

Boletim dos Procuradores da República

Nº 70

ANO VI

MAIO 2006

DIREITO PENAL DA LOUCURA

**Medida de Segurança e
Reforma Psiquiátrica**

Paulo Jacobina

**Inconstitucionalidade das
Medidas de Segurança?**

Paulo Queiroz

Cláudio Lemos Fonteles
O Momento Inicial da Vida Humana

Inês Virgínia Prado Soares
Meio Ambiente e Consumo

Bruno Caiado de Acioli
O Princípio do Sigilo de Fonte e suas Limitações

Sumário

- **PARECER NA ADIN N. 3510-0/00**
Definição Constitucional do Momento Inicial da Vida Humana 3
Cláudio Lemos Fonteles
- **Paz e Democracia. A Participação Popular na Formação da Vontade Estatal** 8
Paulo Roberto de Alencar Araripe Furtado
- **O Princípio do Sigilo de Fonte e as suas Limitações** 13
Bruno Caiado de Acioli
- **Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica** 16
Paulo Vasconcelos Jacobina
- **Inconstitucionalidade das Medidas de Segurança?** 22
Paulo Queiroz
- **Questões de Competência Relacionadas às Fiscalizações da CGU nos Municípios** 23
Paulo Gustavo Guedes Fontes
- **Meio Ambiente e Consumo** 26
Inês Virgínia Prado Soares

Expedientel

Coordenação:

Valtan Furtado
vfurtado@prdf.mpf.gov.br

Supervisão:

Adriana Zawada Melo
amelo@prsp.mpf.gov.br

**Fundação Procurador
Pedro Jorge de Melo e Silva**

Diretoria Executiva:

Célia Delgado
Paulo Jacobina
Antônio Carlos Alpino Bigonha

Administração :

Ângela Maria Oliveira

Associação Nacional dos Procuradores da República - ANPR:

Presidente:

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Vice-Presidente:

Ubiratan Cazetta

Diretor Cultural:

João Carlos de Carvalho Rocha

Impressão:

Millennium Editora

Tiragem: 2.700

Internet: www.pedrojorge.org.br

Realização:



Apoio:



Código ISSN: N° 1519-3802
Os artigos são de inteira
responsabilidade de seus autores.

■ **PARECER NA ADIN N. 3510-0/600 -
Definição Constitucional do Momento Inicial da Vida Humana** ■

Cláudio Lemos Fonteles
Subprocurador-Geral da República

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
3510-0/600**

REQTE: PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA

REQDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

CONGRESSO NACIONAL

INTDO: CONECTAR DIREITOS HUMANOS

CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH

RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO CARLOS BRITTO

Ementa:

1. O conceito jurídico do início da vida não se esgota no campo do direito civil.

2. O direito civil, **parte** do sistema jurídico ordenado, dado o caráter de **regulação interpessoal** no plano familiar, sucessório e negocial, que lhe é próprio, com coerência estabelece no nascimento com vida da pessoa **a aptidão a que as relações interpessoais aconteçam.**

3. O direito constitucional, também ocupa-se do tema vida, **em perspectiva diversa e fundamental** porque ao exigir sua proteção, como **inviolável**, expressamente no **artigo 5º, caput, considera a vida em si** e convoca o Supremo Tribunal a definir o momento do início da vida.

4. A petição inicial dessa ação, calcada **exclusivamente** em fundamentos de ordem científica, **sustenta que a vida há, desde a fecundação, para que se preserve sua inviolabilidade.**

5. Não há, pois, enfoques contraditórios: enquanto no plano do direito constitucional considera-se **a vida em si**, para protegê-la desde a fecundação no enfoque do direito civil o nascimento com vida é que enseja aconteçam as relações interpessoais: considerações outras.

6. Pela **procedência** do pleito.

1. Diante das manifestações colhidas nestes autos, passo a examiná-las.

2. Princípio pela que advém do Dr. Raffaello Abritta, advogado da União (fls. 82/115).

3. É de se corrigir, de pronto, a afirmação posta a fls. 86 no sentido de que: “tais pesquisas (pesquisas com células-tronco embrionárias) estão avançadas no tratamento de doenças degenerativas como no caso do Mal de Alzheimer e Mal de Parkinson...”

4. Não é assim, **data venia.**

5. A frase carece de indispensável demonstração documental.

6. É de se recordar, a bem da verdade, que após a aprovação do texto, que ora se discute, os seus defensores viram-se na obrigação de esclarecer que curas imediatas, e mesmo dentre de prazo imaginável, não aconteceriam, visto que o emocionalismo com que a matéria foi tratada, sem dúvida induziu vãs expectativas.

7. Outra correção torna-se imprescindível quando, agora meditando sobre o conceito jurídico de vida, diz o Dr. Raffaello Abritta, **verbis:**

“Qual seria o conceito operacional de ‘vida’? Qual o melhor conceito para o vocábulo, segundo as regras de Hermenêutica e os princípios gerais do Direito?”

Se faz necessária a definição jurídica do termo ‘vida’ de maneira a permitir, simultaneamente, segurança e compatibilidade sistêmica com o ordenamento positivo e com os valores constitucionais.

É de se reconhecer que a dificuldade se encontra justamente na definição jurídica do termo, pois as diversas definições dadas pela Medicina, Biologia, Antropologia, Religiões são bastantes para viabilizar os objetivos e para atender às necessidades de cada uma dessas respectivas áreas.

Assim, o cirurgião que, logo após ter amputado uma perna por algum imperativo médico, deita fora, no lixo hospitalar, o membro decepado certamente não pratica nenhuma conduta antiética ou censurável do ponto de vista médico. Ainda assim, jogou fora um conjunto de células humanas e, naquele momento, ainda vivas.

O mesmo ocorrerá em qualquer outra cirurgia, onde ocorre a perda de sangue, tecido vivos, gordura (lipoaspiração) etc.

Importa reconhecer que tais situações não ofendem a proteção à ‘vida’, sob a óptica da medicina, ainda que eventualmente, ofendam a idéia ‘vida’ defendida por alguma religião. Muito menos configuram ilícito penal.”

(fls. 96/97)

8. O equívoco, **data venia**, reside em que **não atenta** o Dr. Raffaello Abritta para a óbvia constatação de que **parte** do corpo humano – a perna; a mão; etc – não pode ser tomada para a

discussão que está em fixar-se o momento inicial da vida.

9. O embrião humano não é parte.

10. O embrião humano – o **zigoto** - como disse na inicial, louvando-me em pronunciamentos de **experts**, **é totipotente**. De se ler, o que transcrevi no **item 6**, inicial, **verbis**:

“6. A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia escreve, **verbis**:

“O zigoto, constituído por uma única célula produz **imediatamente proteínas e enzimas humanas** e não de outra espécie. **É biologicamente um indivíduo único e irrepitível**, um organismo vivo pertencente à espécie humana.

b) “O tipo genético – as características herdadas de um ser humano individualizado - é estabelecido no processo da concepção e permanecerá em vigor por toda a vida daquele indivíduo” (Shettles e Rorvik – Rites of Life, Grand Rapids (MI), Zondervan, 1983 – cf. Pastuszek: Is Fetus Human – pg. 5”.

“O desenvolvimento humano se inicia na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino ou espermatozóide (...) se une a um gameta feminino ou ovócito (...) para formar uma célula única chamada zigoto. **Esta célula altamente especializada e totipotente marca o início de cada um de nós, como indivíduo único.** (Keith Moore e T.V.N. Persaud – The Developing Human, Philadelphia, W.B. Saunders Company – 1998 – pg. 18.

7. Anexo **quadro esquemático** que **na, e a partir da, fecundação** marca o desenvolvimento da vida humana: o **zigoto**, que se desenvolve a partir de sua unicidade celular. (vide: quadro anexo).” (fls. 6)

11. Outra tese, trazida à nossa reflexão pelo Dr. Raffaello Abritta, está em que **vida só se reconhece quando há pessoa, e o nascituro não é pessoa**. De se ler, **verbis**:

“Até o momento anterior ao do nascimento com vida, **desde a concepção até o nascimento com vida, o feto é um nascituro, gerado e concebido com existência no ventre materno**; mas nem por isto pode ser considerado como pessoa, como de fato ainda não o é.

Desta forma, a lei civil protege os interesses de um ser humano em formação, determinando o respeito pelas expectativas daqueles direitos que esse ser humano poderá vir a adquirir, caso se torne pessoa, o que acontecerá, frise-se, somente após o seu nascimento com vida.

Percebe-se, então, a diferença existente entre o nascituro, que foi gerado e concebido - **mas só existe no ventre materno, isto é, só possui existência intra-uterina**, e a criança, que já passou pelo nascimento com vida adquirindo o atributo de pessoa. Esta segunda possui, conforme a legislação civilista, personalidade jurídica enquanto que o primeiro é apenas um nascituro com expectativa de direitos.

Não se devem perquirir, neste momento, as questões religiosas, sociológicas ou filosóficas sobre a existência

de vida uterina como ser humano, como pessoa, o direito civilista não adentra nesta seara.

O enfoque deve cingir-se ao direito material brasileiro infraconstitucional.

Como a lei civil determina que o início da personalidade humana ocorre, tão-somente, com o parto nativivo, é importante determinar o conceito de nascituro.

Como ensina Santoro-Passarelli, em razão do nascituro, cria-se um centro autônomo de relações jurídicas, a aguardar o nascimento do concebido ou procriado, da criança que provenha com vida da mulher.

O mestre Washington de Barros Monteiro ministra:

‘Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. **Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o NASCIMENTO com vida**. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.’ (grifou-se e destacou-se)

O saudoso professor Caio Mário afirmava que à pessoa liga-se a idéia de personalidade, que manifesta a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

Por sua vez, Haroldo Valadão esclarece que a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.

Desta forma, insofismável aduzir que a personalidade deriva, indubitavelmente, da pessoa, motivo pelo qual a Professora Maria Helena Diniz ministra que, ‘primeiramente, imprescindível se torna verificar qual é a acepção jurídica do termo ‘pessoa’.

Na seqüência, a própria Professora Maria Helena elucida a questão com base nos ensinamentos de Diego Espín Cánovas:

“Para a doutrina tradicional ‘pessoa’ é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.’

Assim, resta claro que há muito - desde o Código civil de 1916 - a legislação civilista brasileira adotou a corrente doutrinária natalista, que reconhece o início da personalidade a partir do nascimento com vida, reservando para o nascituro uma expectativa de direito. Adotam, também, a teoria natalista os Códigos Civis da Espanha, Portugal, França, Alemanha, Suíça, Japão, Itália, entre outros.”

(vide: fls. 103/105, grifamos)

12. Portanto, por essa perspectiva, a vida só se a tem com o nascimento a bom termo.

13. O primeiro ponto à reflexão é este: esgota-se no campo do direito civil o conceito jurídico de vida?

14. Ou, por outro modo, não se pode extrair do texto constitucional o conceito de vida humana?

15. Não, não se esgota no direito civil o conceito jurídico de vida.

16. Quando o direito civil, pelo **artigo 4º** do código, preceitua que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, **com coerência estabelece que no plano das relações interpessoais é necessário que haja o nascimento, com vida, para que a bilateralidade, inerente à interpessoalidade, possa acontecer.**

17. Agora, **situação claramente outra**, e advinda do significado constitucional da **inviolabilidade** do direito à vida, posta no **artigo 5º, caput, é assentar que a vida humana é preservada, em sua existência, desde a fecundação.**

18. A reflexão constitucional, como não poderia deixar de ser, põe-se em plano **diverso**, em plano **fundamental**, e vai responder, pontuando, o momento da existência da vida.

19. A reflexão civilista, particularizada no aspecto das relações interpessoais, **não da existência do ser em si**, diz do nascimento com vida a que se desencadeie aspectos negociais, familiares, sucessórios do nascido em relação a terceiros.

20. É por isso que o próprio Dr. Rafaello Abritta disse na sua promoção, **verbis**:

“No Brasil, aguarda-se a manifestação derradeira do Supremo Tribunal Federal” (fls. 98, **in fine**)

21. A profa. Flavia Piovesan fez registrar que dessa resposta não se eximiu a Suprema Corte americana quando, no caso *Roe v. Wade*, em 1973, a partir do 3º mês de gestação marcou a existência humana: a vida (fls. 203).

22. Mencionada a profa. Flavia Piovesan reproduzo suas palavras a que possa fazer necessário registro, **verbis**:

“Sob o prisma da moral católica e cristã, a vida é considerada sagrada desde a concepção. No entanto, reitera-se, não há definição científica sobre o início da vida: se na fecundação, se no momento da implantação do embrião no útero; se com a formação do sistema nervoso; se a partir do 3º mês, como decidiu a Suprema Corte norte-americana no caso *Roe v. Wade* em 1973; ou se apenas com a vida extra-uterina (como, por exemplo, entende o judaísmo). Na própria história do catolicismo, constata-se que São Thomás de Aquino sustentava firmemente que o feto só adquiria alma após determinado lapso temporal – 40 dias para os fetos masculinos e um lapso temporal maior para o feto feminino.

Todas as religiões convergem no absoluto respeito ao valor da vida. Divergem, contudo, na concepção e no sentido

da própria vida e no modo como valor intrínseco da vida há ser desenvolvido e potencializado.

Neste cenário, a ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito deve manter-se laica e secular, não podendo se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito a pretender hegemonizar a cultura de uma Estado constitucionalmente laico.

Vale dizer, a temática objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade há de ser enfrentada sob as molduras constitucionais de um Estado laico, no qual todas as religiões mereçam igual consideração e profundo respeito.

Neste contexto, o termo inicial da vida humana é um fato cultural. No dizer de Alberto Silva Franco: ‘é o homem quem diz o que é a vida e o que é a morte. E pode ir mudando sua definição desses termos com o transcurso do tempo... a única coisa que se pode exigir é que explicitemos as razões das opções e que atuemos com suma prudência’.

Do direito brasileiro não se extrai que o embrião seja considerado forma inicial de vida humana passível de proteção jurídica. O embrião, para o positivismo jurídica brasileiro, não é considerado pessoa, definindo o Código Civil que a personalidade civil é dada após o nascimento com vida. Ainda que a lei coloque a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, faz-se necessário esclarecer que o nascituro é aquele destinado a nascer, implantado em um útero materno.”

(fls. 202/204)

23. É certo que sou, por opção religiosa, católico, como muito provavelmente a profa. Dra. Mayana Zatz e o advogado-geral adjunto Shalon Eintoss Granado, que a il. Professora menciona, por mais de uma vez (fls. 236 e 241), devam ter tido formação judaica que, como disse a profa. Flavia Piovesan, entende a vida só no acontecer extra-uterino (fls. 203), mas, **data maxima venia**, do que disse a profa. Flavia Piovesan no trecho retro transcrito, o tema como aqui tratado **nada, absolutamente nada, tem de religioso** e, portanto, não há qualquer pertinência na argumentação sobre a preservação do Estado laico.

24. O que desenvolvo, e o fiz a partir do **item 11** e ss. deste parecer é que:

a) o conceito jurídico do início da vida não se esgota no campo do direito civil.

b) o direito civil, **parte** do sistema jurídico ordenado, dado o caráter de **regulação interpessoal** no plano familiar, sucessório e negocial, que lhe é próprio, com coerência estabelece no nascimento com vida da pessoa a **aptidão a que as relações interpessoais aconteçam.**

c) o direito constitucional, também ocupa-se do tema vida, **em perspectiva diversa e fundamental** porque ao exigir sua proteção, como **inviolável**, expressamente no **artigo 5º, caput, considera a vida em si** e convoca o Supremo Tribunal

a definir o momento do início da vida.

d) a petição inicial dessa ação, **calcada exclusivamente em fundamentos de ordem científica** – leia-se itens 1/7 a fls. 3/6 – **sustenta que vida há, desde a fecundação, para que se preserve sua inviolabilidade.**

e) não há, pois, enfoques contraditórios: enquanto no plano do direito constitucional considera-se **a vida em si**, para protegê-la desde a fecundação, no enfoque do direito civil o nascimento com vida é que enseja aconteçam as relações interpessoais

25. Quanto, por derradeiro, ao questionamento que o Dr. Raffaello Abritta apresenta sobre a inconsistência da menção que fiz à inobservância do preceito constitucional, alusivo à dignidade da pessoa humana, assim posicionou-se o il. Advogado, **verbis**:

“O princípio da dignidade humana protege, inquestionavelmente, o ser humano enquanto considerado como pessoa humana, ou seja, o ser humano detentor de personalidade jurídica. Neste sentido, o ensinamento do Professor Alexandre de Moraes, **verbis**:

‘**A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida** e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que o estatuto jurídico deve assegurar...’ (grifou-se)

Assim, a ofensa à dignidade da pessoa humana exige a existência da pessoa humana, hipótese que não se configura em relação ao embrião *in vitro*.

Por fim, cumpre registrar que as premissas biológicas utilizadas pelo Requerente para fundamentar sua tese não foram proferidas de modo isento sob o aspecto religioso existindo inúmeras posições em sentido diverso.”

(fls. 113/114)

26. **Data maxima venia** é a definição do próprio prof. Alexandre de Moraes, como transcrita, que autoriza a menção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

27. Com efeito, se ela é, como diz o prof. Alexandre Moraes, “um valor espiritual e moral **inerente** a pessoa”, a **inerência é insita à existência**, e não à personalidade civil para fins de relações de interpessoalidade que, como aqui já apresentamos, é coisa diversa.

28. Por fim, apresentei, sim, fundamentos **exclusivamente** científicos a estabelecer, na fecundação, a vida humana presente. Não há, nestes autos, refutar científico do que apresentado foi.

