, constatamos que esse problema não é só nosso, mas em nosso território isto se torna mais gravoso, vez que possuímos água em abundância.

Por ser essencial à vida humana, a água de boa qualidade é um direito de todos. Sendo um direito, gera o dever de nos empenharmos para que esse direito seja atendido para todos. Mas, como em tantos outros países do mundo, no Brasil esse direito está comprometido.

Desta forma, cabe-nos destacar um outro olhar: *“A água é um problema de segurança nacional e como tal merece a adoção de estratégias direcionadas para cada um de seus aspectos particulares, todos eles de relevância social e econômica dos povos, aí compreendida a saúde pública.”*¹⁰

Complementando, causa-nos temor pensar que se a água que nós enxergamos, e da qual somos tão dependentes, encontra-se neste estado tão deplorável, o

⁸ Dom Cláudio Hummes, *Estadão*, 03/03/04.

⁹ Texto-Base da Campanha da Fraternidade 2004, da CNBB, p. 16-17.

¹⁰ GERMANO, Pedro Manoel Leal; GERMANO, Maria Izabel Simões. A água: um problema de segurança nacional. *Revista Higiene Alimentar*. São Paulo: DPI Studio e Editora, nº 90/91, v. 15, nov/dez 2001, p. 15.

que será das águas subterrâneas, as chamadas águas invisíveis?

Estudos já demonstram que nossas águas invisíveis, “reserva estratégica da humanidade”, já se encontram contaminadas em algumas localidades, e o pior, sua descontaminação é quase impossível.

E para ilustrar, trazemos as pesquisas dos professores Alberto Pacheco e Lerizo Marques, que há anos vêm analisando os danos que os cemitérios causam ao meio ambiente, e constataram que em algumas áreas a água subterrânea encontra-se contaminada, e que causa doenças aos moradores que dela se abastecem.

O professor Pacheco assevera que *“Todo cemitério é um risco potencial para o meio ambiente, mas só é um risco efetivo quando não estão implantados adequadamente. Para isso, é preciso avaliar as condições básicas geológicas (tipo de solo) e hidrogeológicas (profundidade no nível do aquífero freático). E as prefeituras, geralmente, utilizam terrenos com valores depreciados e não se atêm a qualquer tipo de iniciativa”*.¹¹

E em outro trabalho, complementa: *“Os cemitérios podem ser fonte geradora de impactos ambientais. A localização e operação inadequadas de necrópoles em meios urbanos podem provocar a contaminação de mananciais hídricos por microrganismos que proliferam no processo de decomposição dos corpos. Se o aquífero freático for contaminado na área interna do cemitério, esta contaminação poderá fluir para regiões próximas, aumentando o risco de saúde nas pessoas que venham a utilizar desta água captada através de poços rasos.”*¹²

Ainda, segundo o professor Lezire: *“Em São Paulo há vetores transmissores da poliomielite e da hepatite e as pessoas que não têm acesso à rede pública de abastecimento e utilizam poços é que são afetadas. Se em São Paulo a situação já é grave, imagine nos cantões do País?”*, questiona o professor.¹³

Lamentável, quando vemos aquele cidadão que se abastece diariamente da água do poço perfurado ao lado de uma fossa séptica construída em seu quintal, sem perceber que a água já perdeu o sabor de outrora, que seus filhos constantemente adoecem e sequer descobrem a causa; perdeu ele o “olhar”, o “ver”, restando-lhe somente um “enxergar” que sequer nota sua miséria ambiental.

Diante desses fatos, e dos levantamentos que vêm sendo realizados no estado de São Paulo, o governo, por meio de seu Conselho de Recursos Hídricos, editou a Resolução CRH de n. 52/05, para restringir as “seis áreas potencialmente críticas no estado de São Paulo, que apresentam problemas de superexploração, com a perfuração de poços além da capacidade dos aquíferos, e cujas águas subterrâneas estão contaminadas ou com riscos de contaminação. As áreas potencial-

¹¹ Luciana Ackermann, A ameaça dos mortos – Líquido de corpos em decomposição nos cemitérios podem contaminar água, *Revista Isto é*, Edição 1748, 02/04/03.

¹² Site: www.igc.usp.br/subsites/cemiterios/cemit.php, acessado em 07/04/05.

¹³ Luciana Ackermann, A ameaça dos mortos – Líquido de corpos em decomposição nos cemitérios podem contaminar água, *Revista Isto é*, Edição 1748, 02/04/03.

mente críticas onde as reservas de água subterrânea necessitam de restrições e controle para captação e usos estão localizadas nas regiões dos municípios de São José dos Campos e Jacareí; Campinas e Jundiaí; Ribeirão Preto, São José do Rio Preto e Catanduva, na Região Metropolitana de São Paulo e Bauru.”¹⁴

Neste tópico, acrescentamos que, com relação aos recursos hídricos, temos a contaminação dos alimentos que pode ser oriunda das águas, e que vem gerando inúmeros casos de câncer no Brasil. Para tanto, destacamos: “*Estudo da UNICAMP da pesquisadora Dra. Mônica Cristiane Rojo de Camargo comprova que a ingestão de compostos cancerígenos é grande no Brasil, informa que os grandes vilões são os óleos, carnes, gorduras e açúcares. A contaminação dos alimentos, como os vegetais, se dá através dos hidrocarbonetos presentes na água, consequência direta da poluição ambiental.*”¹⁵

Importante ressaltar, que quando falamos em recursos hídricos, principalmente, subterrâneos, estamos também falando em solo, que serve de veículo condutor para a percolação da fonte geradora de contaminação, e que certamente perderá sua condição de solo fértil e produtivo, no qual a semente deveria germinar e se tornar alimento.

3- O OLHAR SOBRE A FOME

O solo foi considerado por muito tempo um receptor ilimitado de materiais descartáveis, como o lixo doméstico, os efluentes e os resíduos industriais, com base na suposição de que este meio apresenta uma capacidade ilimitada de atenuação das substâncias nocivas presentes, que levaria ao saneamento dos impactos criados. Essa capacidade, como ficou comprovado, é limitada, e hoje sabemos que diversas áreas encontram-se contaminadas¹⁶.

Quando falamos em solo, este não perde sua potencialidade somente pela contaminação que o percola alcançando os lençóis freáticos, mas também quando o solo perde sua cobertura vegetal em razão do descaso e da ganância humana, acarretando, muitas vezes, erosões e seu empobrecimento.

Sem água e sem solo fértil não há como se produzirem alimentos, e por isso, assistimos à fome que vem e que mata; que em manchetes de jornais e de progra-

¹⁴ Deliberação CRH nº 052, de 15 de abril de 2005.

¹⁵ Site: www.agua.bio.br, Rede Cluster de Educação Ambiental, de 16/08/04, acessado em 17/08/04.

¹⁶ Conforme site da Cetesb- www.cetesb.gov.br, acessado em 28/04/05, temos que “Uma área contaminada pode ser definida como um local onde há comprovadamente poluição ou contaminação causada pela introdução de substâncias ou resíduos que nela tenham sido depositados, acumulados, armazenados, enterrados ou infiltrados, de forma planejada ou acidental. Nessa área, os poluentes ou contaminantes podem concentrar-se no ar, nas águas superficiais, no solo, nos sedimentos, ou nas águas subterrâneas. Os poluentes ou contaminantes podem ainda ser transportados a partir desses meios, propagando-se por diferentes vias, como por exemplo, o ar, o próprio solo, as águas subterrâneas e superficiais, alterando suas características naturais ou qualidades e determinando impactos negativos e/ou riscos sobre os bens a proteger, localizados na própria área ou em seus arredores.”

mas televisivos atraí os olhares, olhares estes que continuam apenas enxergando, e nada vendo.

Sobre esta questão, convém trazer a clarividência de um grande brasileiro, que na década de 1930 foi o primeiro a mapear a fome no Brasil, o professor Josué de Castro, que ao escrever a obra *Geografia da Fome* destacou também a importância da proteção ambiental.

Josué de Castro¹⁷ além de ver e olhar, também sentia a paisagem; colacionamos alguns de seus trabalhos para mostrarmos o brilho do seu olhar sobre o meio ambiente:

“A poluição é uma doença universal que interessa a toda humanidade, mas existem tipos de poluição diferentes no mundo inteiro. Os países ricos conhecem a poluição direta, física, material, a do ambiente natural. Os países subdesenvolvidos são presas da fome, da miséria, das doenças de massa, do analfabetismo. O Homem do Terceiro Mundo conhece essa forma de poluição chamada “subdesenvolvimento”. E devo dizer que esta é a forma mais grave, mais terrível de todas.” (Entrevista à Terre Entière, Numero Double, sept. 1972, feita por Jean Prédine e Roger Wellhoff)

Hodiernamente, em pleno século XXI, acrescentamos que, além dessa poluição chamada subdesenvolvimento, também passamos a conhecer a poluição do mundo natural; porém, destacamos que seu pensamento continua muito atual, pois a fome, a miséria, as doenças em massa e o analfabetismo continuam a persistir em nosso meio, e o pior, a ausência de educação transforma nossa população em cegos da realidade ambiental, em seres por vezes omissos, por outras, considerados impotentes quanto a esta poluição.

