

Des. Lourival Serejo: A constitucionalização do Direito de Família

CENTRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS E DE GESTÃO PÚBLICA

REVISTA JURIS

www.cecgp.com.br

ANO 1 - Nº 1 - março / abril de 2014



R\$ 22,50

SOCIEDADE DE RISCO

A RESPONSABILIDADE PENAL DAS EMPRESAS

Roberto Veloso
Juiz Federal

ISSN 2357-7940



Ana Luíza Ferro

O crime organizado nas classes baixa e alta: semelhanças e diferenças



Manuela Magalhães

Direitos Fundamentais na União Europeia



João Ericeira

Acertos e desacertos da Constituição



Angela Figueruelo

SIGNIFICADO Y FUNCIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Nelson M. Rêgo: Proteção Constitucional da Criança e do Adolescente

Missão Institucional do CECGP

O Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública – CECGP, tem a satisfação de apresentar o primeiro número da REVISTA JURIS, publicação voltada para a valorização da produção jurídica maranhense e para promover um intercâmbio cultural com instituições congêneres do Brasil, Espanha e Portugal. O CECGP está a serviço da sociedade. Todos devemos contribuir para uma valoração democrática que resguarde os princípios essenciais da Constituição e dos direitos humanos, e ofereça uma resposta eficaz para a inquietação dos cidadãos neste início do século 21.

O Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública – CECGP, é um Organismo dependente da SVT ENSINO SUPERIOR, cuja missão consiste em fomentar a análise da realidade jurídica e sociopolítica nacional e internacional, prestando especial atenção a todas aquelas questões relativas ao Direito brasileiro e às instituições de países ibero-americanos, assim como às relações destes com a Europa e os Estados Unidos.

O Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública – CECGP, articula suas tarefas de pesquisa em torno de Programas de Pesquisa em que se integram pesquisadores, pós-doutores provenientes de diferentes países. O CECGP acolhe a pesquisadores visitantes em breves estadias.

FUNÇÕES

O CECGP, a par de suas funções gerais de formação e pesquisa, tem como diretrizes os seguintes enunciados:

1. Elaborar e promover estudos e pesquisas sobre o caráter, evolução e funcionamento dos sistemas sociais, políticos, constitucionais e administrativos, tanto em sua dimensão nacional como internacional.
2. Realizar, promover e publicar estudos sobre as matérias do escopo institucional do CECGP. De igual maneira, desenvolver ciclos e cursos de ensino especializados em relação a essas matérias.
3. Formar e manter um fundo documental e bibliográfico sobre Direito Constitucional, Teoria do Estado, Teoria da Constituição, Ciência Política, História das Ideias Políticas, História Política do Brasil e do Maranhão, e matérias conexas de Direito público.
4. Prestar assistência e assessoramento a instituições públicas e governamentais em matérias constitucionais e de gestão pública, assim como a promoção do ensino, a pesquisa e as publicações políticas e de normativa constitucional.
5. Dedicar especial atenção, no desenvolvimento de suas funções, às questões relativas às instituições próprias dos países ibero-americanos e as relações destes com Espanha e Portugal.

ATIVIDADES ACADÊMICAS

O Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública – CECGP, se propõe a manter uma agenda muito intensa cujo objetivo é pôr em conexão a comunidade acadêmica do Maranhão e do Brasil com a sociedade civil através de foros de debate, jornadas, conferências, seminários e outras atividades que sirvam para pesquisar e analisar a atualidade jurídico-política do País e da comunidade ibero-americana.



**Acesse e faça
a sua assinatura!**
www.cecgp.com.br

CECGP
Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública

REVISTA JURIS
www.cecgp.com.br

Preço de lançamento
R\$ 90,00
6 edições ao ano

Av. Castelo Branco, 605, Ed. Cidade de São Luís, salas 400-C
Bairro São Francisco - CEP: 65076-090 São Luís - MA
Telefone: (98) 3235-6467
E-mail: contato@cecgp.com.br / cecgp@cecgp.com.br



Presidência e Núcleos do CECGP



O Professor Sergio Victor Tamer é presidente do Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública – CECGP. Procurador Federal aposentado, é advogado dos quadros da OAB-MA desde 1981, onde foi membro do Conselho Estadual e Presidente da Comissão de Direitos Humanos. Integra, também, o quadro de advogados da Ordem dos Advogados de Portugal, Lisboa e é membro do Centro de Investigação em Ciência Jurídica da Universidade Portuguesa, na cidade do Porto.

De 2009 a 2013, foi membro efetivo do Conselho de Gestão Estratégica das Políticas Públicas do Governo do Estado do Maranhão. Exerceu o cargo de Secretário de Estado dos Direitos Humanos (2009-2010) e de Secretário de Estado de Justiça e de Administração Penitenciária (2011-fev. 2013).

Recebeu em 2008, da Câmara Municipal de São Luís a Medalha de Mérito “Simão Estácio da Silveira”. Em 2009, do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, a Medalha da “Ordem Timbira do Mérito Judiciário do Trabalho”. Da Polícia Militar do Estado do Maranhão, a Medalha de Mérito “Brigadeiro Falcão”. E do Governo do Estado, em 2012, por ocasião do 4º Centenário da Cidade de São Luís, a Medalha “Ordem Timbira”, no grau de Comendador.

Proferiu palestras em instituições públicas de São Luís, Lisboa, Porto, e Salamanca. É autor dos livros: “As palavras e os sonhos: uma visão do liberalismo social”. São Luís, Editora Plamar, 2000; “Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil”. Porto Alegre, Editora Fabris, 2002; “Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias”. Porto Alegre, Editora Fabris, 2005; “Direitos Humanos, Criminalidade e Desigualdade Social no Brasil”. São Luís, OAB-MA, 2005.

Publicou, ainda, dezenas de artigos na Revista Consulex, desde o ano de 1998, sendo ainda autor de capítulos de livros de diversas publicações na área do direito constitucional.

Formado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1980), foi o orador de sua Turma na tradicional “Aula da Saudade”. Sergio Tamer é Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, (2000) e Doutor em Direito Constitucional, pela Universidade de Salamanca, Espanha (2013). Seu mais recente livro foi editado pela Ratio Legis Editora, sob o título “Legitimidad Judicial en la Garantía de los Derechos Sociales: especial referencia a la ejecución penal en el Estado de Maranhão.”

Coordenadorias dos Núcleos de Direitos Humanos, Ciência Política e de Gestão Pública

O Professor Doutor Nelson Moraes Rêgo é Juiz de Direito Titular da Vara Especial de Combate à Violência Doméstica, Familiar e Contra a Mulher da Comarca de S.Luís-MA. Ingressou na Magistratura em 16.12.1991. Bacharel em Direito pela UFMA/1985; Bacharel em Teologia pelo IBADI/ITZ e Licenciado em Filosofia pela FAEME/2008. Possui Curso de Extensão na FGV/Rio/1985, em Direito Processual, e Especializações em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho/RJ/1985; Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de

Sá, RJ, em 1986; Didática do Ensino Superior pela FAMA/Imperatriz, 2003; e Direito do Consumo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, em 2005. É Mestre em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra, Portugal, 2004-2007 e Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Espanha, 2006-2012. Recentemente publicou na Espanha o livro “Derecho al Desarrollo y Proceso Civil”, pela Ratio Legis Editora. (Ver perfil acadêmico completo em Currículo Lattes/CNPq).



Núcleo de Direitos Humanos
Diretor: Nelson Melo de Moraes Rêgo



Núcleo de Ciência Política
Diretor: João Batista Ericeira

O Professor MSc João Batista Ericeira é escritor e advogado, Especialista em Direito Empresarial pela Universidade de Brasília, onde também concluiu Mestrado em Direito e Estado; Vice-diretor Geral da Escola de Formação de Governantes do Maranhão; Vice-diretor da Associação Brasileira de Advogados Eleitorais (ABRAE) e Presidente da Associação Brasileira de Advogados (ABA/Seccional Maranhão). Foi diretor da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Maranhão e membro do Conselho Consultivo e Secretário-Geral da Escola Nacional de Advocacia, do Conselho Federal da OAB.

É vice-presidente da Academia Maranhense de Letras Jurídicas; membro do Conselho Editorial e da Comissão de Defesa da República e da Democracia, da OAB-MA; presidente da seccional maranhense do Colégio Brasileiro de Faculdades de Direito; diretor da Revista da ENA; foi membro do Conselho Estadual de Desenvolvimento Econômico e Social do Maranhão. Na condição de Conselheiro Estadual e Federal, presidiu a Comissão de Ensino Jurídico da OAB e integrou, como o mais votado, a lista sêxtupla da Ordem dos Advogados para o cargo de Desembargador do TJ-MA e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. É detentor da medalha Antenor Borgea, a mais alta comenda da advocacia maranhense.

Professor do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, foi Assessor do Gabinete do Reitor, Chefe do Departamento de Direito, Procurador-Chefe, Coordenador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas, e do Programa de Estudos, Pesquisas e Pós-Graduação em Direito. Concorreu às eleições para Reitor da UFMA, integrando a lista sêxtupla à apreciação do Egrégio Colégio Eleitoral.

Foi membro-pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação Casa de Rui Barbosa; integrou a Associação Latino-Americana de Metodologia do Ensino de Direito, e o Grupo de Ricerca Sulla Diffusione Del Dirritto Romano (Universidade de Sassari, Itália); presidiu a seccional maranhense do Colégio Brasileiro de Faculdades de Direito e integrou a Comissão Constituinte do Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras (CRUB) que acompanhou os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, elaboradora da Constituição Federal de 1988. Recentemente publicou: “A Reinvenção do Judiciário”, pela Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Maranhão; e “A Crise da Crise da Advocacia”, pela Editora Fiúza. (Ver perfil acadêmico completo em Currículo Lattes/CNPq).

O Professor Ph.D Ilmar Polary é Doutor em Administração pela EBAPE/FGV-RJ; Mestre em Economia pela UFPE; Especialista em Administração de Recursos Humanos pela UFMA e Formação em Dinâmica de Grupo pelo NDHO, Bacharel em Administração pela UEMA. Professor Adjunto e Administrador da UEMA. Consultor Organizacional; Diretor do Centro de Gestão, Desenvolvimento e Pesquisa do Maranhão - CGDP-MA e da Farm Center Empreendimentos LTDA. Conselheiro Federal Suplente de Administração – CFA-DF, Membro Coordenador do Comitê Temático

do Micro Fórum Permanente Maranhense das Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte - SEDINC-MA, Especialista/Parecerista do CEE-MA, Coordenador do Curso de Administração da FESCEMP, membro do Comitê Institucional de Editoração da Universidade Estadual do Maranhão, Pesquisador FAPEMA/CNPq em que é membro do Grupo de Pesquisa Sociedade, Estado e Administração CCSA/UEMA. Escritor de Literatura Administrativa. Aprendiz permanente. (Ver perfil acadêmico completo em Currículo Lattes/CNPq).



Núcleo de Gestão Pública
Diretor: Ph. D Ilmar Polary

O CLAMOR DAS RUAS E A REFORMA POLÍTICA

Seminário de Direito Constitucional promovido pelo CECGP, em outubro de 2013, em homenagem aos 25 anos de promulgação da Constituição brasileira, promoveu amplo debate sobre a reforma política no Brasil.

Algo precisa mudar em nosso sistema político-partidário-eleitoral, se considerarmos que ele entrou claramente em descompasso com os anseios da população brasileira. Para analisar o movimento que desde o ano passado tomou conta das ruas no Brasil, e debater sob o ângulo dos direitos sociais, civis e políticos, os 25 anos da nossa Constituição, o CECGP convidou expressivas personalidades jurídicas do Maranhão e promoveu um amplo debate com a sociedade. Destaque,

ainda, para o cientista político, professor da UnB, Ricardo W. Caldas, que proferiu instigante palestra relacionada ao tema central do Seminário.

Nomes consagrados do meio jurídico em nosso Estado abrilhantaram o Seminário de Direito Constitucional promovido pelo CECGP. Sob a coordenação do seu diretor-presidente, professor e advogado Sergio Tamer, proferiram palestras e debates durante todo o dia do evento os professores, mestres e doutores: João Batista Ericeira,

Nelson Moraes Rêgo, Ilmar Polary, Francisco José Pinto, José Carlos Sousa Silva, Paulo Roberto Barros Ramos, Carlos Lula, Roberto Veloso, Tereza de La Iglesia e Ricardo Caldas. O encontro, organizado no Hotel Holliday Inn teve boa afluência de estudantes e profissionais de diversas áreas do conhecimento que ao final receberam certificados de participação firmados pelo CECGP em parceria com o curso de Direito da UEMA.



Estudantes e professores participaram ativamente do seminário: sucesso de público



Francisco José Pinto, Ricardo Caldas, Silvânia e Sergio Tamer, Leopoldina Barros, Ilmar Polary, Liviane Vasconcelos, Thereza e Raul de La Iglesia

Livraria CECGP



ATOS POLÍTICOS E
DIREITOS SOCIAIS NAS
DEMOCRACIAS

Direito
R\$ 65,00



LEGITIMIDAD JUDICIAL
EN LA GARANTÍA DE LOS
DERECHOS SOCIALES

Direito
R\$ 135,00



REVISTA JURIS

Assinatura anual

R\$ 90,00

Peça já o seu! www.cecgp.com.br

7 Manifestante, bandido e terrorista

Luiz Flávio Gomes - Jurista

8 A responsabilidade penal na sociedade de risco

Roberto Carvalho Veloso - Juiz Federal

CAPA

22 Juizes da execução penal recomendam: construção de pequenas unidades na própria comarca.

Juizes José dos Santos Costa e Roberto de Oliveira Paula

24 Violência gera violência

Ivone Rogério - Especialista em Gestão Prisional

26 / 30 Ponto Jurídico

Informação e doutrina

SEÇÃO

31 A entrevista que não foi publicada no jornal O Estado de São Paulo.

Sergio Tamer - Advogado

EXCLUSIVO

34 Os 25 anos da Constituição Federal: acertos e desacertos

João Batista Ericeira - Advogado

37 Política Jurídica

José Carlos Sousa Silva - Advogado

42 Proteção Constitucional da Criança e do Adolescente, Vulnerabilidade e Gênero no Sistema de Direito Brasileiro. Algumas reflexões dialogais

Nelson M. de Moraes Rego - Juiz

51 O respeito pelos direitos fundamentais nos procedimentos de direito da concorrência da União Europeia no âmbito do regulamento nº. 1/2003

Dora Resende Alves e Maria Manuela Magalhães Silva
Professoras - Universidade Portucalense - Porto/PT

EUROPA

68 Significado y funciones del Derecho Constitucional

Angela Figueruelo Burrieza - Professora
Universidade de Salamanca - Espanha

ESPECIAL

76 Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI: diretrizes e aplicação da Gestão Profissional Empreendedora-GPE nas Organizações Públicas.

Ilmar Polary Pereira - Administrador

93 Edwin Sutherland: o crime de colarinho branco e o crime organizado

Ana Luiza Almeida Ferro - Promotora

106 As novas relações familiares e a Constitucionalização do Direito de Família

Lourival Serejo - Desembargador

119 AMPEM : "UMA LUTA HISTÓRICA"

José Augusto Cutrim Gomes - Promotor



Revista do Centro de Estudos
Constitucionais e de Gestão
Pública
Bimestral
Nº 001/002
fevereiro / março de 2014

Redação e Correspondência

Av. Castelo Branco, 605, Ed. Cidade de São Luís, salas
400-C
Bairro São Francisco - CEP: 65076-090 São Luís - MA
Telefone: (98) 3235-6467
E-mail: contato@cecgp.com.br
www.cecgp.com.br

ISSN: 2357-7940

Diretor e Editor:

Sergio Victor Tamer
sergiotamer@cecgp.com.br

Diretora - Adjunta:

Silvânia Maria Cerqueira Lima Tamer
contato@cecgp.com.br

Tragem:

12mil exemplares

Arte e diagramação:

Hugo Rodrigo Ferreira Pereira

Impressão:

Gráfica Gênese Ltda.

REVISTA JURIS

www.cecgp.com.br

Conselho Editorial

Angela Figueruelo
Aldy Mello Filho
Carlos Lula
Carlos Henrique Vieira
Francisco José Pinto Silva
Gabriela Silva Macedo
Ilmar Polary
James Magno A. Farias
Jhonatan Almada
João Batista Ericeira
José Carlos Sousa Silva
José Augusto Cutrim
Karla Adriana Vieira
Lourival Serejo

Maria M. Magalhães
Mário Macieira
Nelson de Moraes Rego
Paulo Roberto B. Ramos
Paulo Velten
Raimundo Palhano
Raimundo F. Marques
Roberto Veloso
Ricardo W. Caldas
Sergio Victor Tamer

Coordenadorias dos Núcleos de Direitos Humanos, Ciência Política e de Gestão Pública

Professor Msc. João Batista Ericeira
Professor Doutor Nelson de Moraes Rego
Professor Doutor Ilmar Polary

Diretora Coordenadora de Publicidade

Uma publicação do Departamento de
Publicidade da SVT Consultores Marketing e
Propaganda Ltda.

Av. Castelo Branco, 605, Ed. Cidade de São Luís, salas 400-C
Bairro São Francisco - CEP: 65076-090 São Luís - MA
Telefone: (98) 3235-6467
E-mail: contato@cecgp.com.br
www.cecgp.com.br



Silvana Tamer



Assinatura anual R\$ 90,00
www.cecgp.com.br
(98) 3235 - 6467



ASSINE JÁ!
PREÇO DE LANÇAMENTO

Pau é pau, pedra é pedra...

O CECGP selecionou nesta edição um artigo do professor Luiz Flávio Gomes, publicado em JUSBrasil, para dar um foco de luz na discussão hoje no Congresso sobre a repressão às manifestações populares no Brasil. Uma verdadeira paulada (ou seria uma pedrada?) na demagogia populista dos que querem tirar proveito do medo e da falta de segurança da população brasileira.

Manifestante, bandido e terrorista.

LUIZ FLÁVIO GOMES, 56, jurista e diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Twitter: @professorlfg

Manifestante é manifestante, bandido é bandido e terrorista é terrorista. O legislador e a polícia estão confusos (por ignorância ou por má-fé) e não estão sabendo distinguir o joio do trigo. Manifestante legítimo, que está descontente com sua situação salarial ou com a brutal desigualdade aqui implantada ou com sua crise de governabilidade do país, que não lhe oferece serviço público de qualidade (educação, saúde, transportes etc.), não é bandido, porque ele não faz uso da violência, não sai por aí quebrando bens públicos ou privados, não usa máscara e não recebe nenhum dinheiro para jogar no time do “quanto pior melhor”. O manifestante tem direito e liberdade de criticar, de se reunir, de protestar, ainda que isso cause certa “desordem pública” (no trânsito, nas vias públicas). O projeto que criminaliza genericamente a desordem pública é mais reacionário que a legislação da ditadura militar e aniquila todas as liberdades duramente conquistadas pelo povo.