29. Passo, agora, a examinar a breve exposição do Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, Consultor-Geral da União. Destaco, no essencial, **verbis**:

“Ora, se o direito à inviolabilidade do direito à vida surte seus efeitos quando a pessoa pode ser sujeito de direitos e isso corre com nascimento com vida, e se os direitos do nascituro

garantidos por lei pressupõem a condição de poder nascer objetivamente, se não há nascimento com vida ou não há condições objetivas de nascer, não há direito à inviolabilidade do direito à vida por falta de pressuposto lógico necessário. Em outras palavras, não basta a existência de vida biológica para a inviolabilidade jurídica do direito à vida, em face de que não é verdadeira a afirmação do Autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510.

Não fosse isso, a Lei nº 9434, de 1997, permite a retirada de tecidos ou órgãos ou parte do corpo humano na hipótese de *morte encefálica* o que pode não ser necessariamente o fim da vida, embora a lei não a defina juridicamente (art. 6º do Código Civil). Se a morte encefálica autoriza a morte física – por exemplo, pela retirada do coração ou outro órgão essencial – seria possível entender que houve o encerramento de uma vida com a mesma violação do direito à vida – e com muito mais razão porque, neste caso, há personalidade e há direito à inviolabilidade – mas ninguém cogitaria dessa ilação puramente lógica ante o fato certo da morte necessária. Isso mostra que a tese do Autor descansa em premissa irrazoável e desproporcional que tanto não tem amparo técnico jurídico quanto despreza a razoabilidade, sobretudo se – como é certo – os embriões inviáveis serão obrigatoriamente descartados e nunca serão sujeitos de direito podendo ao invés serem objeto ou instrumento de progresso científico e meio de desenvolvimento da cura ou minimização de males e doenças de um variadíssimo número de pessoas.”

(fls. 117)

30. Não, o direito à inviolabilidade do direito à vida **não** surte efeitos quando a pessoa pode ser sujeito de direitos, como procurei demonstrar nos itens anteriores, deste parecer.

31. Repito: o direito à inviolabilidade do direito à vida traz a reflexão **à vida em si mesma, que não se confunde** com as relações interpessoais, estas sim a pressupor o nascimento com vida.

32. Quanto à morte encefálica que, nos termos da lei (**artigo 3º** – Lei 9434/97), autoriza a retirada **post mortem** de tecidos, órgãos, etc. não é correto, **data venia**, dizer-se “que a morte encefálica **autoriza** a morte física”.

33. A morte encefálica é a morte física pelo colapso do órgão central, mas isso, por óbvio, não pode autorizar a ilação de que vida há só quando o órgão central do sistema nervoso, ou todos os órgãos estejam aperfeiçoados.

34. Eis porque fixei, na inicial, que a vida humana acontece **na, e a partir da, fecundação.**

35. A **inviolabilidade** do direito à vida preserva a vida **tanto na dinâmica do ciclo geracional – a vida em si -, quanto na dinâmica do ciclo relacional: a vida interpessoal.**

36. Pelo Ministério da Saúde, a advogada da União, Dra. Aline de Oliveira centra-se na tese já aqui enfrentada. Disse, a propósito, **verbis**:

“Entretanto, não obstante a validade de tais observações, o ponto principal é a ausência de tutela do embrião pré-implantado, seja em âmbito civil ou no penal. Conforme

expõe Heloísa Helena Barboza:

...não há atualmente no Direito brasileiro, disciplina legal quanto ao embrião humano, na medida em que, pelas razões expostas, tanto o Código Civil de 1916, quanto o de 2002, contêm dispositivos que parecem aplicáveis apenas ao nascituro, ou seja, ao ser concebido e já em gestação no útero da mulher.

Contudo, as considerações da Professora Heloísa Helena Barboza deram-se antes da promulgação da Lei de Biossegurança, por conseguinte, pode-se afirmar que, no momento atual, existe tratamento legislativo, no Brasil, sobre a temática. Sob essa ótica, o artigo 5º da Lei nº 11.105, de 2005, adotou a teoria da *diferenciação parcial*, significando que o ‘embrião é ‘ser humano’, mas ainda não ‘homem-pessoa’, merecendo tutela jurídica inferior a esse...’. Pois, em face das limitações impostas pela citada lei – utilização apenas para fins de pesquisa e terapia; somente embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos – o legislador pátrio não admitiu a tese da *diferenciação total*, que concebe o embrião como ‘simples coisa’, sendo total sua disponibilidade, ‘o que possibilita sua produção em proveta para quaisquer finalidades de pesquisa ou experimentação, genética ou não, bem como a utilização de fetos abortados em cosméticos ou na indústria’.”

(fls. 134/5)

37. Portanto, a Dra. Aline com todas as letras, e valendo-se do pensamento de Heloísa Helena Barboza, concluiu que “o embrião é ser humano, mas ainda não homem-vida, merecendo tutela jurídica inferior a esse”.

38. Ora, **se ser humano existe, se o embrião é ser humano, não se pode estabelecer gradação constitucional ao conceito de inviolabilidade da vida.**

39. A inviolabilidade da vida **concede tutela completa, desde que exista o ser humano.**

40. Sob este prisma, injurídico, **data venia**, falar-se em “tutela jurídica inferior”.

41. A Dra. Aline de Oliveira não pode deixar de registrar que, **verbis**:

“Sendo assim, a existência de embriões congelados é uma realidade no Brasil, o problema que se apresenta é o destino dos mesmos após determinado período de congelamento, na medida em que

a maioria dos casais, principalmente aqueles que conseguem gravidez com embriões a fresco, e muitas vezes gestações múltiplas, não demonstram interesse em descongelar e transferir os embriões. Raramente autorizam a doação destes a outros casais, e são inadimplentes, com as taxas de manutenção. Observam-se, atualmente, centenas de embriões, talvez milhares, abandonados em clínicas de FIV, sem destino definido.”

(fls. 125)

42. Então, **para contornar a insensibilidade humana**, que não autoriza a doação dos embriões humanos a casais que não possam ter filhos, para adotá-los, **ou para evitar a inadimplência com as taxas de manutenção** dos embriões congelados, a vida humana é sacrificada.

43. Nesse quadro, destaco essa consideração da Dra. Flávia Piovesan, **verbis**:

“Quanto ao Direito alemão, mencionado às fls. 08 e seguintes da exordial, ainda que a legislação alemã considere o embrião fecundado como vida humana passível de proteção jurídica sendo nacionalmente proibida a investigação científica com células-tronco embrionárias, é permitido importar embriões para este fim – o que traduz a incoerência do sistema jurídico.”

(fls. 214)

44. Pode, até traduzir incoerência do sistema jurídico, mas considero que tal quadro normativo espelha, sem dúvida, viés hegemônico dos países desenvolvidos que, aos seus, amplamente protege-os, até porque, ainda que se trate de comércio internacional de vidas, países há que se sujeitam, como sempre, ao fornecimento da matéria-prima.

45. Os trabalhos apresentados tanto pelos **amici curiae** – Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos (fls. 143/163) -, quanto pela advocacia do Senado Federal (fls. 222/245) na linha das anteriores impugnações dizem, ainda, do caráter não absoluto de qualquer direito.

46. É certo o que assim se diz, mas o ponto suscitado **nada tem a ver, data venia**, com o tema proposto nesta ação de inconstitucionalidade, que objetiva a definição constitucional do momento inicial da vida humana, e, isto, por certo, não é absolutizar qualquer direito.

47. Definir, constitucionalmente, o momento inicial da vida humana a que se dê sentido ao princípio constitucional da **inviolabilidade** da vida, é testemunho claro do cumprimento de missão reservada ao Supremo Tribunal.

48. Reitero os pleitos como postos nos **itens 1 e 2 a fls. 13.**

Brasília, 14 de novembro de 2005.

CLÁUDIO LEMOS FONTELES
Subprocurador-Geral da República

Aprovo:

ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA
Procurador-Geral da República

■ Paz e Democracia. A Participação Popular na Formação da Vontade Estatal

Paulo Roberto de Alencar Araripe Furtado
Procurador Regional da República – 1ª Região

I – Introdução

Este ensaio vai abordar a questão da paz e da democracia a partir da visão de Kant, expressa no opúsculo *A Paz Perpétua – Um Projeto Filosófico*¹ e tentará demonstrar que a participação popular, em algumas condições específicas, influencia a vontade do Estado e leva-o à paz.

A pesquisa bibliográfica foi a metodologia empregada.

Far-se-ão, na primeira seção, algumas reflexões sobre a paz, tomada como fenômeno social. Em seguida serão mencionadas algumas tipologias e a questão acerca do estado de natureza do homem, que KANT e alguns pensadores afirmam ser de guerra e outros afirmam ser de paz.

A segunda seção é sobre o trabalho de KANT, tratando especificamente dos Artigos Definitivos a Paz Perpétua.

A terceira seção é aquela em que se demonstra que a constituição republicana de KANT é a mesma constituição democrática de nossos dias, em virtude de ambas terem as mesmas características e praticamente os mesmos princípios.

Por fim, ver-se-á como a participação popular pode fazer com que um Estado tenda à paz, ou seja, como aquela influencia a vontade do Estado para a busca da paz e em que condições isso ocorre.

II – Algumas Reflexões sobre a Paz

Entre as muitas maneiras de se abordar a paz, é raro vê-la abordada como fenômeno social. GILISSEN (1962: 8-9) disse que “A paz é um fenômeno social; ela é um estado das relações, seja entre homens individualmente, seja entre grupos sociais. Encontra-se este fenômeno em todas as civilizações, em todos os tipos de sociedade humana. [...] poucos trabalhos abordaram o estudo da paz olhando-a como fenômeno geral e perpétuo da vida em sociedade.”

BOUTHOU² (1951. apud GILISSEN 1962), que batizou como ‘polemologia’ o estudo objetivo e científico das guerras como fenômeno social, explica esta indiferença dos especialistas das Ciências Sociais: a pseudo-evidência da guerra, seu caráter aparentemente voluntário e o ilusionismo jurídico. Talvez estes

mesmos fatores expliquem a relativa raridade de trabalhos científicos sobre a paz enquanto fenômeno social.

ALGER afirma que paz não dá notícias nem manchetes de jornais porque a maioria das pessoas vive em paz com seus vizinhos boa parte do tempo e a maioria dos países vive em paz com os seus vizinhos a maior parte do tempo. (1995, 128) Mesmo assim muitas pessoas estão preocupadas com a destrutividade das armas do Séc. XX e seu alcance intercontinental. (idem, 129)

É interessante notar – e não há como não concordar – que, como disse GILISSEN (1962, 14), “A paz não é uma instituição; é um estado. Um estado de fato, eventualmente um estado de direito, dentro das relações entre certos grupos sociais.”³

Há muitas tipologias para a paz, de acordo com inúmeros critérios. HATZFELD e DARMESTER (apud GILISSEN, 1962) ensinam: estado daquele cujo repouso não é perturbado; de um país que não tem perturbações internas e de uma nação que não está em guerra com outra. O primeiro é a paz interior de cada indivíduo, o segundo é a paz interna do grupo social e o terceiro é a paz externa. Esta última é definição feita com relação ao seu oposto, que é a guerra.

Há ainda uma distinção entre paz interior e paz exterior, que repousam sobre a teoria da soberania das nações, que surgiu no séc. XIV e é a base do atual direito internacional. (GILISSEN, 1962) A paz interior – manutenção de relações normais entre membros do grupo – garante a existência da comunidade e é condição sine qua non da sobrevivência do grupo. É mesmo um dos elementos de sua definição, porque não há grupo – unidade política – a não ser a partir do momento em que cada indivíduo consente em reconhecer a existência de uma autoridade superior, capaz de arbitrar os litígios individuais. (POIRIER, 1962)

Pode ser ainda classificada em Paz Negativa que tanto é ausência de um conflito global como a preservação da soberania e da integridade do território e Paz Positiva que é aquela em que não existem guerras nem quaisquer outras violências – fome, doença, ignorância, desabrigo, desemprego, insegurança, instabilidade – ameaçando o ser humano. (CRAVINHO, 2004)⁴. Conflitos não são somente guerras de armas ou de palavras. Terrorismo, corrida armamentista, rivalidade econômica, competição por poder e/ou prestígio e violência causada por poluição em larga escala, pobreza e outras carências, tais como de trabalho, de teto, de condições de higiene, de saneamento básico, de comida,

de atendimento médico, de educação, também caracterizam um estado de conflito, se não declarado, pelo menos, potencial (MARRYFIED e REMY, 1995), que tem o condão de tirar a paz (positiva) de um povo.

Em oposição à paz (negativa) está a guerra que, por sua vez, pode ser justa ou injusta. Considerava-se justa, a guerra de defesa e, paradoxo!, a guerra para fazer cumprir um tratado de paz. A teoria do reconhecimento de uma guerra como justa tem variado seu parâmetro desde a idade média até nossos dias. SANTO AGOSTINHO (HUBRECHT, 1962: 111,⁵ *apud* GILISSEN, 1962), SANTO TOMÁS DE AQUINO e BEAUMANOIR admitem a guerra justa em caso de violência ou injustiça, pecado ou prática do mal. Mas a imprecisão das noções de justiça, de pecado, de mal permitia encontrar uma causa justa para todas as guerras. HOSTIENSIS admitia que a guerra contra infiéis fosse sempre justa.⁶ Nos séculos XVII e XVIII, admitia-se o direito das nações de se coligar contra o infrator dos tratados. A Teoria da Guerra Justa não conseguiu trazer uma solução prática e objetiva ao direito de fazer a guerra para assegurar a execução dos tratados, faltou encontrar um órgão supranacional capaz de definir a agressão e julgar o agressor. (GILISSEN 1962: 54)

No século XX, o recurso à guerra foi convencionalmente proibido. Se o pacto da Sociedade das Nações não contém nada além da obrigação de recorrer à mediação ou à arbitragem antes de declarar a guerra, o Protocolo de Genebra proíbe todo recurso à guerra, salvo para resistir à agressão, participar de sanções ou obrigar um Estado a cumprir uma sentença arbitral. (GILISSEN, 1962)

A evolução da humanidade rumo ao banimento da guerra como instrumento de resolução de conflitos continuou. “Pelo Pacto Briand-Kellog, de 1928, os 63 Estados que a ele aderiram, comprometeram-se a renunciar à guerra ‘enquanto instrumento de política nacional em suas relações mútuas’. A Carta das Nações Unidas, enfim, proíbe todo recurso à ameaça e ao emprego da força; se ela admite ‘o direito natural à legítima defesa’ contra uma agressão armada, ela limita esse direito ao tempo indispensável para permitir ao Conselho de Segurança tomar ‘as medidas necessárias para manter a paz e a segurança internacionais’” (GILISSEN, 1962:54-55)

Após se verificar que a guerra é uma presença incontestável na realidade humana, é preciso olhar um pouco mais atrás e inquirir qual dos dois estados, o de paz ou de guerra, é o natural da humanidade. KANT (1990: 126-7) entende que o estado de paz entre os homens não é um estado de natureza, antes o é o estado de guerra, embora nem sempre tal estado consista em hostilidade real, mas, de algum modo latente face à insegurança que a simples presença do semelhante gera.

Mas há estudiosos que pensam diferente. Segundo SNOUCK-HURGRONJE⁷ (1894:81 *apud* DORSIFANG-SMETS, 1962), os povos de Atjeh, ao norte de Sumatra, tinham tão grande desejo de paz que seus líderes não hesitavam em pagar qualquer compensação, quando um conflito se instalava, para restabelecer a paz. NUMELIN⁸ (1950: 26s *apud* DORSIFANG-SMETS, 1962) através de estudos de fontes etnográficas e suas análises, desmentiu a afirmação de numerosos etnólogos que afirmavam

ser o estado de conflito o normal entre as sociedades primitivas.

Discordando de KANT, esses autores acima citados afirmam que a paz deve ser considerada como a condição de uma vida normal, inclusive e principalmente entre os povos menos tecnologicamente avançados, como, por exemplo, os esquimós. BIRKET SMITH⁹ (1950: 279 *apud* DORSIFANG-SMETS, 1962) afirma que isso não acontece porque eles sejam mais angélicos do que os demais povos, mas porque eles quase nunca tinham motivos importantes para mobilizar os exércitos. Talvez nem mesmo exército tivessem.

Nos discursos e relatórios da Conferência Internacional para a Paz encontram-se citações que bem evocam e definem a assim chamada paz positiva: “A paz só tem verdadeiro sentido quando atinge o fim da exploração e da opressão do homem pelo homem.”¹⁰ ; “A paz é inconcebível sem a independência política e econômica e o desenvolvimento dos países atrasados.”¹¹ ; “A ausência de guerra, mais ou menos geral ou total, sendo realidade inestimável e preciosa, também não equivale à verdadeira paz, pois esta é inseparável da liberdade e da justiça. A paz, o desenvolvimento e a independência (ou a liberdade) dos povos são, de fato, inseparáveis, exigem condições complexas e frágeis, apenas possíveis mercê de uma luta corajosa e perseverante. Nessa luta desempenham papel decisivo as forças de paz que, junto da opinião pública de cada país denunciam, em cada momento, as situações reais de violência, opressão, injustiça e ingerência externa...”¹².

III – Kant e os requisitos para a Paz Perpétua

No final do século XVIII KANT escreveu o opúsculo A Paz Perpétua Um Projeto Filosófico, com duas Seções, onde estão os Artigos Preliminares para a Paz Perpétua, em que são elencadas as atitudes que possibilitam a efetivação de um tratado de paz, e os Artigos Definitivos para a Paz Perpétua, em que são descritas as características dos Estados para que haja a busca da paz.