Josué de Castro acrescenta: *“O meio não é apenas o conjunto de elementos materiais que, interferindo continuamente uns nos outros, configuram os mosaicos das paisagens geográficas. O meio é algo mais do que isso. As formas das estruturas econômicas e das estruturas mentais dos grupos humanos que habitam os diferentes espaços geográficos também são partes integrantes dele. Desse ponto de vista o meio abrange aspectos biológicos, filosóficos, econômicos e culturais, todos combinados na mesma trama de uma dinâmica ecológica em transformação permanente.”* (Subdesenvolvimento: causa primeira de poluição, Trabalho apresentado no “Colóquio sobre o Meio”, em junho de 1972, em Estocolmo. Publicado na revista *O Correio da*

¹⁷ Site: www.josuedecastro.com.br, acessado em 28/04/05. Em suas palavras temos: “E foi assim que, pelas histórias dos homens e pelo roteiro do rio, fiquei sabendo que a fome não era um produto exclusivo dos mangues. Que os mangues apenas atraíram os homens famintos do Nordeste: os da zona da seca e os da zona da cana. Todos atraídos por esta terra de promessa, vindo se aninhar naquele ninho de lama, construído pelos dois e onde brota o maravilhoso ciclo do caranguejo. E quando cresci e saí pelo mundo afora, vendo outras paisagens, me apercebi com nova surpresa que o que eu pensava ser um fenômeno local, era um drama universal. Que a paisagem humana dos mangues se reproduzia no mundo inteiro. Que aqueles personagens da lama do Recife eram idênticos aos personagens de inúmeras outras áreas do mundo assolados pela fome. Que aquela lama humana do Recife, que eu conhecera na infância, continua sujando até hoje toda a paisagem de nosso planeta como negros borrões de miséria: as negras manchas demográficas da geografia da fome.” (Josué de Castro, *A descoberta da fome*, Prefácio ao livro *Homens e Caranguejos*, Lisboa, 1966.)

UNESCO, ano I, n 3, março de 1973. Incluído no livro *Fome, Um Tema Proibido*. Última Edição Civilização Brasileira, 2003. Organizadora: Anna Maria de Castro).

Complementando, temos que a falta desta consciência gera o dano ambiental em todas as formas. Segundo relatório divulgado pela Redação Terra, temos que o “*dano ambiental impede o combate à fome. O relatório do programa Avaliação Ecológica do Milênio ainda alerta que, se não houver reversão nos danos ambientais, será impossível erradicar a pobreza e a fome. A degradação do meio ambiente constitui um sério obstáculo ao cumprimento das metas de redução da pobreza e da fome estabelecidas pelas Metas de Desenvolvimento do Milênio da ONU. Apesar das previsões pessimistas, o estudo diz que é possível reverter a situação, ainda que isso ‘vai exigir mudanças radicais na forma como se lida com a natureza’.* O relatório será apresentado hoje no Brasil pelo Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável (CEBDS) e pelos ministérios do Meio Ambiente e da Saúde.”¹⁸

Portanto, urge que o nosso olhar esteja voltado ao todo que nos cerca. O meio ambiente e o homem interagem a fim de se complementarem.

4- O OLHAR SOBRE A FLORA E A FAUNA

Acrescentamos ainda que os chamados “diferentes ambientes” existentes no planeta ao ao interagirem, o fazem como um conjunto perfeito, de forma harmônica e, ao se agredir um deles, está-se agredindo e desequilibrando o todo. Assim, trazemos um olhar que vê além do verde das florestas, que como poesia nos ensina: “*Florestas e águas são tão interdependentes que em muitos casos não se sabe qual é a causa e qual é a consequência, ou seja, a floresta existe ali por que o ambiente é mais úmido, ou o ambiente é mais úmido por que existe uma floresta ali? A copa da árvore recebe os pingos de chuva das alturas, eles passam de folha em folha, de galho em galho. Alguns escorrem pelo tronco e chegam delicadamente na terra. Infiltram-se no solo com ajuda das raízes que abrem caminho, pois dentro do solo a água corre lentamente. A água fica armazenada dentro do solo, onde é mais difícil o sol secá-la e ela pode ir minando devagarinho para os rios. A chuva que cai de enxurrada arrasta a terra com ela para dentro dos açudes e rios, isto chama-se assoreamento. Todos os açudes e rios devem ter árvores nas margens, protegendo-os como os cílios protegem os olhos. Estas florestas que protegem os rios são chamadas de matas ciliares. Além disso o solo da floresta trabalha como um gigantesco filtro físico e biológico, garantindo a limpeza e pureza da água. As florestas nos garantem água em quantidade e com qualidade.*”¹⁹

Convém destacar que tanto a flora como a fauna padecem com os efeitos da poluição aos recursos hídricos. No mês de abril de 2004, em reportagens jornalísticas tivemos dois exemplos destes impactos ocorridos no Rio Paraíba do Sul, em São

¹⁸ Site: www.terra.com.br, O Estado da Terra, acessado em 31/03/05.

¹⁹ Brígida Duarte, “Simbiose da Vida”, p. 5.

²⁰ Túlio Brandão, As aberrações do fundo do Rio Paraíba do Sul, O *Globo*, 2. ed., 12/04/04, p.16.

Paulo. Em 12/04/04 foi noticiada pelo jornal O Globo²⁰ a existência de aberrações no fundo do Rio Paraíba do Sul; através de um estudo realizado pela UFRJ foi revelada a existência de deformações em 35% dos peixes que vivem junto aos sedimentos contaminados pelas indústrias; uma série de fotos mostrou anomalia em peixes, como o aparecimento de uma bifurcação na nadadeira peitoral, formando um pé de galinha; há ainda fotos que mostram peixes com neoplasma, tumores pelo corpo (câncer). E no dia seguinte (13/04/04), o jornal O Estado de São Paulo divulgou matéria referente a uma mancha verde escura que tomou conta de um trecho do Rio Paraíba do Sul, na altura de São José dos Campos (SP), que ameaçava atingir outras cidades, mancha esta decorrente da poluição e da baixa vazão do rio. As plantas existiam nas margens do rio de maneira controlada, mas com o agravamento da poluição na água elas aumentaram. Esse fenômeno se repete desde 2002, e nada se faz.

Todos esses dados que demonstram a degradação ambiental e a falta de visão do ser humano corroboramos: *“Cerca de 60% dos ecossistemas do planeta registram alto grau de degradação ou são usados de forma insustentável, segundo um dos maiores estudos já realizados sobre o assunto. A situação tende a piorar nos próximos 50 anos, colocando em risco a sobrevivência das futuras gerações. As conclusões alarmantes são do relatório do programa Avaliação Ecológica do Milênio, que será distribuído hoje em todos os países. O programa é resultado de uma minuciosa avaliação feita por 1,3 mil cientistas de 95 países. Os especialistas alertam que a contínua degradação de 15 dos 24 serviços de ecossistemas analisados aumenta a possibilidade de mudanças climáticas bruscas que irão afetar seriamente o ser humano. Entre as consequências, os cientistas citam como exemplo o aparecimento de novas doenças, mudanças repentinas na qualidade da água, o aparecimento de zonas marinhas biologicamente mortas ao longo da costa, o colapso dos bancos de pesca e as alterações climáticas regionais. O relatório diz que os seres humanos fizeram mais mudanças nos ecossistemas nos últimos 50 anos do que em qualquer outro período da história e prevê que as consequências nocivas da degradação podem ficar bem piores no próximo meio século. “As atividades humanas estão exaurindo as funções naturais da Terra de tal modo que a capacidade dos ecossistemas do planeta de sustentar as gerações futuras já não é mais uma certeza”, informa o texto. Segundo o relatório, entre 10% e 30% das espécies de mamíferos, aves e anfíbios estão hoje ameaçadas de extinção.”*²¹

5- O OLHAR SOBRE A ATMOSFERA

O ar puro, privilégio dos moradores das áreas campestres, céu estrelado e romance no ar. Dias agradáveis e noites serenas.

²¹ Idem.

Parece poesia, é, parece mesmo, pois a realidade tem se mostrado de forma diversa, os focos de poluição atmosférica estão cada vez atravessando fronteiras e levando doenças e morte ao redor do planeta.

Temos inúmeros dados referentes a poluição atmosférica, que comprovam ser esta um problema crítico nos dias de hoje, e somente o percebemos quando nossos olhos começam a arder, na verdade, a poluição atmosférica, poderíamos dizer, “impede nosso olhar de ver.”

Segundo estudos: a poluição da atmosfera “mascara” a gravidade do aquecimento da Terra, que tende a aumentar de modo dramático nos próximos anos, advertiu-se no último 23 de agosto no XII Congresso Mundial por uma Atmosfera Limpa e a Proteção do Meio Ambiente. *“As emissões de aerossóis na atmosfera estão tendo um efeito monstruoso”, disse o especialista alemão em climatologia Meinrat Andreae, do Instituto Max Planck. “A natureza está sofrendo mais do que se pensava em um primeiro momento e isso terá conseqüências catastróficas”, afirmou. Os aerossóis, através de suas partículas de enxofre ou carbono, dispersam a luz do Sol que entra na atmosfera e a devolvem ao espaço, causando uma diminuição da temperatura. Sua curta existência, porém, e o compromisso internacional para suprimir os aerossóis farão desaparecer esse efeito de esfriamento, segundo o especialista alemão. O grupo ecologista Friends of the Earth considerou “muito preocupante” a advertência do professor Andreae e pediu “uma ação mundial urgente para fazer frente à crise”. A sonda espacial americana Aura alertou, em um de seus últimos relatórios atmosféricos, sobre o perigoso impacto no clima da Terra das emissões dos aerossóis. (ANSA).”²²*

Por isso, o Protocolo de Kyoto determina que os países industrializados reduzam em 5,2% as emissões de carbono até 2012, em relação aos níveis de 1990, evitando assim o aquecimento global da Terra.