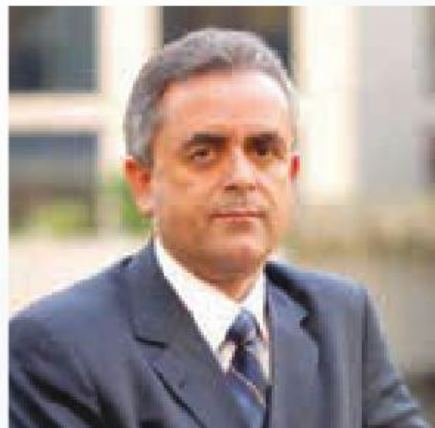
Bandido é outra categoria, é o que sai mascarado quebrando tudo que vê pela frente, é o que não respeita nem coisas nem pessoas, é o que ganha para promover a quebraadeira geral, é o que criminosamente dispara rojões para matar pessoas. Os bandidos são contra a democracia, não querem dialogar e usam a violência como meio de protesto. Devem ser reprimidos, não há dúvida, mas para isso não precisamos de novas leis penais, o que sempre dá ensejo ao charlatanismo dos legisladores oportunistas, que vivem em busca de gente tola que acreditem

neles nesse terreno do “combate” (falacioso) à criminalidade e à violência.

Bandidos comuns, como os que mataram o jornalista Santiago, não têm nada a ver com o terrorismo, que exige não só uma estrutura organizacional sofisticada como uma motivação ou finalidade especial (política, separatista, racista, religiosa, filosófica etc.). Todo terrorista é um homem/mulher-bomba (real ou potencial), mas nem todo homem/mulher-bomba ou que solta bomba é um terrorista. O legislador brasileiro, que já enganou todo mundo várias vezes com suas leis penais vigaristas, que nunca diminuíram a criminalidade, se esquece que “pode-se enganar a todos por algum tempo; pode-se enganar alguns por todo o tempo; mas não se pode enganar a todos o tempo todo” (Abraham Lincoln).

De 1940 a 2013 o legislador aprovou 150 novas leis penais, sendo 72% mais severas. Essa política pública está errada,

porque não reduz o crime. Todo mundo viu e filmou o rojão que matou Santiago, menos a polícia, que não tem treino para agir preventivamente. Espera-se a morte chegar para depois reagir. O grande erro é não termos políticas públicas de prevenção do delito, tal como fazem os países de capitalismo evoluído e distributivo (Dinamarca, Canadá, Japão, Coreia do Sul etc.), fundado na educação de qualidade para todos, na ética e no conhecimento científico. ■



O manifestante tem direito e liberdade de criticar, de se reunir, de protestar, ainda que isso cause certa “desordem pública”...



A RESPONSABILIDADE PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Roberto Carvalho Veloso¹

1. INTRODUÇÃO

Nas sociedades pós-industriais e na era da globalização², o incremento tecnológico do sistema de produção e consumo transformaram a realidade social, fazendo surgir novos bens jurídicos a serem protegidos e novas condutas a serem analisadas e estudadas no âmbito do Direito Penal.

Há até uma tendência a se dizer que o progresso tecnológico e o aumento das facilidades de transporte e comunicação indicam o desenvolvimento econômico de uma determinada sociedade, sendo uma das suas consequências a sofisticação da criminalidade. Nesse contexto, surge a macrocriminalidade, realizada por uma organização criminosa ou por uma empresa constituída para a prática de atos ilícitos.

Isso não é, porém, privilégio das sociedades desenvolvidas, como ilustra Cervini e Adriasola³, uma vez que, apesar da evidência de que o desenvolvimento econômico propicie as condições ideais para a eclosão



Resumo: Este estudo pretende realizar um diagnóstico da atual sociedade de risco, quando a ordem do dia é o desejo de sensação de segurança e a prevenção de condutas indesejadas, gerando a criação de tipos penais abertos, o recrudesimento das penas e a conseqüente expansão do Direito Penal. Nesse quadro, vão perdendo força princípios basilares da responsabilidade penal, como o da culpabilidade e o da legalidade.

Palavras chaves: Sociedade de risco. Responsabilidade penal. Direito penal

Sumário: 1. Introdução. 2. As características do Direito Penal na sociedade de risco. 3. A responsabilidade penal da pessoa jurídica na sociedade de risco. 3.1. A responsabilidade individual por atos da pessoa jurídica. 3.2. A responsabilidade penal da pessoa jurídica por seus atos. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas

1 - Juiz Federal no Maranhão. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. Professor Doutor do Uniceuma. Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal do Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pernambuco. E-mail: velosorc@uol.com.br.

2 - Mercado define globalização como sendo uma cadeia de processos econômicos, políticos, científicos e culturais, que vão desde a mundialização da economia até a revolução e transformação tecnológica, modificando o cenário das condições da vida social que hoje se descreve com a palavra globalização. (MERCADO, Pedro. *Proceso de globalización, el estado y el derecho*. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (Coord). *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Ediciones Akal, 2005, p. 119)

3 - CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 10.

da macrocriminalidade, não se pode esquecer que as mais graves violações às normas penais de proteção à atividade econômica financeira são conhecidas das sociedades subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, como é o caso dos países da América Latina.

É importante deixar de logo registrado que o crime organizado⁴ possui caráter transnacional, ultrapassando o espectro de aplicação das leis penais nacionais. Dessa forma, os crimes de lavagem de dinheiro e os seus crimes-meio – financeiros, tributários, fraudes bancárias – ganham maior grau de sofisticação e eficiência e se tornam difíceis de apuração e repressão pelas autoridades nacionais.

Outro fator importante na análise da macrocriminalidade é o uso e o abuso do poder político, econômico ou intelectual. Para Adeodato⁵, o poder não seria um elemento concentrado como atributo de uma pessoa ou grupo, mas uma relação divisível, que pressupõe a existência de uma sociedade altamente complexa.

A esses fatores deve-se somar, na análise da macrocriminalidade, a especificidade profissional. Cervini e Adriasola⁶ afirmam que o acréscimo dessa especialização profissional tem

como maior manifestação o domínio funcional operativo dos meios tecnológicos, de modo que tal circunstância pode incidir de forma autônoma e determinante para que muitas condutas nocivas não sejam alcançadas pelo sistema penal.

A atividade da macrodelinquência é realizada, na maioria das vezes, sob o manto de uma legalidade aparente. As organizações criminosas avançadas atuam de uma maneira que parece lícita, com uma fachada que esconde a verdadeira faceta, sendo imperioso reconhecer que, para sobreviverem e se viabilizarem sob aparente legalidade, estabelecem contatos e apoios no legislativo, no executivo e no judiciário, além, é claro, de no ramo empresarial.

A macrodelinquência, demonstrando seu alto poderio financeiro, na sua atividade criminosa movimentava grandes somas de dinheiro, como se pode, por exemplo, constatar no comércio ilegal de entorpecentes. Coyle⁷ diz que quatrocentos bilhões seriam provenientes do tráfico de drogas empregando perto de 20 milhões de pessoas, dispondo de 70 a 100 milhões de consumidores.

Isso acontece nos tempos atuais de uma sociedade de risco⁸, a qual, para Buergo⁹

apresenta três características. A primeira seria a mudança dos perigos atuais em relação aos de outras épocas, como desastres naturais ou pragas, para a exploração e manejo de energia nuclear, produtos químicos, recursos alimentícios, problemas ecológicos e tecnologia genética, entre outros. Essas ameaças da modernização e da globalização são consequências do progresso tecnológico, na maioria das vezes não previstos e inicialmente dirigidos a finalidades positivas.

A segunda característica é a complexidade organizativa das relações de responsabilidade, o que dificulta a investigação e o desvendamento das condutas lesivas em razão da constante substituição dos contextos de ação individual por outras, de caráter coletivo, de sorte que a responsabilidade pelos fatos se ramifica cada vez mais por meio de processos para os quais contribuem várias pessoas, físicas ou jurídicas. A terceira é a sensação de insegurança subjetiva, que provoca uma demanda crescente por mais legislação penal, na busca de uma proteção objetiva, fazendo o binômio risco-insegurança com que os indivíduos reclamem ao Estado a prevenção ao risco e a otimização dos recursos de segurança.

4 - O delito empresarial ou societário não se equipara ao crime organizado, principalmente no que se refere ao seu combate. Não é de pensar, por exemplo, na infiltração de agentes policiais e no instituto da delação premiada nos delitos societários, a não ser que se trate de uma empresa mafiosa.

5 - ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.

6 - CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. El derecho penal de la empresa. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 22.

7 - COYLE, Diane. Sexo, drogas e economia: uma introdução não-convencional à economia do século 21. São Paulo: Futura, 2003, p. 38.

8 - Buergo afirma que foi o sociólogo alemão Ulrich Beck que desenvolveu o modelo teórico da sociedade de risco, rapidamente incorporada às reflexões sobre a evolução atual do Direito não só no âmbito penal, mas também em outros ramos do ordenamento, predominantemente nos Direitos Civil e Mercantil. (BUERGO, Blanca Mendoza. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas, 2001, p. 23)

9 - BUERGO, Blanca Mendoza. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas, 2001, p. 25-30.

Pérez¹⁰ defende que, além dessas características, deve-se incluir a resistência psicológica dos indivíduos ao caso fortuito, o que leva, como consequência, à eliminação de espaços de risco permitido, ao incremento das infrações de deveres de cuidado e à proposta de aumento da tipificação de delitos de perigo. Outro fator relevante para essa expansão seria uma identificação social mínima com o autor, tornando-se a lei penal na Carta Magna da vítima.

2. AS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

A sociedade de risco produz um novo Direito Penal, que se caracteriza principalmente por uma política não de descriminalização, mas de criminalização. O legislador se preocupa muito mais com a parte especial do Código Penal e com a legislação extravagante que com a parte geral e o sistema de penas e medidas de segurança, o que implica o surgimento de novos tipos penais em áreas como meio ambiente, tributação, economia, processamento de dados e criminalidade organizada¹¹.

Outro aspecto importante é o incremento da utilização do Direito Penal como instrumento de controle social, sendo o Direito Penal de risco usado como me-

“...a introdução de bens jurídicos com perfis difusos é uma das características do Direito Penal atual.”

canismo formal de controle das fontes de perigo de origem sistêmica¹². Garland¹³ esclarece que no momento atual não há uma transformação das instituições, o abandono de velhas práticas e instituições e a criação de outras, nem ocorrem processos de abolição, como houve quando se desmantelaram o cadafalso e a força e em seu lugar se construíram penitenciárias. Não existem notícias de um processo de construção de instituições comparável com os tribunais juvenis, o serviço do livramento condicional e a individualização da pena: ao contrário, o sistema de justiça penal se expandiu enormemente no que se refere à quantidade de judicialização dos casos ao número de funcionários e aos elevados gastos orçamentários, sem mencionar a construção de estabelecimentos penais.

No atual estágio de evolução

do Direito Penal é realmente extraordinário o avanço dos delitos de perigo abstrato. É constatável, pelo simples acompanhamento do trabalho do legislador penal, a crescente utilização de tipos de perigo abstrato, de delitos de consumação antecipada e de punição a atos preparatórios, a fim de oferecer respostas rápidas de controle de condutas.

Hassemer¹⁴ afirma ser cada vez mais patente, sobretudo no Direito Penal Econômico e no do meio ambiente, que os pressupostos tradicionais da imputação individual se constituem obstáculo para uma política criminal eficaz. Com efeito, a imputação individual, principal virtude do Direito Penal tradicional, tornou-se um óbice, ao emprego dos meios jurídicos do novo Direito Penal, inserindo-se esta tendência, a agravação das penas e os tipos penais abertos.

Há, assim, uma inclinação pelo desapego aos bens jurídicos individuais e a opção legislativa pela proteção dos bens jurídicos supra-individuais ou universais, exatamente porque a introdução de bens jurídicos com perfis difusos é uma das características do Direito Penal atual. É que, segundo Buergo¹⁵, o alijamento da proteção de bens jurídicos individuais ou mesmo a preterição do conceito de bem jurídico caracteriza um Direito Penal sem tanta relação com o castigo

10 - PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del big crunch en la selección de bienes jurídico-penales: especial referencia al ámbito económico. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (Coord). Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid: Ediciones Akal, 2005, p. 263.

11 - Vide HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

12 - Vide GARLAND, David. La cultura del control. Barcelona: Gedisa, 2001.

13 - GARLAND, David. La cultura del control. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 276.

14 - HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 60.

15 - BUERGO, Blanca Mendoza. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas, 2001, p. 69.

e a repressão a danos individuais concretos, mas fortemente ligado à mera inobservância de normas organizativas, ou seja, com a proteção de condições ou bases de segurança e a prevenção de perturbações sociais.

3. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA SOCIEDADE DE RISCO

3.1 A responsabilidade individual por atos da pessoa jurídica

Não se pode negar que a empresa seja geradora de riscos. Na sociedade pós-industrial, o consumo exagerado e o avanço tecnológico justificam a existência de riscos ditos coletivos ou de massa, porém os indivíduos vêem a necessidade de limitá-los para que não fujam ao controle e não produzam lesões a bens juridicamente protegidos¹⁶. A empresa é, pois, uma fonte de riscos para bens fundamentais como a vida e a saúde, quer no processo de produção, quando causa acidentes no trabalho pelo manuseio da máquina, quer com os próprios bens produzidos pela atividade industrial, com a elaboração de mercadorias e alimentos em grande escala, quer ainda pela liberação dos dejetos industriais, como a emissão de gases tóxicos e o descarte de produtos radioativos.

Zuñiga Rodríguez¹⁷ afirma

que o progresso das pessoas jurídicas, em particular as sociedades anônimas e as de responsabilidade limitada, foi concebido pela análise do custo-benefício entre risco e responsabilidade. Os membros das sociedades limitam-lhe o risco pela determinação da responsabilidade na própria pessoa jurídica, produzindo-se, nesses casos, uma cisão entre quem atua e quem se responsabiliza pelo fato o que significa que há, na atuação de pessoa jurídica, uma dissociação entre a ação e o sujeito jurídico imputável.

Por essas razões, diversos autores desde 1990, travam essa discussão sobre a obsolescência do Direito Penal tradicional em face da macrocriminalidade econômica¹⁸. Surge, então, a idéia de um novo Direito Penal, destinado a alcançar a pessoa jurídica a partir da necessidade de uma política criminal eficaz, daí que Hassemer e Muñoz Conde¹⁹ defendem que deve prescindir de conceitos metafísicos, reconhecendo nos tradicionais pressupostos da imputação jurídico-penal um obstáculo a uma concepção preventiva. Ou seja, a imputação individual, típica do Direito Penal tradicional, deve adaptar-se às novas exigências do mundo atual.

Já existem, aliás, algumas de-

finições do novo Direito Penal. Cardoso²⁰ diz que o Direito Penal de risco se caracteriza pela pretensão de se desenvolver como um Direito Penal preventivo, que enfrente as novas grandes ameaças da sociedade moderna antecipando a proteção de bens jurídicos mediante a criação de tipos penais abertos, os quais devem ser preenchidos pelo juiz, além da punição em grande escala dos atos omissivos.

Outra tendência é a mitigação do princípio da culpabilidade, punindo-se pela mera realização do ato, sob uma presunção ou simplesmente por fato atribuído a terceiro, com a aplicação da analogia entre tipos legais. Por fim, e principalmente, resolve-se a possibilidade de punição penal da pessoa jurídica, como se vê em países europeus, a exemplo da França.

Sejam pertencentes ao sistema jurídico anglo-americano, sejam ao de codificações da Europa continental, a maioria dos países reconhece que a responsabilidade penal tem como princípio maior a legalidade. No Brasil, tal princípio decorre da Constituição Federal (art. 5º, XXXIX): *nullum crimen, nulla poena, sine praevia legem*.

Assim, deve ser antes de tudo considerada a premissa de que punir requer autorização expressa da Constituição e da lei.

16 - Ramonet diz que o volume de negócios da General Motors é superior ao PIB da Áustria e que cada uma das cem empresas globais mais importantes do mundo (controlam 70% do comércio internacional) e vende mais que exporta qualquer dos 120 países mais pobres, sendo que essas macroempresas controlam 70% do comércio mundial. (RAMONET, Ignacio. Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas. Barcelona: Grijalbo Mondadori, 2002, p. 20)

17 - ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 269.

18 - Esse termo é utilizado por SILVA, Juari C. A macrocriminalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

19 - HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. La responsabilidad por el producto en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 16.

20 - CARDOSO, Fernando Navarro. El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). Serta: In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2004, p. 1324.

Há, no Brasil, previsão constitucional e legal de punição penal da pessoa jurídica pelos atos lesivos ao meio ambiente. Isso é o que se infere da leitura do art. 225, § 3º, da Constituição Federal: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Autores há, no entanto, que defendem que a Constituição Federal admitiu a responsabilidade penal da empresa, indistintamente, para todos os crimes e não só para os ambientais. Ribas²¹, por exemplo, afirma categoricamente que essa admissão está no seu art. 173, § 5º, que estabelece que a pessoa jurídica é responsável nos atos contra a ordem econômica, não discriminando expressamente a que se referia, o que leva a concluir que se trata de todas as espécies de responsabilidade, inclusive a penal.

Tal posição, porém, enfrenta sérios obstáculos diante do princípio da culpabilidade e da legalidade (art. 1º, XXXIX, da CF), este último, em razão de, fora dos casos ambientais, não haver lei que estabeleça a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Mesmo nos crimes ambientais, que há lei tipificando condutas a serem praticadas por pessoa jurídica, é difícil, no âmbito penal, falar-se em responsa-

bilização da pessoa jurídica porque toda a doutrina a respeito da conduta punível está fundada em quatro elementos básicos: 1) ação; 2) tipicidade; 3) antijuridicidade; 4) culpabilidade.

Segundo Roxin²², ação é uma conduta humana relevante no mundo exterior, dominada ou ao menos dominável pela vontade, de modo que, para ele, não são ações em sentido jurídico os efeitos produzidos por forças naturais ou animais, nem os atos de uma pessoa jurídica. Luzón Peña²³ afirma que a diferença entre as condutas do homem e os fenômenos naturais ou dos atos dos animais é a sua dependência da vontade, cujo conceito é mais amplo que os de finalidade ou intencionalidade, já que pressupõe a existência de uma consciência e inteligência do aparato cerebral e do sistema nervoso central, ou, em outras palavras, da instância anímica-espiritual que, na terminologia psicanalítica, se denomina “eu”.