Os Artigos Definitivos para a Paz Perpétua entre Estados, segundo KANT¹³ são:

1) *A Constituição civil em cada Estado deve ser republicana.*

Este Primeiro Artigo Definitivo para a Paz Perpétua não deve ser entendido com o sentido que, ao termo republicano, é, neste princípio do Séc. XXI, atribuído. Tal sentido, ou seja, aquele com o qual deve ser entendido o termo empregado por KANT será desenvolvido posteriormente.

2) *O direito das gentes deve fundar-se numa federação de estados livres*¹⁴

Esta federação de Estados não pode ser um Estado, porque “todo Estado implica a relação de um superior (legislador) com um inferior (o que obedece, o povo)”¹⁵ e não há nem pode haver relação de superior e inferior com relação aos Estados.

A federação, baseada no Direito das Gentes (**jus gentium**) tem como objetivo garantir a paz para todos os membros e assegurar o fim das guerras para sempre e deve sempre ampliar-se até que todos os Estados a ela adiram e assim seja garantida a paz perpétua para todos.

3) o direito *cosmopolita* deve limitar-se às condições de *hospitalidade universal*¹⁶

O que significa apenas que o estrangeiro não será tratado com hostilidade quando em visita ao território de qualquer outro Estado desde que se comporte amistosamente. Isso não impede de o Estado rejeitar o estrangeiro¹⁷ em virtude de seus interesses particulares e no exercício de sua soberania.

IV – Paralelos entre República, como idealizada por Kant, e Democracia

KANT (1990) define como constituição republicana aquela que se funda nos princípios da liberdade dos membros da sociedade, enquanto seres humanos, da dependência de todos em relação a uma única legislação, enquanto súditos, e da igualdade de todos, enquanto cidadãos.

Por liberdade ele¹⁸ entende a faculdade de não obedecer a quaisquer leis senão quando a elas é dado o consentimento. Por dependência de todos em relação a uma única legislação entende-se que não há discriminação na aplicação da lei, o que corresponde mais ou menos ao sentido de igualdade, enquanto que esta, como está vinculada à qualidade de cidadão, manifesta uma certa conotação política, de participação na formação do governo ou no exercício de cargos públicos, repudiando KANT a nobreza hereditária como garantidora de mérito.

KANT entende que tal constituição republicana é a única capaz de assegurar a paz em razão de exigir um consentimento do povo para haver a guerra, uma vez que é este quem vai arcar com todas as conseqüências, tais como o sofrimento, as despesas, a reconstrução e o pagamento das indenizações, ao passo que, nas constituições absolutistas, o monarca é quem decide se há ou não guerra, de acordo com seu próprio humor, não se preocupando com as conseqüências porque esta “... não lhe faz perder o mínimo de seus banquetes, caçadas, palácios, festas cortesãs etc. ...”(p. 129)

Por outro lado, KANT opõe-se a equiparar a constituição republicana com a constituição democrática, por paradoxal que seja. Embora os princípios caracterizadores da constituição republicana sejam nitidamente democráticos (liberdade, igualdade, soberania da lei), KANT, como muitos pensadores de sua época (John Stuart Mill, Benham em sua fase inicial,

Macaulay, entre outros) (ARBLASTER, 1988) tinha muito medo da tirania das maiorias, talvez esquecido de como funcionava a democracia nos seus primórdios, na Grécia antiga, e de como ela evoluiu, adotando a representação como forma de possibilitar a participação da população quando seu número não permitia a deliberação direta. (ARBLASTER, 1988)

Recorrendo-se à história da democracia, aos seus princípios fundamentais e a sua evolução (ARBLASTER, 1988), pode-se concluir que o medo de KANT era infundado, especialmente se for levada em conta a influência – majoritariamente negativa – que o poder econômico tem nas decisões do Estado, fazendo-o dobrar-se à sua vontade, mesmo se uma grande parcela da população for contrária. ARBLASTER (1988: 150) menciona o fato de que determinada companhia petrolífera estrangeira (à Grã-Bretanha) desejava construir uma refinaria em determinado povoado da Inglaterra e a população local era majoritária e francamente desfavorável. Na reunião do gabinete, foi decidido o deferimento, a despeito da opinião desfavorável dos residentes, em virtude do grande poder econômico da tal companhia, que não poderia ser contrariada sem risco.

Evidentemente não há grande diferença entre a tirania das maiorias e a tirania do poder econômico que justificasse a recusa peremptória de KANT em admitir a constituição republicana como semelhante à democrata para o fim de promover a paz perpétua.

V – Democracia e Participação Popular

A explicação dada por KANT acerca de porque a constituição republicana é a única que conduz à paz¹⁹ é confirmada por pesquisadores, como se pode ver no texto a seguir:

“A universalização da organização da paz foi também possível por uma penetração mais profunda da idéia da paz nas massas. Até o século XIX somente as classes dirigentes – a dos governantes e a dos intelectuais – se ocupavam dos problemas de organização da paz. Com o desenvolvimento do ensino, com a introdução progressiva do sufrágio universal, a idéia da paz pode – e deveu – descer para as classes inferiores da sociedade. **As massas desempenham um papel na luta contra a guerra; sua pressão sobre os governantes pode contribuir para o desenvolvimento da organização da paz.**²⁰ Lembremo-nos de que, segundo a Carta de São Francisco, a Assembléia das Nações Unidas representam os povos e não mais os governantes; ela constitui a primeira assembléia representativa da coletividade humana.

Por outro lado, e ao mesmo tempo, a emancipação política das massas pode constituir um freio ao desenvolvimento da idéia universal da paz. Porque elas são sensíveis às idéias nacionalistas, às idéias de hegemonia, às

“Após se verificar que a guerra é uma presença incontestável na realidade humana, é preciso olhar um pouco mais atrás e inquirir qual dos dois estados, o de paz ou de guerra, é o natural da humanidade. KANT (1990: 126-7) entende que o estado de paz entre os homens não é um estado de natureza, antes o é o estado de guerra...”

idéias de guerra santa; elas dificilmente resistem aos botes das ideologias que buscam universalizar sua concepção política social e econômica da sociedade. (GILISSEN, 1962:75)

A democracia participativa (EISENSTADT, 2000) em oposição à democracia constitucional, só pode acontecer se houver participação ativa, contínua e responsável do cidadão, que assim influi na formação da vontade do Estado. Por sua vez, a democracia participativa pode ser republicana, conforme privilegia a responsabilidade do cidadão, ou comunitária, se der mais ênfase à liberdade. Desta forma, o povo participando da formação da vontade do Estado, tem como fazer valer sua vontade.

Como salientou GILISSEN já transcrito, a população tanto pode agir para evitar a guerra e se fazer a paz, como para fazer a guerra, quando dá ouvidos a idéias nacionalistas, de hegemonia ou de radicalismo religioso. A solução para este dilema é dada por MILL (ARBLASTER, 1988: 72), que afirma que educação e salário alto são o remédio para todo e qualquer governo de tirania.

Desta forma a participação popular quando existente em um Estado de bem estar (Welfare State – assim entendido aquele que proporciona educação e salários altos) é fator que influencia a formação da vontade estatal e conduz à paz.

VI – Conclusão

Como se viu a paz como fenômeno social é pouco estudada, embora existam, desde a antiguidade, escritos sobre a paz.

Cada autor oferece uma tipologia para a paz, segundo sua maneira própria de encará-la. Todas elas são válidas e justificáveis segundo o critério apresentado.

Um ponto interessante que merece uma maior reflexão é acerca da questão sobre o comportamento primitivo: o homem é, por natureza, inclinado para a paz ou para a guerra? KANT, que foi o referencial teórico para este ensaio, assume a posição de que o estado de guerra é o estado natural do homem.

Neste trabalho foram mencionados vários autores que defendem posições contrárias, mas a conclusão a que se pode chegar é basicamente uma: o estado de natureza do homem é a guerra, uma vez que os exemplos de sociedades ou grupos humanos que buscaram a paz acima de todo e qualquer custo, ou que foram essencialmente pacíficos são exceções que confirmam a guerra.

Os próprios defensores do pacifismo fornecem os indícios para que suas afirmações sejam contestadas. Por exemplo, quando são mencionados os esquimós, a explicação dada é que não tinham motivos para mobilizar os exércitos. Ou seja... eram pacíficos porque não eram agredidos. Acerca daqueles que pagavam qualquer compensação para restabelecer o estado de paz, pode-se dizer que preferiam pagar compensações a arcar com as conseqüências comumente desastrosas da guerra.

É verdade que a participação popular tende a fazer com que a guerra não aconteça, mas a afirmação de que as democracias são absolutamente pacíficas com outras democracias foi

categoricamente negada por HENDERSON (2002: 156) que afirma não ser verdade que democracias são mais pacíficas com outras democracias, que democracias são mais pacíficas que não democracias nem que são mais pacíficas com relação a guerras civis em Estados pós-coloniais.

Há inúmeros benefícios decorrentes da paz, entre eles o redirecionamento de partes do orçamento da defesa para setores sociais, assim também de complexos industriais e de pessoal da produção de armamentos para a produção de bens civis, com evidente ganho social, se não a curto prazo, mas seguramente a médio e longo prazos. (GLEDITSCH et alii, 1996)

Por fim, a participação popular é fator preponderante para a paz quando presentes os requisitos de ser o Estado uma democracia, e se tratar de um Estado de bem estar (Welfare State), traduzido por educação e altos salários.

Notas

¹ As menções que serão feitas a esta obra de Kant o são do livro *A Paz Perpétua* e outros opúsculos, traduzido por Artur Morão, Lisboa, Edição 70, de 1990, 174 p, relacionado de forma completa na bibliografia.

² G. BOUTHOU. *Traité de sociologie: les guerres. Elements de polémologie.* Paris, 1951, págs 8-11

³ Tradução livre

⁴ Notas de aula 10/dez/2004.

⁵ G. HUBRECHT, *La guerre juste dans la doctrine chrétienne.* In *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions – tome XV – La Paix, deuxième partie.* Bruxelles. Editions de la Librarie Encyclopedique. 1962, 610 pág. P. 111

⁶ G. HUBRECHT, *op. cit.* p. 115-117

⁷ in *The Atjehers*, Leyde, 1894, I, págs. 81 e seguintes apud (SMETS 1962)

⁸ in *The beginnings of diplomacy* Oxford, 1950, págs. 26 e seguintes

⁹ in *Der weg der beschavings*, Amsterdam, 1950, pág. 279

¹⁰ Antônio Avelãs Nunes, discurso como representante da Delegação Portuguesa na Sessão de Abertura da Conferência Mundial para o Desenvolvimento, organizada pelo Conselho Mundial da Paz em Budapeste, Hungria, de 8 a 11 de outubro de 1976. in *Desenvolvimento e Paz* págs. 43 a 56

¹¹ *Relação entre Paz e Desenvolvimento na nova conjuntura internacional – Relatório Final da 1ª Comissão da Conferência Internacional para o Desenvolvimento.* In *Desenvolvimento e Paz*

¹² *Declaração sobre a luta pela Paz, Desenvolvimento e Independência Econômica* lida pelo Prof. Mário Murteira em nome da Delegação Portuguesa na Conferência Mundial para o Desenvolvimento, organizada pelo Conselho Mundial da Paz em Budapeste, Hungria, de 8 a 11 de outubro de 1976. In *Desenvolvimento e Paz* págs. 119/120

¹³ *Opus cit.*

¹⁴ O destaque está no original

¹⁵ Pág. 132

¹⁶ O destaque está no original

¹⁷ Pág 137

¹⁸ Nota de rodapé, *opus cit.* p. 128/129

¹⁹ Ver seção IV deste ensaio.

²⁰ Original sem destaque

■ Referências bibliográficas ■

ALGER, Chadwick F. Building Peace: A Global Learning Process. In Teaching about international conflict and peace. Edited by Merry M. Merryfield and Richard C. Remy. Albany. State University of New York Press. 1995. 374 pág.. Pág. 127/162

ARBLASTER, Antony. A democracia. Lisboa. Editorial Estampa. 1988. 165 pág.

CRAVINHO, João Gomes. Notas de aula. Seminário Resolução de Conflitos no Sistema Internacional Contemporâneo. Módulo Resolução de Conflitos. 10/ dez/2004.

DORSINFANG-SMETS, Annie. La sauvegarde de la paix dans le monde dit arcaïque. In Recueils de la Societé Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions – tome XIV – La Paix, première partie. Bruxeles. Editions de la Librarie Encyclopedique. 1962, 545 pág. Pág 99/122

EISENSTADR, S. N. Os regimes democráticos: fragilidade, continuidade e transformabilidade. Oeiras, Celta. 2000. 115p.

GILISSEN, John, Essai d'une histoire comparative

de l'organisation de la paix. In Recueils de la Societé Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions – tome XIV – La Paix, première partie. Bruxeles. Editions de la Librarie Encyclopedique. 1962, 545 pág.

GLEDITSCH, Nils P. et alii. The peace dividend. Amsterdam. Elsevier Science B V. 1996, 625 pág.

HENDERSON, Errol A. Democracy and war: the end of an illusion? Londres. Lynne Rienner Publishers. 2002. 191 p.

KANT, Immanuel. A Paz Perpétua e outros opúsculos. Tradução Artur Morão. Lisboa. Edições 70, imp. 1990. 179 pág.

MERRYFIEL, Merry M. & REMY, Richard C. Teaching about international conflict and peace. Albany, State University of New York Press. 1995, 374 pág.

POIRIER, Jean. Esquisse d'une ethno-sociologie de la guerre et de la paix dans lés sociétés arcaïques. In Recueils de la Societé Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions – tome XIV – La Paix, première partie. Bruxeles. Editions de la Librarie Encyclopedique. 1962, 545 pág.

VÉRTICE. O desenvolvimento e a paz. Coimbra. Atlântida, 1977. 123 pág.

COLABORE COM O BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

Envie o seu artigo para publicação no Boletim,
observando o seguinte:

- 1 tamanho máximo de 20.000 (vinte mil) caracteres, com espaços, contando com eventuais notas de fim de texto e referências bibliográficas
- 2 ausência de conteúdo ofensivo, sobretudo a membros do Ministério Público.

Os textos devem ser enviados aos endereços eletrônicos:

vfurtado@prdf.mpf.gov.br, amelo@prsp.mpf.gov.br e fundação@pedrojorge.org.br
tel. (61) 3321-5414 / 1495

Os textos que excedam o tamanho máximo somente poderão ser publicados caso não haja textos dentro do padrão para completar a edição

Artigos terão preferência sobre peças processuais

■ O Princípio do Sigilo de Fonte e as suas Limitações ■

Bruno Caiado de Acioli
Procurador da República em Brasília-DF

*Give me the liberty to know, to utter,
and to argue freely according to conscience,
above all liberties.*
John Milton¹

O presente artigo tem por escopo demonstrar que a transferência indireta do sigilo de fonte para o Poder Judiciário, por intermédio de afastamento judicial do sigilo de dados telefônicos de jornalista, não fere a Constituição Federal, desde que procedida sob sigredo de justiça e preenchidos certos requisitos.

Não custa lembrar que o afastamento do sigilo de dados telefônicos não se confunde com a interceptação telefônica, e tem a função básica de identificar as chamadas recebidas e emitidas por determinada linha telefônica, bem assim os chamadores, dentro de lapso temporal fixado pela autoridade judiciária competente, em decisão fundamentada.

Importante consignar ainda que o jornalista ou o repórter jamais poderá ser compelido a revelar segredo profissional, tampouco sofrer penalidades administrativas, cíveis ou penais, pela recusa em prestar tal informação, conforme bem ponderado pelo eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, em despacho vazado nos autos do Inquérito nº 870-2/RJ.

Embora se trate de decisão monocrática, cuida-se de sinalização consonante com o ordenamento constitucional, oriunda de magistrado pertencente à mais alta Corte do País, no sentido de que o profissional da comunicação social não pode ser responsabilizado na hipótese de recusa na prestação de informações que possibilitem a identificação de sua fonte.

Nesse diapasão, merece transcrição o magistério de Darcy Arruda Miranda², *litteris*:

O jornalista ou radialista que publicou ou transmitiu a informação sigilosa, ainda que interpelado, não fica obrigado a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações. Este silêncio é direito seu, não podendo

ser interpretado neste ou naquele sentido e não fica sujeito à sanção de qualquer natureza, nem a qualquer espécie de penalidade.

Isso não quer dizer que o Poder Público fique privado da alternativa de valer-se dos meios probatórios legais e constitucionais existentes, com o fito de obter o dado recusado pelo jornalista, sob a alegação de sigilo de fonte. Note-se que uma coisa é obrigar o profissional a identificar a fonte ou então puni-lo pela recusa em revelar o segredo; outra, muito diferente, é buscar desvendar o segredo, via afastamento excepcional do sigilo de dados telefônicos do jornalista. A primeira alternativa é abusiva, ao passo que a segunda, não.

Acresça-se que o princípio do sigilo de fonte, além de constituir dever ético e direito subjetivo de o profissional da comunicação social não revelar dados sobre o informante, constitui direito subjetivo da pessoa que forneceu as informações de não ter seus dados qualificadores revelados, preservando, assim, sua incolumidade física, honra e imagem através do anonimato.

Não se olvide que se trata, ainda, de direito de oposição à atuação persecutória do Estado, na medida em que lhe impõe limites e confere ao seu titular o direito subsidiário de resistência contra toda e qualquer tentativa de subverter tal posição jurídica (concepção negativa). Além disso, o sigilo de fonte atua como facilitador do direito à informação e da liberdade de imprensa (concepção positiva), a teor dos artigos 5º, inciso XIV, e 220, § 1º,

da Constituição Federal de 1988, estando ainda intimamente conectado a outras disposições constitucionais, v.g., artigo 5º, inciso IV, que cuida da liberdade de manifestação de pensamento.