A estes dados acrescentamos que, mais recentemente, foi relatado que a poluição atmosférica da Terra é de tamanha proporção que os astronautas em missão no espaço puderam visualizá-la.

“O astronauta russo Salizhan Sharipov e o seu colega americano Leroy Chiao afirmaram nesta quarta-feira (27) em Moscou (Rússia) que durante os quase sete meses que ficaram a bordo da Estação Internacional (ISS) viram a elevada contaminação do planeta. “É triste ver o que está ocorrendo na Terra. Era doloroso ver a fumaça das fábricas e a contaminação da natureza”, disse Sharipov no primeiro encontro com a imprensa após retornar da ISS, em 25 de abril. Junto com Sharipov e Chiao estava o italiano Roberto Vittori, astronauta da Agência Espacial Européia, que esteve oito dias na ISS e voltou com os dois astronautas no domingo passado na nave russa Soyuz TMA-5. “Vimos a contaminação que a indústria produz. Notamos isso especialmente no sudeste asiático, onde a cortina de fumaça nos impedia de fotografar a região”, destacou o russo.”²³

²² Site: www.ambientebrasil.com.br, Poluição esconde perigo de aquecimento global, de 03/09/2004, acessado em 28/04/05.

²³ Site: www.ambientebrasil.com.br, Contaminação da Terra já pode ser vista do espaço, de 27/04/05, acessado em 28/04/05.

6- O OLHAR SOBRE A POLUIÇÃO QUE MATA

Em matéria intitulada “Dois terços dos cânceres estão ligados ao modo de vida e a fatores externos”²⁴, o jornal Le Monde traz um relatório sério sobre a incidência de câncer em razão de fatores naturais presentes no meio ambiente, e casos outros referentes a contaminação ambiental. O texto é longo, mas recortamos trechos que confirmam a idéia que fora ventilada pelos ambientalistas e médicos de vanguarda, quanto ao fato de o câncer ser uma doença relativamente nova e decorrente do meio ambiente, ou seja, fatores ambientais podem determinar o aparecimento de tumores malignos ou não, e quando dizemos ambientais, nos referimos as questões comportamentais como também à má utilização dos recursos naturais, com conseqüente poluição. Fato que certamente afetará a saúde humana, pois temos prova que afeta a saúde dos animais, ocasionando anomalias e tumores.

Passamos a descrever: “Desde o século 18, os estudos conduzidos no meio profissional revelaram a existência de ligações com o meio ambiente e permitiram identificar diversos agentes cancerígenos, como o benzeno ou o amianto. ‘São mais ou menos os mesmos agentes que encontramos para a população em geral’, explica o doutor Paolo Boffetta, do Centro Internacional de Pesquisas sobre Câncer em Lyon, França. **‘No meio profissional, os níveis de exposição são superiores e a população exposta é identificada. No meio não-profissional, a exposição é menor e o efeito do agente mais difícil de evidenciar na ausência de uma fonte bem localizada’.** Como o câncer é uma doença rara (5 casos em cada 10 mil pessoas), é preciso trabalhar com grandes amostras para poder evidenciar causas de câncer na população em geral. **“Infelizmente”, a França ainda não tem um registro nacional de cânceres de adulto**, lamenta Jean-François Viel, epidemiologista no CHU de Besançon. “Apenas recentemente esse registro foi criado para crianças.”

No entanto, a responsabilidade do meio ambiente é estabelecida em certo número de casos. Assim, a poluição do ar por partículas “aumenta de maneira limitada, mas muito provavelmente real, o risco de câncer do pulmão”, indica Boffetta. “Ela explicaria 3,7% dos cânceres de pulmão, ou seja, 7.200 casos por ano na Europa, dos quais 1.300 na França.” Outro exemplo é a **cloração da água** - atualmente empregada para combater sua contaminação por poluentes -, que favorece a presença na água de subprodutos do clorofórmio como o *triclorometano*, que pode ter um efeito cancerígeno na bexiga.

Essas substâncias sem dúvida são responsáveis por “uma porcentagem de cânceres da bexiga, mas por outro lado a cloração representa um benefício sanitá-

²⁴Site: www.abracedel.org.br, Le Monde em 13/10/2004: A ligação entre meio ambiente e o câncer, Tradução: Luiz Roberto Mendes Gonçalves - crédito: Thiago Peres, acessado em 14/10/04.

rio importante...”, lembra Boffetta.

Outro exemplo: o da **exposição ao arsênico**, presente no subsolo de certas regiões do mundo, que implica diversos cânceres: de pele, fígado, pulmão, bexiga, pâncreas.

Podemos citar também o **radônio**. Nos Estados Unidos, 20 mil mortes por câncer de pulmão são atribuídas anualmente à exposição doméstica aos descendentes desse gás naturalmente radiativo e presente nos solos de granito. Ao lado desses exemplos documentados existem suspeitas: a poluição de origem industrial por metais pesados, sem que tenha sido demonstrada na França; os **pesticidas** envolvidos em cânceres de pele, ainda que uma exposição prolongada ao sol também possa ser responsabilizada nesse caso; **herbicidas** suspeitos de causar cânceres do sangue (linfomas) ou do tecido conjuntivo (sarcomas).

A explosão da central de Chernobyl aumentou o número de cânceres?

Evidentemente sim, na área ao redor da central, pois o número de cânceres se multiplicou por um fator entre 7 e 10, principalmente entre os jovens, explica Boffetta. Na Europa ocidental, por outro lado, não houve um aumento notável das leucemias infantis nos 15 anos seguintes à catástrofe. Notamos um pouco mais de cânceres de tireóide. “Provavelmente houve cânceres de tireóide ligados a Chernobyl, mas em número limitado”, adianta o doutor Boffetta.

Os potenciais efeitos nocivos dos campos eletromagnéticos também deram lugar a muitas hipóteses. “Os únicos dados tangíveis envolvem exposições em dose muito elevada em campos eletromagnéticos de muito baixa frequência e o aumento do risco de leucemia infantil. Mas no Reino Unido o número de casos imputáveis é da ordem de 2 ou 3, sem que saibamos com certeza se não há fatores de confusão”, resume Paolo Boffetta.

A lista de novos fatores de risco não está encerrada, como vemos, e a incerteza sobre sua nocividade continua aumentando os temores de uma parte da população.”

Os dados acima relatados reforçam nossa idéia inicial da necessidade do olhar para a saúde, para a vida, no intuito de enveredar esforços para a tão necessária mudança de foco no olhar.

7- O OLHAR DA LEI

Enfim, agora abordaremos o “olhar” do legislador ao trazer para o arcabouço legal uma série de leis visando à defesa do meio ambiente, norteadas pelo princípio da prevenção ou precaução, aliado ao princípio da ampla participação da sociedade nestas questões, pois o legislador com sua visão constatou que, muitas vezes, o dano ambiental é de tal magnitude que não se tem como repará-lo, fazer com que se volte ao *status quo ante*.

Podemos descrever, cronologicamente, relacionado as leis nacionais a partir

da Lei da Política Nacional de Meio Ambiente – Lei n. 6938/81, na qual o legislador volta o olhar ao redor e busca não só regular a proteção ambiental, como também introduz termos da esfera técnica no sentido de traduzir o vocabulário novo que ora se apresenta. É despertar legal, de forma efetiva²⁵, que, posteriormente, é complementada pela Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7437/95, que legitima tanto o Ministério Público como a sociedade nas ações ambientais.

Felizmente, vemos que a consagração deste “olhar” da lei se dá com a promulgação do Texto Constitucional, em 05 de outubro de 1998, quando em seu Capítulo VI, artigo 225, declara ser o *meio ambiente um bem de uso comum do povo*, portanto, de natureza difusa, o que significa dizer que pertence a todos e a ninguém em particular; bem este *essencial à sadia qualidade de vida*. Consagrando a participação da sociedade de forma efetiva e concorrente com o Poder Público na defesa e proteção do meio ambiente, *ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*, pois é no hoje que se constrói o amanhã.

Neste artigo constitucional, o legislador constituinte fez mais: exigiu segurança às obras de grande impacto que venham a ser realizadas no meio em que vivemos, denominando esse instrumento de *Estudo Prévio de Impacto Ambiental*. Ainda, além de uma série de providências, traz também em seu parágrafo 3º, a responsabilidade nas esferas civil, criminal e administrativa que se impõe ao poluidor, concomitantemente, além da obrigação de reparar o dano por ele causado. A esse olhar chamamos de Responsabilidade Constitucional Ambiental.²⁶ Por fim, merece destaque a responsabilização da pessoa jurídica, que outrora não respondia por danos ao meio ambiente.

Nesse caminhar legislativo, vale ressaltar ainda a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos – Lei n. 9433/97, que, além de buscar lançar o olhar sobre a águas, apesar de chamá-la em seu artigo 1º, I, de *bem de domínio público*²⁷, traz a participação efetiva da sociedade quando da gestão conjunta deste finito e imprescindível bem, por meio dos Comitês de Bacia Hidrográfica. Construção legal que, com olhar de sabedoria, divide a responsabilidade de administrar este bem com a coletividade, principal interessada.

Nessa esteira de raciocínio, apontamos ainda a Lei dos Crimes Ambientais – Lei n. 9605/98, que, além de prever e tipificar condutas lesivas ao meio ambiente, enumera e traz as penas para a pessoa jurídica tida como poluidora, como também sanções administrativas.