Essa também é a posição de Jescheck e Weigend²⁴, segundo a qual as pessoas jurídicas somente têm capacidade de atuar por meio das pessoas físicas, pelo que não podem ser castigadas por si mesmas, além do que, em relação a elas, a desaprovação ético-moral não produz nenhum resultado, porque a reprovação culpável apenas pode alcançar as pessoas individuais e não membros não intervenientes ou vinculados a uma massa patri-

monial. A punição de coletivos de pessoas é, assim, incompatível com o Direito Penal tradicional, especialmente se se considerar os conceitos de ação e culpabilidade, postulando ainda o autor que para se punir a pessoa jurídica é necessária a criação de outras regras e categorias, ainda mais que, existindo as penalidades administrativas, as sanções penais são inúteis.

Essa posição tem fundamento no aforisma *societas delinquere non potest*, gerado a partir da teoria da ficção, desenvolvida por Savigny²⁵, segundo a qual as pessoas jurídicas não existem no mundo real e não podem por isso, realizar os elementos típicos de uma conduta punível. Para os adeptos da teoria da ficção, na atual estrutura do Direito Penal não se concebe uma pessoa jurídica com poderes para refletir e agir, o que significa que somente respondem pelos delitos praticados no âmbito de uma empresa as pessoas físicas na medida de suas culpabilidades, já que o agrupamento em si não se submete a nenhuma pena.

Para Dotti²⁶, a melhor compreensão da norma leva à conclusão de que tanto a pessoa física quanto a jurídica podem ser responsabilizadas civil, tributária e administrativamente, porém a responsabilidade penal permanece com natureza eminentemente humana. Segundo Dotti²⁷, a pessoa jurídica, também chamada de pessoa mo-

21 - RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Questões relevantes de direito penal tributário. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 97-98.

22 - ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. 2. ed. t. 1. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 194.

23 - LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de derecho penal: parte general I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 475.

24 - JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 243.

25 - Apud RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 25. ed. atual. v.1. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 65.

26 - DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 185-207, jul./set. 1995, p. 187.

27 - DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 185-207, jul./set. 1995, p. 180.

ral, ou no dizer de outros autores, pessoa civil, pessoa mítica, pessoa fictícia, pessoa abstrata ou pessoa coletiva, é uma ficção criada pelo Direito e, desse modo, separada das pessoas naturais que a fazem atuar²⁸.

Em países como Alemanha, Itália e Espanha é forte a posição dogmática de a pessoa jurídica não ser sujeito ativo de crimes, sempre levando em consideração a ausência de capacidade de ação e de culpabilidade. Para Cervini e Adriasola²⁹, a pretendida necessidade de penalizar a pessoa jurídica contém apenas um Direito administrativo disciplinar ao qual se agrega uma nota estigmatizante para acalmar certos círculos, e não um Direito Penal propriamente dito.

Os autores asseveram que a concretização da responsabilidade penal das pessoas jurídicas implicaria um desnecessário menoscabo ao princípio da responsabilidade pessoal e um retrocesso dogmático inócuo, que poderia redundar em mais casos de impunidade das pessoas físicas dirigentes do ente coletivo. A punição unicamente da pessoa jurídica levaria à possível satisfação da opinião pública, enquanto os verdadeiros culpados ficariam

livres para atuar por meio de outras sociedades.

Também nessa seara se encontra Cerezo Mir³⁰, para quem a pessoa jurídica carece de capacidade de ação no sentido estrito do Direito Penal, impossível de ter capacidade de culpabilidade e sofrer a pena, uma vez que somente o homem, como indivíduo, pode ser sujeito ativo de delito. Essa é a conclusão a que se chega sob a ótica da teoria tradicional do delito, desenvolvida, desde o início, sob o fundamento de uma concepção individualista do injusto e da culpabilidade, tanto que Roxin³¹ diz que a ação é antijurídica se for obra de um determinado autor.

A teoria finalista da ação, proposta por Welzel³², é a expressão maior da responsabilidade pessoal do autor, construída sob a tese do injusto pessoal tendo como base a teoria do delito. Essa concepção exigiu todo um sistema penal apoiado na conduta pessoal de uma pessoa física, desde a imputação subjetiva até a culpabilidade, inviabilizando-se, desse modo, a punição das pessoas jurídicas.

Assim, como afirma Zuñiga Rodríguez³³, devido à impossibilidade de se punir a

pessoa jurídica, a legislação optou pela adoção dos seguintes modelos de responsabilização, quando os fatos são por essa pessoa cometidos: a responsabilização dos órgãos e representantes e a responsabilização do titular da empresa. Apesar de a Espanha e a Alemanha adotarem o primeiro modelo³⁴ optou-se no Brasil, pelo segundo³⁵.

Zuñiga Rodríguez³⁶ defende que a melhor interpretação desse modelo de responsabilização é a que integraria a situação do dever de atuar com a posição de garante do sujeito ativo, a qual se apresenta quando corresponde ao sujeito uma específica função de proteção do bem jurídico ou uma função pessoal de controle de uma fonte de perigo. A esse respeito, Mir Puig³⁷ afirma que a posição de proteção do bem jurídico afetado ou uma função pessoal de controle de uma fonte de perigo se acha amplamente difundida na doutrina alemã. Trata-se, para ele, da “teoria das funções”, procedente de Armin Kaufmann, que fundamenta a posição de garante na relação funcional materialmente existente entre o sujeito e o bem jurídico, de sorte que se supera assim a anterior doutrina, a “teoria for-

28 - Vide SILVA, Guilherme José Ferreira da Silva. Incapacidade criminal da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

29 - CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. El derecho penal de la empresa. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 49.

30 - CEREZO MIR, José. Curso de direito penal espanhol. t. II. Madrid: Tecnos, 1992, p. 70.

31 - ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. 2. ed. t. 1. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 319.

32 - WELZEL, Hans. Derecho penal alemán: parte general. 11. ed. Chile: Editora Jurídica de Chile, 1997.

33 - ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 278.

34 - Zuñiga Rodríguez diz que o art. 31 do CP espanhol e o art. 14 do CP alemão contém uma disposição de extensão da responsabilidade ao representante, apesar de este não possuir os atributos necessários e requeridos pelo tipo penal, sendo possível transferir-se as características próprias da pessoa jurídica ao seu representante, a fim de responsabilizá-lo. (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 274)

35 - Segundo Lopes: o sujeito ativo do crime de sonegação fiscal é a pessoa física constitucionalmente destinatária tributária, que realiza a conduta típica descrita nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, senão aquele que detém o poder de ordenar ou realizar o pagamento de tributos no caso do artigo primeiro e quem deve cumprir por expressa disposição normativa as obrigações acessórias por, no caso do artigo segundo. (LOPES, Rodrigo Fernando de Freitas. Crime de sonegação fiscal: a crise do Estado como causa de exclusão da culpabilidade. Curitiba: Juruá, 2002, p. 61)

36 - ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 281.

37 - MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 5. ed. Barcelona: Barcelona, 1998, p. 306.

mal do dever jurídico”, que para decidir a ocorrência da posição de garante atendia a suas fontes formais, em regra se mencionavam a lei, o contrato e a atuação precedente³⁸.

Aliás, essa responsabilização deverá ser sempre subjetiva. É que como corolário do Estado Democrático de Direito, somente se deve punir outrem pela acusação da prática de crimes quando, provado o fato e a conduta, também ficar demonstrado o elemento anímico: dolo ou culpa.

Entretanto, quando alguns intérpretes e aplicadores do Direito defendem a punição com a simples prova do nexo de causalidade material, sem preocupação com a análise do dolo e da culpa ou sem ter ficado demonstrada a culpabilidade do agente, querem, na verdade, a aplicação pura e simples da responsabilidade penal objetiva aos crimes contra a ordem tributária.

Ao se agir dessa forma, consagra-se a aplicação das disposições do Código Tributário Nacional³⁹, de natureza administrativa, ao Direito Penal, punindo-se independentemente da comprovação da culpabilidade do sujeito passivo, bastando, para tanto, que a legislação específica seja contrariada. Foi o que ocorreu em julgamento do Tribunal Regional Federal da 1ª

Região, efetuado na Apelação Criminal n. 2002.01.00.004155-2/RO, ocorrido em 15.4.2003, cujo relator foi o desembargador federal Luciano Tolentino Amaral, que, ao inverter para o réu o ônus da prova, admitiu a culpa presumida do administrador da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem tributária, desde que conste tal função no contrato social⁴⁰.

Tal posição não é adotada pacificamente nos outros tribunais brasileiros, nem pode ser literalmente aplicada. É pública e notória a situação da mulher do administrador de fato, que não raro figura no contrato social como sócio-gerente sem ter, na verdade, nenhum poder de decisão. Há também a daqueles meros empregados, sem condições materiais de serem sócios da empresa, que assinam o contrato social apenas formalmente, mas nunca tiveram qualquer mando.

A esse respeito, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Criminal n. 97.04.39564-7/PR⁴¹, cujo relator foi o ministro Gilson Dipp, então juiz daquela corte, que a responsabilização penal deve recair sobre quem efetivamente pratica atos decisórios de recolhimento de impostos e contribuições.

A responsabilidade penal objetiva prescinde da análise se o agente tinha o conhecimento e a

vontade de realizar os elementos do tipo penal, sendo-lhe suficiente o nexo de causalidade material entre a conduta e o resultado. Daí que Machado ⁴² diz ser um equívoco, em se tratando de crimes ocorridos no âmbito das empresas, a adoção da responsabilidade penal objetiva ou a adoção da responsabilidade por fato de outrem porque os artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 e os 168-A e 337-A do Código Penal somente se dão por dolo direto ou eventual, não sendo previstos na forma culposa.

Há uma questão envolvendo os crimes contra a ordem tributária que é a responsabilidade pelas condutas supostamente causadoras de ilícitos. Isso porque as empresas são pessoas jurídicas, constituídas por vários sócios. A Lei 8.137/90 trouxe uma luz sobre o problema ao estabelecer no seu artigo 11: “quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Vê-se, portanto, que não basta ser sócio da pessoa jurídica envolvida nos crimes contra a ordem tributária para ser denunciado ou mesmo punido, apesar de o artigo acima citado apenas repetir o que o art. 29 do Código Penal já dizia. Bacigalupo E.⁴³ aponta que “um Direito em que é

38 - O CP brasileiro previu no § 2º do art. 13 as hipóteses da posição de garante: a) ter por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) criar com seu comportamento anterior, o risco da ocorrência do resultado.

39 - O princípio da aplicação de sanção por descumprimento da legislação tributária sem uma análise acerca da ocorrência do dolo e culpa e da presença da culpabilidade está prevista no art. 136 do Código Tributário Nacional: “Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

40 - O administrador, assim assentado no contrato social ou estatuto, é o responsável, por presunção lógica e pela chamada “culpa in vigilando”, pelo crime de sonegação fiscal praticado. Essa presunção é, todavia, juris tantum, reservando-se à prova a confirmação da negativa (art. 156 do CPP), como o ocorrido no concreto, onde a feitura das notas “calçadas” é atribuída aos réus, que não provaram o contrário. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal n. 2002.01.00.004155-2/RO. Apelante: Francisco Alves Filho. Apelado: Justiça Pública. Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília, 15 de abril de 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 157, 6 jun. 2003).

41 - BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 97.04.39564-7/PR. Relator: Juiz Gilson Dipp. Porto Alegre, 9 de dezembro de 1997. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 143, 4 fev. 1998c.

42 - MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: SALOMÃO, Heloisa Estellita (Org.). Direito penal empresarial. São Paulo: Dialética, 2001, p. 121.

43 - BACIGALUPO E. A personalidade e a culpabilidade na medida da pena. Rio de Janeiro: RDPen, 1974, p. 41.

preciso se responder pelo que se é, e não somente pelo que se fez, não é um Direito penal da culpabilidade". Daí é que não bastará à acusação provar simplesmente que houve o resultado, ou seja, a supressão ou redução de tributo ou contribuição social, é preciso provar quem fez e se quem assim agiu o fez dolosamente e com culpabilidade.

Não é possível, assim, a responsabilidade objetiva, para a qual basta a prova da ocorrência do resultado. Gomes⁴⁴ diz que esta se dá quando alguém é punido sem ter atuado com dolo ou culpa ou quando, mesmo punido sem culpabilidade, não pôde, nas circunstâncias concretas, atuar de modo diferente.

Não é suficiente, para a existência da responsabilidade penal, um simples fato ou um resultado perturbador ou lesivo a bens jurídicos, entendimento consagrado pelo STJ no Resp n. 113.964/PE, cujo relator foi o ministro Edson Vidigal, segundo o qual para a caracterização do delito previsto no art. 95, d, da Lei 8.212/91 faz-se necessário o elemento subjetivo, no caso o dolo. Tal jurisprudência aplica-se ao art. 168-A e 337-A do Código Penal, os quais repetem as condutas previstas na lei de 1991⁴⁵.

Tal afirmação é uma conclusão lógica do art. 18 do Código Penal pátrio, pelo qual os crimes são, em regra, dolosos, somente permitida a culpa quando expressamente a lei assim o disser, daí que todos os tipos penais dos

arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 se configuram como dolosos. Aliás, o art. 1º da referida Lei exigiu, para a caracterização do crime, além do dolo genérico em todas as condutas, o elemento subjetivo especial do tipo, o qual consiste na vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributos ou contribuição social e qualquer acessório, sendo que, em caso de a intenção do agente ser diversa da referida no caput do art. 1º, deixará de haver o crime.

Não pode, desse modo, caracterizar crime o simples inadimplemento e nem sempre o administrador malsucedido, que deixa de recolher seus tributos, será considerado criminoso. A lei penal estabelece que os crimes somente se realizam por culpa ou dolo, não bastando o nexo causal, de sorte que se impor penas criminais a alguém sem que se prove o seu ânimo ou quando é ele desprezado significa o reconhecimento da responsabilidade objetiva.

Cernicchiaro e Costa Jr.⁴⁶ asseveram que hoje está banida da melhor doutrina a ressalva de a responsabilidade objetiva reforçar o Direito Penal. Com efeito, a própria Constituição Federal, no art. 5º, XLV, ao estabelecer o princípio da responsabilidade pessoal, rechaçou aquela outra, mediante a vinculação psicológica do delinqüente ao fato típico.

3.2 A responsabilidade penal da pessoa jurídica por seus atos

Entre aqueles que defendem a punição da pessoa jurídica, a teoria mais aceita é a da realidade, também chamada de organicista, segundo a qual essa pessoa, dotada de existência concreta, possui vontade própria. Aliás, essa teoria visa a demonstrar a real existência dos entes coletivos através de cinco razões: biológica, fisiológica, sociológica, institucional e técnica.

Na concepção biológica, a pessoa jurídica é uma realidade natural e um sujeito de direito resultante da existência de vários membros, postulando a razão fisiológica que os indivíduos, ao associarem-se, criam um outro ser, real, com vida própria e decorrente da vontade dos que o formam, sem mencionar que, sociologicamente, a pessoa jurídica possui concretude objetiva e institucionalmente se dota de uma personalidade jurídica, que é um atributo conferido pela ordem jurídica estatal. Já a razão técnica proclama que a pessoa jurídica adquire personalidade quando interesses distintos são unificados pela organização, o que possibilita o surgimento da vontade coletiva.

Os defensores da teoria da realidade ou organicista dizem que a impossibilidade de sancionar as pessoas jurídicas encontra-se, atualmente, ultrapassada e contornada, pois as penas alternativas lhes podem ser perfeitamente aplicadas, além do que o Direito Penal moderno estipula multas, dissolução e outros tipos de sanções aos entes coletivos.

44 - GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 247.

45 - Para a caracterização do delito previsto na Lei 8.212/91, art. 95, d, é imprescindível a existência do elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de apropriar-se indevidamente dos valores devidos à previdência. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 113.964/PE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: José Fernandes de Freitas. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, 20 de outubro de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 188, 23 nov. 1998a).

46 - CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. Direito penal na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 110.

Para atender a essa demanda, surge um novo ramo: o Direito Penal da empresa ou da pessoa jurídica⁴⁷.

A emersão desse novo ramo do Direito Penal deveu-se à necessidade de punição aos delitos econômicos praticados por intermédio de ente coletivo. Cervini e Adriasola⁴⁸ defendem que o Direito Penal da empresa participa dos condicionamentos sociais, normativos e metodológicos de uma categoria maior, o Direito Penal Econômico, na medida em que tanto um quanto o outro tutelam bens jurídicos com potencial projeção macrossocial.

Terradillos Basoco⁴⁹ postula que o Direito Penal da empresa estuda os delitos societários e as normas estruturadas em função da atividade produtiva e de intercâmbio de bens que a fazem progredir, compreendidos aí os delitos contra a liberdade de mercado, contra os consumidores, contra o meio ambiente e contra a fazenda pública. Tiedemann⁵⁰, por sua vez, afirma que não é por acaso que o legislador europeu admite, desde o nascimento do Direito Penal Econômico moderno, na segunda década do século passado, algumas exceções ao dogma *societas delinquere non potest*.

Ao consagrar tal visão, o novo Código Penal francês, em vigor desde 1º de março de 1994, estabeleceu diversos crimes que

podem ter como sujeitos ativos as pessoas jurídicas, destacando-se o homicídio culposo, a lesão corporal culposa, o tráfico de entorpecentes, a corrupção ativa, os delitos econômicos, os de poluições hídrica e atmosférica, os de trabalho clandestino, etc. Segundo Sanctis⁵¹, a legislação

às quais o legislador deve oferecer respostas eficazes. Segundo o autor, a principal questão é se a essas possíveis respostas cabe optar pelo estabelecimento e imposição de penas à pessoa jurídica, independente ou cumulativamente com a prevista à pessoa física.



I Encontro da Advocacia Criminal Empresarial no Rio Grande do Sul

francesa exigiu duas condições básicas para fundamentar a punição dos entes coletivos: a prática da infração por um órgão ou representante legal e o objetivo almejado ser de interesse ou proveito exclusivo do grupamento.

Diz Martín⁵² que o cometimento de crimes no curso da atividade de uma pessoa jurídica, especialmente se empresa com fins econômicos, sem dúvida traz graves e importantes problemas de ordem político-criminal,

No Brasil, a Lei 9.605/98 regulamentou o disposto no art. 225, § 3º, da CF, responsabilizando penalmente a pessoa jurídica nos casos em que a infração contra o meio ambiente tenha sido praticada por decisão de seu representante legal ou contratual ou por seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade, e estabelecendo as penas de multa, restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade, sem prejuízo das aplicadas ao admi-

47 - Machado prefere o emprego do termo empresa, em vez de pessoa jurídica, porque muitas pessoas jurídicas não são empresas e muitas empresas eventualmente podem não ser pessoas jurídicas. O termo empresa designa a unidade econômica ou profissional a que se refere o art. 123, do Código Tributário Nacional. (MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: SALOMÃO, Heloisa Estellita (Org.). Direito penal empresarial. São Paulo: Dialética, 2001, p. 110-111).