Reza o artigo 5º, inciso XIV:

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

“...uma coisa é obrigar o profissional a identificar a fonte ou então puni-lo pela recusa em revelar o segredo; outra, muito diferente, é buscar desvendar o segredo, via afastamento excepcional do sigilo de dados telefônicos do jornalista. A primeira alternativa é abusiva, ao passo que a segunda, não.”

A seu turno, o artigo 220 e seu § 1º estatuem:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Como se vê, a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, o direito à informação e o sigilo de fonte encontram-se umbilicalmente ligados, não havendo que se falar em sigilo de fonte quando este não tiver por finalidade tornar seguro o direito à informação e à opinião, bem assim a liberdade de escrita ou liberdade de informação jornalística.

Não custa lembrar que a constitucionalização de tais direitos representa a cristalização de revoluções e guerras que agitaram a Europa e os Estados Unidos no período compreendido entre os séculos XVII e XX, em prol da democracia e contra o absolutismo e o totalitarismo.

No correr dos séculos, tais direitos foram incorporando novas dimensões, deixando de ser meros direitos individuais oponíveis contra o arbítrio estatal (primeira geração) para se transformarem em direitos sociais ou “garantias institucionais” (segunda geração) e, logo em seguida, em expressão da universalidade do gênero humano (terceira geração).

Capítulo à parte merece o direito à informação (direito de procurar, receber e difundir informação verdadeira). Sobre ele, preleciona Paulo Bonavides que se trata de direito de quarta geração, tal qual o direito ao pluralismo e o direito à democracia. No entender do emérito Professor, *Deles [direitos de quarta geração] depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência*⁴.

Todavia, a concretização do direito à informação verídica e exata depende da livre criação e divulgação das idéias e notícias, assegurado o sigilo de fonte, quando imprescindível ao exercício profissional. Sem embargo da diferença conceitual entre direito e garantia, preconizada por algumas correntes doutrinárias, pode-se afirmar que o sigilo de fonte constitui indubitavelmente um direito fundamental. Como sói acontecer formalmente com toda e qualquer norma definidora de direito fundamental, o sigilo de fonte constitui princípio, dado o seu elevado grau de importância, abstração e generalidade no arcabouço constitucional⁵.

Nesse diapasão, na hipótese de colisão com outros princípios

constitucionais, deverá ser relativizado, de acordo com o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação ou idoneidade do meio, necessidade ou exigibilidade da medida e a proporcionalidade em sentido estrito).

Tanto isso é verdade que pode o repórter afastar o sigilo de fonte quando presente justa causa, *exempli gratia*, salvar a vida de outrem ou evitar a condenação de inocente⁶. E não se diga aqui que se trata de simples renúncia do titular ao direito, uma vez que este igualmente pertence ao indivíduo que forneceu as informações ao repórter.

Tampouco se diga que aniquilado estaria o núcleo essencial do princípio do sigilo de fonte, uma vez que a revelação do segredo dar-se-ia, nos exemplos acima, no bojo de processo sob segredo de justiça.

A respeito da relatividade dos direitos fundamentais, escreve Alexandre de Moraes⁷:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

“Esgotados todos os meios probatórios menos invasivos, sem que tenha sido descoberto o autor do ‘vazamento’, poderá a autoridade postular ao Poder Judiciário o afastamento do sigilo de dados telefônicos do jornalista, com vistas a identificar a fonte, uma vez que se trata de pessoa envolvida em atividade criminosa...”

Fundada no magistério de Canotilho e Robert Alexy, Suzana de Toledo Barros leciona que *O caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica, por si só, a proporcionalidade em sentido amplo ou a existência de seus elementos ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. E mais: Quando se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo na solução de um caso concreto, devem eles sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar. Essa relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental traz ínsita a existência de*

*várias possibilidades jurídicas de relativização dos direitos fundamentais*⁸.

Em sua magnífica obra *Tratado de Libertad de Prensa*, Editora LexisNexis, 1ª edição, Buenos Aires, 2002, p. 348 *usque* 359, Gregorio Badeni menciona o caso “*Branzburg v. Hayes*”, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos que decidiu, por maioria, *que el secreto profesional del periodista no reviste*

carácter absoluto, sin perjuicio de la particular protección que merece, cuando se trata de suministrar datos conducentes para una investigación penal que son requeridos por un gran jurado.

Comentando sobre os limites do segredo de fonte, Castanho de Carvalho sustenta a impossibilidade de lei infraconstitucional excepcionar sobredito princípio. No entanto, explica que a colisão entre o direito ao sigilo de fonte e o de revelá-la deve ser resolvida mediante a ponderação de bens. À guisa de exemplo, cita a possibilidade de o jornalista eximir-se do dever de sigilo, no intuito de provar sua inocência em determinado processo criminal⁹.

É de sabença comezinha que o sigilo de fonte e a liberdade de imprensa co-existem com outras garantias, liberdades e direitos de idêntica estatura, não podendo, por isso mesmo, sobrepujá-los a ponto de os tornar “letra morta”. Exemplos de tais normas, podem ser localizadas no direito à segurança, na proibição de preconceito racial, no direito à ampla defesa, na inviolabilidade do direito à vida e à locomoção, no sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas etc.

O sigilo de fonte na atividade jornalística não pode atropelar as demais franquias constitucionais, sob pena de ir de encontro a outros princípios tão fundamentais quanto a liberdade de imprensa. A título ilustrativo, cite-se a divulgação de segredos de Estado, de dados bancários e do áudio de conversas telefônicas interceptadas por ordem da Justiça.

Nessas hipóteses, por se tratar de conduta típica, tem a autoridade competente o dever de instaurar procedimento investigatório, visando descobrir os responsáveis pelo aludido “vazamento”¹⁰.

Notificado o autor da reportagem, pode esse recusar-se a fornecer quaisquer dados referentes à fonte de onde provieram as informações usadas na matéria. Pode, inclusive, recusar-se a informar o local e a data da entrevista ou mesmo a fornecer os documentos que lhe foram repassados pela fonte, ou quaisquer outros detalhes que indiretamente sirvam para identificá-la.

Conquanto impedida de aplicar sanções ou penalidades contra o jornalista, poderá a autoridade competente efetuar diligências complementares à oitiva do jornalista, visando a elucidação da autoria e da materialidade do delito.

Esgotados todos os meios probatórios menos invasivos, sem que tenha sido descoberto o autor do “vazamento”, poderá a autoridade postular ao Poder Judiciário o afastamento do sigilo de dados telefônicos do jornalista, com vistas a identificar a fonte, uma vez que se trata de pessoa envolvida em atividade criminosa, devendo o processo respectivo tramitar sob segredo de justiça e ficando a autoridade penal e civilmente responsável pelo uso indevido de tal informação.

Releva consignar, baseado no magistério de Castanho de Carvalho, que não só a fonte está acobertada pelo direito ao segredo como também tudo que concorreu para a sua obtenção da informação junto à fonte, como filmes, gravações, documentos(...registros telefônicos)¹¹.

Reputando-se correta tal posição, forçoso será concluir que a autoridade impedida também estará de obter tais registros telefônicos, exceto se admitir que o sigilo de fonte mostra-se

relativo e, portanto, suscetível de limitações à luz do caso concreto e de acordo com o princípio com o qual esteja a colidir.

Nos exemplos acima, o hermeneuta deverá buscar o equilíbrio entre o princípio de sigilo de fonte, de um lado, e o direito à segurança, à probidade administrativa, à inviolabilidade das comunicações telefônicas, à intimidade, de outro lado; entre o interesse público na circulação da informação e o interesse social na punição dos culpados e na conseqüente restauração da ordem jurídica violada.

■ Notas ■

¹ Autor da primeira obra moderna acerca da libertad de prensa, intitulada *Areopagitica* (publicada em 1644), o inglês John Milton, a par de seus poemas, notabilizou-se pela defesa da liberdade de expressão, ao enfrentar a maioria puritana que compunha o Parlamento da Inglaterra, em razão de ordem datada de 14 de junho de 1643, condicionando a publicação, o comércio e a circulação de livros, panfletos, jornais etc à prévia aprovação e licenciamento por agentes estatais, sob pena de prisão e de busca e apreensão.

² Arruda Miranda, Darcy. In *Comentários à Lei de Imprensa*, item 781, 3. ed., 1995, RT, p. 774.

³ Bonavides, Paulo. In *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed., Malheiros, p. 517 usque 525.

⁴ *Idem*, p. 525.

⁵ *El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas* (Robert Alexy, in *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86).

⁶ Note-se que o CP somente pune a conduta quando destituída de justa causa, verbis: “Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.”

⁷ Moraes, Alexandre de. In *Direito Constitucional*, 18. ed., Atlas, p. 28.

⁸ Toledo Barros, Suzana. In *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 2. ed., Brasília Jurídica, pp. 157 e 158.

⁹ Castanho de Carvalho, L.G. Grandinetti: in *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*, 2. ed., Renovar, p. 127.

¹⁰ Geralmente a divulgação pelos meios de comunicação do áudio de conversações telefônicas “grampeadas” ou de documentos sob segredo de justiça atende ao interesse público de a sociedade ser informada sobre a lisura na condução dos negócios públicos. Nesse caso, acredito que a conduta do jornalista responsável pela divulgação constituir-se-á num irrelevante penal decorrente de provável estado de necessidade.

¹¹ *Op. cit.*, p. 128.

■ Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica ■

Paulo Vasconcelos Jacobina
Procurador Regional da República – 1ª Região

1. Palavras iniciais

Pode-se estabelecer, com um estudo mais profundo, que a legislação penal e processual penal traz uma *concepção da loucura*, e uma *forma de lidar* com ela. A legislação sanitária também está imbuída de uma determinada *concepção ideológica de loucura*, e de uma *forma de lidar* com ela. Assim, é necessário fazer uma breve retrospectiva histórica e filosófica da loucura, para ficar evidente de que essas concepções e modos de lidar não são *nem os únicos, nem os últimos, nem os melhores*, mas apenas projeções dos contextos ideológicos nos quais foram produzidos. Vale dizer: municiando o jurista de um *saber crítico sobre a loucura*, da contextualização desse saber e das formas com as quais as sociedades têm lidado com ela, pode-se eventualmente obter uma *maior facilidade* no manuseio da legislação, na sua interpretação e aplicação – adequando-a, ademais, aos grandes princípios humanistas insertos na Constituição, *mas nem sempre levados em conta quando da gestão jurídica da insanidade*, realizada na prática pelos operadores do direito.

O conceito de loucura não é unívoco, como já foi sinalizado acima. Não se pode admitir que existe um *conceito de loucura* vagando pelo mundo platônico das idéias, paulatinamente desvendado pelo *progresso da ciência*. A loucura sempre foi, em todas as sociedades, uma questão de como a pessoa se relaciona consigo mesma, como se relaciona com os outros e, principalmente, como vê o mundo e por este é vista. Alguém pode ser considerado louco num determinado contexto, e ser um líder, ou um xamã, em outro.

Na verdade, prevalece ainda no Direito uma noção desumanizadora da loucura, fruto do desenvolvimento do racionalismo e do positivismo tão arraigados nas ciências desde a sua origem.

Nessa *desumanização*, a loucura passa a ser uma *entidade*, equipara-se à *doença*. Ela passa a ter uma vontade, que supera a própria vontade humana e deslegitima o tão discutido princípio filosófico do livre-arbítrio, colocando-se além da punição. Mas não, como veremos, além do julgamento e da exclusão. Embora reputando irresponsável e inimputável o louco, porque tomado por uma entidade não-humana com uma vontade superior à sua, o direito brasileiro contemporâneo prorroga a jurisdição da justiça criminal para que a *doença* possa sofrer um julgamento penal e

ser punida – sendo esse o significado do instituto da *medida de segurança*. Um instituto que pune a loucura, sob o fundamento nem sempre explícito de a desmascarar, arrancá-la do ser humano. E que, se de resto acaba restringindo a liberdade do portador da doença, por via de um internamento que, se no discurso é *não punitivo*, na prática lhe arranca a liberdade e a voz. Tal se dá porque ali onde um desavisado vê uma *pessoa* privada de liberdade por força de uma medida de segurança, o direito vê diferente – a loucura seria algo não-humano, e a pessoa portadora na loucura seria um esvaziado hospedeiro, cuja vontade (ou essência) foi sobrepujada. “*Na situação extrema o louco não age, mas sim é agido. Quem fala com sua voz, quem anda com suas pernas, quem olha com seus olhos não é ele: é a doença.*”, afirma FUHRER¹, imbuído de tal ideologia ao estudar a medida de segurança. Nesse sentido, a medida de segurança, mais do que uma defesa social, *seria um paradoxal defesa da pessoa portadora de doença mental contra a sua própria loucura*. Ou seja, o objetivo declarado dela seria *salvar o louco de sua desumana insensatez*, o que não deixa de ser paradoxal.

2. A escola criminológica positiva

O criminoso nato, como descrito por Lombroso e Ferri, é um fantasma que assombra não só as nossas faculdades de direito, mas as conversas de botequim, as páginas policiais e os repórteres sensacionalistas, sem contar os políticos de extrema direita.

Os positivistas, acuados pelas críticas ao exagerado da descrição, defenderam-se afirmando *que esses caracteres* [do criminoso nato] *não estão presentes todos ao mesmo tempo em qualquer criminoso*, mas podem aparecer em *maior* ou *menor proporção* em cada caso. Na verdade, eles aparecem, em maior ou menor grau, em qualquer ser humano...

Na verdade, adotados os pressupostos do determinismo (seja o determinismo social da escola francesa, seja o determinismo biologizante da escola italiana), não se poderia mais falar em *direito de punir*, mas em *direito de prevenir*. O direito penal transformar-se-ia num *grande direito sanitário*, e seu fundamento lastrear-se-ia na *periculosidade*, e não na *culpabilidade*. Ou seja, ao julgar alguém, o crime que ele cometeu (ou que nem sequer

cometeu ainda, já que, no limite, isso é irrelevante) passa a servir apenas como baliza, como referencial para um *diagnóstico* de personalidade criminosa, vale dizer, um prognóstico da *periculosidade* do cidadão perante seus concidadãos. O Direito Penal passa a ser a *prevenção de crimes futuros e inevitáveis*, a serem cometidos por esse sujeito *irremediavelmente mau* contra os demais sujeitos *irremediavelmente bons*, a quem compete proteger para zelar por uma evolução adequada da sociedade. É a aplicação estrita do determinismo social ao direito.

3. A reforma psiquiátrica

No processo dialético de convivência com a loucura, a própria ciência foi se dando conta da *insuficiência da abordagem tradicional*, vale dizer: *a entrega do louco ao ambiente manicomial apenas o cronifica*. O que se viu e se vê, na prática, é o *agravamento da condição psicótica* e a *perda da possibilidade de retorno social* ao louco que penetra nesse sistema.

Dois experiências são muito citadas como fundamentadoras da experiência de reforma psiquiátrica vivida no Brasil: a *antipsiquiatria* e a *psiquiatria democrática* formulada com base nas experiências de FRANCO BASAGLIA.

Para ser sintético, e abordar aquilo que nos interessa, diríamos que a reforma psiquiátrica – como hoje é vista no âmbito do direito sanitário, implica em ter a noção de *cidadania* como noção central na abordagem do paciente em *busca da saúde mental*, e passa por alguns parâmetros, que poderiam ser enumerados assim: a) abordagem *interdisciplinar* da saúde mental, *sem prevalência* de um profissional sobre o outro. B) *Negativa do caráter terapêutico do internamento*. C) Respeito pleno da *especificidade* do paciente, e da natureza *plenamente humana* da sua psicose. D) Discussão do conceito de “cura”, não mais como “*devolução*” ao paciente de uma “*sanidade perdida*”, mas como trabalho permanente de construção de um “*sujeito*” (*eu*) ali onde parece existir apenas um “*objeto*” de intervenção terapêutica (*isso*). D) A *denúncia* das estruturas tradicionais como estruturas de *repressão* e *exclusão*. E) A *não-neutralidade da ciência*. F) O reconhecimento da *inter-relação estreita entre as estruturas psiquiátricas tradicionais e o aparato jurídico-policial*.

4. Loucura e direito. Questões Gerais

Lastreada na concepção kantiana da pessoa como *fim*, e nunca como *meio*, a cultura ocidental resgatou o conceito de *dignidade da pessoa humana*, notadamente após a segunda guerra e seus horrores, diante da constatação de que o *formalismo do positivismo jurídico seria insuficiente para impedi-los*. A Constituição Federal o elege, aliás, como fundamento da República Federativa do Brasil

Mas mesmo as noções tradicionais de dignidade da pessoa humana e de cidadania (garantida na sua integridade pelo art.

5º da Constituição federal) revelam-se *problemáticos* quando se tenta aplica-os àqueles tidos como *loucos*, como *psicóticos*, no plano da visão *tradicional sobre a loucura*. Ao tratar da questão da *dignidade*, os autores sempre buscam sua raiz na *autonomia*, na sua capacidade de *raciocinar* e *determinar-se de acordo com seu entendimento*, sua *livre vontade*, sem ser *compelido* por *forças externas*. Nada se discute sobre a pessoa humana que *tem sua capacidade de entendimento ou de determinação tolhida por forças internas*.²

Nesse sentido, o conceito constitucional de *respeito ao pluralismo político* (art. 1º, V) deve ser aproveitado para garantir-se que o respeito à cidadania e a dignidade dê-se essencialmente no plano do *respeito aos múltiplos modos pelos quais a razão e a desrazão se manifesta*. Deve-se ter consciência que a *cidadania não deve ser uma camisa-de-força jurídica*, um modelo rígido no qual se tentará enfiar violentamente aquele que nela não cabe. Deve, isso sim, ser um conceito *fluido*, capaz de ajustar-se à *infinita multiplicidade do jeito humano de ser*. Isso implica num alargamento do próprio conceito de pluralismo político, para entendê-lo como a *necessidade de respeito à pluralidade humana*.