Por fim, a Lei de Educação Ambiental – Lei n. 9795/99, que estabelece políti-

²⁵ Desde o descobrimento do Brasil sempre tivemos, mesmo que de forma indireta, leis (ordenações) versando sobre algum aspecto ambiental, mas é nesta lei que se encontra um olhar sobre o todo.

²⁶ Acreditamos na inconstitucionalidade deste artigo 1º, I, pois a Constituição Federal o chama de bem de uso comum do povo, portanto, difuso. Acreditamos que neste caso, refere-se tão somente à sua administração que será pública. Tratamos deste tema em nossa obra: *Águas e sua proteção*, editado pela Juruá.

²⁷ Sobre o tema, temos um artigo “Poluição das águas doces: Responsabilidade constitucional ambiental”, publicado no livro; *Direito Ambiental em debate*, v. 1 APRODAB, p.177-188.

cas de educação ambiental, mas que até o momento parece-nos estar sendo ineficaz, pois a educação é o único meio pelo qual a sociedade poderá encontrar definitivamente seu papel social no controle da degradação, sendo esta uma questão de sustentabilidade ambiental ao promover a ampla participação da sociedade como agente de mudanças. Pois a esta não basta apenas olhar a paisagem...

Porém, se por um lado o legislador se muniu deste olhar ao perceber a fragilidade do meio ambiente e buscou legislar no sentido de protegê-lo, de outro lado temos o “enxergar vesgo”, por vezes cego, da Administração Pública, com sua ineficácia no que tange ao seu poder de polícia.

CONCLUSÕES

Diante desta abordagem sucinta, urge a adoção de uma visão holística no que tange ao meio ambiente. Somos um todo interdependente e complementar, interagimos com o meio que nos cerca, não sendo possível sua dissociação. Somos parte do corpo que compõe a Mãe Natureza, somos terra, somos água, somos ar. Nosso corpo é formado da energia do corpo Maior que nos dá Vida.

Não se pode mais admitir que apenas se enxergue, há a obrigatoriedade de ver e olhar, e mais do que isso, de sentir a paisagem, combatendo a passividade patológica que aliena o ser cidadão do seu papel de agente na transformação da sociedade e na preservação ambiental.

Os danos ao meio ambiente ocorrem há séculos em nosso território, desde a nossa pseudocolonização, e assim a população como um todo convive com essa problemática, sofre e adocece, não só pela poluição de que é vítima, mas por ter perdido a percepção do que é saudável. E esta ausência de percepção também é sentida ao redor da Terra.

Muitas vezes, é preciso a ocorrência de grandes catástrofes a serem noticiadas pela imprensa para que a população perceba o seu próprio drama, para que os governos se manifestem.

A massificação da sociedade está retirando do ser humano a percepção do mundo a sua volta, do cheiro, dos sons, das cores e sabores.

Ao Poder Público também falta essa percepção da vida em sociedade; perceber a correlação existente entre a água, a pobreza, a saúde, o desenvolvimento e a própria sobrevivência de suas populações é requisito necessário para se fazer política.

É por isso que ao ouvirmos notícias de desastres ambientais constatamos que a ineficácia do poder de polícia da administração pública contribuiu para o evento danoso, aliada ao descaso ou despreparo do causador do dano.

É nesse sentido que devemos voltar nossas atenções quando falamos em meio ambiente, com um olhar de verdade, não somente o ver - enxergar, mas o ver – olhar, com a sensibilidade tão necessária à vida em sociedade, ao equilíbrio

ambiental.

Uma proposta: Educação – ensinar desde a primeira infância o “olhar na paisagem”, para que mudanças possam ser realizadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRACEDEL. URL: <http://www.abracedel.org.br>. Le Monde em 13/10/2004: A ligação entre meio ambiente e o câncer, Tradução: Luiz Roberto Mendes Gonçalves - crédito: Thiago Peres, acessado em 14/10/04.

ACKERMANN, Luciana. A ameaça dos mortos – Líquido de corpos em decomposição nos cemitérios podem contaminar água. *Isto é*, n. 1748, 02/04/03.

AGUABIO. URL: <http://www.agua.bio.br>, Rede Cluster de Educação Ambiental, de 16/08/04, acessado em 17/08/04.

AMBIENTE BRASIL. URL: <http://www.ambientebrasil.com.br>.

BRANDÃO, Túlio. As aberrações do fundo do Rio Paraíba do Sul, *O Globo*, 2. ed., 12/04/04, p.16.

CASTRO, Josué de. *Geografia da Fome*. Rio de Janeiro: Antares: Anchiomé, 1980.

CETESB. URL: [HTTP://www.cetesb.gov.br](http://www.cetesb.gov.br), acessado em 28/04/05.

CNBB. Texto-Base da Campanha da Fraternidade 2004. da CNBB, p. 16-17.

DALLARI, Sueli Gandolfo. O Direito à saúde, *Revista de Saúde Pública*, 22 (1), p. 58.

DUARTE. Brígida. Simbiose da Vida, *Jornal Ambiental Terramérica*. ano V, n. 25, jun./2000, p. 5.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GERMANO, Pedro Manoel Leal; GERMANO, Maria Izabel Simões. A água: um problema de segurança nacional. *Revista Higiene Alimentar*. São Paulo: DPI Studio e Editora, nº. 90/91, v. 15, nov./dez. 2001, p. 15.

HUMMES, Dom Cláudio. *O Estado de S.Paulo*, 03/03/04.

INSTITUTO DE GEOCIÊNCIAS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. URL://www.igc.usp.br/subsites/cemiterios/cemit.php, acessado em 07/04/05.

JOSUE DE CASTRO. URL: //http://www.josuedecastro.com.br, acessado em 28/04/05.

SACHETTA, José. URL: <http://www.cartamaior.com.br>, 22/03/03, acessado em 28/04/05.

SOARES, Joel Felipe. A solução está sob a Terra. *O Estado de S.Paulo*, 22/03/04.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. *Águas e sua proteção*. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. Poluição das águas doces: Responsabilidade constitucional ambiental. *Direito Ambiental em debate*. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). APRODAB, v.1. Rio de Janeiro: Esplanada, p. 177-178.

URL: <http://www.terra.com.br>, O Estado da Terra, acessado em 31/03/05.

O CONCEITO DE CULPABILIDADE E O LIVRE ARBÍTRIO

João Paulo Orsini Martinelli

Dentro da teoria do fato punível, talvez o mais complexo dos seus requisitos seja a culpabilidade. A maior dificuldade reside na comprovação de sua existência em determinado fato típico e antijurídico praticado pelo agente. Desde a concepção normativa de Welzel, a exigibilidade de um comportamento diverso trouxe ao direito positivo o dilema do livre arbítrio e sua constatação empírica.

O objetivo do presente trabalho é analisar a problemática do livre arbítrio dentro de um contexto histórico e seus reflexos na teoria normativa da culpabilidade, atualmente adotada pelo Código Penal brasileiro. Haverá três partes para que o assunto seja discorrido: o conflito entre livre arbítrio e determinismo, a teoria normativa da culpabilidade e as críticas ao conceito de culpabilidade.

1. LIVRE ARBÍTRIO

Para os fins deste trabalho, o estudo do livre arbítrio será delimitado pelo pensamento de alguns autores, pois o assunto é amplo e complexo, a merecer atenção durante quase toda a história do pensamento. A seguir, serão expostas as idéias das Escolas Clássica e Positivista, assim como da doutrina finalista, dentro de suas concepções de liberdade humana e crime.

O ponto central da teoria da culpabilidade como exigibilidade de comportamento diverso é a LIBERDADE do homem de agir conforme sua vontade e consciência. A verificação dessa liberdade e a sua influência na conduta humana formam um dos grandes desafios da filosofia em toda sua história. Por isso, não é intenção esgotar o assunto, nem apresentar uma conclusão definitiva. A proposta é levantar dúvidas e provocar a reflexão do leitor a respeito da teoria normativa da culpabilidade.

O conceito de liberdade apresenta duas vertentes, uma positiva e outra negativa. Em sua concepção negativa, liberdade significa a ausência de restrição ou de interferência deliberada de outros seres humanos em uma área em que, se não fosse tal restrição, o homem poderia atuar.¹ Ou seja, a liberdade será maior onde houver menor restrição ou interferência. Para o direito, esse conceito se faz importante porque algumas restrições são necessárias ao comportamento humano, pois, do contrário, seria impossível estabelecer o interesse de coesão social, da justiça e de valores essenciais ao bom funcionamento da sociedade. Em seu sentido

¹ Advogado no Estado de São Paulo. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Mestrando em Direito Penal na Faculdade de Direito da USP. Professor convidado do curso de pós-graduação da Universidade Metodista de Piracicaba. Sócio-fundador do Instituto Panamericano de Política Criminal (SP).

² OUTHWAITE; BOTTOMORE. *The Blackwell dictionary of twentieth-century social thought*, p. 424.

positivo, a liberdade significa a posse de direitos cujo desfrute é benéfico para aqueles que os possuem, invocando-se a noção de cidadania no momento em que são ampliados os direitos civis, sociais e políticos.²

A escola clássica, cujo maior expoente foi Carrara, negava o contratualismo de Rousseau, uma das idéias mais marcantes do Iluminismo. Para os clássicos, o direito penal encontra sua origem e seu fundamento na lei eterna da harmonia universal, em uma lei que é absoluta porque faz parte da única ordem possível para a humanidade, segundo as previsões e decisões do Criador.³

O fundamento do direito de castigar, a razão pela qual se retribui com uma pena ao indivíduo que perturbou a ordem jurídica, encontra-se no livre arbítrio. O homem é um ser inteligente e livre para escolher entre o bem e o mal, entre realizar a ação proibida ou respeitar a proibição.⁴ O agente, no momento determinado, tem a capacidade de analisar a situação por um processo intelectual e optar pela conduta contrária ou favoravelmente ao direito.