48 - CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. El derecho penal de la empresa. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 63.

49 - TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho penal de la empresa. Madrid: Ed. Trotta, 1995, p. 15.

50 - TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

51 - SANCTIS, Fausto Martin de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.

52 - MARTÍN, Luis Gracia. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37-38.

nistrador responsável.

Tiedemann⁵³ afirma que, na realidade atual, a maior parte dos delitos dos negócios ou socioeconômicos são cometidos com a ajuda de uma empresa e que o crime organizado se serve da maior parte das instituições da vida econômica, como as financeiras, sociedades de exportação, etc.⁵⁴No Brasil, como na Europa, há uma íntima relação entre o Direito Penal Tributário aplicado pelas instâncias judiciais e o Direito Tributário Penal aplicado pelas instâncias administrativas, em razão de que pelo mesmo fato existe previsão de punição administrativa e penal, ocorrendo que, no âmbito administrativo, as pessoas jurídicas são passíveis de punição, enquanto no judicial, em particular no Brasil, somente é possível a pena nos ilícitos contra o meio ambiente.

Todo o problema emerge quando se percebe que no Direito Administrativo as pessoas jurídicas são punidas pela conduta ilícita, sem necessidade de investigação do ânimo, uma característica da responsabilidade objetiva, enquanto para punir-se no âmbito penal é necessária a tipificação dos elementos da responsabilidade subjetiva - o dolo, a culpa e

a culpabilidade. Dessa forma, se o sistema penal está baseado na imputação subjetiva, é imprescindível, para punir penalmente a pessoa jurídica, a existência de critérios subjetivos para os entes coletivos.

Bacigalupo, S.⁵⁵ propõe as seguintes opções para punir a pessoa jurídica: a) rebaixar as exigências do princípio da culpabilidade; b) elaborar um sistema específico de responsabilidade penal das pessoas jurídicas; c) relegar as suas condutas ao âmbito administrativo ou civil. Zuñiga Rodríguez⁵⁶, por sua vez, sugere duas soluções: a) utilizar os mecanismos de imputação existentes na dogmática penal, os quais demonstrariam funcionalidade até para aplicar as sanções penais às pessoas jurídicas; b) criar um outro sistema de imputação penal para o próprio ente, construindo categorias e princípios especialmente elaborados a partir das características das organizações complexas.

As duas propostas têm em comum a edificação de um novo sistema de Direito Penal específico para a punição de pessoas jurídicas, idéia que ainda será analisada mais detidamente. No momento, abordar-se-ão as pro-

postas “a” e “c” de Silvana Bacigalupo e a “a” de Zuñiga Rodríguez.

A proposta de Silvana Bacigalupo⁵⁷, que minimiza o princípio da culpabilidade, não tem condições de sua implantação dentro do atual sistema constitucional, porque, conforme Brandão⁵⁸, a culpabilidade é o elemento mais importante do crime. É que o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado ou responsabilidade objetiva. Também Freitas⁵⁹ afirma que o princípio da imputação pessoal impede a responsabilização da pessoa jurídica.

Palazzo⁶⁰ diz que o fundamento constitucional da culpabilidade é substancial-personalístico, com raízes no princípio da dignidade humana, daí que a culpabilidade, como base da pena, projetou o sistema penal numa perspectiva ética no centro da qual está o homem. Na mesma linha de entendimento se posiciona Tiedemann⁶¹, para quem tradicionalmente é muito difícil imputar a uma pessoa física ou a uma pessoa jurídica a culpa de outra pessoa, já que no concernente aos autores físicos é o princípio da culpabilidade, decorrente do Direito constitucional, o que proíbe, fora do mundo anglo-

53 - TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

54 - Segundo TIEDEMANN, há cinco modelos diferentes de punição da pessoa jurídica: a) responsabilidade civil (subsidiária ou cumulativa) da pessoa jurídica moral pelos delitos cometidos por seus empregados; b) medidas de segurança que fazem parte do moderno sistema de Direito Penal, sem negar a procedência do Direito Administrativo, inclusive do poder de polícia; c) sanções administrativas (financeiras e outras) impostas por autoridades administrativas, mas profundamente reformuladas recentemente em alguns países, sob diversos aspectos para, enfim, formar um regime “quase penal”; d) responsabilidade criminal (re) introduzida na Europa por vários países, e também conhecida na Austrália, na América do Norte e Japão, com a necessidade evidente de não desconsiderar no Direito as diferenças de fato entre autor físico e pessoa jurídica; e) medidas mistas, de caráter penal, administrativo ou civil, como a dissolução da empresa e a nomeação de um interventor, conhecidas por exemplo no Direito francês antes mesmo da recente reforma e proposta ultimamente por movimentos de política criminal, como por exemplo os da Alemanha. (TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 28)

55 - BACIGALUPO, Silvana. La responsabilidad penal das pessoas jurídicas. Barcelona: Bosch, 1998, p. 359.

56 - ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Ángel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 292.

57 - BACIGALUPO, Silvana. La responsabilidad penal das pessoas jurídicas. Barcelona: Bosch, 1998.

58 - BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 132.

59 - FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. As razões do positivismo penal no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 39.

60 - PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 52.

61 - TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 38.

-saxão, tal imputação, porque a culpa deve ser própria da pessoa a condenar.

A terceira proposta de Silvana Bacigalupo⁶², que é descriminalizar todas as condutas ilícitas praticadas pelas pessoas jurídicas, também não merece acolhimento. Na verdade, na atual sociedade de risco, na qual se utiliza a empresa para a prática de crimes graves, a prevenção da criminalidade, em especial a organizada, deve estar na ordem do dia do Direito Penal.

A primeira opção de Zuñiga Rodríguez – aplicar os princípios estruturantes do Direito Penal tradicional à punição da pessoa jurídica – é igualmente de difícil implementação. É que toda a teoria da ação foi construída a partir da individualização de um sujeito que realiza uma conduta com dolo ou culpa, principalmente quando a prática de ilícitos pelos entes coletivos se faz mediante culpa em sentido estrito e por omissão, sendo certo que desde a teoria finalista da ação até os dias atuais da imputação objetiva se tem muita dificuldade para o seu enquadramento, mesmo se relativa a pessoas físicas.

Agora, ganha corpo e se fortalece na doutrina e na jurisprudência a criação de um modelo paralelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Isso se dá porque a maior parte dos delitos ocorri-

dos dentro de uma empresa resulta de uma série de condutas praticadas no seio dela própria, quando não se as pode individualizar. Aliás, das idéias a respeito desse novo Direito Penal, duas se têm destacado: a de Zuñiga Rodríguez e a de Klaus Tiedemann.

Zuñiga Rodríguez⁶³, sob a premissa de que o principal empecilho para se punir a pessoa jurídica é a consideração de que a elas não se pode imputar a prática de condutas dolosas ou culposas pois não agem com elemento subjetivo, cria um entendimento diferente a respeito do dolo e da culpa. A resposta estaria em dois argumentos: o primeiro na posição que se adota atualmente na União Européia acerca de sanções impostas às pessoas jurídicas pelo Direito da livre concorrência e a existência de posturas doutrinárias suficientes para se conceber a construção de uma nova idéia de dolo e culpa que as abranja. Assim, o dolo, ao ultrapassar o elemento volitivo, pode conceituar-se como a consciência do risco para os bens jurídicos, sendo a culpa a ausência dessa consciência⁶⁴.

O segundo argumento se relaciona à culpabilidade. Zuñiga Rodríguez⁶⁵ parte da premissa de que a responsabilidade penal ou a imputação pessoal da culpabilidade não é mais entendida como a reprovação por não

se haver atuado de outro modo, mas normativamente, de um ponto de vista social. Defende então que o conteúdo material da culpabilidade se associa às funções da pena, seja na prevenção geral, seja na especial, de modo que sendo as pessoas jurídicas as principais destinatárias da norma penal nos delitos sócio-econômicos, não se pode desconhecer sua capacidade de motivação, de forma que para uma empresa a boa fama, o bom nome e o prestígio são muito importantes para a competição no mercado, pelo que uma sanção pública, poderá ter claros efeitos preventivos.

Tiedemann⁶⁶ constrói a proposta a partir da culpabilidade. Para ele, os críticos da possibilidade de se punir a pessoa jurídica consideram a premissa segundo a qual não seria ela capaz de uma reprovação moral. Mas tal não é verdadeira, porque nada impediria fossem destinatárias de normas legais de conteúdo ético e, como entidade e nessa situação, viole-as. Dessa maneira, o dever de se organizar corretamente não é somente das pessoas físicas, mas também das jurídicas, daí o conceito de culpa a elas extensivo.

Para Tiedemann, na vida e na linguagem da sociedade a culpabilidade da empresa está amplamente reconhecida e não com-

62 - BACIGALUPO, Silvana. La responsabilidad penal das personas jurídicas. Barcelona: Bosch, 1998.

63 - ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 296.

64 - Zuñiga Rodríguez relata que o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia segue uma teoria para os delitos contra a livre concorrência e vem desenvolvendo esses conceitos, considerando a teoria cognitiva do dolo. (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 297).

65 - ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 297.

66 - TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

pletamente isenta da ética e da moral. É claro que a culpabilidade da organização não é idêntica à soma de todas as culpas pessoais dos sócios e não se baseia na culpa de outrem, disso advindo a possibilidade, via legislativa, de se introduzir o conceito de culpabilidade coletiva ou grupal, ao lado da culpabilidade tradicional.

Segundo o autor quando se fala em fins preventivos da pena, há menos problemas a enfrentar que quando se refere à retribuição, tanto que, na maior parte da doutrina, verifica-se um consenso sobre o efeito preventivo dirigido contra os sócios da empresa, os quais serão intimidados pela condenação criminal. Nesse sentido, a condenação penal da empresa deixa evidente que a norma jurídica violada se dirige a ela e que a violação perpetrada merece uma reprovação social, tendo a condenação também uma finalidade especial em relação à empresa, que esta ficaria intimidada a não reincidir.

Tiedemann⁶⁷ resume a proposta que formula afirmando que o conteúdo das categorias fundamentais de Direito Penal não se aplicam igualmente quando se quer compreender penalmente os agrupamentos delituosos, mas

assevera que o paralelismo de conteúdo dessas categorias permite incluir a responsabilidade do agrupamento no sistema penal, ao lado da individual. Não há, assim, que se punir apenas as pessoas físicas ou somente as jurídicas, porém combinar as duas soluções pela imposição de sanções tanto ao autor físico quanto à pessoa moral, cujo modelo está expressamente previsto no novo Código Penal francês e é chamado, pelo Direito japonês, de punição paralela.

É evidente que esse processo da responsabilidade penal da pessoa jurídica é consequência do avanço da criminalidade organizada, empresarial, econômica e transnacional, que demonstra a cada dia o seu poder delituoso e de influência na vida de uma determinada comunidade, município, estado ou país. Aliás, essa criminalidade está intimamente vinculada à pessoa jurídica ou empresa, muitas agindo ou servindo de instrumento para a prática de delitos graves, que exigem punição, como, por exemplo, o tráfico de entorpecentes, os escândalos financeiros, os desastres ecológicos e a lavagem de dinheiro.

Há, porém, forte oposição na doutrina à ingerência penal nos atos praticados das pessoas jurídicas. Hassemer⁶⁸, representando a Escola de Frankfurt, apesar

de não propor uma absoluta des-criminalização das condutas das pessoas jurídicas, relegando-as a meros ilícitos administrativos ou civis, deseja que o Direito Penal se dedique unicamente ao que chamou de “Direito Penal básico”. Deixa então ele para um novo Direito, tido como “intervenção”, a proteção aos bens jurídicos afetados pelas ações das empresas.

Para Hassemer⁶⁹, constituiria o Direito Penal básico todas as lesões aos bens jurídicos clássicos, como a vida, a integridade física, o patrimônio, a liberdade sexual, as falsidades, a administração pública, além dos incêndios, a condução de veículos sob o efeito de bebidas alcoólicas, os ataques ao tráfego aéreo. O Direito Penal básico também se preocuparia com os bens jurídicos universais como o trabalho, a economia, a produção, os transportes, o meio ambiente.

O Direito de “intervenção”, para Hassemer⁷⁰, estaria localizado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionatório, entre o Direito Civil e o Direito Público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferiores ao Direito Penal, mas também com sanções menos graves do que aquelas impostas aos indivíduos.

67 - TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41.

68 - HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 65.

69 - HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 68.

70 - HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 73.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável o surgimento de um novo Direito Penal na sociedade de risco em que se vive, caracterizada principalmente por uma política de criminalização. O legislador se preocupa muito mais com a parte especial do Código Penal e a legislação extravagante que com a parte geral e o sistema de penas e medidas de segurança, o que implica novos tipos penais em áreas como meio ambiente, tributação, economia, processamento de dados e criminalidade organizada.

No contexto atual da sociedade de risco surge um novo Direito Penal, que tem a pretensão de atender às novas demandas sociais, notadamente a macrocriminalidade e a proteção aos bens jurídicos supra-individuais. Nessa conjuntura, não se trata apenas de uma ampliação qualitativa que leva a definir novos comportamentos penalmente relevantes ou do aumento da reação punitiva, mas de uma construção que se produz em uma conjuntura mais ampla, na qual se destaca o seu caráter expansivo e uma inclinação à antecipação da intervenção penal.

O Direito Penal atual se manifesta principalmente na parte especial da legislação específica, como é o caso dos crimes contra a ordem tributária, por meio do incremento de delitos já existentes ou da criação de outros. Nessa óptica, o novo Direito Penal se utiliza de três instrumentos básicos: o primeiro seria a orientação institucional da proteção de bens jurídicos coletivos ou supra-individuais, o segundo o recurso à técnica de tipos penais de perigo abstrato e o terceiro, consequência lógica dos dois primeiros, ao se operar com bens jurídicos universais e tipos penais de perigo abstrato, a tipificação de condutas sem vítimas.

Mas ainda causa perplexidade a tentativa de se punir criminalmente sem a prova do dolo ou da culpa, pois isso significa o rompimento com os princípios basilares do Direito Penal. A teoria finalista da ação é a expressão maior da responsabilidade pessoal do autor, construída sob a tese do injusto pessoal tendo como base a teoria do delito. Essa concepção exigiu um sistema penal apoiado na conduta de uma pessoa física, desde a imputação subjetiva até a culpabilidade, inviabilizando-se, desse modo, a punição com a simples prova do comportamento.

Aliás, essa responsabilização deverá ser sempre subjetiva. É que como corolário do Estado Democrático de Direito, somente se deve punir outrem pela acusação da prática de crimes se, provado o fato e a conduta, também ficar demonstrado o elemento anímico: dolo ou culpa. Quando alguns intérpretes e aplicadores do Direito, em face de crimes contra a ordem tributária e em razão da proximidade entre os tipos penais e os administrativos, defendem a punição com a simples prova do nexo de causalidade material, sem preocupação com a análise do dolo e da culpa ou sem ter ficado demonstrada a culpabilidade do agente, representa isso a adoção da responsabilidade penal objetiva.

Nesse processo de criminalização, vê-se a tendência de se criminalizar a pessoa jurídica, diante da inevitabilidade de sua utilização para a prática de crimes. Países europeus, a exemplo da França, têm dirigido as suas reformas penais para possibilitar essa punição, inclusive com a previsão da prática do crime culposos.

No Brasil, mesmo com a porta escancarada pela Constituição Federal para a possibilidade de punição das pessoas jurídicas por crimes ambientais, é mais que evidente ainda existir a necessidade de lei específica e autorização constitucional para a sua incriminação por outros crimes. Enquanto isso não acontece, somente as pessoas físicas que as administram podem ser penalmente responsabilizadas, quando praticam condutas definidas como crimes, excetuadas as contra o meio ambiente.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.
- BACIGALUPO E. A personalidade e a culpabilidade na medida da pena. Rio de Janeiro: RDPen, 1974, p. 41.
- BACIGALUPO, Silvana. La responsabilidad penal das pessoas jurídicas. Barcelona: Bosch, 1998.
- BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 132.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 113.964/PE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: José Fernandes de Freitas. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, 20 de outubro de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 188, 23 nov. 1998a).
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal n. 2002.01.00.004155-2/RO. Apelante: Francisco Alves Filho. Apelado: Justiça Pública. Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília, 15 de abril de 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 157, 6 jun. 2003).
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 97.04.39564-7/PR. Relator: Juiz Gilson Dipp. Porto Alegre, 9 de dezembro de 1997. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 143, 4 fev. 1998c.
- BUERGO, Blanca Mendoza. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas, 2001, p. 23
- CARDOSO, Fernando Navarro. El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). Serta: In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2004, p. 1324.
- CEREZO MIR, José. Curso de direito penal espanhol. t. II. Madrid: Tecnos, 1992, p. 70.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. Direito penal na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 110.
- CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. El derecho penal de la empresa. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 22.
- COYLE, Diane. Sexo, drogas e economia: uma introdução não-convencional à economia do século 21. São Paulo: Futura, 2003, p. 38.
- DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 185-207, jul./set. 1995, p. 187.
- FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes.. As razões do positivismo penal no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 39.
- GARLAND, David. La cultura del control. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 276.
- GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 247.
- HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. La responsabilidad por el producto en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 16.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 243.
- LOPES, Rodrigo Fernando de Freitas. Crime de sonegação fiscal: a crise do Estado como causa de exclusão da culpabilidade. Curitiba: Juruá, 2002, p. 61
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de derecho penal: parte general I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 475.
- MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: MARTÍN, Luis Gracia. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37-38.
- MERCADO, Pedro. Proceso de globalización, el estado y el derecho. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (Coord). Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid: Ediciones Akal, 2005, p. 119)
- MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 5. ed. Barcelona: Barcelona, 1998, p. 306.
- PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 52.
- PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del big crunch en la selección de bienes jurídico-penales: especial referencia al ámbito económico. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (Coord). Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid: Ediciones Akal, 2005, p. 263.
- RAMONET, Ignácio. Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas. Barcelona: Grijalbo Mondadori, 2002, p. 20
- RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues. Questões relevantes de direito penal tributário. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 97-98.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. 25. ed. atual. v.1. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 65.
- ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. 2. ed. t. 1. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 194.
- SALOMÃO, Heloisa Estellita (Org.). Direito penal empresarial. São Paulo: Dialética, 2001, p. 121.
- SANCTIS, Fausto Martin de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.
- SILVA, Juari C. A macrocriminalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho penal de la empresa. Madrid: Ed. Trotta, 1995, p. 15.
- TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.
- WELZEL, Hans. Derecho penal alemán: parte general. 11. ed. Chile: Editora Jurídica de Chile, 1997.
- ZUNIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 278.