Assim, será preciso construir uma noção de cidadania que *não seja externa ao próprio psicótico*, que não o exclua *a priori* por estar *além* ou *aquém* da sua própria capacidade enquanto ser humano *pleno e diferente*, como de resto somos todos. Uma noção de cidadania que não parta de “*desempenhos eleitos pelos profissionais como desejáveis segundo a sua própria concepção de autonomia, e não aquilo que o sujeito vivencia como a maneira como a doença se articula em sua vida*”³.

Essa limitação evidencia-se especialmente no tratamento constitucional ao criminoso. “*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”, diz a Constituição, no seu art. 5º, inciso LIV. Mas garantir o *devido processo legal* a quem o próprio direito reconhece *não entender seus termos* não passa de uma *ficção*. A mesma Constituição estabelece, no mesmo artigo (inciso LVII), que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Ora, o pressuposto para que alguém seja apenado é que ele seja considerado *culpado* por *sentença penal condenatória*. A pena não deve, ademais, *passar da pessoa do condenado* (inciso XLV do mesmo artigo), o que estabelece uma *dupla garantia*: A responsabilidade estritamente *subjetiva* (lastreada na *culpa em sentido lato*, quer dizer, no *dolo* e na *culpa em sentido estrito*) e a *personalidade* da sanção.

Estabelecer, portanto, a *constitucionalidade* de um direito penal *dirigido ao inimputável*, e baseado na *periculosidade social* (juízo para o futuro) e não na *culpabilidade* (juízo para o passado) é muito complicado, do ponto de vista da afinação com a Constituição vigente, sem reestruturar todos os fundamentos atuais do direito penal *strictu sensu*. Submetê-lo a processo penal para aplicar-lhe uma medida de segurança é, em igual medida, *complicadíssimo*. Onde encontrar a *culpa* de quem é presumida e *legalmente irresponsável*? Como garantir o *devido processo penal* a quem se presume *não entender seus termos*? Como garantir a *personalidade* (a pena não deve passar da pessoa do *condenado*) se o louco deve ser *absolvido* e depois *apenado*?

Para que fosse constitucional julgar alguém após reconhecê-lo mentalmente enfermo a ponto de não ter noção do que faz, ou de não poder conduzir-se de acordo com essa noção, sob o fundamento da periculosidade social, seria preciso que a Constituição determinasse que “ninguém será considerado culpado ou perigoso socialmente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou de sentença penal absolutória que reconheça tal periculosidade, nos termos da lei.”

É claro que um texto assim soaria *profano* aos ouvidos de qualquer constitucionalista, pelo grau de *insegurança jurídica* que ele geraria. Mas o texto vem sendo aplicado *dessa exata forma* para aqueles tidos como “loucos perigosos” pela Justiça, sem que nenhum constitucionalista jamais se desse conta, ou sem que nenhum penalista *jamais questionasse os fundamentos constitucionais* de uma “absolvição imprópria” – absolvição com imposição de medida de segurança - no âmbito do direito penal. Conflito entre a doutrina da *segurança social* e o discurso ideológico das *liberdades públicas* no campo do direito penal. Ou seja, o velho conflito entre liberdade e segurança.

5. Princípios do Direito Sanitário

É preciso falar um pouco dos *princípios atinentes ao direito sanitário*, incluídos os princípios atinentes ao sistema único de saúde: é ali que se vê a *contradição* mais evidente entre a *medida de segurança penal* e o discurso ideológico que a lastreia considerando-a *como se ela tivesse uma natureza sanitária*: os estabelecimentos onde se cumprem as medidas de segurança são considerados como *estabelecimentos hospitalares* (art.99 da código penal). Mas, embora sejam considerados como estabelecimentos hospitalares públicos, *não integram o sistema único de saúde, mas o sistema penitenciário*. Isso significa que *não são regidos pelos princípios do SUS* (Constituição, art. 196 e seguintes, leis 8.080 e 8.142/90), mas pelos *princípios da execução penal* (lei n.º 7.210/84).

Não é fácil entender como um *penalista* e um *constitucionalista* poderiam harmonizar essa contradição principiológica. Afinal, hospital público e instituição penitenciária são instituições regidas por princípios absurdamente diversos e incongruentes entre si. Portanto, *não há como defender que a medida de segurança tem natureza sanitária e não punitiva* sem evidenciar a contradição de um “hospital” submetido ao sistema *penitenciário*, e não ao *Sistema Único de Saúde*.

É preciso, nesse passo, fazer uma digressão sobre os princípios do SUS e da própria saúde pública no Brasil, que regem a legislação de reforma psiquiátrica. Como foi dito, para entender o sistema sanitário brasileiro, duas leis são fundamentais: as leis n.º 8.080/90 e 8.142/90. Essas leis estabelecem *princípios* de direito sanitário, afinadíssimos com a Constituição Federal, que poderiam ser enumerados, em apertadíssima síntese, assim: a saúde é um *direito do cidadão*, oponível ao Estado. Os serviços de saúde devem ter oferta *universal e equitativa*, considerando a situação concreta de grupos e indivíduos. A atenção à saúde será

sempre *integral e resolutive*, vale dizer, *eficiente*. As ações de saúde devem ser *intersectoriais*, e *humanizado* o atendimento à comunidade – que, aliás, deve *participar*, democraticamente, do conhecimento do processo saúde/doença e do planejamento dos serviços, *decidindo e controlando* o processo.

Lastreada nesses princípios, encontramos a lei n.º 10.216/2001, que trata exatamente da *proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental*. Note-se, de logo, que a lei *não excepciona* do seu texto os portadores de transtornos *que tenham cometido crime*, de modo que também esses são atingidos por ela. Não há motivo para excluí-los da aplicação desse diploma, sem promover uma *discriminação* que não tem o menor suporte na Constituição Federal. Ao contrário, o seu art. 1º determina que os direitos ali assegurados aos portadores de transtornos mentais devem ser garantidos “*sem qualquer forma de discriminação*”, incluída aí a discriminação pelo fato da “*passagem ao ato*”, vale dizer, do *cometimento de fato previsto na lei como crime*.

Já está evidente, no entanto, que esses princípios e diretrizes têm plena aplicação no tratamento dos portadores de transtornos mentais, tenham eles cometido fato capitulado como crime ou não. As questões de conflito entre tais princípios e diretrizes com os princípios do direito penal e da execução penal serão tratadas em seguida.

6. A legislação de reforma psiquiátrica e o sistema penal

Os princípios do SUS, suas diretrizes e os princípios específicos previstos na lei de reforma psiquiátrica aplicam-se, *integral e imediatamente, aos manicômios judiciais* onde estão depositados os loucos que cometeram fatos descritos na lei penal, bem como à relação entre o mundo jurídico e eles próprios. Esse assunto foi tratado, numa primeira abordagem, no *Seminário Nacional para a Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico*, promoção conjunta do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde, através da Secretaria de Assistência à Saúde, área técnica de Saúde Mental, ocorrido em setembro de 2002.

A outra questão essencial, que decorre da promulgação dessa lei, é a *derrogação da lei de execuções penais*, no que respeita às medidas de segurança, já que, como foi dito, *seu teor aplica-se aos pacientes que cometeram ou não fato descrito como crime na lei penal*. Assim, normas como a do seu art. 5º, que determina que o paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário, *deve ser de pronto aplicada para os atuais internos de manicômios judiciais*.

Há, portanto, conflito entre a nova parte geral do código penal,

a lei de execuções penais (anteriores) e a lei de reforma psiquiátrica (posterior). Citem-se, como exemplos, o art. 97, parágrafos 1º e 2º do código penal, *com seus prazos mínimos obrigatórios* para a realização e repetição de regimes (com seus correlatos art. 175 a 179 da lei de execuções penais) – incompatíveis com o *princípio da utilidade terapêutica* do internamento, previsto no art. 4º, § 1º, da lei de reforma psiquiátrica, ou com o princípio da *desinternação progressiva* dos pacientes crônicos (art. 5º da lei de reforma psiquiátrica). Além disso, os *direitos mínimos* garantidos na lei de execução penal àquele que cumpre medida de segurança (art. 99, parágrafo único, da lei de execuções penais) confrontam-se com aqueles *muito mais amplos* assegurados no art. 2º da lei de reforma psiquiátrica. Ressalte-se ainda que a classificação do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico como *estabelecimento penal* (Título IV, capítulo VI da lei de execuções penais) está em desacordo com os princípios do SUS, constitucionais e infra-constitucionais, como já foi visto acima.

São *logicamente incompatíveis* dispositivos do sistema penal que determinam a *presunção de periculosidade do louco* e o seu tratamento em função do tipo de delito que cometeu (se punido com *detenção* ou *reclusão*), baseado em *prazos fixos e rígidos*, com as normas sanitárias que determinam que o tratamento visará como finalidade permanente a *reinserção social do paciente* em seu meio, e que o internamento só será indicado quando *os recursos extra-hospitalares mostrarem-se insuficientes* (art. 4º e parágrafos da lei de reforma psiquiátrica).

De igual importância, e igualmente de aplicação imediata, são os artigos que estabelecem que a *internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos* (art. 6º da lei de reforma psiquiátrica). Parece que teremos que *repensar* o princípio, atualmente aceito de forma pacífica, de que as medidas de segurança são estabelecidas com base no apenamento do respectivo tipo penal (reclusão corresponde a internamento, detenção corresponde a tratamento ambulatorial). Pela nova sistemática, internamento ou tratamento ambulatorial decorrem de *recomendação da equipe interdisciplinar que lida com o paciente*, e não de determinação *judicial* ou *legal*.

7. Uma Pequena Discussão sobre Medida de Segurança

A medida de segurança parece ser o ponto de equilíbrio entre as escolas penais clássica e positiva, uma conciliação pragmática que não consegue lançar raízes profundas em nenhuma das duas

escolas. De fato, dentro dos conceitos filosóficos da *escola clássica*, um homem *nunca* poderia ser julgado por um crime que ele não quis ou não tinha condição de compreender, nem ser submetido a qualquer tipo de *resposta penal* em razão de fatos sobre os quais ele não teve responsabilidade, do ponto de vista subjetivo. Todo o fundamento do direito de punir, para os defensores dessa escola, estava arraigado na questão da *responsabilidade subjetiva*, sendo o *livre-arbítrio* o fundamento de tal responsabilidade. A pena seria a *retribuição* para aquele que, livremente, *optou* por descumprir a lei. Aquele que *não tem liberdade para fazer essa opção* está

fora do direito penal, não se submetendo, portanto, nem à sua jurisdição, nem às sanções por ele prescritas. Para os cultores da *escola positiva* de direito penal, estamos todos submetidos às forças determinantes da natureza, portanto nenhum de nós goza de verdadeira – senão aparente – liberdade. Assim, o fundamento do direito de punir está na *defesa social* contra aquele que, por sua peculiar condição evolutiva, genética ou social, ameaça ao conjunto dos integrantes da sociedade que não estão submetidos às mesmas *forças deterministas criminógenas*. Haveria, portanto, essencialmente, *identidade entre pena e medida de segurança* – toda pena é, no fundo, uma medida de segurança⁴.

Fundou-se o binômio *pena-culpabilidade, medida de segurança-periculosidade*⁵, no qual a pena sempre leva em conta a *periculosidade*⁶, mas a medida de segurança não leva em conta, senão de forma *acidental, a culpabilidade*.

Cabe discutir um pouco o conceito de medida de segurança. Segundo FERRARI,

*“a medida de segurança constitui uma providência do poder político que impede que determinada pessoa, ao cometer um ilícito-típico e se revelar perigosa, venha a reiterar na infração, necessitando de tratamento adequado para sua reintegração social”*⁷. Para Damásio de Jesus, *“as penas e as medidas de segurança constituem as duas formas de sanção penal. Enquanto a pena é retributivo-preventiva, tendendo atualmente a readaptar socialmente o delinqüente, a medida de segurança possui natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais.”*⁸

E quem é o perigoso? Para a doutrina, periculosidade é a *“potência, a capacidade, a aptidão ou a idoneidade que um homem tem para converter-se em causa de ações danosas”*⁹. Ora, como em tese *qualquer pessoa viva* tem a potência, a capacidade e a aptidão ou idoneidade para converter-se em causa de ações danosas, não faltaram autores para apontar a imprecisão de tal conceito¹⁰, tendo o direito penal brasileiro adotado o princípio da *presunção de periculosidade* para o inimputável que praticar fato *típico* e *antijurídico*. Mas mesmo essa presunção é por demais

“Essa [a medida de segurança] é, portanto, uma terapia sui generis: aplicada e dosada pelo juiz, numa instituição que apesar de ter “características hospitalares” é uma instituição do sistema carcerário. Trata-se, portanto, de uma medida terapêutica que o próprio sistema único de saúde – e a própria ciência, como foi visto nos capítulos anteriores – está repensando, e está caminhando para a conclusão de que ela é, no mais das vezes, descabida e inconveniente.”

problemática – como avaliar os elementos subjetivos do tipo, ou mesmo da antijuridicidade, quanto a alguém que é considerado legalmente inimputável?

Estão estabelecidos, portanto, os principais conflitos em termos de definição doutrinária das medidas de segurança: Alguns autores, como Damásio, consideram-na como uma *sanção penal*. Outros, como Ferrari, vêem nela apenas uma “*medida política*” aplicável para possibilitar um “*tratamento adequado*” para a reinserção social do sujeito que, ao cometer fato típico, demonstre *presumida periculosidade social*.

Podemos, pois, a essa altura, introduzir a questão que está sendo gestada no decorrer de todo o nosso trabalho: *a medida de segurança é sanção penal ou tratamento terapêutico?* Não há uma resposta clara a essa pergunta, nem no plano filosófico, nem no plano doutrinário, nem no plano legal, a essa altura do desenvolvimento do nosso direito. Isso não nos tira a responsabilidade de raciocinar sobre o tema.

Dizer que a medida de segurança é um *tratamento de natureza terapêutica*, que visa ao *restabelecimento* e a *reintegração* do louco, garantindo-se *apenas circunstancialmente* a segurança da sociedade contra sua periculosidade seria, por outro lado, afirmar que, em matéria de medida de segurança, estamos tratando de *direito sanitário*, e não de direito penal *strictu sensu*. Essa é, portanto, uma terapia *sui generis*: aplicada e dosada pelo juiz, numa instituição que apesar de ter “*características hospitalares*” é uma instituição do sistema carcerário. Trata-se, portanto, de uma medida terapêutica que o próprio *sistema único de saúde* – e a própria ciência, como foi visto nos capítulos anteriores – está repensando, e está caminhando para a conclusão de que ela é, no mais das vezes, *descabida e inconveniente*. Mais – da forma com que está prevista no nosso direito atualmente, ela seria um tratamento cuja alta *não se dá em razão pura e simples da recuperação do paciente*, mas pela sua submissão a “*perícia de cessação de periculosidade*” periódica, submetida ao juiz, que passaria, sem ser médico, a ter o “*poder clínico*” de considerar o “*paciente*” curado, mesmo quando a própria ciência discute se é possível falar em “*cura da loucura*”. seria, além do mais, um tratamento imposto no âmbito de um *processo penal*, por um juiz com competência *penal*, mas sob um discurso *sanitarista*. Há, portanto, um *completo descompasso* entre aquilo que se considera como *medida de segurança* no direito penal, e aquilo que hoje se considera como *medida terapêutica*

para pacientes com transtornos mentais, na ciência e no próprio direito sanitário, como foi visto ao longo dos capítulos anteriores. No atual estágio do direito brasileiro, não se pode defender que internar alguém *coativamente* (ou mesmo submetê-lo a um tratamento ambulatorial *coativo*), por ordem judicial de um *juiz criminal*, com base numa *presunção de periculosidade* (decorrente da prática de um *ato criminal* por alguém que foi reconhecido

pelo direito como *portador de transtorno mental incapacitante das faculdades cognitivas ou volitivas*) seja considerado cientificamente como *medida terapêutica*. *Tampouco se pode admitir* que, no âmbito do *direito sanitário*, se possa reconhecer a validade desse procedimento como *cl clinicamente eficaz*. A reforma psiquiátrica – e sua projeção no mundo jurídico – descaracterizaram absolutamente a abordagem *coativa, manicomial, unidisciplinar, repressora*, como uma abordagem *cl clinicamente eficaz*. Portanto, o jurista que estiver utilizando a medida de segurança lastreado na convicção de que está utilizando uma *medida terapêutica de cunho sanitário* está se enganando. Em tempos de *movimento antimanicomial*, só um *louco* defenderia a internação compulsória como terapia *bastante e suficiente* para a reintegração do inimputável. Não há como ocultar, portanto, que essa medida não se dá em benefício do *portador de transtornos mentais*, mas que se dá *tão-somente em benefício da sociedade* que se considera *agredida e ameaçada* pelo inimputável que cometeu um fato descrito pela lei como típico.¹¹

Essa argumentação, ademais, pode ser derrubada com uma observação muito simples: a lei de execuções penais coloca os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico dentro do seu título IV, que trata exatamente dos estabelecimentos penais. Vale dizer: juridicamente os HCTP’s são estabelecimentos penais, e não estabelecimentos de saúde. São espaços cuja regulamentação se dá por remissão¹² ao artigo 88 da lei de execuções penais, ou seja, onde “o condenado será alojado em cela individual, que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório”.