Neste sentido, Carrara considera o delito como um *ente de razão* e, em seguida, um *ente jurídico*, devido à essência de razão de cada norma jurídica. Esse atributo de juridicidade do delito não é consequência de uma violação a determinada norma, mas do ordenamento jurídico como um todo, considerado como uma categoria lógico-abstrata de uma elaboração apriorística da razão.⁵ Ou seja, o produto de um procedimento do agente dotado de razão no momento de refletir sobre sua conduta pode ser um crime ou não, depende apenas de sua opção de agir.

Ao decidir pela conduta contrária ao direito, o agente será submetido a uma pena, cuja função é a reafirmação do princípio da justiça. Por isso mesmo, a pena como justa retribuição é forte marca em sua doutrina. Carrara insiste na pena como medida de retribuição proporcional a uma violação do ordenamento, com o fim de evitar a arbitrariedade do Estado na fixação das sanções.⁶

Como se pode notar, a escola clássica afirma o homem como ser livre, dotado de razão e capaz de avaliar as situações conforme a norma jurídica e os princípios da moral. Devemos entender por liberdade unicamente o poder de atuar ou não atuar segundo determinações do querer.⁷ Essa idéia é base do conceito de exigibilidade de comportamento conforme o direito que Welzel inseriu na sua doutrina finalista.

Como reação à liberdade de agir do homem, defendida pela Escola Clássica, a Escola Positivista afirmava a existência apenas de entes empiricamente demonstráveis, por meio de conceitos experimentais. A metafísica foi rejeitada em nome dos conceitos empíricos elementares (sensações, impressões, realidades,

² OUTHWAITE; BOTTOMORE. *Op. cit.*, p.425.

³ CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal dictado em la Real Universidadde Pisa*, apud CANTERO, José A. Sáinz. *La ciencia del derecho penal y su evolución*, p. 74.

⁴ CANTERO, José A. Sáinz. *La ciencia del derecho penal y su evolución*, p. 75.

⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale, parte generale*, p. 13; PETROCELLI, Biagio. *Saggi di diritto penale*. p. 211.

⁶ FIORE, Carlo. *Diritto penale, parte generale*, p. 38.

⁷ ANTÓN, Tomás S. Vives. *El principio de culpabilidad*, p. 215.

percepções), estes sim capazes de fundamentar a ciência. Por isso, o livre arbítrio foi negado pela doutrina positivista, e seus reflexos no direito penal foram de grandes proporções.

Ao negarem o livre arbítrio, os positivistas assumem uma posição de determinismo nas ciências naturais e sociais. O determinismo é uma noção normalmente compreendida como a tese de que, para tudo que acontece, existem condições tais que, uma vez dadas, nenhum outro fenômeno poderia ter acontecido.⁸ Ou seja, todos os fenômenos da natureza estão predeterminados por condições preexistentes a seu acontecimento.

O modelo científico positivista deu origem a duas vertentes: o positivismo jurídico e o positivismo criminológico. O positivismo jurídico procurou elevar a dogmática jurídico-penal (o texto legal) à categoria de ciência mediante o procedimento de um método próprio, similar às ciências da natureza, de acordo com as exigências epistemológicas da época. Já o positivismo criminológico centrou o estudo da ciência penal nas realidades naturais (não jurídicas) que rodeiam o fenômeno do delito, determinando o nascimento da criminologia.⁹

Entre os principais representantes do positivismo criminológico estão Lombroso, Ferri e Garofalo. Para Lombroso, cuja metodologia de estudo denominou *biologia criminal*, o criminoso poderia ser determinado através de dados biológicos facilmente observáveis, como o formato do rosto, a idade da primeira menstruação da mulher, a precocidade sexual, entre outros. Por meio da indução, coletando-se informações sobre pessoas com características semelhantes, seria possível ao estudioso relacionar espécies de crimes a certas características biológicas¹⁰, às quais estaria condicionada a liberdade de agir do homem.

A sociologia criminal de Ferri também rejeita o estudo apriorístico do crime como um ente jurídico abstrato, traço marcante da Escola Clássica.¹¹ O autor recorre aos métodos de observação dos fatos, em analogia à medicina, para traçar e estrutura de uma patologia e de uma “clínica social”.¹² Sua proposta reside no estudo concreto do crime, não como uma abstração jurídica, mas como ação humana, como fato natural e social, estudando-se não somente o delito, mas também, e primeiramente, *quem* o comete.¹³ O homem encontra sua liberdade de agir determinada pelo meio social que forma seu caráter, uma vez que o crime é produto de uma doença social de alguém que não pode comportar-se conforme o ordenamento vigente.

⁸ OUTHWAITE; BOTTOMORE. *The Blackwell dictionary of twentieth-century social thought*. p. 203.

⁹ ESPINAR, José Miguel Zugaldía. *Fundamentos de derecho penal (parte general)*, p. 124-125.

¹⁰ Conferir, por exemplo, LOMBROSO; FERRERO. *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, p. 227 e ss., no quadro comparativo elaborado por meio de observação de mulheres delinquentes. Os autores relacionam a idade da primeira menstruação ao tipo de crime praticado. A título de ilustração, a maioria das prostitutas analisadas teve sua primeira menstruação aos 16 anos de idade, por isso Lombroso alerta para a predestinação à prostituição de todas as mulheres que se encontram nesta situação (ou seja, menstruando pela primeira vez aos 16 anos de idade).

¹¹ FERRI. *Sociologia criminale*, p. 03.

¹² FERRI. *Op. cit.*, p. 15.

¹³ FERRI. *Op. cit.*, p. 23.

Por fim, Garofalo, além de rejeitar o livre arbítrio, também critica o método lombrosiano de buscar o delito natural nas características biológicas do homem.¹⁴ O autor entendia que não se poderiam analisar os atos, e sim os sentimentos humanos. Defendia uma investigação sobre a inconstância das emoções provocadas por certos atos idênticos, mas diversamente apreciados nas diferentes sociedades, a fim de se buscar um caráter constante nas emoções provocadas por aqueles atos que são apreciados identicamente.¹⁵ Em resumo, Garofalo graduava os indivíduos pela capacidade de respeitar a liberdade individual, ao considerar uma escala entre os moralmente superiores e inferiores.¹⁶ Quanto maior a moralidade do homem, maior será sua capacidade de atuar em conformidade com os princípios geralmente constituídos na sociedade à qual pertence.

O positivismo criminológico, ao focalizar o crime como fenômeno social, e ao estudar, principalmente, a biologia, a sociologia e a antropologia, negou o livre arbítrio defendido por Carrara e a Escola Clássica. Percebe-se claramente que os três autores acima citados condicionam o comportamento humano a determinados fatores intrínsecos ou extrínsecos, eliminando-se a plena liberdade de consciência para agir. Essa liberdade estaria restrita a estes aspectos que independem da vontade humana para existirem, pois já surgem aderentes ao agente.

Nascia, assim, o embate entre os que aceitavam o livre arbítrio e os deterministas. Enquanto os clássicos afirmavam que a liberdade seria um atributo indispensável da vontade, os positivistas recusavam a existência do livre arbítrio, por ser este cientificamente indemonstrável. Ao negar o ser humano como sujeito livre em sua vontade, os positivistas, conseqüentemente, recusavam a própria culpabilidade.¹⁷ Ao afirmar o determinismo, o positivismo conclui que o delinqüente é um ser determinado ao delito e, por isso, deveríamos considerar, do ponto de vista natural ou social, que somente podem delinqüir os seres anormais.¹⁸

O livre arbítrio não foi uma premissa exclusiva da escola clássica. Na história do direito penal, muitos outros doutrinadores adotaram a liberdade de pensar e agir do homem como ponto central do comportamento antijurídico. Avançaremos ao século XX, período de desenvolvimento da doutrina finalista da ação, iniciada por Hans Welzel. A estrutura da culpabilidade, conforme exposto adiante, foi fortemente influenciada pela doutrina do livre arbítrio, quando o juízo de reprovabilidade passou por fundamento a exigibilidade de comportamento conforme o direito.

Ao fundamentar o juízo de culpabilidade, Welzel coloca o livre arbítrio no centro de sua teoria normativa. O livre arbítrio é a capacidade para se poder determinar conforme os sentidos. É a liberdade a respeito da coação causal, cega e indiferente ao senso humano, necessária para a autodeterminação humana por meio dos sentidos.¹⁹ A liber-

¹⁴ GAROFALO, *Criminologia*, p. 29-30.

¹⁵ GAROFALO, *Op. cit.*, p. 31.

¹⁶ GAROFALO, *Op. cit.*, p. 35 e ss.

¹⁷ RAMÍREZ; MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, p. 317-318.

¹⁸ RAMÍREZ; MALARÉE, *Op. cit.*, p. 319.