JUÍZES DA EXECUÇÃO PENAL RECOMENDAM: CONSTRUÇÃO DE PEQUENAS UNIDADES NA PRÓPRIA COMARCA.

Texto encaminhado ao comitê de gerenciamento de crise, propõe mudanças consistentes



Juiz José dos Santos Costa e Juiz Roberto de Oliveira Paula: medidas flexíveis

Unidade Prisional de Ressocialização: Bacabal

Os juízes Carlos Roberto Gomes de Oliveira Paula, Juiz Auxiliar da 1.^a Vara de Execuções Penais, e José dos Santos Costa, Juiz da 2.^a Vara da Infância e Juventude, temem pela eficácia e exequibilidade das medidas anunciadas pelo Comitê da Crise Carcerária para conter a violência, mortes e fugas no sistema prisional da capital a curto prazo, e fazem as ponderações transcritas abaixo:

“Segundo dados da Secretaria de Justiça e Administração Penitenciária – Sejap, de 2014, a capacidade dos presídios masculinos da capital é para 1.897 vagas e hoje tem-se, aproximadamente, 2.535 presos, sendo 1.464 provisórios e 1.071 definitivos, logo, uma população carcerária excedente ou déficit de 638 vagas. No Estado, a população carcerária, inclusive feminina, é de 4.763 para 3.607 vagas, com déficit de 1.156 vagas, além de 1.500 presos em D.P.

Registre-se que essa capacidade é superestimada, pois a alínea “b” do parágrafo único do art. 88 da Lei de Execução Penal-LEP estabelece o espaço mínimo de seis metros quadrados por preso. No Centro de Detenção Provisória, por exemplo, há 49 celas, cada uma com 13,40 metros quadrados e oito pedras que servem de cama, ou seja, a capacidade estabelecida pela Sejap é para 410 detentos, enquanto pelo número de “pedras” seria 392 e pelo critério

legal, 109. Atualmente, 655 presos ocupam esse espaço, 245 acima da capacidade estabelecida pela Sejap e 546 além do que estabelece a LEP.

Para superar a crise no sistema prisional, o Governo do Estado editou em 10 de outubro de 2013 decreto de emergência, apresentando algumas propostas, dentre as quais a construção e reforma de unidades prisionais. Três meses depois (em janeiro deste ano) criou o Comitê de Gerenciamento da Crise, reafirmando essas medidas e incluindo, dentre outras, a realização de mutirão carcerário.

Segundo o governo estadual, serão investidos mais de R\$ 131 milhões no reaparelhamento do sistema penitenciário. Entre as medidas encaminhadas está a construção de um presídio de segurança máxima em São Luís, com 150 vagas, reforma e ampliação das unidades de Coroatá (150 vagas), Codó e Balsas (200 vagas em cada uma). Um presídio em Imperatriz, com 250 vagas. O secretário da Sejap anunciou que em seis meses, com essas e outras obras, irá zerar o déficit de vagas no sistema prisional do Estado.

Essas medidas são inexequíveis a curto prazo. A maior unidade prisional, que poderia abrigar parte desse excedente, é a de Ressocialização de Imperatriz, com capacidade para 250 presos, que se encontra com as obras paralisadas e certamente não ficará pronta em

menos de seis meses. Diga-se: para construção de presídio não basta boa vontade, decreto ou sentença! O Plano de Emergência de 180 dias, decretado em 10 de outubro do ano passado, também tinha essa proposta de construções e reformas. Decorreram-se 120 dias e o que foi feito? Por outro lado, a construção de presídios regionais está enfrentando a resistência e a oposição local, como em Balsas. A experiência mostra que a população aceita pequena unidade prisional para aqueles que cometam crimes em seu município.

O mutirão carcerário em curso é válido e importante, mas não vai minimizar esse excedente. É que a finalidade do atual mutirão cinge-se à apreciação da legalidade das prisões e à tentativa de pacificação do ambiente carcerário, com informações diretas aos detentos da realidade formal de sua prisão ou, quando muito, se houver julgamento, convertê-los de “provisórios” em “definitivos”.

Registre-se que em setembro de 2013 a Unidade de Monitoramento do Sistema Carcerário do TJMA realizou mutirão de presos provisórios e definitivos no Estado e, nas correições ordinárias deste ano, ocorridas durante o recesso judiciário, todos os juízes da área criminal foram orientados a reexaminar a situação dos seus presos, sem maior impacto na superação desse excedente. Tem sido também relevante o

trabalho da Defensoria Pública, do Ministério Público e da assistência jurídica da Sejap no atendimento dos encarcerados.

Acrescente-se que a motivação predominante da violência e mortes entre os detentos não é a prisão ilegal. Percebe-se que é pela superlotação insuportável que ofende e brutaliza o ser humano, submetendo-os às disputas de facções criminosas.

Por outro lado, são presos em flagrante aproximadamente 15 pessoas por dia, sendo a maioria das prisões convertida em preventivas e, raramente, são aplicadas medidas cautelares alternativas.

Sem resposta ao excesso de presos ou déficit de vagas (urgente criação de vagas ou liberação de presos), teme-se que apenas a presença da Força Nacional e da Polícia Militar seja suficiente para evitar mais mortes, fugas e desrespeito a direitos humanos.

Constata-se, portanto, um impasse: ou fica-se com o Estado Democrático de Direito, observando-se a necessidade de humanização dos presídios e de prevenção urgente de mais mortes e até de chacinas, quicá de um “Carandiru”; ou fica-se com o discurso fácil e demagógico de que “as mortes não passam de disputa de facções e nada devemos fazer para prevenir”. Optar pela segunda alternativa fortalece a possi-

bilidade de intervenção, de impeachment ou federalização dos crimes contra os direitos humanos no ambiente carcerário.

A resolução do impasse deve ser pela prevenção de novas mortes e chacinas, bem como pela minimização do desrespeito brutal a direitos humanos que vem ocorrendo no sistema carcerário.

É nesse sentido que, percebendo a impossibilidade de criação a curto prazo de vagas para atender o contingente de 638 presos, se sugere a adoção das seguintes medidas:

1) Destinar a Penitenciária Feminina, com capacidade para 210 vagas, para presos do sexo masculino, pelo prazo de seis meses;

2) Converter as prisões definitivas das mulheres em “prisão domiciliar” e as prisões provisórias em “recolhimento domiciliar” ou outra medida cautelar alternativa, com a fiscalização pela Sejap, através do Núcleo de Monitoramento ao Egresso-Numeg;

3) Destinar a Casa de Albergado da Rua do Sol (CAAE) para as mulheres que descumprirem as exigências da “prisão domiciliar” ou de “recolhimento domiciliar” e para aquelas que vierem a ser presas provisoriamente, pelo prazo de seis meses;

4) Conceder aos 114 apenados em

regime semiaberto, com saída diária para o trabalho, da unidade prisional do Monte Castelo, com capacidade para 80 vagas, o “recolhimento domiciliar”, com a fiscalização pela Sejap, através do Núcleo de Monitoramento ao Egresso-Numeg;

5) Realizar mutirão carcerário com a finalidade específica de apreciar a substituição, sempre que possível, da prisão preventiva por “outras medidas cautelares alternativas”, para, pelo menos, 150 presos provisórios;

6) Concluir com urgência a reforma da Cadet, cuja capacidade é de 400 presos e abriga atualmente 203, para atender mais 197 presos;

7) Criar imediatamente a Vara das Garantias na Comarca da Ilha (antiga Central de Inquérito) para análise e filtragem das prisões em flagrante;

8) **Adaptar urgentemente as carceragens das delegacias de polícia do interior, transformando-as em unidades prisionais de ressocialização, sob gestão da Sejap;**

9) Convocar imediatamente concurso público para agentes e servidores do sistema penitenciário.

Somente a adoção de medidas urgentes para reduzir a superpopulação carcerária evitará mais violência, fugas e mortes.”

Em 2013 foram quase 70 mortes no sistema prisional. Um preso continua desaparecido.

Penitenciária de Pedrinhas - MA em 2012: ambulatório de saúde com 20 leitos e 4 óbitos no sistema



VIOLÊNCIA GERA VIOLÊNCIA

Especialista em Gestão Prisional analisa a crise no sistema carcerário brasileiro e estabelece diretrizes para uma gestão compartilhada entre o público e o privado.

Ivonete Rogério

Entrevista exclusiva para a Revista JURIS



Professora Ivonete Rogério: a prisão não ressocializa.

1. Como se deu seu interesse acadêmico e profissional pelo sistema prisional brasileiro?

Já estudava direito quando trabalhei em uma instituição total e foi aí que percebi a importância de trabalhar em centros dessa natureza para reconhecer a subjetividade do homem. A partir daí busquei as instituições que congregassem a maior gama de subjetividade.

2. Você vê solução a curto prazo para um sistema que possui cerca de 550 mil presos e um déficit de 240 mil vagas?

A curto prazo não. Mas a médio prazo e com quebra de paradigmas na metodologia de trabalho, acredito profundamente em uma mudança significativa. Porém precisamos priorizar planejamento e medidas preventivas para o meio social livre e preferencialmente trabalhar a base familiar deste grupo. Precisamos rever o caráter pu-

nitivo e repressivo da prisão transformando-o em construtivo e agregativo.

3. Qual a relação que você considera existir entre a violência urbana no Brasil e a ausência de políticas eficazes de ressocialização nas prisões?

A prisão não ressocializa, até porque os reclusos não foram sociabilizados nas coletividades sociais básicas, como família, escola e comunidade. Precisamos nos preocupar em prevenir e dar condições de evitar as privações das mais diferentes ordens que acabam acarretando alguma forma de marginalização. Se a história do recluso é de privações, ocupando a privação emocional um lugar de destaque, mas todas estão interligadas gerando uma interdependência e ocasionando as revoltas comportamentais, e produzindo criminalidade. Daí porque impor novas privações, como prisão, cristaliza no indivíduo o sentimento de exclusão e

oficializa a cultura da violência, a qual passa a ter código, normas e valores próprios, definindo assim sua identidade dentro deste contexto. Esta é a contribuição da ausência de políticas eficazes para a reintegração social do recluso. Percebe-se com isso que violência gera violência, e estamos assistindo tudo sem um olhar crítico e responsável.

4. A terceirização é importante no sistema prisional? Em que áreas ela pode e deve existir?

Com ausência de políticas de planejamento, medidas preventivas e sanadoras por parte do estado, a iniciativa privada estabeleceu-se e mostrou que traz em seu bojo o necessário para suprir esta lacuna. É através da terceirização que se obtém um melhor resultado no resgate mínimo da dignidade do preso através da higienização do ambiente, tratamento mais humano e

assistências. Acredito que possa permear em todas as áreas, porém sem prescindir da figura do ente público na oficialização dos papéis.

5. A chamada terceirização na modalidade de “gestão plena” deve prevalecer em todas as unidades ou em somente algumas? Porquê?

Pode prevalecer em todas onde o princípio da legalidade da prisão não estiver sendo cumprido. A Lei prevê uma série de atendimentos e provimentos, porém, não encontramos a materialização destas normas na quase totalidade das prisões. E é neste contexto que a gestão plena encontra guarida para ser aceita e adotada.

6. As APAC's devem ter prioridade na gestão prisional? O que você acha do chamado “método APAC”?

O método APAC foi criado inicialmente como voluntariado pleno, autogestão, com presos selecionados entre os de baixa periculosidade, cumprindo

a pena próximo da família e com forte apelo religioso. Neste contexto, acredito ser produtivo e eficaz.

7. Os agentes penitenciários devem continuar na base do sistema ou eles podem ser substituídos pelos agentes terceirizados?

A iniciativa privada não pode assumir o papel de segurança, pois, este é indelegável e privativo do “ente público”. Além do mais, para a iniciativa privada trabalhar em penitenciária, armada, poderíamos deixar transparecer a criação de milícia, pois como o funcionário privado responderia pelo uso de arma de fogo dentro de instituição pública? Os agentes terceirizados devem responder pela vigilância(vigiar) e custódia porém não pela contenção repressiva.

8. Qual a relação que você considera ideal entre terceirizados e agentes prisionais do Estado, tanto em número quanto em método de trabalho?

Os agentes públicos devem estar para apoio na contenção e na segurança. A operacionalização, o manejo diário, devem ser do agente terceirizado, portanto, um pelotão é suficiente.

9. Se lhe fossem disponibilizados mil homens terceirizados para você comandar no sistema prisional do Maranhão, você aceitaria esse desafio? Quais seriam seus critérios básicos de trabalho?

Com certeza aceitaria, pois acredito na transformação do homem, pelo menos em grande parte. Buscaria um trabalho integrado com família e sociedade, procurando abrir mais o cárcere para a sociedade, pois todos devem participar ativamente para a reintegração deste homem, quanto mais fechado o cárcere mais segregação gera e mais difícil o retorno. ■



CIVILIZA
Gestão Prisional Integrada

www.civiliza.com.br



Com informações do site www.tjma.jus.br



Desembargadora Cleonice Freire: agora no comando das ações para o setor prisional.

TJMA assina pacto de alternativas penais, cria vara especializada em inquéritos e vai agir com mais presença nas atividades de execução penal.

A presidente do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA), desembargadora Cleonice Freire, decidiu assumir pessoalmente, no âmbito do Tribunal de Justiça, as políticas judiciais necessárias para amenizar a crise pela qual passa atualmente o sistema prisional do Estado. A fiscalização e o monitoramento do sistema terão agora o olhar atento da primeira mandatária desse Poder.

Ela acaba de assinar o “Pacto Estadual para Instituição de Política de Alternativas Penais e Criação de Câmara de Apoio à Aplicação de Alternativas Penais”, instituído pelo Comitê Gestor de Ações Integradas para Combater a Crise no Sistema Penitenciário Estadual, gerido pelo Poder Executivo estadual e supervisionado pelo governo federal.

O objetivo é incentivar e promover meios alternativos de punição, assim como construir formas de pacificação e solução de conflitos. As alternativas penais abrangem a

transação penal, a suspensão condicional do processo, a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, medidas cautelares diversas da prisão, medidas protetivas e cautelares da Lei Maria da Penha, conciliação, mediação, programas de Justiça restaurativa e condenações criminais em que a pena é suspensão ou substituída por restritivas de direitos, incluindo as previstas na Lei de Entorpecentes.

Será criada uma vara especializada em inquérito, que vai desburocratizar o andamento dos processos criminais, e com isso, tornar mais breve a sua solução. Essa vara terá a missão de analisar a necessidade e legalidade das prisões e a possibilidade de aplicação de penas alternativas no lugar das penas restritivas de liberdade.

Alguma coisa, de fato, não vinha funcionando bem e a Presidente Cleonice Freire, em boa hora, assumiu o controle das políticas para o setor.



DESEMBARGADOR PAULO VELTEN

Plano de saúde da CASSI tenta fugir da responsabilidade (que coisa feia!) mas TJ autoriza cirurgia de paciente com obesidade mórbida

A 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA) foi unanimemente favorável ao recurso de uma cliente da Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil (Cassi), que pleiteava o direito a uma gastroplastia, cirurgia de redução do estômago. Ela alegou que sofre de obesidade mórbida associada a apneia do sono, dores no joelho e falta de ar.

O pedido de tutela antecipada havia sido indeferido pela Justiça de 1º grau, sob o argumento de que o contrato de assistência à saúde firmado com a cliente do

plano exclui a cobertura de tratamento de obesidade.

A cliente recorreu ao TJMA, sustentando ter recebido prescrição médica para a realização da cirurgia. Afirmou que o contrato com a Cassi não poderia excluir a cobertura do procedimento, sob pena de violar a boa-fé e o próprio objeto do acordo.

A empresa, para postergar, afirmou que o contrato é anterior à edição da Lei 9.656/98, que trouxe novas disposições sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Defendeu ser legítima a recusa do atendimento, pois a cláusula 17 do ajuste prevê a exclusão de cobertura de tratamento de obesidade mórbida.

INTERPRETAÇÃO PRÓ-ADERENTE
O desembargador Paulo Velten

(relator) citou orientação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual, existindo cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve ser aplicada a interpretação mais favorável ao aderente, conforme o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Velten ressaltou que o contrato de adesão firmado entre as partes possui cláusulas contraditórias, pois prevê a cobertura de atendimentos hospitalares cirúrgicos (cláusula 6ª), mas exclui a cobertura de tratamento de obesidade (cláusula 17ª).

Segundo o relator, independentemente da incidência ou não da Lei 9.656/98 ao caso, a cláusula 17 não pode ser interpretada isoladamente, pois devem ser privilegiadas a boa-fé e a função social do contrato, a fim de se

adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Acrescentou que os documentos presentes no recurso da cliente do plano constituem prova inequívoca da alegação de que a paciente sofre de obesidade mórbida e todos os outros problemas relatados em função do excesso de peso.

O relator, que já havia deferido liminar do recurso, votou pela reforma da decisão de primeira instância, a fim de assegurar a cirurgia, tendo em vista a existência de risco à vida da paciente. Os desembargadores Ricardo Duailibe e Maria dos Remédios Buna acompanharam o voto de Velten, mesmo entendimento do parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Judiciário vai discutir novos critérios de avaliação da produtividade

Há processos que estão conclusos para sentença há mais de três anos, reclamam os advogados.

O Núcleo de Planejamento Estratégico do Tribunal de Justiça do Maranhão (NPE-TJMA) realizou, durante o mês de fevereiro, audiências com magistrados e servidores para avaliar e discutir novos critérios de concessão da Gratificação por Produtividade Judiciária (GPJ). O trabalho foi proposto pelo juiz Márton Reis (titular da Comarca de João Lisboa), coordenador do Planejamento Estratégico do TJMA.

“A GPJ é uma ação muito bem sucedida, mas é natural que sur-

jam ideias e sugestões para o seu aprimoramento. Assim, pensamos na democratização do processo de gestão, chamando o magistrado e o servidor a participarem, seja pessoalmente, seja pela internet”, pontua o juiz Márton Reis.

Já estão marcadas quatro reuniões setoriais nos polos judiciais com magistrados e servidores do Judiciário maranhense, para apresentação de críticas e sugestões que possam subsidiar alterações nas normas da GPJ para 2015.