Por outro lado, dizer claramente que *a medida de segurança é*

“A rigor, o reconhecimento de que alguém, em razão de transtornos mentais, não é responsável pelos seus atos deveria implicar a extinção imediata da jurisdição penal sobre ele. Caso contrário, alguém que não é considerado culpado, e que é absolvido, é submetido a uma sanção penal, por um juiz penal, com base apenas numa conveniência social.”

uma *sanção penal* teria um poder de *expor as contradições* de um sistema penal construído com base em pressupostos filosóficos e constitucionais *liberais e clássicos*, mas que admite a *responsabilização penal objetiva* daquele que, por ser *louco*, presumidamente *não pode conhecer o caráter ilícito do fato, ou comportar-se na conformidade desse entendimento*. É preciso re-estudar essa presunção na perspectiva no novo conceito de *autonomia* dos portadores de transtorno mental, num trabalho interdisciplinar, reconhecendo-o como ser que *age*, e não como ser que *é agido*.

Pela inércia que acomete a prática judicial, aprendemos e ensinamos, na formação jurídica, a “*curiosidade*” de que o nosso direito conhece uma “*sentença absolutória atípica*”, que determina que *não há como considerar o réu culpado* (por não reconhecer-lhe sanidade)

absolvendo-o, mas aplicando-lhe uma sanção penal. Qual o fundamento disso? O único fundamento seria imaginar que a medida de segurança não é uma sanção penal, mas coisa diversa. Caso contrário, esbarrar-se-ia numa inconstitucionalidade. Mas que coisa diversa seria essa, não se sabe.

Todas essas questões mostram como é complicado considerar a medida de segurança como uma *sanção de natureza penal em*

sentido estrito, no atual estágio do ordenamento. Demonstram, também, como é complicado considera-la simplesmente como uma *medida sanitária*, como foi visto acima. A rigor, o reconhecimento de que alguém, em razão de transtornos mentais, presumidamente não é responsável pelos seus atos deveria implicar a *extinção imediata da jurisdição penal sobre ele*. Caso contrário, alguém que *não é considerado culpado*, e que é *absolvido*, é submetido a uma *sanção penal*, por um *juiz penal*, com base apenas numa *conveniência social*. Com o avanço filosófico, clínico e jurídico representado pela reforma psiquiátrica, a própria natureza da medida de segurança deve ser repensada. Urge reconstruir o próprio conceito de *responsabilidade penal*, de *responsabilidade jurídica do louco*, para torna-lo mais consentâneo com a visão contemporânea sobre a loucura.

A devolução da voz e da cidadania ao sujeito com transtornos mentais vai implicar numa *devolução de responsabilidade*. Para construir essa responsabilização, será necessária uma boa dose de *pluralismo* e de *abertura* a outros saberes, mas acima de tudo um *profundo questionamento dos conceitos jurídicos de responsabilidade civil e penal*, e de um *repensar de estruturas arcaicas*, como a medida de segurança, incoerentes com o ordenamento atual, mas aplicadas por inércia jurídica.

8. Conclusão

Repensar a abordagem jurídica à questão da loucura, em matéria criminal, implica repensar os próprios alicerces filosóficos do direito penal: os fundamentos e a função social do direito de punir.

Não se nega a necessidade de ter um sistema de punição à pessoa portadora de transtorno mental, mas nos restam duas saídas: admitir integralmente que o louco não age, mas é agido, e criar-lhe um sistema punitivo não-penal, qual o da criança e adolescente, ou admitir que a loucura é parte mesmo da condição humana, re-estudando os próprios fundamentos do direito penal para puni-lo de forma explícita, sem os subterfúgios ideológicos presentes na medida de segurança. Sempre na medida de sua autonomia e em harmonia com os princípios da reforma psiquiátrica.

■ Notas ■

¹ (Führer, 2000:132).

² FONTES JR., em trabalho inédito, trata da dignidade da pessoa humana de forma magistral, aponta as limitações práticas dessa noção, dizendo: "A doutrina não tem o menor receio de confessar que o termo lhe escapa e que as formulações gerais são insatisfatórias, que a dignidade é uma noção com corpo semântico relativamente impreciso, alertando para o fato de que o problema é muito mais grave do que aparenta; em verdade, a dignidade da pessoa vem sendo invocada para defenderem-se soluções radicalmente contrárias sobre questões

fundamentais como a admissibilidade do aborto e da eutanásia". (2002:23)

³ (Tenório, 2001:65).

⁴ Para uma comparação entre as escolas penais, ver Moniz Sodré, *As Três escolas Penais* (1955). Frise-se que não se trata de uma comparação imparcial, porque o autor é um positivista penal ardoroso.

⁵ Bitencourt, 1997:665.

⁶ Veja-se o quanto a periculosidade entra na fixação da pena dos imputáveis, examinando-se, entre outros, os dispositivos do art. 44, III e art. 83, parágrafo único, do código penal.

⁷ 2001:15.

⁸ 1986:473. O autor prossegue, ressaltando: "As medidas de segurança diferem das penas nos seguintes pontos: a) as penas têm natureza retributivo-preventiva. As medidas de segurança são preventivas; b) As penas são proporcionais à gravidade da infração; a proporcionalidade das medidas de segurança fundamenta-se na periculosidade do sujeito; c) as penas ligam-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade (reprovação social); as medidas de segurança, pelo juízo de periculosidade; d) As penas são fixas; as medidas de segurança são indeterminadas, cessando com o desaparecimento da periculosidade do sujeito; e) as penas são aplicáveis aos inimputáveis e semi-responsáveis; as medidas de segurança não podem ser aplicadas aos absolutamente imputáveis".

⁹ Soler, apud Jesus (1986:473).

¹⁰ "Periculosidade é um juízo eminentemente subjetivo que, por infelicidade, ficou colocado na lei como se fosse cânone objetivo inflexível. Ou seja, se o autor do delito for um inimputável ele automaticamente é considerado perigoso e receberá fatalmente uma medida de segurança, precisando ou não do tratamento e da contenção". (Führer, 2000:142)

¹¹ Como se esse inimputável não fosse, ele próprio, parte dessa mesma sociedade.

¹² A remissão está no art. 99, § único, da lei de execuções penais.

■ Referências bibliográficas ■

- Bitencourt, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- Fontes Jr., João Bosco Araújo. *Liberdades Fundamentais e Segurança Pública – do Direito à Imagem ao Direito à Intimidade: a Garantia Constitucional do efetivo Estado de Inocência*. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002.
- Führer, Maximiliano Roberto Ernesto. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. São Paulo, ed. Malheiros, 2000.
- Sodré, Moniz. *As três Escolas Penais – Clássica, Antropológica e Crítica*. 4ª Edição. São Paulo, Freitas Bastos, 1955.
- Tenório, Fernando. *A Psicanálise e a Clínica da Reforma Psiquiátrica*. Rio de Janeiro, Marca D'água Livraria e Editora Ltda., 2001.

■ Inconstitucionalidade das medidas de segurança? ■

Paulo Queiroz

Procurador Regional da República – 1ª Região / Autor do livro Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, 2005

Em monografia inédita – “Direito Penal da Loucura – Medidas de Segurança e Reforma Psiquiátrica”, Paulo Jacobina confronta disposições do Código Penal e da Lei de Execução Penal com a Constituição Federal e principalmente com a Reforma Psiquiátrica levada a cabo nos últimos anos, em especial pela Lei n° 10.216/2001, para concluir, dentre outras coisas, pela inconstitucionalidade das medidas de segurança.

No particular, assinala **Jacobina**, textualmente, que “estabelecer a constitucionalidade de um direito penal dirigido ao inimputável, e baseado na periculosidade social (juízo para o futuro) e não na culpabilidade (juízo para o passado) é muito complicado, do ponto de vista da afinação com a Constituição vigente. Submetê-lo a processo penal para aplicar-lhe uma medida de segurança é, em igual medida, complicadíssimo. Onde encontrar a culpa de quem é legalmente irresponsável? Como garantir o devido processo legal a quem não pode sequer entender seus termos? Como garantir a personalidade (a pena não deve passar da pessoa do condenado) se o louco deve ser absolvido para depois apenado? Para que fosse constitucional julgar alguém após reconhecê-lo mentalmente enfermo a ponto de não ter noção do que faz, ou de não poder conduzir-se de acordo com essa noção, sob o fundamento da periculosidade social, seria preciso que a Constituição dissesse que ‘ninguém será considerado culpado ou perigoso socialmente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou de sentença penal absolutória que reconheça tal periculosidade, nos termos da lei’”.

Vai concluir **Jacobina**, então, que as medidas de segurança, sob o disfarce de “sanção terapêutica”, têm caráter claramente punitivo e são, por isso, inconstitucionais, pois aplicadas a quem foi absolvido, implicando responsabilização sem culpa; objetiva, portanto.

A argumentação de **Jacobina**, que me parece demasiado formal, e que, levada às últimas conseqüências, poderia ser estendida também aos menores infratores, para concluir pela inconstitucionalidade das medidas sócio-educativas previstas na Lei n° 8.069/90 (ECA), já que também aqui existe punição sem que haja sentença penal condenatória, parte de duas premissas básicas: a) medidas de segurança são penas; b) a sentença que as impõe não é condenatória, mas absolutória.

Não estou de todo em desacordo com **Jacobina**. Inicialmente,

tenho que lhe assiste razão quanto ao caráter punitivo das medidas de segurança. De fato, por melhores que fossem as intenções do legislador ao criar as medidas de segurança para o inimputável, fato é que implicam sérias restrições à liberdade de quem as sofre, e, na prática, a execução da internação em hospitais de custódia e tratamento (HCT) é, freqüentemente, mais gravosa e prejudicial para o interno do que a própria pena imposta ao imputável, resultando, não raro, como mostra **Jacobina**, na cronificação da enfermidade mental. Além disso, condenados sujeitos à pena fazem jus a todos os direitos inerentes à execução penal (livramento condicional, progressão de regime, indulto, comutação e remição de pena etc.), os quais não aplicáveis aos inimputáveis. Enfim, os HCT's é um misto de prisão e hospital muito mais nocivo do que a pena mesma.

Além disso, as finalidades das penas e medidas de segurança são essencialmente as mesmas: prevenir, em caráter geral e especial, novos crimes, como forma subsidiária de proteção de bens jurídicos.

Também não distingo penas e medidas de segurança, contrariamente à doutrina, quanto aos pressupostos legais, uma vez que, em nome do princípio da igualdade, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, a aplicação de medida de segurança somente terá lugar nos casos em que seria possível uma pena, vale dizer, somente quando o agente praticar fato típico, ilícito, culpável e punível, pois, do contrário, o sujeito seria “castigado” pelo só fato de ser portador de transtorno mental. Dito de outro modo: as medidas de segurança, tanto quanto as penas, somente podem ser impostas quando, respeitado o devido processo legal e todas as garantias que são inerentes, restar comprovado que o agente praticou fato típico (v.g., conduta definida como crime, não insignificante, sem coação física irresistível), não estiver acobertado por causa excludente de ilicitude (v.g., legítima defesa, estado de necessidade), nem excludentes de culpabilidade (v.g., coação moral irresistível, embriaguez involuntária completa), nem causas de extinção de punibilidade (prescrição, decadência etc.), hipóteses perfeitamente aplicáveis aos inimputáveis, mesmo porque os transtornos mentais comportam graus diversos. Aliás, não existe a loucura em si, uma vez que é relação/interação/imputação, e é, pois, socialmente construída.

Distinção alguma haveria, então, entre penas e medidas de

segurança? Uma, fundamentalmente: as penas são aplicadas aos imputáveis; as medidas de segurança são aplicadas aos inimputáveis; e isso atendendo ao princípio da adequação (proporcionalidade), pois sentido algum faria enclausurar enfermos mentais numa penitenciária, já que nada têm do que se penitenciar.

Em conclusão, temos que a sentença que aplica medida de segurança há de exigir todos os pressupostos da pena, devendo-se proceder, inclusive, à individualização nos termos dos arts. 59 e 68 do Código Penal, para, em seguida, substituí-la pela medida por termo determinado, quanto ao tempo mínimo e máximo de duração, ajustando-a aos princípios constitucionais (legalidade, proporcionalidade, devido processo legal), tal como vem de proceder, aliás, o Desembargador **Amílton Bueno de Carvalho**¹.

Assim, a sentença que aplica medida de segurança tem caráter misto: é absolutória, porque não impõe a aplicação de pena em sentido estrito (formal), mas medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial), além de assim se achar disciplinado legalmente (CPP, t. 386, V, e parágrafo único, III), não gerando reincidência etc; é condenatória, por exigir todos os pressupostos da condenação (infração penal punível).

É possível dar, enfim, às medidas de segurança interpretação conforme a Constituição, afastando, no particular, as objeções de **Jacobina**, até porque, no Estado Democrático de Direito, a instauração do processo penal destinado a apurar a infração penal cometida por inimputável é absolutamente necessária, a fim de prevenir reações públicas ou privadas arbitrárias contra ele.

■ Nota ■

¹ PROCESSUAL PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. INCONSTITUCIONALIDADE. PROIBIÇÃO DE PENAS PERPÉTUAS OU DE OUTRO MODO ABUSIVAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DOS LIMITES MÁXIMO E MÍNIMO.

- É inconstitucional a indeterminação de limite máximo, bem como, abusivo, prolongado e excessivo o prazo mínimo para a verificação da cessação da periculosidade do agente, previstos no art. 97, do Código Penal, à imposição de Medidas de Segurança.

- A Constituição Federal veda expressamente a imposição de sanção penal que possa assumir caráter perpétuo ou que possa ser, de qualquer forma, abusiva (art. 5, XLVII e alíneas) – assim, ancorada nos princípios fundamentais (freios libertários ao poder punitivo estatal) impõe a maior aproximação isonômica possível entre a punição de imputáveis e inimputáveis que cometem delitos.

- A dignidade da pessoa humana, isonomia e mitigação da dupla violência punitiva – dos delitos e das penas arbitrárias (no dizer de Ferrajoli) – restam, então, aqui contempladas da seguinte forma: fixação do limite máximo pelo total da pena estabelecida em cada caso concreto (igualmente ao que se dá com imputáveis), bem como, a fixação do prazo mínimo para a verificação da cessação da periculosidade em 01 ano (como não há dogma sobre a cura de um distúrbio mental, melhor que se a comece a investigar no menor tempo possível), devendo, cessada a enfermidade mental, ser o apenado posto em liberdade a qualquer tempo.

- À UNANIMIDADE DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Crime Nº 70010817724, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Cachoeira do Sul, Jorge Eloy Nascimento Barbosa, apelante e Ministério Público apelado).

■ Questões de Competência Relacionadas às Fiscalizações da CGU nos Municípios ■

Paulo Gustavo Guedes Fontes

*Procurador da República em Aracaju-SE /
Mestre em Direito Público pela Universidade de Toulouse*

1. A Controladoria-Geral da União-CGU vem realizando fiscalizações nos municípios, mediante sorteios públicos, destinadas a verificar a regularidade no emprego de verbas transferidas pela União Federal, bem como o correto funcionamento dos programas federais em diversas áreas, como educação, saúde e moradia.

2. Os relatórios das fiscalizações têm sido encaminhados ao Ministério Público Federal e aos Ministérios Públicos dos

Estados, para providências diversas em face das irregularidades e impropriedades constatadas.

3. Em encontro realizado entre a CGU, o MPF e MPE no Estado de Sergipe, suscitou-se a questão da competência judicial, e conseqüentemente do Ministério Público, para eventuais ações derivadas das irregularidades verificadas. O presente arrazoado pretende alinhar considerações e sugestões sobre o tema, ressaltando-se em qualquer caso a importância da cooperação

e conjugação de esforços entre os ramos federal e estadual do Ministério Público.

4. Há que se partir da identificação dos diversos tipos de transferências realizadas pela União Federal para os municípios. Vislumbram-se basicamente três formas: *a) constitucionais; b) automáticas e c) voluntárias.*

4.1. As transferências constitucionais são aquelas resultantes da repartição constitucional das receitas. Exemplo seria o Fundo de Participação dos Municípios-FPM, constituído de parcelas de tributos federais indicadas expressamente pela Constituição da República.

4.2. As transferências automáticas são resultantes de previsão em lei ou ato administrativo (geralmente portarias dos Ministérios), destinadas a custear serviços públicos e programas, no mais das vezes da área social. São as transferências efetuadas na área da saúde, educação, assistência social etc; a sua efetivação independe da existência de convênio, ajuste, contrato ou outro instrumento de formalização, bastando que o município tenha se habilitado junto ao Ministério respectivo, mediante o preenchimento de certas condições. Em alguns casos, como na saúde, em que os recursos transitam entre os fundos legalmente previstos (nacional, estadual, municipal), tais transferências podem ser chamadas de *fundo a fundo*, sem que haja diferença essencial entre elas e as ditas automáticas.

4.3. As transferências voluntárias são feitas mediante convênio, com formalização do respectivo instrumento e incidem nas mais diversas áreas da atividade estatal.

5. Estabelecidas as formas de repasse, deve-se examinar as balizas fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ para repartição da competência entre a Justiça Federal e a Justiça dos Estados em caso de desvio de verbas gerenciadas pelos municípios. São elas as súmulas 208 e 209, abaixo transcritas:

Súmula 208: Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

Súmula 209: Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

6. Pois bem, trata-se de saber à qual das súmulas correspondem as verbas fiscalizadas pela CGU.

7. Não há dúvida de que as verbas transferidas por dicção constitucional incorporam-se ao patrimônio municipal e implicam, em caso de desvio, a competência da Justiça Estadual. É o caso das transferências relativas ao FPM e que, inclusive,

não são objeto de fiscalização da CGU.