¹⁹ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 207.

dade não é um estado, senão um ato; é o ato de liberação da coação causal dos impulsos para a autodeterminação conforme os sentidos.²⁰

2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE (DO NATURALISMO AO FINALISMO)

Ao acompanhar a história da dogmática penal, em especial na Alemanha, desde a doutrina naturalista à doutrina finalista, o centro do debate entre os autores foi o conceito de *ação*. Surge, então, o conflito doutrinário entre a vontade avalorada e a vontade valorada. De um lado, os naturalistas, influenciados pela filosofia naturalista, afirmavam a ação humana como um movimento muscular capaz de provocar alterações no mundo externo ao organismo humano; de outro lado, os finalistas destacavam a necessidade de haver um fim, um objetivo determinado, proveniente da vontade humana.²¹

Na concepção de Welzel, “ação humana é o exercício de uma atividade final. A ação é um acontecer final, não apenas causal”.²² Tratava-se, pois, de uma reação à teoria naturalista da ação, segundo a qual a ação seria a mera causação de uma modificação no mundo exterior por um comportamento humano voluntário.²³ Sendo assim, a finalidade da ação baseia-se “na possibilidade de previsão do homem, por meio de seu saber causal, que pode prever, dentro de alguns limites, as possíveis conseqüências de sua atividade”.²⁴

A principal influência de Welzel foi a psicologia do pensamento por meio do filósofo Richard Höningwald²⁵. De acordo com este segmento da psicologia, o processo de pensamento deve ser analisado na representação do conhecimento, na tomada de decisões e na resolução de problemas.²⁶ Nestas três etapas, o homem faz uso de sua liberdade de agir conforme as informações obtidas e processadas dentro de um sistema intelectualivo, no qual resultam uma finalidade e os meios para alcançá-la.

Percebe-se que Welzel levou às últimas conseqüências a psicologia do pensamento em sua teoria. A conduta típica e antijurídica é representada no intelecto humano antes de sua prática, possibilitando ao agente decidir se deve ou não praticá-la. Essa é a base da teoria finalista da ação e de todo seu desenvolvimento nos requisitos do delito, em especial, para este trabalho, a culpabilidade.

Não existem, portanto, ações finais em si, ou “em absoluto”, mas apenas em relação às conseqüências compreendidas pela vontade de realização.²⁷ Assim,

²⁰ WELZEL, *Op. cit.*, p. 208.

²¹ MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht*, p. 135 e ss.

²² WELZEL, *Op. cit.*, p. 28.

²³ SANTOS. *A moderna teoria do fato punível*, p. 11.

²⁴ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 28.

²⁵ WELZEL, *O novo sistema jurídico-penal*, prólogo.

²⁶ HACOHN, Malachi Haim. *Karl Popper, os anos de formação*. (sem número de página).

²⁷ WELZEL, *O novo sistema jurídico-penal*, p. 31.

Welzel nega a relevância de qualquer conduta que esteja fora do controle mental do homem, seja por faltar consciência, seja por estar ausente qualquer vontade. Enquanto os naturalistas consideravam a ação a composição de vontade, movimento corporal e resultado, os finalistas valoraram essa vontade com a *finalidade* ou *orientação consciente a um objetivo previamente determinado*.²⁸

O requisito culpabilidade sofreu uma evolução de sua natureza psicológica para normativa. A teoria psicológica, seguida pela escola naturalista, considerava a culpabilidade um mero nexos psíquico entre o agente e o resultado. Os naturalistas consideram uma pessoa culpável enquanto o fato realizado possa ser imputado a título de dolo ou culpa²⁹. A culpabilidade, portanto, consistiria nos pressupostos subjetivos, de natureza psicológica, da responsabilidade penal. A rejeição da liberdade da vontade, pela aceitação do determinismo, está na origem da redução do conceito de culpabilidade a uma mera relação psicológica do agente com o fato.³⁰

O conceito psicológico da culpabilidade sofreu forte influência da Escola Positivista. O método positivista conduz à consideração do ser humano como objeto causal-biológico, onde o relevante não serão os juízos de valor, senão os movimentos, que podem ser controlados por leis impostas por meio da coerção, que vem a constituir-se na primeira e principal característica do direito. Resumindo: o agente só vale na medida em que se veja envolto no processo de imputação.³¹ Imputável será o agente que, por meio de coerção, teria condições de vencer as leis naturais que o levariam à prática do delito.

A evolução para a teoria psicológica-normativa, liderada por Frank, moldou a natureza da culpabilidade conforme a possibilidade de exigir um comportamento diverso do agente. A culpabilidade adquiriu um juízo de reprovabilidade de um comportamento, ao dotar o dolo e culpa de uma importância menor. Essa reprovabilidade seria dividida em partes: constituição psíquica normal, relações psíquicas com o fato e configuração normal das circunstâncias em que o autor atua.³²

Finalmente, ao reconhecer o dolo e a culpa no tipo penal, Welzel inseriu na estrutura material da culpabilidade a *exigibilidade de um comportamento conforme o direito*. Este requisito filiou-se à capacidade de culpabilidade do autor e ao conhecimento real ou potencial da ilicitude na estrutura da culpabilidade. Ou seja, para ser culpável, o agente deve ser capaz, conhecer ou poder conhecer a ilicitude da conduta e não ter podido agir conforme o ordenamento jurídico. Welzel fixou como medida da culpabilidade o uso da liberdade de humana de agir conforme sua inteligência, que pode ser reduzida em determinadas situações (por exemplo, a coação irresistível).

A exigibilidade surge como terceiro estágio do juízo de reprovação da culpabilidade. Primeiramente, no momento do exame da normalidade das circunstâncias

²⁸ PRADO. *Comentários ao código penal*, p. 77-78.

²⁹ OLIVARES. *Manual de derecho penal*. p. 389; FERREIRA, *Direito penal português*. p. 413 e ss.

³⁰ FERREIRA. *Direito penal português*, p. 414-415.

³¹ TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, p. 148.

³² JAKOBS. *Derecho penal, parte general*, p. 569.

se pressupõe a existência de um sujeito normal (imputabilidade); a seguir, verifica-se se o sujeito normal conhecia concretamente o injusto do fato ou teve a possibilidade de conhecer concretamente o injusto do fato; finalmente, examina-se a normalidade das circunstâncias para saber se o agente poderia ter se comportado conforme o direito.³³

Neste terceiro estágio, o agente é imputável e possui conhecimento real ou potencial da ilicitude. A culpabilidade passa a ser analisada de um plano exterior ao agente. Quer dizer: após considerarmos o homem como capaz de culpabilidade e conhecedor da ilicitude, devemos analisar as circunstâncias em que o fato ocorreu. Se o fato foi praticado em situação anormal, a culpabilidade do agente pode ser reduzida ao nível em que a pena seria inaplicável ao autor do delito.³⁴

A teoria finalista preocupou-se em conjugar as condições pessoais do agente (imputabilidade e conhecimento da ilicitude) às condições da situação de fato (exigibilidade de conduta diversa). Diante disso, o agente normal e capaz, em condições anormais de fato, tem sua liberdade de agir restrita, ou seja, apesar de conceber a ilicitude da conduta, não poderia ter agido diversamente. Em situações normais, ocorrendo o ilícito, o ordenamento poderá punir o autor por ter utilizado sua plena liberdade de agir de forma contrário ao direito.

Para Welzel, a culpabilidade é somente a parte de responsabilidade do autor por sua determinação antijurídica. Não obstante, o autor não chega a explicar como pode fundamentar-se a responsabilidade de alguém culpável por sua decisão de cometer o fato. O próprio Welzel reconhece que é impossível conhecer de que forma a pessoa evita o delito e utiliza seu autocontrole com a finalidade de atuar conforme o direito: isto continua a ser o mistério do “livre arbítrio”.³⁵

3. CRISE NO CONCEITO DE CULPABILIDADE

A doutrina atual majoritária aceita a culpabilidade como um juízo de reprovabilidade fundado no trinômio imputabilidade, conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.³⁶ Este último requisito será o objeto de estudo do presente tópico, tendo como diretriz a inconsistência do livre arbítrio como demonstração de culpabilidade.

A exigência de um comportamento conforme o direito é a análise da situação concreta, se o autor poderia tomar uma decisão de acordo com seu conhecimento. Não se trata da capacidade geral de decisão conforme os fins de sua conduta, mas

³³ SANTOS. *Op. cit.*, p. 251-252; AMELIACH, Edgard R. *La culpabilidad como elemento general del delito*, p. 139.

³⁴ As causas de EXCLUSÃO da culpabilidade são a imputabilidade e o erro de proibição invencível, enquanto as causas de EXCULPAÇÃO são aquelas que estão relacionadas à exigibilidade de comportamento diverso, uma vez que a culpabilidade não é excluída, é apenas reduzida, como se o ordenamento desculpasse o agente pela conduta praticada em situações anormais.

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Áustria*, p. 06.

³⁶ Como exemplo: SANTOS. *Op. cit.*, p. 249 e ss.

a possibilidade concreta de o autor imputável tomar uma decisão de acordo com o conhecimento do injusto. Welzel considerava que o conteúdo da reprovabilidade consiste no fato de que o autor podia e devia adotar uma resolução de vontade conforme o direito no lugar de sua resolução de vontade antijurídica³⁷.

O poder de agir de outra maneira na situação concreta é um requisito irrenunciável do conceito de culpabilidade – quer esta se veja diretamente na decisão livre e consciente da vontade a favor do ilícito, de que o poder de agir de outra maneira é mero pressuposto, quer ela se veja no cometimento do ilícito por um agente que detinha a capacidade para se determinar de acordo com a norma, caso em que o poder de agir de outra maneira é simultaneamente pressuposto e conteúdo material da culpabilidade.³⁸

Por estas considerações, a reprovação da culpabilidade funda-se no *poder de evitar* individual do autor. Assim, para saber se a conduta é reprovável, pergunta-se se a pessoa em concreto que se encontra como acusado estaria em situação de fazer algo distinto. Tal questão somente pode ser planejada razoavelmente no sentido de se perguntar se, de acordo com a experiência acumulada do observador, *outra pessoa*, na situação do autor, poderia ter resistido à tentativa de delinquir.³⁹

Segundo a doutrina finalista, o terceiro observador, que analisa a possibilidade de agir de outra maneira, é dotado de conhecimento ou cognoscibilidade da realização do tipo como elemento de reprovabilidade e a cognoscibilidade da antijuridicidade.⁴⁰ Ambos os juízos de cognoscibilidade devem ser parte da capacidade intelectual do homem médio, ou seja, o ser humano considerado dentro de uma inteligência normal, nem acima nem abaixo da maioria das pessoas.