Novas comissões do TJ vão dar outra dimensão ao judiciário maranhense

Os desembargadores do Tribunal de Justiça do Maranhão, em sessão do Órgão Especial, aprovaram no mês de fevereiro (5) o projeto de resolução que dispõe sobre a composição das oito comissões técnicas permanentes do Judiciário para o biênio 2014/2015, cada uma composta por cinco membros e dois suplentes.

A Comissão de Divisão e Organização Judiciárias e Assuntos Legislativos – é competente, entre outros temas, para elaborar anteprojetos e pareceres de alteração do Código de Divisão e Organização Judiciárias e realizar o controle e

acompanhamento dos projetos enviados à Assembleia Legislativa;

A Comissão de Planejamento, Orçamento e Gestão, auxilia a Presidência na gestão e no planejamento de ações de curto, médio e longo prazo do Poder Judiciário.

A Comissão de Regimento Interno e Procedimentos – tem a missão de apresentar emendas, anteprojetos e opina sobre as propostas e redação de reforma do Regimento.

A Comissão de Coordenação de Assuntos Administrativos manifestar-se-á e colaborará com a administração e sugerirá medidas de modernização do TJMA e da Justiça de 1º Grau.

A Comissão de Concurso e Promoções de Servidores é competente para apresentar projetos de regulamentos de concursos para servidores, notários e registradores e projetos sobre promoção de servidores na carreira.

A Comissão de Documentação, Revista e Jurisprudência terá, entre outras funções, os serviços de sistematização e divulgação da jurisprudência do TJ e supervisionar os serviços da biblioteca e arquivo.

A Comissão de Informática atuará na atualização dos softwares e dos serviços de informática do Judiciário.

A Comissão de Ética será responsável por assegurar e promover o solidarismo e a justiça na relação entre o magistrado e o jurisdicionado; orientar e aconselhar o magistrado sobre ética profissional no tratamento com as pessoas e o patrimônio público e instaurar processos sobre fato ou conduta infrigente de norma ético-profissional, entre outros.

NOVA COMPOSIÇÃO EM 8 COMISSÕES TÉCNICAS

Desembargadores são solidários com a juíza Lewman Silva, alvo de pedradas políticas

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Maranhão, prestou solidariedade à juíza auxiliar da 1ª Vara Criminal de São Luís, Lewman de Moura Silva, alvo de ofensas por parte de blogueiros e de radialistas que postaram matérias sob encomenda.

O motivo da “fúria” dessa fonte que originou as matérias fartamente distribuídas contra a juíza, se deu por conta da soltura de dois dos indiciados como suspeitos de envolvimento no ataque ao ônibus na Vila Sarney, em São José de Ribamar, no dia 3 de janeiro, que culminou na morte da menina Ana Clara.

Após criteriosa análise, os quatro promotores do MP designados para o caso entenderam não haver nos autos provas testemunhais ou materiais da participação dos suspeitos Sansão dos Santos Sales e Julian Jeferson Sousa da Silva, razão pela qual o Ministério Público não os denunciou.

Ao se manifestar sobre o assunto, o subdelegado geral da Polí-

cia Civil do Maranhão, Marcos Afonso, confirmou que faltaram provas contra os outros dois indiciados no crime em questão.

Em razão da ausência de denúncia do Ministério Público, a juíza, como era de se esperar, expediu o mandado de soltura dos dois suspeitos no dia 23 de janeiro. O desembargador Jamil Gedeon, autor da manifestação de apoio à magistrada, encampada pelo desembargador Cleones Cunha, ressaltou o fato de o próprio Ministério Público estadual não ter apresentado denúncia contra os dois homens. “Outra atitude não poderia ter a juíza, ela agiu conforme a lei. Nesse sentido, manifestamos nossa solidariedade”, explicou.

Vale aqui lembrar Ferrajoli para quem nada é mais odioso do que condenar um inocente ou absolver um culpado. E culpado, em um estado democrático de direito, não é aquele que a Polícia prende e apresenta para a imprensa...

Vara da Infância funciona agora no Fórum do Calhau

A 2ª Vara da Infância e da Juventude de São Luís está funcionando, em caráter temporário, no Fórum Desembargador Sarney Costa, no Calhau.

A mudança, que inclui também a distribuição de audiências, ocorreu devido a interdição de algumas salas das instalações da referida vara no bairro da Madre Deus pela Defesa Civil.



Juíz José dos Santos Costa

Irresponsabilidade das companhias gera indenização a passageiros maranhenses.



Ricardo Duailibi bateu o martelo.

O cancelamento de um voo procedente de Miami (EUA), sem justificativa, e o extravio de bagagem numa viagem de São Luís para Imperatriz foram reconhecidos como transtornos causadores de danos morais pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA). Em ambos os casos, as companhias aéreas terão que indenizar os passageiros, embora uma delas tenha conseguido a redução do valor a ser pago.

Um passageiro da American Airlines disse ter comprado passagens de ida e volta de São Luís para Miami. Alegou que teve o bilhete de retorno cancelado, sem motivo justificado, o que o teria feito passar 24 horas no aeroporto de Miami sem qualquer assistência. Ele entrou com uma ação contra a empresa na Justiça de 1º grau e ganhou direito a indenização por danos morais. Por decisão unânime, a 5ª Câmara Cível foi contrária à apelação da American Airlines, que

contestou a indenização fixada em R\$ 10.170,00 em primeira instância. A companhia aérea considerou o valor excessivo e sustentou que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não seria aplicável ao caso, pelo fato de o Brasil ser signatário da Convenção de Montreal, que trataria especificamente dos contratos de transporte aéreo internacional.

O desembargador Ricardo Duailibe (relator) afirmou que a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça (STJ) se posiciona no sentido de prevalência das normas do CDC nos casos de falha da prestação de serviços de transporte aéreo internacional, porque os passageiros estão incluídos no conceito de consumidores.

Duailibe disse que o fato de a empresa ter reemitido o bilhete do passageiro na conexão em São Paulo, onde também lhe forneceu hospedagem e alimentação, não exime sua responsabilidade pelo ocorrido com o trecho in-

ternacional cancelado. Os desembargadores Marcelo Carvalho Silva (revisor) e Raimundo Barros também negaram provimento ao recurso da American Airlines.

DESAPARECIMENTO – No outro caso envolvendo passageiro de voo, este operado pela TAM, ele foi surpreendido com o desaparecimento de sua bagagem ao desembarcar em Imperatriz. Disse que a situação lhe causou extremo constrangimento e desgaste psicológico, ainda mais pelo fato de que usaria seus pertences em dois eventos seguidos: o primeiro em Imperatriz e o segundo em Brasília.



1ª Vara de Execuções Penais começa a funcionar no Fórum de São Luís

A 1ª Vara de Execuções Penais de São Luís (1ª VEP) já está funcionando no Fórum Desembargador Sarney Costa, no Calhau. A unidade, antes instalada no Bairro Renascença, passou a atender no 4º andar do fórum a partir desta segunda-feira (17). Atualmente, a unidade possui um acervo de 2.495 processos referentes aos regimes de cumprimento de pena fechado e semiaberto.

De acordo com a juíza auxiliar que responde pela 1ª VEP, Sara Fernanda Gama, as novas instalações oferecem melhores condições de trabalho e mais conforto para o atendimento ao público externo. “Dá estímulo aos servidores, melhorando a produtividade e autoestima. Agora, temos mais condições de atendimento aos usuários”, acrescentou.

Cliente não pagará prestações de apartamento com entrega em atraso



Des. Jorge Rachid

Um cliente da empresa Sá Cavalcante conseguiu na Justiça a suspensão da cobrança de mensalidades vincendas, referentes a imóvel adquirido na planta, cuja entrega pela construtora extrapolou os prazos do contrato. A decisão é da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça (TJMA) e proíbe a empresa de incluir o nome do comprador nos cadastros de restrição ao crédito pelo não pagamento, até julgamento final do caso.

O cliente narrou que firmou contrato com a Sá Cavalcante Incorporações Imobiliárias, em maio de 2009, para compra de apartamento em empreendimento localizado no Jardim Renascença, em São Luís, no valor de R\$ 428.500,00, com entrega prevista para maio de 2012.

Após ter pago mais de R\$ 113 mil, o comprador informou que foi notificado pela empresa diversas vezes

sobre o adiamento da entrega da obra, na última para abril de 2013, ao que pediu extrajudicialmente a rescisão do contrato e a devolução dos valores pagos. O pedido ignorado pela construtora.

A empresa recorreu contra a decisão em tutela antecipada da juíza da 6ª Patrícia Marques Barbosa (6ª Vara Cível) que suspendeu as cobranças. A alegação da construtora foi de que não foram obedecidos os requisitos legais, uma vez que o autor não teria demonstrado fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

O relator, desembargador Jorge Rachid, manteve a decisão, considerando comprovada a demora na entrega do imóvel, por responsabilidade da construtora, porém mantendo a responsabilidade antijurídica para o cliente de continuar a pagar as prestações.

Desconto acima de 10% na venda de medicamentos não caracteriza concorrência abusiva

A Rede de Farmácias Pague Menos pode comercializar seus produtos com percentual de desconto superior a 10%, em Caxias, conforme determinação da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA).

A decisão reformou sentença de 1º Grau que julgou procedente o pedido da Associação dos Farmacistas de Caxias, que, em Ação Civil Pública de Execução, questionou os preços praticados pela Rede Pague Menos, afirmando ser ilegal a venda de remédios abaixo do preço de custo.

VOTO – O processo teve como relator o desembargador Jamil Gede-

on, que, ao julgar improcedente a Ação Civil Pública ajuizada pela Associação dos Farmacistas, destacou que aquela entidade não apresentou prova da real dimensão do mercado afetado, limitando-se a discorrer sobre o fato de o município de Caxias ser afetado pela suposta prática de preço predatório sem apresentar provas documental e testemunhal. Fazendo alusão ao princípio constitucional da livre concorrência e à liberdade de escolha que assiste aos consumidores, Jamil Gedeon afirmou que não ficou comprovada a prática de preços predatórios e de concorrência abusiva por parte da Rede de Farmácias. ■



Des. Jamil Gedeon

EXCLUSIVO | A ENTREVISTA QUE NÃO FOI PUBLICADA NO JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO.



Repórter de O ESTADÃO, Arthur Rodrigues, em perguntas dirigidas e respondidas por email para SERGIO TAMER, ex- secretário de Justiça e Administração Penitenciária do Estado (2011-2012), em janeiro deste ano.

“Bom dia, estamos acompanhando a crise do sistema prisional e gostaríamos de fazer as seguintes perguntas ao senhor:”

1 - Na opinião do sr, o que levou o sistema prisional a essa situação?

A superlotação nos presídios do Maranhão sempre foi crônica, como nos demais estados do Brasil. Em fevereiro de 2013, quando deixei a secretaria de Justiça e Administração Penitenciária, após dois anos de gestão, havia um déficit de 781 vagas, o que correspondia a 22,05% de sua capacidade. Esse número não incluía os cerca de 1.300 presos em delegacias de polícia no interior, sob a jurisdição da secretaria de Segurança Pública, o que aumentaria a demanda para 2 mil vagas. Entre 2011 e 2012, com recursos exclusivamente do Estado do Maranhão, abrimos 983 novas vagas no sistema com ampliações

e construção de novas unidades. Somente nos municípios do interior do Estado, a exemplo de Imperatriz, Bacabal, Santa Inês, Davinópolis e Paço do Lumiar, foram abertas 563 novas vagas. Iniciamos uma política de regionalização e chegamos a transferir, do Complexo de Pedrinhas para o interior cerca de 500 presos, todos oriundos dessas localidades. Com a futura inauguração da Penitenciária de Imperatriz, que deixamos com 80% das obras concluídas e da unidade da cidade de Chapadinha, chegaríamos a mil vagas abertas somente no interior. Na capital foram 420 novas vagas às quais foram agregadas, em 2013, mais 120 do novo Centro de Triagem que iniciamos e deixamos 90% concluído. O objetivo era “esvaziar” o Complexo Prisional de Pedrinhas para que ali só permanecessem os presos da capital e excepcionalmente os mais problemáticos do interior, mesmo

assim com expressa anuência do juiz da Vara de Execuções Penais da Capital. Com essa política de fazer retornarem os presos ao interior e a oferta de direitos sociais básicos aos presos, com o apoio da Defensoria Pública, do Ministério Público e do próprio Judiciário, conseguimos reduzir o índice de assassinatos no interior das prisões, em relação aos anos de 2009 e 2010, em cerca de 90%: tivemos oito óbitos em 2011 e quatro em 2012. O governo do Estado do Maranhão, portanto, jamais negligenciou em sua missão constitucional, ao contrário, estava trabalhando muito. Com a minha saída houve uma mudança nessa política e pelo que fui informado em menos de um ano chegaram mais de 300 presos do interior oriundos de várias delegacias de polícia. Alguns com sérias desavenças com os que estavam na Capital. Creio que esta repentina elevação no déficit de vagas, vale dizer, na superlotação carcerária, - que era crônica,

mas estável – transformou-a em altamente crítica e perigosa para a estabilidade do sistema, com rebeliões e enfrentamentos se sucedendo com frequência, dando avisos e sinais de que algo estava errado.

2 - Como as duas facções adquiriram tamanho poder no Estado?

Realmente não saberia informar objetivamente pois me faltam dados para isso. Na minha gestão esse poder não foi exteriorizado em nenhum momento, apesar de também ter enfrentado muitos problemas com os presos. No geral, pode-se inferir que essa elevação repentina na superlotação de Pedrinhas, no decorrer dos últimos meses, conforme relatei há pouco, ocasionou uma mistura indesejada e descontrolada de presos da capital e do interior e com regimes jurídicos diferenciados. Esse talvez tenha sido o detonador dos conflitos que eclodiram com extrema violência.

3- O crescimento do quadro de terceirizados no sistema no lugar dos agentes tem a ver com isso?

A terceirização existe em todo serviço público e em todo lugar. O que não pode nesses casos é substituir a função precípua do Estado. Ou seja: o terceirizado que lida diretamente com o preso deverá ser, nas unidades prisionais, sempre uma força complementar, jamais um substituto integral do agente penitenciário. O déficit de agentes penitenciários no Maranhão, considerando-se a recomendação do Conselho Penitenciário Nacional de haver um agente para cada 5 presos – é de 700 profissionais que deveriam somar-se aos 300 em atividades. No início de 2013 foi anunciado concurso com abertura de 41 vagas. É muito pouco. Na minha gestão, incluindo-se todo o serviço terceirizado, o custo médio mensal do preso era de

R\$ 2 mil reais/mês, abaixo da média nacional, e não tivemos problemas de ordem disciplinar, de natureza grave, salvo questões pontuais e rapidamente enfrentadas.

4 - O que causa tamanho número de mortes nos presídios?

A superlotação, com disse, é apenas um ingrediente, mas nem sempre determinante. Em novembro de 2010, ainda sob a gestão da secretaria de Segurança Pública, a unidade prisional denominada “São Luís-2”, em Pedrinhas, foi palco de uma rebelião extremamente violenta que deixou um saldo de 18 mortos com vários presos decapitados. Essa era uma unidade nova, recém construída com verba federal e não estava com a sua lotação excedente. Portanto, a triagem dos presos, a observação constante, a organização, o respeito e a disciplina, tudo isso é fundamental para evitar conflitos de gravidade. É um trabalho que não aparece na mídia mas que é fundamental para a boa saúde do sistema.

5 - Como essa situação se liga com os baixos índices sociais no estado?

Aparentemente não há nenhuma ligação. Estados com alto IDH tem altas taxas de presos, a exemplo de São Paulo, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal e Paraná. Há Estados com alto IDH e relativamente baixa taxa de presos: Santa Catarina, Rio de Janeiro, Goiás. Estados com baixo IDH e baixa taxa de presos: Alagoas, Maranhão e Piauí. E estados com baixo IDH e alta taxa de pre-

sos: Acre, Rondônia, Roraima.

No Maranhão, a maior porcentagem de presos corresponde à faixa de idade entre os 18 e 24 anos (1.455 presos) e em seguida os que se situam entre os 25 a 29 anos (1072 presos). Ou seja, 62,19% tem entre 18 a 29 anos. No Maranhão, 11,15% dos reclusos são analfabetos; 15,14% somente alfabetizados; e 38,47% tem



Sergio Tamer: a importância de concurso para 700 agentes

o ensino fundamental incompleto; ensino médio incompleto 11,74%. Com ensino superior há 0,20%; ensino superior incompleto 0,34% e ensino médio incompleto 11,74%. Os jovens, entre 18 e 29 anos são, ao mesmo tempo, vítimas e algozes da violência. E nesse particular, a situação não é diferente em todo o país.

6 - Houve denúncias de estupros de mulheres de presos no sistema. Por que tamanha falta de controle nas prisões?

Conforme já afirmei, houve uma brusca elevação no índice de encarceramento no Complexo de Pedrinhas de presos oriundos do interior, sobretudo de delegacias de polícia. Além disso, conforme amplamente noticiado na imprensa, os presos teriam recebido autorização para acolher, nas próprias celas, visita íntima. Esses dois fatores podem ter

gerado uma situação de descontrole.

7 - O senhor tem conhecimentos de outras irregularidades acontecendo no sistema?

Todas as irregularidades que tomei conhecimento foram, de uma maneira geral, noticiadas pela imprensa nos últimos meses. Mas eu considero como raiz de todas essas questões o recebimento de presos de delegacias do interior sem que houvesse a anuência do juiz da Vara de Execução Penal da Capital. Isso potencializou todos os problemas que já existiam. Na minha gestão havia uma Portaria que normatizava o assunto, detalhando todo o procedimento para receber em caráter excepcional presos do interior, conforme já expus anteriormente.

Ela servia como instrumento de controle para evitar o inchaço no sistema e o enfrentamento de desafetos e de bandas criminosas. O recebimento repentino de elevado número de presos do interior em curto espaço de tempo criou o fermento necessário para os lamentáveis incidentes ali verificados.

8 - Como o senhor avalia a condução da crise pela governadora Roseana Sarney?

Entendo que ela agiu muito bem ao determinar a intervenção da Polícia Militar em todas as unidades ao mesmo tempo em que solicitou a presença de homens da Força Nacional. É uma espécie de intervenção compartilhada. Isso era necessário e importante. Mas como

toda intervenção ela deve durar provisoriamente e no tempo necessário para o retorno da completa normalidade. **A governadora vem fazendo a sua parte tanto que elevou o custo mensal do preso que na minha gestão era de R\$ 2 mil reais/ mês para R\$ 3,5 reais na atual gestão, fato que demonstra o seu interesse em dar suporte financeiro ao enfrentamento das questões materiais, porém resta agora a implementação de medidas que permitam a estabilidade no tocante à organização, respeito ao direito básico dos presos, e à disciplina que deles deve ser cobrada, além de concurso público para 700 agentes penitenciários. ■**

Muito obrigado pela atenção
Artur Rodrigues
Jornal O Estado de S.Paulo.