7.1. É o caso, igualmente, das verbas do FUNDEF naqueles Estados em que não há complementação da União Federal, como Sergipe. Não havendo complementação, as verbas do FUNDEF resultam tão-somente de uma redistribuição de verbas estaduais e municipais constitucionalmente previstas.

8. Também não parece haver maior questionamento quanto às verbas transferidas voluntariamente, mediante convênios. Os convênios exigem sempre prestação de contas perante o órgão federal concedente, por força inclusive do disposto na Instrução Normativa 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional. Firme-se, pois, a competência da Justiça Federal em caso de desvio, invocando-se a Súmula 208 supracitada.

9. Em relação ao programa Bolsa Família, dúvida também não existe quanto à competência federal em caso de desvio, uma vez que os recursos em questão não são sequer transferidos aos municípios, que têm somente a atribuição de cadastrar as famílias beneficiárias, que por sua vez recebem os valores junto à Caixa Econômica Federal.

10. Quanto às verbas transferidas de forma automática ou fundo a fundo, em relação às quais pode existir maior hesitação, trata-se também de recursos federais, ensejando igualmente a competência da Justiça Federal.

11. Com efeito, na maioria das vezes, os programas em questão são criados por portarias dos Ministérios, ou resoluções de órgãos federais, como o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação-FNDE, de maneira que as verbas transferidas, tais como aquelas de convênios, possuem caráter de transferência voluntária.

12. Por outro lado, os órgãos federais disciplinam de forma minudente a utilização dos recursos em tela, estabelecendo em atos administrativos as despesas possíveis e os objetivos a serem alcançados pelos programas; exercem sobre os recursos, outrossim, controles diversos e fiscalização direta, que podem resultar na aplicação de penalidades.

13. Tomando como exemplo o Programa Nacional de Alimentação Escolar-PNAE, verifica-se que a competência fiscalizatória da União está estabelecida no art. 5º da Medida Provisória 2.178-36/01 (a mesma disciplina se aplicando ao Programa Dinheiro Direto na Escola-PDDE por força do art. 12), in verbis:

Art. 5º A fiscalização dos recursos financeiros relativos ao PNAE é de competência do TCU, do FNDE e do CAE, e será feita mediante a realização de auditorias, inspeções e análise dos processos que originarem as respectivas prestações de contas.

14. Em relação ao Programa Nacional de Apoio ao Transporte

“...a totalidade dos recursos fiscalizados pela Controladoria-Geral da União, no âmbito do programa de fiscalização de municípios, tem natureza federal e, em caso de desvio e malversação, as ações penais ou por ato de improbidade daí decorrentes devem ser promovidas pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal.”

Escolar-PNATE e à Educação de Jovens e Adultos-EJA, dispõe o art. 10 da Lei 10.880/04:

Art. 10. A fiscalização da aplicação dos recursos financeiros relativos aos Programas de que trata esta Lei é de competência do Ministério da Educação, do FNDE e dos órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e será feita mediante a realização de auditorias, fiscalizações, inspeções e análise dos processos que originarem as respectivas prestações de contas.

15. Constata-se facilmente que a União mantém em relação a tais verbas competências disciplinadoras, fiscalizatórias e sancionadoras, inclusive a de instaurar tomada de contas especial objetivando a restituição dos recursos, impondo-se a aplicação do teor da Súmula 208 do STJ, no sentido da competência federal.

16. No que concerne às verbas repassadas pela União no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS, características similares levaram o Tribunal de Contas da União, na Decisão 506/97, a vislumbrar o caráter convenial de tais transferências - apesar de serem automáticos os repasses - e, dessa forma, a natureza federal dos recursos.

17. De fato, além de transferir a quase totalidade das verbas utilizadas pelos municípios nas ações de saúde, o que denota o seu interesse material na correta aplicação dos recursos, o Ministério da Saúde exerce na matéria importantes atribuições de controle e fiscalização, tendo no DENASUS seu departamento de auditoria destinado à fiscalização dos valores repassados a Estados e Municípios, tudo nos termos do art. 33, §4º, da Lei 8.080/90, in verbis:

O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. Constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei.

18. O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido, valendo-se de tais argumentos:

EMENTA: - Recurso extraordinário. 2. Ação penal. Crime de peculato, em face de desvio, no âmbito estadual, de dotações provenientes do orçamento da União Federal, mediante convênio, e destinadas ao Sistema Único de Saúde - SUS. 3. A competência originária para o processo e julgamento de crime resultante de desvio, em Repartição estadual, de recursos oriundos do Sistema Único de Saúde - SUS, é da Justiça Federal, a teor do art. 109, IV, da Constituição. **4. Além do interesse inequívoco da União Federal, na espécie, em se cogitando de recursos repassados ao Estado, os crimes, no caso, são também em detrimento de serviços federais, pois a estes incumbe não só a distribuição dos recursos, mas ainda a supervisão de sua regular aplicação, inclusive com auditorias no plano dos Estados.** 5. Constituição

Federal de 1988, arts. 198, parágrafo único, e 71, e Lei Federal nº 8080, de 19.09.1990, arts. 4º, 31, 32, § 2º, 33 e § 4º. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido, para reconhecer a competência de Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo envolvimento de ex-Secretário estadual de Saúde. (STF, RE 196.982/PR, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 27/06/97) (grifos nossos)

19. Dessa forma, verifica-se que a totalidade dos recursos fiscalizados pela Controladoria-Geral da União, no âmbito do programa de fiscalização de municípios, tem natureza federal e, em caso de desvio e malversação, as ações penais ou por ato de improbidade daí decorrentes devem ser promovidas pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal.

20. Tal constatação não minimiza a importância da participação dos Ministérios Públicos dos Estados na matéria. As fiscalizações da CGU, além de verificar a regular utilização dos recursos financeiros transferidos pela União, têm buscado também aferir a qualidade da execução dos programas e dos serviços públicos municipais beneficiados por tais recursos.

21. São freqüentes, por parte da CGU, as constatações de insuficiências na prestação dos serviços e na execução dos programas federais, que dizem respeito a aspectos diversos como a precariedade das instalações, a má qualidade da merenda escolar, a atuação deficiente dos conselhos etc.

21.1. São problemas de fundamental importância que podem muitas vezes ser destacados da existência ou não de irregularidades financeiras e que, relacionados à gestão municipal, devem ser tratados pelos Promotores de Justiça.

IX – Conclusões

I) É possível e conveniente a cooperação do Ministério Público Federal e dos Ministérios Públicos dos Estados no tratamento dos relatórios de fiscalização da CGU nos municípios.

II) Caberá ao Ministério Público Federal a adoção de providências diante do desvio ou malversação dos recursos fiscalizados, podendo ser firmado ajuste destinado a possibilitar a coleta de provas por membros do Ministério Público Estadual.

III) Caberá ao Ministério Público do Estado atuar diante das constatações de deficiências e má qualidade na prestação dos serviços públicos municipais e na execução dos programas federais por parte das prefeituras.

IV) É conveniente que os membros dos dois ramos do Ministério Público, diante de cada relatório, ajustem previamente a repartição do trabalho, de forma a evitarem-se duplicidades.

■ Meio Ambiente e Consumo ■

Inês Virgínia Prado Soares

Procuradora da República em São Paulo-SP / Mestre e Doutoranda em Direito pela PUC-SP / Especialista em Direito Sanitário pela UnB / Presidente do Instituto de Estudos Direito e Cidadania – IEDC

1. Considerações iniciais

A nossa Constituição atribui ao Estado a tarefa de produzir a igualdade fática, a partir da busca da efetivação dos direitos fundamentais nela inscritos. A democracia brasileira tem a forma de organização da sociedade brasileira e o modo de agir social¹ direcionada pelos fundamentos estabelecidos nos incs. I a V do art. 1.º da Constituição Federal: a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A Carta Magna ao estabelecer como objetivos fundamentais do país a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e ainda a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação² admite a necessidade de desenvolvimento econômico e social, bem como a existência de desigualdades sociais, econômicas e culturais. Por outro lado, reconhece o papel do Estado na promoção dos objetivos fundamentais declarados na Constituição.

Os direitos e as garantias são redimensionados constitucionalmente, com a previsão expressa de proteção dos direitos sociais. Neste sentido, ao mesmo tempo em que consolida a extensão de titularidades de direitos, acenando à existência de novos sujeitos de direitos, a Carta também estabelece o aumento da quantidade de bens mercedores de tutela, mediante a ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais (direitos fundamentais coletivos).³ Vale ressaltar, porém, que os direitos fundamentais coletivos não têm caráter corretivo, nem tratam de conservação de uma situação de fato existente, como geralmente ocorre com os direitos previstos no art. 5.º da Constituição,⁴ mas sim de situações que precisam ser criadas ou viabilizadas economicamente pelo Estado ou por grupos sociais. Portanto, os novos direitos sociais, se distinguem tanto por serem coletivos, como por exigirem remédios distintos para sua efetividade.⁵

Por outro lado, o direito ambiental protegido no Estado Democrático de Direito é o normatizado, o que organiza de forma mandamental os comportamentos sociais que devem ser estabelecidos para garantia e implementação da manutenção das formas de vida, já que é esta a essência da sociedade.⁶ A

noção de direito fundamental ao meio ambiente está centralizada no desenvolvimento social, econômico e cultural do homem e é bem resumida por Antonio Sousa Franco, quando diz que “o direito fundamental a um ambiente são e equilibrado não pode ser entendido fora das suas coordenadas culturais, nomeadamente da sua articulação com o conceito de desenvolvimento econômico-social, porque, na verdade, é nesse âmbito que diversas questões, que são jurídicas, assumem o seu sentido essencial”.⁷

A defesa do consumidor prevista no art. 5.º, XXXII, da Constituição, elencada no rol dos direitos e garantias fundamentais traz para a esfera da coletividade (consumidores e equiparados) um direito fundamental que deve ser garantido e implementado pelo Estado. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques destaca:

“Ninguém discute hoje mais porque o consumidor foi o único agente econômico a merecer inclusão no rol dos direitos fundamentais do art. 5.º da Constituição Federal, foi escolhido porque seu papel na sociedade é intrinsecamente vulnerável perante o seu parceiro contratual, o fornecedor. Trata-se de uma necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de um igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco.”⁸

A adoção da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica (art. 170, inc.V) reforça a importância deste direito fundamental e direciona tanto o exercício da política pública como a atividade econômica para condutas que respeitem sempre não só os interesses econômicos dos consumidores, mas sua dignidade, segurança e saúde. Os agentes públicos e privados têm, por imposição constitucional, o dever de atuar para que a normatividade que protege o consumidor seja efetivada.

Dessa forma, o direito do consumidor e o direito ao meio ambiente são direitos fundamentais e a raiz da proteção desses institutos é constitucional. Porém são as normas infraconstitucionais que fornecem o aparato legal para o funcionamento das Políticas e dos Sistemas Nacionais de proteção ao consumidor e ao meio ambiente. Embora independentes têm muitos pontos de contato e de comunicação, que devem ser trabalhados de modo mais atento pela Administração Pública, pela sociedade e pelos operadores do direito. A reflexão acerca de algumas possibilidades de atuação para proteção concomitante do meio ambiente e do consumidor é o objeto do presente trabalho.

2. Constituição, defesa do meio ambiente e defesa do consumidor

A dignidade da pessoa humana, a imposição ao Estado de promoção da defesa do consumidor e a necessidade de proteção e defesa do meio ambiente com objetivo de garantir para as presentes e futuras gerações a sadia qualidade de vida, previstas na Constituição Federal como parâmetros de atuação para o Poder Público e a sociedade, indicam a convergência na tratativa do tema Meio Ambiente e Consumo em nosso sistema jurídico, no que tange aos direitos coletivos e difusos.

A Carta Magna dispõe que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por objetivo assegurar a todos uma vida pautada na dignidade, conforme os ditames da justiça social. Para atingir esse escopo, tem por princípios, dentre outros, a defesa do consumidor e do meio ambiente (art. 170, incisos V e VI). A livre iniciativa terá nos princípios supramencionados uma limitação e um direcionamento. A ponderação dos princípios que informam a ordem econômica e a busca do equilíbrio entre estes e as necessidades do mercado, entre a proteção do meio ambiente e da relação de consumo, entre a propriedade privada e o meio ambiente, entre a função social da propriedade e meio ambiente, entre a liberdade de concorrência e a defesa do consumidor etc é o grande desafio para a sociedade.

Para compreensão dos princípios a defesa do consumidor e do meio ambiente faz-se necessária uma abordagem acerca de ambos os institutos.

O art. 5º, inc. XXXII, da Constituição impõe ao Estado a promoção da defesa do consumidor. No art. 48 dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi estabelecida a necessidade urgente (120 dias) de elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, uma norma infraconstitucional que tratasse da proteção do consumidor, direito fundamental individual e coletivo.

Para atender ao mandamento constitucional, foi promulgada em 11 de setembro de 1990 a Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor - CDC, que trata da política nacional das relações de consumo em nosso país, tem como base a vulnerabilidade de uma das partes da relação de consumo e a imprescindibilidade tanto da defesa desta parte - que é o consumidor - quanto da busca constante de harmonia nas relações de consumo.

A busca da harmonia nas relações de consumo, com a previsão pelo CDC de instrumentos possibilitam a proteção dos direitos do consumidor e a efetividade do princípio da equidade, mas principalmente com o fornecimento da normatividade e de mecanismos jurídicos que balizam o mercado e que podem ser utilizados sempre em favor do consumidor, tem um reflexo direto e positivo na ordem

econômica :

“Verdade é que a legislação consumerista, juntamente com as normas protetivas da concorrência, constituem um forte balizamento para o mercado. De se observar, entretanto, que a legislação de proteção e defesa do consumidor tem alcançado melhores resultados do que as normas de defesa da concorrência, estas ainda extremamente carentes de observância e acatamento na realidade brasileira. Como examinado alhures, as práticas abusivas do poder econômico, além de nocivas para a posição do consumidor, têm o perverso efeito inibidor para os novos agentes econômicos, até estrangeiros, aptos a ingressarem no mercado, pois que maculado o caro princípio da liberdade de iniciativa econômica. Se o mercado, por si só, não se estabelece de forma a preservar os interesses dos consumidores, a situação fica mais gravosa quando detectado quadro em que o poder econômico esteja atuando de forma abusiva. Assim, faz-se natural a preocupação do constituinte para com o consumidor, sendo que o Código de Defesa do Consumidor preencheu, de forma eloquente, um espaço normativo solicitado pelo sistema.”⁹

A relação regulada no CDC tem por objetivo a satisfação de uma necessidade de ser privada de consumo e o princípio da transparência é um dos seus vetores. Dele decorre o direito à informação, tendo o consumidor o direito de conhecer previamente acerca do produto ou serviço oferecido, para que faça conscientemente sua escolha.

O conceito de consumidor adotado pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor é caracterizado pelo caráter exclusivamente econômico. É consumidor qualquer pessoa física ou jurídica que adquire bens ou contrata a prestação de serviços como destinatário final. Este é o conceito de consumidor de caráter essencial, decorrente da relação de consumo. Outros três conceitos são por equiparação e oferecem aparato jurídico para defesa do consumidor na perspectiva dos direitos difusos e coletivos, como interessa quando se trata do tema Meio Ambiente e Consumo¹⁰: O parágrafo único do art. 2º do CDC dá a característica de consumidor à coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo; o art. 17 considera consumidor, para efeito de acidentes de consumo, todos aqueles que estiveram sujeitas de algum modo ao evento; e, o art. 29 equipara todas as pessoas determináveis ou não aos consumidores, quando estas forem expostas às práticas abusivas.

O princípio constitucional econômico de defesa do consumidor traz em seu bojo a atuação responsável dos sujeitos da relação de consumo e da coletividade,

bem como a adoção de políticas de prevenção e repressão, com a finalidade de possibilitar aos consumidores uma melhoria em sua qualidade de vida. Qualidade de vida também é a palavra-chave

“...ao analisar o impacto ambiental de um produto ou serviço colocado no mercado para consumo, existe uma tendência de afastar (ou não considerar) as consequências ambientais da atuação do fornecedor ou da escolha do consumidor, para enfocar o problema apenas sob o ângulo dos benefícios econômicos.”

que informa a proteção ambiental.

O direito ambiental insculpido no art. 225 da Lei Maior e por valores permeados em todo o texto constitucional, busca a promoção de justa harmonia nas relações dos seres humanos entre si e a plena integração destes com a natureza, transcendendo-se a questão dos recursos naturais e sua exploração,¹¹ com objetivo de se chegar ao tema crucial das condições de vida, do bem-estar da população.¹²

A Constituição ao estabelecer que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, e à sadia qualidade de vida, cabendo à sociedade e ao Poder Público sua defesa e preservação, para gerações presentes e futuras(art.225), além de erigir o direito ambiental a um direito fundamental, direciona a Política Nacional Ambiental e fortalece as normas que versam sobre cidadania, interagindo com o Código de Defesa do Consumidor-CDC, especialmente no que tange à valorização da dignidade, à proteção da saúde e da segurança da coletividade e à busca constante da melhoria da qualidade de vida da população.