Muitas críticas doutrinárias recaem sobre o conceito “welzeliano” de culpabilidade. A principal delas reside no fundamento material da culpabilidade, que radica no livre arbítrio ou liberdade de atuar em um sentido ou outro. Este fundamento seria empiricamente indemonstrável, assim como a referência ao homem médio carece de valor real, ou seja, trata-se de ficção que foge ao caso concreto.⁴¹ Desse modo, o agente individual acaba por ser substituído por alguém que não existe no processo de imputação.

A construção do homem médio, segundo Reale Junior, é impossível. Para o autor, o critério do “homem médio” não é necessário, nem suficiente. Considerando-se um juízo de valor, não é possível encontrar a média humana, pois há o perigo de se cair na irrealidade através da soma de qualidades baseadas em meros dados estatísticos. Para julgar um eventual criminoso, o juiz deveria sair de si mesmo para construir o homem médio, em uma operação de puro abstracionismo, passando por várias etapas, o que desfiguraria, inevitavelmente, o real.⁴²

³⁷ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. p. 138.

³⁸ DIAS, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 231-232.

³⁹ JESCHECK; WEIGEND. *Tratado de derecho penal, parte general*. p. 459.

⁴⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, p. 110 e ss; do mesmo: *Das deutsche Strafrecht*, p. 280 e ss.

⁴¹ DIAS, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 233 e ss.

⁴² OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Manual de derecho penal, parte general*, pp. 396-397.

⁴² REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal, vol. I*, p. 182.

Na ciência jurídico-penal, há consenso de que a culpabilidade somente é possível quando há liberdade. Porém, essa liberdade, como ela se entende, não é um conteúdo sobre o qual o juiz pode chegar a constatações comprovadas. Pelo contrário, toda acentuação de fatores e cadeias causais no comportamento interior e exterior do autor exclui a suposição de liberdade nesses comportamentos.⁴³

A liberdade humana, reduzida à liberdade individual no momento do fato concreto, não pode ser reproduzida identicamente para avaliação do terceiro observador.⁴⁴ As variações do ser humano impedem que o terceiro coloque-se no lugar do agente nas mesmas condições do caso concreto, uma vez que a margem de decisão das pessoas flutua por numerosos fatores causais, como idade, sexo, origem, experiências, doenças, temperamento, humor, excitação e afeto.⁴⁵

Em posicionamento remodelado, Reale Junior acata a liberdade em outro sentido. Na verdade, segundo o autor, a liberdade humana não se encontra na avaliação da exigibilidade de um comportamento conforme a norma, mas sim em sua imputabilidade. O imputável é o homem livre, que possui liberdade. No entanto, trata-se de uma liberdade distinta do indeterminismo da Escola Clássica, uma vez que a liberdade de querer é a capacidade de impor um sentido aos impulsos. O homem livre, em síntese, é aquele que pode interferir no processo dos impulsos, impondo-lhe um sentido.⁴⁶

Na Espanha, há uma corrente doutrinária que contraria o livre arbítrio como fundamento da culpabilidade, dando-lhe outra dimensão. Surge uma concepção dialética da culpabilidade, que se materializa na idéia da suficiente motivação normativa do autor do fato jurídico.⁴⁷ Este conceito está calcado no caráter da *suficiencia*, de acordo com as funções de prevenção geral e especial da pena. Houve forte influência das ciências sociais dos anos 60, que ligavam estreitamente o direito aos fenômenos de transformação social.⁴⁸

Há autores que propugnam pela substituição do conceito de culpabilidade pela prevenção geral. Para Jakobs, o conceito de culpabilidade deve configurar-se funcionalmente, quer dizer, conforme a determinados princípios de regulação, de acordo com os fins da pena, para uma sociedade de estrutura determinada.⁴⁹ Jakobs considera o livre arbítrio irrelevante, pois, como a função do direito penal é assegurar a ordem social, o importante é determinar se o agente é motivado pela norma, no caso concreto, e não se poderia agir de outra maneira.⁵⁰

Também Roxin trabalha um conceito diferente de culpabilidade, para o qual não importa a disputa filosófica entre a demonstrabilidade ou não do livre arbítrio. O livre

⁴³ HASSEMER; ELLSCHEID, *apud* RAMÍREZ; MALARÉE, *Op. cit.*, p. 318.

⁴⁴ JESCHECK; WEIGEND, *Op. cit.*, p. 440.

⁴⁵ JESCHECK; WEIGEND, *Op. cit.*, pp. 442-443.

⁴⁶ REALE JUNIOR, *Op. cit.*, p. 189.

⁴⁷ GÓMES DE LA TORRE; ZAPATERO; GARCÍA RIVAS; FERRE OLIVÉ; PIEDECASAS. *Lecciones de derecho penal*, p. 245.

⁴⁸ GÓMES DE LA TORRE; ZAPATERO; GARCÍA RIVAS; FERRE OLIVÉ; PIEDECASAS. *Op. cit.*, pp. 243-244.

⁴⁹ JAKOBS, *Op. cit.*, p. 584.

⁵⁰ JAKOBS, *Op. cit.*, p. 586.

arbitrio é uma asserção normativa independente dos dados empíricos e igualmente admissível para deterministas e indeterministas.⁵¹ A culpabilidade, segundo Roxin, é um dado misto empírico-normativo, pois são empiricamente constatáveis a capacidade geral de autocontrole e a exequibilidade normativa com que se produz. Ou seja, atribui-se à norma a possibilidade de constatar uma conduta conforme o direito.⁵² Com isso, sua concepção de culpabilidade restringe o direito penal ao absolutamente indispensável para a sociedade, de acordo com a função de prevenção geral e especial da pena.

Há posicionamento distinto na doutrina alemã, em especial em Schünemann, que considera as críticas ao livre arbitrio um equívoco. Segundo o autor, o livre arbitrio não é um mero dado biofísico, senão uma parte da chamada *reconstrução social da realidade* e, inclusive, pertence a uma capa elementar da cultura ocidental, cujo abandono seria concebível somente em caso de eliminação desta cultura em sua totalidade.⁵³ Schünemann faz uso da teoria da linguagem para explicar sua idéia: nas línguas ocidentais, em geral, a construção das frases com um sujeito agente e um objeto que padece de ação, assim como as formas gramaticais da voz ativa e voz passiva, mostram uma visão de mundo conformada pelo sujeito ativo e sua liberdade de ação, que constitui imprescindível das estruturas lingüísticas.⁵⁴

Conclui Schünemann que “aqueles que advogam pelo completo abandono da idéia de livre arbitrio no direito penal se comportam de forma tão ingênua como inválida”⁵⁵. O livre arbitrio está assentado nas estruturas elementares de nossa comunicação social e, por isso, tem uma presença real na sociedade. Como ilustração dessa afirmação, o autor alemão cita a seguinte hipótese: o acusado, que se defendia perante o juízo, alegando que não poderia ser condenado porque inexistia seu livre arbitrio, foi surpreendido pelo magistrado, que lhe replicou dizendo que a ele não caberia fazer outra coisa a não ser condená-lo, pois também estava desprovido do livre arbitrio.⁵⁶

Mesmo ao fazer uso da teoria da linguagem, Schünemann parece persistir no uso de artifício indemonstrável para sustentar o livre arbitrio. A reconstrução social da realidade por meio da linguagem não convence pela seguinte razão: mesmo que o autor do fato ilícito tenha consciência de sua inserção no contexto social e seja plenamente capaz de compreender a comunicação para a vivência em sociedade, como provar que o mesmo teria feito uso dessa capacidade no caso concreto? A questão parece reacender um ciclo vicioso, no qual a liberdade do agente, supostamente demonstrável, perde eficácia no momento em que não podemos demonstrar se a mesma seria utilizada para compreender a ilicitude do injusto penal na oportunidade real.

⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, p. 808.

⁵² ROXIN, *Op. cit.*, p. 810.

⁵³ SCHÜNEMANN, Bernd. *La función del principio de culpabilidad em el derecho penal preventivo*, p. 154-155.

⁵⁴ SCHÜNEMANN, *Op. cit.*, p. 155.

⁵⁵ SCHÜNEMANN, *Op. cit.*, p. 156.

⁵⁶ SCHÜNEMANN, *Op. cit.*, p. 157.

Como se percebe, as opiniões contrárias ao livre arbítrio são mais contundentes do que as favoráveis. Sem dúvida, por mais respeitadas que sejam as vozes que defendam a liberdade de agir do homem, a indemonstrabilidade do fundamento de Welzel é uma barreira insuperável para um direito penal legítimo e democrático, pois a imputação sempre será respaldada em abstrações alheias ao conhecimento do julgador.

4. CONCLUSÕES

A culpabilidade ainda é o ponto obscuro da teoria do delito, pois sua essência ainda é pouco clara: ao mesmo tempo em que é requisito para a existência do crime, também está intimamente ligada ao agente, o que não ocorre com o injusto penal. A concepção welzeliana de culpabilidade, adotada pelo nosso Código Penal, acentua essa ligação com o agente, pois considera o pressuposto da liberdade de agir conforme as normas jurídicas.