CANAL 35

A nova cara da ilha!



Mais qualidade de imagem, na sua tv!



Este é o time da TV Alternativa - Rede Gazeta



www.tvalternativa.tv.br

25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ACERTOS E DESACERTOS



João Batista Ericeira

Coordenador do Núcleo de Ciências Políticas do CECGP; membro do Instituto dos Advogados do Brasil; Presidente da Seccional do Colégio Brasileiro de Faculdades de Direito; Vice-Presidente da Academia Maranhense de Letras Jurídicas.

A evolução histórica do Constitucionalismo Ocidental. O impulso do Direito Constitucional após a Segunda Guerra Mundial. A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e as constituições modernas. A Constituição Federal de 1988. Os acertos e os desacertos.

Dizia Aristóteles, (384 a 322 a.C.) o sábio grego da antiguidade clássica: os homens sempre procurarão a Constituição perfeita para regê-los sem, todavia encontrá-la. Séculos depois, aplicando a proposição aristotélica a atual Carta Política brasileira, completando agora um quarto de século de existência, pode-se concluir: como as suas contemporâneas, ela não é perfeita, mas era a possível quando da sua promulgação em 5 de outubro de 1988, após vinte anos de ditadura, em que vigoravam no âmbito do Direito Público as anti-constituições, os atos institucionais.

O constitucionalismo como ideia político-jurídica é recente na História ocidental, data do século 18, extraída dos compêndios do iluminismo filosófico, inspirador das revoluções francesa de 1789 e da independência dos Estados Unidos de 1776. Transferiu-se para a centúria seguinte tornando-se presente no cenário da luta política travada

entre o absolutismo do poder real e a sua limitação através da Lei maior votada pelos representantes da soberania popular. A Constituição passou a ser o pacto de poder, erigindo-se a partir dele a estrutura legal e institucional do Estado moderno.

A vertente alemã de Ferdinand de Lassale (1825- 1864) e Konrad Hesse (1919- 2005) estabeleceu célebre discussão sobre a natureza da Constituição. O primeiro defendendo ser o texto constitucional um composto de matéria sociológica, determinada pela realidade econômica, militar, e cultural, hegemônico em determinado contexto político. O jurídico seria simples folha de papel a serviço desses interesses. O segundo sustentando a natureza normativa, o seu caráter específico, interagindo sobre a base social, através da “voluntas constitutiones”, abarcando dialeticamente os agentes públicos e a sociedade.

Karl Loewenstein (1891-1973) ingressou no debate propondo

a superação dos dualismos pela interação entre o Estado e a Sociedade operada pela Norma Fundamental, gerando entre os cidadãos o sentimento constitucional.

O constitucionalismo moderno recebeu enorme impulso e aceitação na comunidade jurídica internacional a partir do final da Segunda Guerra Mundial em 1945. Sofreu considerável influência da Declaração dos Direitos do Homem de 1948 da Organização das Nações Unidas-ONU, com repercussão na Constituição alemã de 1949, a Lei Fundamental; na italiana de 1948, na francesa de 1958, e mais recentemente, a espanhola de 1978, e a portuguesa de 1976. O professor português José Gomes Canotilho, da Universidade de Coimbra, a define como: “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”.

Elias Díaz, jurista espanhol, da Universidade Autônoma de Madri, sustenta a tese de a base constitucional contemporânea

ser os Direitos Humanos contidos nas sucessivas Declarações internacionais de Direito.

A nossa Constituição de 1988 recebeu o legado dessa doutrina e de doutrinadores brasileiros, a exemplo de Afonso Arinos, Miguel Reale, Paulo Bonavides, José Afonso Silva. Sobre ela incidem múltiplos olhares: os dos doutrinadores; dos juízes e tribunais e dos agentes do Executivo e do Legislativo.

Quais serão os da sociedade e dos cidadãos? Eles se refletiriam no clima das manifestações populares detonadas a partir do mês de junho? Como se vê, pelo tempo da discussão, a Constituição de 1988 é jovem, mas evidencia sinais de maturidade.

Para avaliá-la dispenso autores estrangeiros, valendo-me da metodologia de um pensador brasileiro, Miguel Reale que descreve o fenômeno jurídico como tridimensional: normativo, fático e valorativo. Neste último é incontestável a sua legitimidade, considerando a inegável participação da sociedade nos trabalhos de sua elaboração, bem como o claro compromisso com os valores da democracia, dos direitos individuais e sociais, da liberdade e da justiça social. No plano fático, é patente a sua ineficácia ou ineficiência na aplicabilidade normativa de parte principalmente dos agentes públicos. Onde estão os serviços de educação, de saúde, de segurança, de mobilidade urbana; e os compromissos com a moralidade pública?

O primeiro desacerto da Constituição seria formal, por expressar o conteúdo de maneira analítica e prolixa ao invés de adotar o modelo enunciativo e sintético.

Quando da promulgação continua 250 artigos e mais 95 no ato das disposições constitucionais transitórias. Ao longo de 20 anos lhe foram acrescentados 90 artigos, 312 parágrafos, 309 incisos, 90 alíneas. Até agora são 74 emendas. A estatística é invocada para justificar a reforma do seu texto a pretexto de enxugá-la. A Constituição aprovada há 25 anos conteria imperativos ideológicos superados pelo triunfo neoliberal. Advogam substituí-los, em lugar dos princípios sociais-democratas, os neoliberais.

Quanto ao conteúdo, ao tratar da Reforma Agrária no artigo 184 parágrafo 1º, prevê a indenização previa em dinheiro das benfeitorias, e proíbe a desapropriação da propriedade produtiva, inviabilizando dessa forma a solução da secular questão fundiária.



Fortaleceu o Poder Judiciário, a Advocacia (artigo 133) e o Ministério Público. Criou a Defensoria Pública. Prevê o Direito a Justiça célere (Emenda 45/2004). Ampliou os direitos sociais, difusos, dentre eles, o ambiental; a proteção a idosos, a crianças; protegeu minorias, de etnia, de gênero; a família, alargando o seu conceito de organização social.

A maioria das emendas constitucionais versa sobre a previdência social, a supressão de direitos, a



quebra do monopólio estatal do petróleo, a permissão da privatização de empresas e serviços públicos.

A balança de acertos e desacertos ao longo desses vinte e cinco anos busca equilibrar-se. Para os conservadores se atrela mais à esquerda. Para os progressistas volta-se para a direita. As vozes das ruas prenunciam mudanças, sobretudo no campo dos direitos políticos. Seu grande mérito foi, sem nenhuma dúvida, a manutenção do regime democrático, após o sacrifício de duas décadas de autoritarismo, penalizando as gerações de pós Segunda Grande Guerra Mundial.

Deverá agora abrir-se para possibilitar a realização da vontade política das novas gerações, ecoando nas ruas desde junho passado.

Nas tarefas de interpretação e aplicação da Constituição, é válido não esquecer o conselho do emérito jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973): “A essência da democracia só pode ser compreendida tendo-se em mente a antítese entre ideologia e realidade”.

(Exposição ao Seminário de Direito Constitucional promovido pelo Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública, dia 18 de outubro de 2013).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ERICEIRA, João Batista. O Olhar da Justiça. São Luís: Editora Escola de Formação de Governantes – EFG, 2004.

ERICEIRA, João Batista. A Reinvenção do Judiciário. São Luís: ESA/OAB, 2006.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 10. Ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

Bonavides, Paulo. Política e Constituição: os caminhos da democracia. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

Reale, Miguel. Por uma Constituição brasileira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

Nadal, Fábio. A Constituição como mito: o mito como discurso legitimador da constituição. São Paulo: Método, 2006.

Coelho, João Gilberto Lucas. A nova Constituição: avaliação do texto e comentários. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Kuntz, J. E. F. R. Qual o futuro dos direitos?: estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

Rodrigues, Lêda Boechat. Direito e Política: os direitos humanos no Brasil e nos Estados unidos. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991.

Beard, Charles. A. A Suprema corte e a Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

Direitos Humanos: Documentos Internacionais. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.



RGB VIDEO PRODUÇÕES

**DOCUMENTÁRIOS
COMERCIAIS DE TV
VÍDEOS PESSOAIS E EMPRESÁRIAS
CAMPANHAS POLÍTICAS**

Rua E, Qd 08, Nº3 - Parque Athenas II
CEP: 65.072-467

Tel: (98) 3248-3882
8119-9865
rgbproducao@hotmail.com



José Carlos Sousa Silva*

1 POLÍTICA

A política é a ciência social que estuda as diversas formas de organização do poder político, bem como sua dinâmica, suas instituições e seus objetivos.

Ao analisar sistematicamente a estrutura e o funcionamento do governo, ela também mantém estreita vinculação com outras ciências sociais, especialmente com a filosofia, a história, a sociologia, a economia e o direito. A vida política é aspecto da vida social com sua ação de influência, controle e decisões dos negócios públicos.

As relações sociais criam mecanismos competitivos e, por isso, devem existir normas políticas para a preservação das aspirações e dos interesses coletivos. Assim nasce o poder político

impondo normas de conduta e orientando o estado na defesa de seus interesses.

Mas o povo deve ser a base desse poder, prevalecendo sempre o respeito à pessoa humana, liberdade de expressão, igualdade perante a lei e prevalência da justiça.

Em regime com essas garantias, a política poderá encontrar um modelo de vida coletiva que represente as aspirações jurídicas da sociedade sem conflitar-se com a política jurídica, havendo, consequentemente, maior liberdade para que esta opere de maneira mais justa e coerente na captação de conteúdo social que corresponda à realidade.

A verdadeira política, segundo Miranda¹, não é a luta entre os homens, mas a luta contra a insanidade, a ignorância, os er-

A política jurídica é a parte da técnica jurídica, que deve, por sua vez, ser praticada de conformidade com o estabelecido pela ciência do direito. O legislador e o juiz devem estar atentos para o que ela recomenda, objetivando a segurança jurídica da sociedade. Ciência e técnica devem estar juntas na elaboração e na aplicação lei.

ros de toda sorte.

Embora, às vezes, a política se ocupe do mesmo objeto que a política jurídica mas com finalidades diferentes, os fins não se justificam totalmente.

2 POLÍTICA JURÍDICA

A elaboração e a aplicação do direito ou da lei são atividades científicas e técnicas ao mesmo tempo. Por isso, é inteiramente impossível se separar a ciência da técnica, pois sem esta aquela não seria construída nem teria eficácia.

A boa técnica de uma atividade científica na elaboração ou na aplicação do direito ou da lei deve consistir justamente na precisão em sua operosidade com vista a um fim mais justo possível, refletindo realmente o consenso da maioria.

*É mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Advogado, Professor Universitário e Membro da Academia Maranhense de Letras.

1 - MIRANDA, Pontes de. Sistema de ciência positiva do direito. vol. IV, p.258.

Só em plena liberdade a política jurídica operará satisfatoriamente na elaboração e na aplicação do direito, buscando o que é mais justo e melhor para a sociedade. A liberdade é-lhe assim imprescindível para que alcance o fim social desejado. Quem pode garantir-lhe essa liberdade é a política.

É conveniente, sob qualquer hipótese, que o interesse coletivo seja a preocupação dominante na política jurídica. Esse interesse não deve ser estranho à legislação ou à jurisprudência.

A função da política jurídica é, sem dúvida, importante para que o direito atinja os seus fins sociais. Ela informa, orienta e dita o que seja melhor no mundo social para a sociedade, pois há fatos que ditam o direito e há experiências que lhe são fundamentais. Ela é também valorativa.

A política jurídica indagará quais os interesses sociais mais dignos de proteção e qual a corrente mais profunda, cujo desconhecimento conduziria cedo ou mais tarde a conflitos irreduzíveis.

O direito não deve ser vontade arbitrária do legislador ou do jurista ao elaborá-lo, assim como a jurisprudência não deve ser também a vontade arbitrária do juiz ao aplicá-la, ambos devem ter em mente o que seja mais justo, devem estar, pois, bem informados do que lhes dita a política jurídica.

3 A POLÍTICA JURÍDICA:

Expressão do pensamento político geral

O ideal é que a política jurídica expresse realmente o pensa-

mento político geral e não o de uma minoria, que, na realidade, nada representa no contexto social.

A política jurídica deve coletar elementos que representem o consenso da maior parcela social, para que, assim, possa ter a eficácia mais justa possível e duradora.

A verdade está na medida em que representa o pensamento



político do maior número possível dos que compõem uma comunidade, do contrário, falhará na sua finalidade.

Isso nos leva a reproduzir a expressão Henri Batiffol: “Toda lei deve esforçar-se para obter a aceitação do maior número possível de cidadãos”.

Assim se procedendo na sua elaboração, a sua obediência conseqüentemente será mais espontânea por parte da maioria, enquanto somente à minoria restará o temor às suas sanções.

A política jurídica precisa, por isso, ser profundamente sensível na captação dos dados para reproduzir uma verdade que esteja fielmente de acordo com o pensamento político da maioria, que seja, portanto, retrato fiel do que pensa politicamente uma maioria na sociedade.

Só em países de democracia direta a lei emana do conjunto dos cidadãos, é expressão da vontade

geral, sua elaboração é efetuada com muitas precauções, pois ela, assim, será tanto melhor quanto melhor satisfazer à necessidade coletiva.

4 CONFLITO E CONCILIAÇÃO ENTRE POLÍTICA E POLÍTICA JURÍDICA

É possível que a política não conflite com a política jurídica. Desenvolva, por si só, sua atividade específica sem ultrapassar os seus limites. Isso é incontestavelmente muito importante para a sociedade. Mas nem sempre assim ocorre. Poderá haver o conflito entre essas duas políticas. A política, negando a sua própria condição e característica, poderá supor-se capaz de representar também o papel que só a política jurídica pode exercer com neutralidade partidária, e isso lhe é um elemento identificador e por demais fundamental na tentativa ou na real solução de problemas considerados de interesse geral.

Nas soluções propostas pela política poderá estar presente predominantemente o interesse de grupos que não representam maioria, mas unicamente o desejo dos que estejam, no poder, enquanto, por outro lado, nas soluções proposta pela política jurídica nunca estará ausente o consenso comum. É -lhe dever preocupar-se com o que seja não só o mais justo, mas também o mais solicitado pela maioria, já que esta é uma de suas características; do contrário, ela não deve ser entendida como tal e conseqüentemente até se confundir com a própria política em si.

A conciliação entre elas é possível, desde que haja fiel consci-

ência de seus papéis, mesmo se ocupando mutuamente do mesmo objeto mas com finalidades e sob ângulos diversos, uma auxiliando a outra naquilo que a cada uma competir realizar em benefício da sociedade.

Assim se entende uma verdadeira política e que por isso mesmo tem em vista o bem comum, sem inverter o seu papel. Conforme Miranda:

O que é preciso é que as artificialidades políticas não invertam as seleções, o elemento econômico se distribua segundo mais ou menos perfeito sistema de justiça social e se eleve o nível de todos e, pois, dos mais fracos. Não se sabe precisamente quais são os mais fracos: o meio, portanto, para melhorar a condição dos próprios fortes é melhorar a de todos².

5 POLÍTICA JURÍDICA E TÉCNICA LEGISLATIVA

É indispensável a política jurídica na elaboração da lei, em que devem estar presentes três elementos fundamentais: o social, o racional e o técnico.

O legislador não deve desconhecer isso. Precisa fundamentar-se na pura realidade que lhe fornecerem aqueles elementos. Ensina Geny que a criação da lei, considerada como instrumento de precisão do direito, resulta de uma elaboração técnica especial.

Ainda é Geny que ressalta ser a técnica legislativa um dos ramos da técnica jurídica e compreende dois processos: um, externo ou

processual, reativo à proposta, discussão e votação; outro, interno, atinente à redação aos atributos e à classificação das leis³.

Na elaboração da lei, o legislador deve revelar e declarar o direito já existente na consciência comum do povo. E a este sentimento preexistente ele deve dar consistência, vida e efetividade, valendo-se do concurso de seus conhecimentos científicos, a par de sua proficiência na arte de legislar. Quando reúne esses atributos, o legislador sempre imprime, legitimamente, à obra legislativa o sinal da sua personalidade⁴.

Compete-lhe, portanto, investigar o sociológico e o filosófico e atender às exigências que uma boa técnica determina a qualquer trabalho na construção da lei.

Só assim melhor atenderá à sociedade, a que é destinado o seu trabalho.

Já disse Miranda que “a adoção de segura política jurídica é um dos maiores fatores de felicidade dos povos”⁵.

Por outro lado, Leal recomenda:

Ao redigir uma lei, o legislador não pode perder de vista a observação real da vida, porque a malícia encontra muitos atalhos por onde infiltrar por entre as sanções da lei, sem incidir nelas. Não basta ter em mira o resultado a atingir: é preciso escolher cuidadosamente os meios adequados, velando porque não sejam excessivamente severos,

nem inócuos⁶.

O legislador tem, por conseguinte, uma função criadora para o direito e o seu êxito dependerá justamente do maior grau possível de verdade social e coerência dos meios de que se utilizar na elaboração do seu trabalho, em obediência à política jurídica.

Ele deve investigar a opinião comum, pois o pensamento coletivo é um conteúdo indispensável na elaboração primeira do legislador.

As ideias predominantes e que tenham por base sempre o interesse coletivo devem estar efetivadas na legislação para que tenha esta vida longa e seja assim realmente útil à comunidade.

A lei deve estar dentro de um espírito de sistema, visando não só à harmonia interna de suas disposições como também à sua colocação harmônica no conjunto das leis vigentes, sem perder a visão global da nacionalidade.

Já ensinava o professor Campos que:

No século passado a legislação limitava-se a regular questões gerais e simples. A legislação é hoje uma imensa técnica de controle da vida nacional, em todas as suas manifestações. A legislação perdeu o seu caráter exclusivamente político, quando se cingia apenas às questões gerais ou de princípios, para assumir um caráter eminentemente técnico. A legislação é hoje uma técnica que exige o concurso de vários conhecimentos e de várias técnicas.

2 - Idem, *ibidem*.

3- RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos.p. 244.

4 - Idem.

5 - MIRANDA, op. cit., p.252.

6 - VICTOR, Nunes Leal. Problemas de direito público. p. 19-20.

Nessa mesma linha de pensamento situa-se Campos, assim afirmando:

Lembre-se o legislador que é, antes de tudo, o primeiro intérprete da lei que elabora, trabalhando para intérpretes. Mesmo quando autor exclusivo do texto legal(coisa desaconselhável) busque, na sua elaboração, traduzir um anseio social, interpretar uma aspiração popular, ou não produzirá uma lei duradora⁷.