Sob essa ótica, é inegável o reflexo recíproco das normas ambientais e consumeristas nas respectivas Políticas Nacionais e na participação da coletividade na utilização dos instrumentos existentes para a defesa desses direitos e nos procedimentos decisórios formais ou informais sobre tais assuntos. No mesmo sentido, denota Cristiane Derani:

“Deve-se voltar novamente à idéia que o direito ambiental não é um direito-estaque separado das outras manifestações da sociedade. Assim sendo, esses princípios que o delimitam e orientam estão presentes na formação de outros ramos do direito, ou porque não podem fechar-se nos objetos tratados pelas normas de proteção ambiental, ou porque sua presença em outros ramos do direito acaba por revelar a existência, em última análise, de normas que, de alguma maneira, provocam alterações no ambiente.”¹³

As disposições do art. 225 atribuem ao Estado e à sociedade o dever do protegê-lo e preservá-lo. Em uma conexão com o CDC, os sujeitos da relação de consumo são responsáveis pela preservação e defesa do meio ambiente e devem pautar sua oferta e demanda em condições que possibilitem a sadia qualidade de vida e a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Esse também é o sentido da Emenda Constitucional n.42/2003, que ao dar nova redação ao inciso VI, do artigo 170, complementou o princípio da defesa do meio ambiente ao da relação de consumo sustentável, nos seguintes termos: “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus

processos de elaboração e prestação”. Conduz esse princípio à necessidade de tratativa das questões ambientais sob a perspectiva econômica e especialmente sob a perspectiva das relações de consumo, com as diferenciações cabíveis conforme a possibilidade de risco ambiental que os produtos e serviços oferecidos e/ou consumidos apresentem ou de acordo com o impacto ambiental causado pelos fornecedores nos processos de elaboração dos produtos e na prestação dos serviços.¹⁴

O tratamento diferenciado deve sempre ser favorável ao meio ambiente, podendo inclusive acarretar outras obrigações e responsabilidades para os sujeitos da relação de consumo ou para os agentes do mercado, pois somente desta forma se prestigia o princípio da defesa do meio ambiente. Com a atual redação há uma inafastável ligação entre o mercado, o consumo sustentável e o meio ambiente.

A dimensão ecológica do processo de produção e consumo, o papel do mercado, a importância do desenvolvimento econômico para se alcançar um patamar mínimo de justiça social e mesmo de justiça ambiental, são temas da ordem econômica constitucional. Porém, a tratativa do sistema jurídico brasileiro sobre o papel do consumidor, do fornecedor e de ambos enquanto sociedade ou sujeitos que devem proteger o meio ambiente, embora guarde uma coerência e tenha princípios constitucionais que guiem as práticas para relações de consumo sustentáveis, apresentam algumas questões de difícil solução na prática.

Este texto não tem a pretensão de oferecer soluções, mas de dar subsídios para uma discussão das inúmeras possibilidades de tratativa das matérias ambiental e consumerista numa perspectiva coerente.

3. Soluções judiciais e extrajudiciais para questões que envolvam meio ambiente e consumo

As soluções que envolvem matéria ambiental, sejam judiciais ou extrajudiciais, devem estar preordenadas à observância dos princípios ambientais insculpidos na Carta Magna, tendo em vista o caráter peculiar da irreversibilidade do dano ambiental. A percepção do risco e de perigo em relação às questões ambientais é multidisciplinar, e resulta tanto de conhecimentos técnicos como das relações sociais mais cotidianas. Portanto, ao analisar o impacto ambiental de um produto ou serviço colocado no mercado para consumo, existe uma tendência de afastar(ou não considerar) as conseqüências ambientais da atuação do fornecedor ou da escolha do consumidor para enfocar o problema apenas sob o ângulo dos benefícios econômicos.

“A obrigação de toda a cadeia produtora e dos que oferecem os serviços é a adoção integral da sustentabilidade. Também é de extrema importância a postura do consumidor em não adquirir produtos ou contratar serviços que sejam socialmente injustos (...) ou deixar de consumir produtos ou serviços de empresas que claramente desrespeitem as normas ambientais ou poluam o meio ambiente, bem como das que praticam condutas abusivas...”

Dessa forma, como compatibilizar, na prática, o consumo sustentável e o papel da sociedade na proteção ambiental? O que é mais importante: a existência de políticas públicas específicas de incentivo à produção e ao consumo sustentável ou a responsabilidade social do fornecedor? Seria possível falar de em outras formas de participação do consumidor, que tem como traço característico a vulnerabilidade, nos processos decisórios para proteção do meio ambiente? Qual seria a importância de outros parâmetros legais, doutrinários e éticos para o consumo sustentável?

A construção da noção de consumo sustentável se amolda a essa mudança de perspectiva. O conceito de consumo sustentável elaborado pela ONU tem por base a noção de sustentabilidade e parte da necessidade de compreensão da esgotabilidade do recursos naturais, da capacidade degradadora das relações de consumo e da necessidade de se garantir um mínimo de qualidade ambiental para as gerações futuras:

“Consumo sustentável é o uso de serviços e produtos que correspondem às necessidades básicas de toda a população e trazem a melhoria da qualidade de vida, ao mesmo tempo que reduzem o uso dos recursos naturais e de materiais tóxicos, a produção de lixo e as emissões de poluição em todo ciclo de vida, sem comprometer as necessidades das gerações futuras”¹⁵

Assim, as atividades que, de alguma forma, interfiram ou prejudiquem a possibilidade de uma vida saudável e com qualidade, devem se compatibilizar com as normas de proteção e garantia do estado de salubridade, para as presentes e futuras gerações. Portanto, a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, ou princípios econômicos constitucionais como a liberdade de iniciativa econômica e a propriedade privada, não podem ser levantados como empecilho para o consumo sustentável.

O consumidor está caracterizado pela sua vulnerabilidade na relação de consumo, mas ao mesmo tempo é um agente degradador e poluidor em sua relação com a natureza, porque a atividade humana geralmente coloca em risco os bens ambientalmente protegidos. Assim, se a proteção do meio ambiente cabe tanto ao Estado à sociedade, os cidadãos – e portanto aos consumidores e fornecedores – assumem uma posição de responsáveis e têm a tarefa constitucional de utilizar os instrumentos cabíveis para a defesa dos valores e bens ambientais. Os sujeitos da relação de consumo só cumprem esta tarefa constitucional se tiverem um comportamento dentro dos parâmetros da sustentabilidade ambiental: participando as decisões como fornecedor e consumidor de modo consciente e responsável.

O descarte de produtos que provocam danos ambientais como, por exemplo: as baterias de telefone celular, as lâmpadas fluorescentes, as pilhas, agrotóxicos¹⁶ etc, é uma questão que, embora decorra das relações de consumo, deve ser trabalhada sob o enfoque da proteção ambiental, com a informação ao consumidor dos efeitos do produto adquirido para o meio ambiente e os possíveis riscos para as gerações futuras. O debate deve proporcionar a reflexão sobre a responsabilidade dos sujeitos envolvidos na relação de consumo e na cadeia de

produção.

A responsabilidade do mercado e dos sujeitos da relação de consumo, considerando-se aí como consumidores também os equiparados, demonstra a necessidade de uma postura diferente dos agentes e do próprio Estado, quando o consumo tenha um reflexo direto ou indireto no meio ambiente. Os instrumentos judiciais e extrajudiciais, além dos tradicionais oferecidos à defesa de todo direito individual, são aqueles colocados nos microsistemas ambiental e consumerista, bem como nas normas processuais que amparam o direito coletivo.

4. Breves Conclusões

As questões de proteção e defesa do consumidor e do meio ambiente estão muito mais relacionadas e interligadas do que se imagina num primeiro momento. Pensar na proteção ambiental dissociada dos valores do mercado e das relações de consumo é um equívoco que os estudiosos do direito não podem cometer. Ao mesmo tempo, valorizar os reflexos negativos para a economia que a adequação às exigências ambientais provocam sem considerar as alternativas de obtenção de vantagens a partir do ônus impostos é uma postura daqueles que acreditam na impunidade e na ausência de responsabilidade com as gerações futuras.

A opção pelo respeito aos valores ambientais e a utilização responsável dos recursos por toda a cadeia de produção, assim como a de fruição do bem produzido pelos consumidores deve se dar do conceito de sustentabilidade. A sustentabilidade apoia-se nas concepções de justiça social, desenvolvimento econômico e proteção ambiental.

A obrigação de toda a cadeia produtora e dos que oferecem os serviços é a adoção integral da sustentabilidade. Também é de extrema importância a postura do consumidor em não adquirir produtos ou contratar serviços que sejam socialmente injustos (seja porque existe exploração de mão de obra infantil, seja porque os trabalhadores não têm seus direitos respeitados etc) ou deixar de consumir produtos ou serviços de empresas que claramente desrespeitem as normas ambientais ou poluam o meio ambiente, bem como das que praticam condutas abusivas, obtendo vantagens econômicas indevidas ou desproporcionais e às custas das lesões provocadas aos consumidores.

Assim, é imprescindível a utilização de todos os instrumentos judiciais e extrajudiciais tanto pelos agentes econômicos, como pelo Estado e a pela coletividade, para que as opções de produtos e serviços possibilitem sempre o desenvolvimento de relações de consumo ambientalmente sustentáveis, para as presentes e futuras gerações.

■ Notas ■

¹ Cf. Cristiane Derani, Direito ambiental econômico, Max Limonad, 1997, p. 228

² Art. 3.º, I a IV, da CF.

³ Flávia Piovesan, Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 3.ª edição, Max Limonad, p.62

⁴ José Reinaldo de Lima Lopes, Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito, Direitos humanos, direitos sociais e justiça, org. José Eduardo Faria, Malheiros, 1994, p. 126-127.

⁵ Ibidem, p. 127.

⁶ Conforme desenvolvido por Cristiane Derani in Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica, Temas de direito ambiental e urbanístico, org. Guilherme José Purvin de Figueiredo, Max Limonad, 1998, p.97-99.

⁷ Ambiente e desenvolvimento, textos – ambiente e consumo, Revista do Centro de Estudos Ambientais e de defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, CEJ, Portugal, 1996, p. 9.

⁸ Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor. Ed. RT. 4ª Edição, 2002, p.317-318

⁹ Lafayette Josué Petter, Princípios Constitucionais da Ordem Econômica – significado e alcance do art.170 da Constituição Federal, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.232-233.

¹⁰ Sobre a conceituação do consumidor ver Vital Serrano..., ob.cit, p. 12-22.

¹¹ Segundo Cristiane Derani, “o meio ambiente deixa-se conceituar como um espaço onde se encontram os recursos naturais”, mas ressalta que este conceito “não se reduz a ar, água, terra, mas deve ser definido como conjunto das condições

de existência humana, que integra e influencia o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento” (Direito ambiental..., ob. cit., p. 70-71).

¹² Antônio Augusto Cançado Trindade, ob. cit., p. 24-25.

¹³ *Direito ambiental econômico*, ob. cit., p. 156.

¹⁴ A doutrina também destaca a nova conformação dada pela nova redação do artigo pela Emenda 42 ao Sistema Tributário Nacional, bem como a importância da adoção de uma atitude premial. Ver Lafayette Josué Petter, Princípios Constitucionais...ob.cit, p.247 e seguintes.

¹⁵ Comissão de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas – CDS/ONU, 1995.

¹⁶ O princípio da participação é realçado pela Lei 7.802/89, alterada pela Lei 9.974/2000, que dispõe sobre agrotóxicos e afins, para determinar que os usuários de agrotóxicos, seus componentes e afins efetuem a devolução das embalagens vazias aos estabelecimentos comerciais em que foram adquiridos (art. 6.º, I, § 2.º). Determina também que as embalagens rígidas que contiverem formulações miscíveis ou dispersíveis em água deverão ser submetidas pelo usuário a operação de tríplice lavagem ou tecnologia equivalente (art. 6.º, I, § 4.º). Dessa forma, nota-se que o usuário assume parcela de responsabilidade na preservação do meio ambiente, com custos que decorrem dessa utilização. Importante notar que a informação e a educação ambiental estão previstas nessa lei (com a alteração dada pela Lei 9.974/2000) nos arts. 7.º, II, d, e 19, parágrafo único, como forma de implementar o princípio da participação.

Os leitores do

Boletim dos

Procuradores da República

podem adquirir as publicações da



com

30%

de

desconto

acessando o site:

www.pedrojorge.org.br

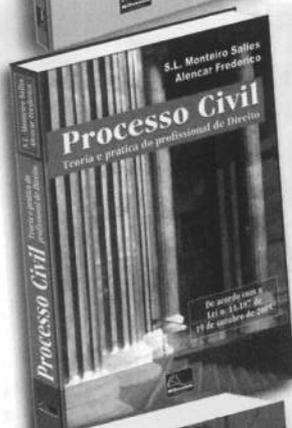
Lançamentos e Reedições



Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade
Coordenador:
Vladimir Passos de Freitas
Obra Coletiva
Brochura – 312 páginas



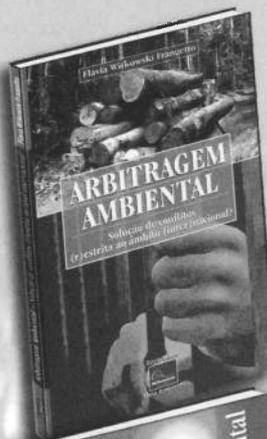
A Nova Reforma do Código de Processo Civil
Alencar Frederico
Brochura – 96 páginas



Processo Civil
Teoria e prática do Profissional do Direito
S.L. Monteiro Salles
Alencar Frederico
Brochura – 288 páginas



Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente
Helita Barreira Custódio
Brochura – 880 páginas



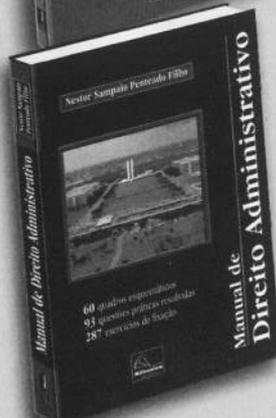
Arbitragem Ambiental
Solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter)nacional?
Flavia Witkowski Frangetto
Brochura – 96 páginas



Novos Rumos do Direito Ambiental nas Áreas Cível e Penal
Coordenador:
Geraldo Ferreira Lanfredi
Brochura – 336 páginas



Urbanismo Realista
A lei e a cidade, princípios de direito urbanísticos, instrumentos da política urbana e questões controversas
Vicente de Abreu Amadei
Brochura – 120 páginas



Manual de Direito Administrativo
Nestor Sampaio Penteadado Filho
Brochura – 264 páginas



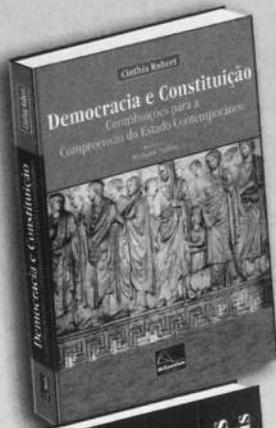
Millennium Editora Ltda.

Rua Manoel Francisco Mendes, 541 - Jardim do Trevo - 13030-110 - Campinas - SP

PABX: 19 3274-0800 - Fax: 19 3274-2100

editora@millenniumeditora.com.br – www.millenniumeditora.com.br

Lançamentos e Reedições



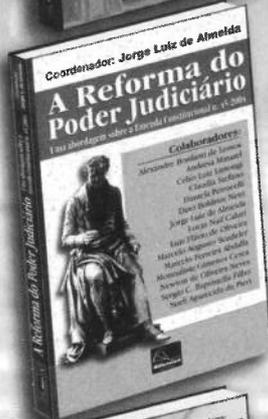
Democracia e Constituição
Contribuições para a compreensão do estado contemporâneo
Cinthia Robert
Brochura - 320 páginas



Projeto e Monografia Jurídica - 3ª edição
Samuel Mendonça
Brochura - 80 páginas



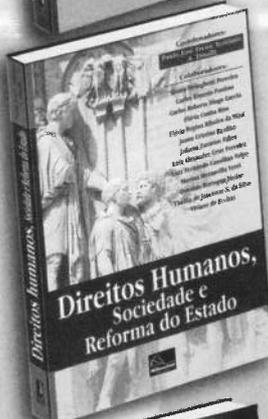
Tutela Específica nos Procedimentos Especiais
Peter Panutto
Brochura - 160 páginas



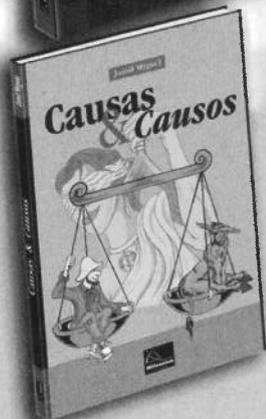
A Reforma do Poder Judiciário
Uma Abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004
Coordenador:
Jorge Luiz de Almeida
Obra Coletiva
Brochura - 272 páginas



Lei Orgânica da Polícia de São Paulo Comentada
Direito Administrativo Disciplinar
Alberto Angerami e Nestor S. Penteadó Filho
Brochura - 256 páginas



Direitos Humanos
Sociedade e Reforma do Estado
Coordenadores:
Paulo José Freire Teotônio
Aparecida Dinalli
Obra Coletiva
Brochura - 216 páginas



Causas & Causos
No sisudo ambiente da justiça, também há humor, vida e graça
Coordenador:
Jamil Miguel
Obra Coletiva
Brochura - 96 páginas



Dicionário Jurídico-tributário
Castardo
Hamilton Fernando Castardo
Brochura - 288 páginas



Millennium Editora Ltda.

Rua Manoel Francisco Mendes, 541 - Jardim do Trevo - 13030-110 - Campinas - SP

PABX: 19 3274-0800 - Fax: 19 3274-2100

editora@millenniumeditora.com.br - www.millenniumeditora.com.br