A liberdade humana de agir é indemonstrável, por isso mesmo ineficaz como fundamento de um juízo de reprovabilidade. Para que alguém possa analisar e julgar a conduta de um agente, a conseqüente decisão deve estar fundamentada e, no entanto, tal fundamentação torna-se impraticável quando seu argumento é indemonstrável.

Não pretendemos, como exposto no início, propor, por enquanto, uma solução para a problemática da culpabilidade, mas apenas levantar uma reflexão acerca da liberdade de conduta do homem. Certo é que o conceito de culpabilidade fundado na exigibilidade de um comportamento conforme o direito, ao ter por parâmetros um homem médio e o livre arbítrio, precisa ser revisto, sob pena de falta de legitimação do próprio direito penal.

A discussão parece-nos saudável a partir do momento em que os operadores do direito abusam dos argumentos de autoridade, ao aplicar a inexigibilidade de comportamento diverso como verdade absoluta, por imposição de um ou outro autor. Se é possível fundamentar um juízo de culpabilidade sobre o livre arbítrio, está lançado o desafio de se provar que todo homem pode ser analisado homoganeamente com base em um juízo único de reprovação.

BIBLIOGRAFIA

AMELIACH, Edgard R. La culpabilidad como elemento general del delito, in *Capítulo Criminológico*, vol. 27, n.º 1, 1999. Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela.

ANTÓN, Tomás S. Vives. El principio de culpabilidad, in *La ciencia del derecho*

- penal ante el nuevo siglo*. Org. José Luis Díez Ripollés. Madri: Tecnos. 2002.
- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale, parte generale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Mlani, 1966.
- CANTERO, José A. Sáinz. *La ciencia del derecho penal y su evolución*. Barcelona: Bosch, 1970.
- ESPINAR, José Miguel Zugaldía. *Fundamentos de derecho penal (parte general)*. Granada: Universidad de Granada, 1991.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito penal português, parte geral*. Lisboa: Verbo, 1980.
- G. Figueiredo; LOMBROSO, C. *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1927.
- FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. Turim: Fratelli Bocca Editori. 1900.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- IORE, Carlo. *Diritto penale, parte generale*. Turim: Editrice Torinese, 1993.
- GAROFALO, R. *Criminologia*, Trad. Julio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1925.
- HACOHEN, Malachi Haim. *Karl Popper, os anos de formação*. Retirado da Internet, em 07/07/2005, em <http://www.fflch.usp.br/df/opessoa/Popper-Bio-1.pdf>.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminet.ugr.es/recpe>.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial. 2002.
- MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil*. Munique: Verlag

C.F. Müller Karlsruhe, 1958.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Manual de derecho penal, parte general*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

OUTHWAITE, Willian; BOTTOMORE, Tom. *The Blackwell dictionary of twentieth-century thought*. Oxford: Blackwell Publishers. 1993.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

PETROCELLI, Biagio. *Saggi di diritto penale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1965.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos, MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de derecho penal*, vols. I e II. Madri: Editorial Trotta, 1997.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Trad. Luzón Pena/García Conlledo/Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad em el Derecho penal preventivo. In *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, Estudios em honor de Claus Roxin em su 50.º aniversario*. Trad. Jesús-Maria Silva Sánchez. Madri: Tecnos, 1991.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 24, ano 06, outubro/dezembro 1998.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1956.

_____. *O novo sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2002.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

1. A revista **DIREITO** tem por finalidade a publicação de trabalhos e estudos referentes às áreas de Direito, conforme apreciação de seu Conselho Editorial. Os conceitos, informações e pontos de vista contidos nos trabalhos são de exclusiva responsabilidade de seus autores.

2. Os trabalhos poderão ser elaborados na forma de artigos (inéditos), relatos de pesquisa ou experiência, pontos de vista, resenhas bibliográficas ou entrevistas. Quando se tratar de relato de pesquisa, deverá obedecer à seguinte organização: introdução, metodologia (sujeitos, material e procedimento), resultados, discussão, referências bibliográficas e anexos.

3. Os trabalhos deverão ser redigidos em programa *Word for Windows*, espaço duplo, fonte *Times New Roman*, tamanho 12, folha A4, com 2,5 cm de margem (esquerda, direita, superior e inferior). Os trabalhos deverão ter, no máximo, 20 páginas.

4. Um disquete 3,5" e duas cópias impressas (com conteúdo e formato idênticos) devem ser enviados à Secretaria da Faculdade de Direito, à Av. Dr. Adoniro Ladeira, 94, Jundiá - SP.

5. A capa deverá conter, na seguinte seqüência, o título do trabalho, em parágrafo centralizado (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS); abaixo do título, em parágrafo centralizado, o tipo de publicação (artigo, relato de pesquisa, resenha etc.); abaixo, em parágrafo justificado, deverá vir o sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS), seguido do nome completo (separados por vírgulas), sua mais alta titulação acadêmica e atuação profissional, endereço completo, telefone e, se tiver, o endereço eletrônico. Para trabalhos com mais de um autor, os sobrenomes devem ser colocados em ordem alfabética ou apresentados conforme este critério: em primeiro lugar, aqueles que mais contribuíram para a execução do trabalho e, em seguida, os colaboradores.

6. A primeira página deverá conter, como cabeçalho, o título do trabalho, em parágrafo centralizado (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS). Abaixo do título, em parágrafo alinhado à direita, deverá vir o nome completo do autor. A titulação acadêmica e a atuação profissional deverão vir em forma de nota de rodapé, inserida após o sobrenome. No caso de múltiplos autores, a ordem deve ser idêntica à da capa. Abaixo do cabeçalho, deverão vir o resumo do trabalho (máximo 20 linhas), cinco palavras-chave, *abstract* e *key words*.

7. Quadros, tabelas, fotos e figuras deverão ser devidamente identificados com numeração, títulos e legendas.

8. As citações indiretas deverão ser seguidas do sobrenome do(s) autor(es) (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS) e ano da publicação, entre parênteses. Exemplo: (BOSSA, 1994)

9. As citações literais, de até três linhas, deverão ser apresentadas entre aspas duplas e estar acompanhadas da respectiva referência, incluindo-se a(s) página(s). Exemplo: (BOSSA, 1994, p. 32). As aspas simples são utilizadas para indicar citação no interior da citação. Se o nome do autor for mencionado fora da referência entre parênteses, devem ser usadas letras maiúsculas e minúsculas. Exemplo:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara.”

10. As citações literais com mais de três linhas deverão ser redigidas em parágrafo destacado, com 4 cm de recuo da margem esquerda, letra tipo *Times New Roman*, fonte 10, sem aspas. Exemplo:

A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone, e computador. Através de áudio-conferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

11. As citações indiretas de diversos documentos de vários autores, mencionados simultaneamente, devem ser separadas por ponto-e-vírgula, em ordem alfabética. Exemplo:

Diversos autores salientam a importância do “acontecimento desencadeador” no início de um processo de aprendizagem (CROSS, 1984; KNOX, 1986; MEZIROW, 1991).

12. As referências bibliográficas, no final do texto, serão limitadas aos trabalhos realmente lidos e citados no corpo do trabalho, obedecendo ao seguinte padrão: sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS), nome do autor, título completo da obra (*em itálico*), local de publicação e editora, ano de publicação; se a obra tiver dois ou três autores, os nomes devem ser separados por ponto-e-vírgula, seguido de espaço; quando existirem mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplos:

CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. *Dicionário de símbolos*. Tradução Vera da Costa e Silva et al. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1990.

ROMANO, Giovanni. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIDT, J. (Org.). *História dos jovens 2*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

SANTOS, F. R. dos. A colonização da terra do Tucujús. In: _____. *História do Amapá, 1º grau*. 2. ed. Macapá: Valcan, 1994. cap. 3, p. 15-24.

SEKEFF, Gisela. O emprego dos sonhos. *Domingo*, Rio de Janeiro, ano 26, n. 1344, p. 30-36, 3 fev. 2002.

URANI, A. et al. *Constituição de uma matriz de contabilidade social para o Brasil*. Brasília, DF: IPEA, 1994.

13. O nome do autor de várias obras referenciadas sucessivamente, na mesma página, é substituído, nas referências seguintes à primeira, por um traço sublinear (equivalente a seis espaços) e ponto. Exemplos:

VYGOTSKY, L. S. *A formação social da mente*. São Paulo: Martins Fontes, 1984. _____ . *Pensamento e linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

14. Referenciamento de material em meio eletrônico (disquete, CD-ROM, *on line* etc.):

a) as referências devem ser acrescidas das informações relativas à descrição física do meio eletrônico. Exemplo:

KOOGAN, André; HOUAISS, Antonio (Ed.). *Enciclopédia e dicionário digital 98*. Direção geral de André Koogan Breikmam. São Paulo: Delta: Estadão, 1998. 5 CD-ROM.

b) quando se tratar de obras consultadas *on line*, são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais < >, precedido da expressão Disponível em: e a data de acesso ao documento, precedida da expressão Acesso em:, opcionalmente acrescida dos dados referentes a hora, minutos e segundos (NOTA: não se recomenda referenciar material eletrônico de curta duração nas redes). Exemplo:

ALVES, Castro. *Navio Negreiro*. [S.l.]: Virtual Books, 2000. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/virtualbooks/freebook/port/Lport2/navionegreiro.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2002, 16:30:30.

15. Estas normas passam a vigorar a partir do próximo número desta publicação.