É função, portanto, do legislador, ao descobrir o fato que reclama ordenamento jurídico, indagar o motivo, a propriedade, a extensão do preceito, emprestando-lhe a justa medida com a sua adequação à necessidade coletiva.

6 POLÍTICA JURÍDICA E JURISPRUDÊNCIA

A política jurídica, segundo Roubier, “é questão de saber qual é o melhor conteúdo de uma regra do direito, postula um julgamento de valor e assim supõe um ideal que serve de ponto de comparação, e este ideal é a justiça”⁸.

O juiz tem, assim, uma missão social, e as suas decisões devem estar ajustadas à realidade sociológica e aos fins sociais do direito, utilizando-se, para isso, da técnica e da ciência, dentro de um sistema jurídico a que esteja vinculado.

Ele, para que suas decisões sejam as mais justas possíveis, não pode afastar-se evidentemente dos sistema jurídico, de todo o

ordenamento, para, assim, compreender melhor a parte jurídica que venha a aplicar a um caso concreto.

Não se lhe pode nem se lhe deve negar essa responsabilidade exclusiva, fundamentando-se sempre na ciência e na técnica sem deixar de lado as bases que a elas servem de sustentáculo.

Torna-se-lhe, assim, imperiosamente necessária a análise das causas do instituto jurídico a aplicar, sem perder de vista o sistema de que ele é parte, sentindo-as também e obedecendo à técnica jurídica, de que a jurisprudência é um de seus elementos.

Exclama Laband que o “direito necessita de firmeza; a jurisprudência não se pode deixar mover pelas correntes do dia e pelas tendências das classes e dos partidos, com a cana ao vento”.

À medida que o juiz mais se preocupar com o melhor conteúdo da regra jurídica, estará ele mais próximo da política jurídica e, conseqüentemente, com maior probabilidade de alcançar a justiça.

O modo de entendimento e de aplicação, segundo o professor Vicente Ráo, sempre lhe afetam a extensão e o alcance, de tal sorte que, embora subsidiariamente, a jurisprudência não deixa de participar do fenômeno da produção do direito normativo⁹.

O juiz tem liberdade para aplicar princípios da lei a casos novos, dando-lhes um novo sentido, funcionando assim como um intérprete também.

Na opinião de Degni:

A lei tem de ser respeitada quando o seu sentido é indúbio, mas se há incerteza no seu conteúdo, se o significado originário se mostra já em desacordo com rumo da nova legislação, ou se trata de colmar lacunas, o intérprete, além de inspirar-se nos elementos internos da lei, deve inspirar-se também nos fatores sociais que circundam a vida do direito em todas as suas manifestações e demonstram a sua finalidade.

Essa é a chamada interpretação evolutiva do direito, sujeitando a lei a seus princípios e a seus fins objetivamente. O juiz não pode usurpar os domínios do legislador, mas, dentro de suas limitações, pode satisfazer a novas necessidades sem mudar a lei, firmando assim jurisprudência que traduza uma realidade nova autêntica.

Por sua vez, Ferrara assim opina:

A interpretação da lei é, de fato, essencialmente teleológica: mira ao resultado prático; quer realizar um ordenamento de proteção. Por isso se explica a eficácia prática da jurisprudência que plasmou e plasma continuamente o material jurídico e, portanto, longe de situar-se no vazio da dialética, age num ambiente cheio de realidade¹⁰.

A política jurídica é assim uma conduta que tanto serve à técnica jurídica a todos os seus elementos como também à ciência do direito, indispensável para que ambas atinjam mutuamente de maneira mais eficiente e justa os objetivos a que se propõem.

7 - CAMPOS, José Queiroz. A arte de elaborar a lei. p.174.

8 - ROUBIER, Paul. Théorie générale du droit. p.198.

9 - RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos, p.232.

10 - FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. p.170.

7 CONCLUSÃO

Sem a doação da política jurídica, a construção e a aplicação do direito não atingirão por completo o seu objetivo. Não terão plena eficácia.

O direito não é isolado da política. Esta é, pois, aspecto da vida social, que gera as relações jurídicas.

Cabe ao legislador e ao juiz, cada um no seu ministério, antes de tudo, construir o que for melhor para a segurança jurídica da sociedade.

A política jurídica, enfim, auxilia o cientista do direito ou operador do direito.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, José de Queiroz. arte de elaborar a lei. Rio de Janeiro: Ed. Verbete Ltda., 1972.

FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. Coimbra: Aménio Amado. Editor, Sucessor, 1963.

LEAL, Victor Nunes. Problemas de direito público. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

MIRANDA, Pontes de. Sistema de ciência positiva do direito. vol. IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. RÃO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. vol. I, tomo II. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1976.

ROUBIER, Paul. Théorie générale du droit.



Fone: (98) 3221-0056

Rua Conde d'Eu, N°189, Fundos
Vila Passos - São Luís - MA

CEP: 65030-330 / E-mail: limpeservicosltda@gmail.com



(98) 3301-7085

Av. dos Holandeses, 14 - SI 102
Ed. Century Multiempresarial
Calhau/Ma - Cep: 65.071-380
www.pmgmt.com.br

“Proteção Constitucional da Criança e do Adolescente, Vulnerabilidade e Gênero no Sistema de Direito Brasileiro. Algumas reflexões dialogais”



Nelson M. de Moraes Rego ¹

“A Justiça é a primeira virtude das instituições sociais” ²

Sobressai da ordem social preconizada na Constituição Federal de 1988³, no Capítulo VII, Título VIII, a explícita priorização na proteção da criança e do adolescente, com o estabelecimento de uma ordem de proteção⁴ máxima e especial que lhes fora atribuída, conforme se constata do caput do art. 226, “A Família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” combinado com o art. 227 e seu § 3º, “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade,

ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” e “o direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos”.⁵

Nesta mesma preocupação protetiva⁶ do constituinte com a criança e o adolescente, se encontra a destinação de recursos da seguridade social para as ações governamentais e política pública nesta especificidade, segundo se verifica do § 7º do mencionado dispositivo constitucional⁷ e do caput do art. 204 da Constituição cidadã: “As ações governamentais na área da assistência social

1 - O autor é Juiz Titular da Vara Especial de Combate a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de S.Luís – MA; Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/ES; Mestre em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra/PT; Licenciado em Filosofia e em Teologia; Professor Universitário; Escritor e Conferencista.

2 - RAWLS, John, Teoria de la Justicia, (A Theory of Justice, 1971. Trad. espanhola, 1979), 2ª ed., 2ª reimpressão, Madrid, 2002, p.529. Para RAWLS os princípios de Justiça “solo serán efectivos si los hombres tienen un sentido de justicia y se respetan, por tanto, unos a otros, el concepto del respeto o del valor intrínseco de las personas no es base adecuada para llegar a esos principios...una vez que se dispone de la concepción de la justicia, las ideas de respeto y de dignidad humana pueden adquirir un significado más definido. Entre otras cosas, el respeto a las personas se demuestra tratándolas de modo que ellas puedan ver justificado...Así, respetar a las personas es reconocer que poseen una inviolabilidad fundada en la justicia, que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropelar. Esto significa que la pérdida de la libertad por parte de algunos no se compensa por el hecho de que otros gocen de un mayor bien-estar. La Teoría de la Justicia ofrece una versión de estas ideas.”

3 - Instrumento para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias, calçou sua fundamentação jurídico-político, consoante seu art 1º, em cinco pilares: I) a soberania; II) a cidadania; III) a dignidade da pessoa humana; IV) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o V) o pluralismo político. Assim temos, segundo GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso “Criança e Dignidade da Pessoa Humana” in Tratado Luso-Brasileiro da Pessoa Humana, Quartier Latin (2ª ed, atualizada e ampliada), São Paulo, 2009, pp.1037 a 1058, uma planta prévia para a construção de um edifício do povo (soberania), para uso e gozo pleno do povo (cidadania), num ambiente de respeito a cada um e a todos (dignidade da pessoa humana), custeado pelas atividades e iniciativas de seus abrigados voltadas ao bem comum (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa) e dirigido pelos seus moradores, através de suas livres organizações (pluralismo político), cujos objetivos desta nossa sociedade estão elencados no art. 3º: I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação.

4 - Os direitos a proteção, como é o caso da proteção da criança e do adolescente, na concepção de Robert Alexy, Derechos Sociales y Ponderación, Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2ª Edição, Madrid,, 2009, p.54, são os direitos constitucionais que ostenta o particular contra o Estado, quer dizer, a que este lhe proteja da interferência de terceiros. Acrescenta Alexy, à p.66: “...si se viola um derecho a protección al denegarle totalmente protección o al no darle protección suficiente”

5 - Sem negritos no original.

6 - A propósito de política de proteção, é de se lembrar de FOUCAULT, Michel, História da Sexualidade, a vontade de saber, vol. I, Relógio D'Água Editores, Lisboa, 1994, p.132 quando menciona a política de proteção referente à prática do incesto: “...toda uma política de proteção da criança ou de colocação sob tutela dos menores “em perigo” tinha, em parte, como objectivo a sua retirada para fora das famílias que eram suspeitas – por falta de lugar, proximidade duvidosa, hábitos de deboche, “primitivismo selvagem” ou degenerescência – de praticarem o incesto. Enquanto o dispositivo de sexualidade tinham desde o século XVIII intensificado as relações afectivas, as proximidades corporais entre pais e filhos, enquanto houvera um perpétuo incitamento ao incesto na família burguesa, o regime de sexualidade aplicado às classes populares implica, pelo contrário, a exclusão das práticas do incesto ou, pelo menos, o seu deslocamento sob outra forma. Na época em que, por um lado, o incesto é perseguido como comportamento, pelo outro, a psicanálise esforça-se por trazê-lo a luz como desejo e por destruir para aqueles que o sofrem o rigor que o recalca. Não se deve esquecer que a descoberta do Édipo foi contemporânea da organização jurídica da perda do poder paternal (em França, pelas leis de 1989 e 1898). No momento em que FREUD descobria qual era o desejo de Dora e permitia que ele se formulasse, todos se armavam para desfazer em outras camadas sociais, todas aquelas proximidades censuráveis; o pai era, por um lado, erigido em objecto de amor obrigatório; mas por outro, se era amante, era destronado pela lei. Assim, a psicanálise como prática terapêutica reservada, desempenhava relativamente a outros processos um papel diferenciador, num dispositivo de sexualidade agora generalizado.” Sabe-se pelas informações de FOUCAULT nesta referida obra que no século XIX, além da psiquiatria e da cientificação do sexo (pela Pedagogia, Medicina e Economia), ocorrera outro fenómeno histórico, a “jurisprudencialização” do sexo (embora FOUCAULT não use esta expressão), pela regulação legal de sanções a certas práticas sexuais censuráveis, como o incesto.

7 - Art. 227, § 7º, da CF/88: “No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art.204.”

serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195⁸, além de outras fontes, e organizadas com bases nas seguintes diretrizes”.

Num célebre ensino sobre uma atuação constitucional, é oportuna a doutrina do príncipe dos constitucionalistas lusitanos, Dr. J.J. Gomes Canotilho, a respeito do papel de garantia e proteção da constituição:

“Uma das principais funções da constituição é a ‘função garantista’. Garantia de que? Desde logo, dos direitos e das liberdades... (omissis). Nas constituições modernas os direitos constitucionalmente garantidos e protegidos representavam a positivação jurídico-constitucional de direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e preexistentes ao Estado”.⁹

Tal função garantista da Carta Magna deve ser compreendida com a convocação do meta-princípio da dignidade da pessoa humana - aqui de relevo e previamente, servimo-nos da doutrina

de Ronald Dworkin, ao distinguir as normas dos princípios¹⁰: os princípios fazem referência à Justiça e à Equidade (fairness). Enquanto que as normas se aplicam ou não se aplicam, os princípios dão razões para decidir em um sentido determinado. Porém, diferentemente das normas, seu enunciado não determina as condições de sua aplicação¹¹ - entendida esta dignidade da pessoa humana em seu sentido universal, isto é, como o ser que é dotado de razão e de consciência.¹² A Constituição confere, assim, uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim do Estado.¹³

É de se frisar que a dignidade da pessoa humana exige a contraprestação do respeito à integridade física, psíquica e moral, com abrangência da preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias

e crenças, dos espaços e objetos pessoais. A dignidade da pessoa humana encontra-se no centro da construção dos direitos fundamentais.¹⁴

Não se deve olvidar que a ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais¹⁵ e dignidade da pessoa humana, consoante a cátedra de Jorge Miranda, só começa com o Estado Social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subsequentes à Segunda Guerra Mundial.¹⁶ E que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade e da paz no mundo.¹⁷

Os direitos da criança e do adolescente, tais como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à educação, à saúde, à alimentação, etc, em sua grande maioria, estão inseridos na Constituição Federal de 1988, dentre a categoria de direitos sociais (Direitos Econômicos, Sociais e Cul-

8 - Art.195 da CF/88: “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (omissis, incisos I a IV e §§ 1º a 13)”

9 - Direito Constitucional e Teoria da Constituição, (Reimpressão da 7ª edição), Almedina, Coimbra, 2005, p.1440.

10 - Ver a este respeito também ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. Alemã, Theorie der Grundrechte, 2006), Malheiros Editores, São Paulo, 2008, pp.90/91: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (negritos nossos).

11 - DWORKIN, Ronald, Los Derechos en Serio, Editorial Ariel, 1ª ed, 5ª reimpresión, Barcelona, 2002, p.9. O autor referido acrescenta que os princípios “informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que em esse caso específico se considera importante”. A respeito dos princípios do Direito e da Justiça, John RAWLS assevera: “los principios del derecho y de la justicia son colectivamente racionales; y va en interes de cada uno que todos los demás cumplan con las disposiciones justas. También es cierto que la afirmación general del sentido de la justicia es un gran valor social, pues establece la base de una confianza y una seguridad mutuas, a partir de la cual, normalmente, todos se benefician”. Desta forma RAWLS demonstra sua visão sobre o sentido da Justiça, in Teoria de la Justicia, Op. Cit., pp.519/521.

12 - Eis o denominador comum a todos os homens em que consiste esta igualdade. Dotados de razão e consciência, fator este essencialmente relevante e categórico, para além das diferenças econômicas, culturais e sociais a justificar o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais.

13 - MIRANDA, Jorge, A Constituição de 1976, formação, estruturação, princípios fundamentais, Lisboa, 1978, p.348.

14 - GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Criança e Dignidade da Pessoa Humana”, Op. Cit. p.1039.

15 - Sobre a dogmática dos direitos fundamentais, ver ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, Op. Cit, pp.42/49.

16 - MIRANDA, Jorge, A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais, in Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, 2ª ed Atualizada e Ampliada, Ed. Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2009, p.168.

17 - Cfr Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ONU, 10 de dezembro de 1948. Por sua vez, a Carta das Nações Unidas, celebrada há mais ou menos três anos antes, na cidade de São Francisco/EUA, também no preâmbulo, reafirmou a fé nos “direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas”, cfr. RODRIGUES, L. Barbosa & CARNEIRO, Alberto Soares, Direitos Humanos, textos fundamentais, Quid Jûris Editora, Lisboa, 2011, p.7/27.



turais) e como tal, são direitos fundamentais¹⁸, que advieram do esforço nacional de inserir os direitos humanos da criança e do adolescente na ordem positivada pátria. Tem razão Peces-Barba quando assevera que não podem existir direitos fundamentais que não tenham sido reconhecidos pelo ordenamento jurídico estatal.¹⁹

Em verdade, os direitos fundamentais²⁰ “constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de

Direito de que o sistema jurídico e político em seu conjunto se orientará com a finalidade de respeito e promoção da pessoa humana”.²¹ Assim, é de se compreender, conforme asseverou Perez Luño²², que a positivação dos direitos fundamentais não tem um mero caráter declarativo de reconhecimento de uns direitos ou valores jurídicos prévios, mas, sim constitutivo, na medida que se trata de dar vida no ordenamento jurídico estatal a umas normas que regulam situações

subjetivas, com independência do seu conteúdo material e sem fazer remissão a fontes legitimadoras alheias a própria ordem jurídica positiva. Destarte, os direitos fundamentais se apresentam na vida normativa constitucional como um “conjunto de valores objetivos básicos (Grundwert, da doutrina germânica), e ao seu tempo, como o marco de proteção das situações jurídicas subjetivas”.²³ A “felicidade comum” ou “fraternidade” enquanto fim da sociedade, assumiu-se como a expressão moderna dos direitos humanos.²⁴

Para uma melhor compreensão da construção histórica dos direitos da criança e do adolescente, oportuna se faz uma ligeira menção à Declaração dos Direitos da Criança, emitida pela ONU, em 20 de novembro de 1959²⁵, que é um marco divisor na construção do direito da criança e do adolescente, considerados como titulares de interesses juridicamente protegidos. Entretanto, o reconhecimento internacional de que crianças e

18 - Interessante o escólio de SILVIO MOTA & WILLIAM DOUGLAS, *Direito Constitucional, Teoria, Jurisprudência e 1000 Questões*, ed. Impetus, 14ª ed, Rio de Janeiro, 2004, p.73, ao considerar, a título propedêutico que: “os direitos [fundamentais] são apenas cinco: à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Os setenta e sete incisos [são atualmente setenta e oito] que se seguem ao caput são apenas variações destes cinco direitos, de forma que existem “n” variações do direito à vida, como proteção à intimidade, a proteção à integridade física, a vedação de tratamento desumano, etc. Existem ainda outras variações do direito à liberdade, como liberdade de crença, de locomoção, de comunicação, de reunião, etc. Em suma, são setenta e sete variações de cinco direitos do caput, sendo essencial que os leitores disso se apercebam antes de intentar uma compreensão escorregadia do dispositivo constitucional em tela [art.5º]”.

19 - PECES BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales, I, Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991, pp.34.

20 - PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, 9ª ed., Madrid, 2005, pp.32/33 doutrina-nos que: “El término ‘derechos fundamentales’, droits fondamentaux, aparece en Francia hacia 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania, donde bajo el título de Grundrechte se ha articulado el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido en la Grundgesetz de Bonn de 1949. De ahí que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales. Es más, para algún autor los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción del mundo (Weltanschauung) y que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico.”

21 - PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Ed. Tecnos, Octava edición, Madrid, 2004, p.50 (tradução nossa do conceito de d. fundamentais, citado no texto). E, ainda no plano conceitual do mencionado autor à página 51, os direitos fundamentais são “uma categoria descriptiva de los derechos humanos positivados en el ordenamiento jurídico”. Por sua vez conceitua os direitos humanos como uma “categoria previa, legitimadora e informadora dos direitos fundamntetais”, p.51.

22 - PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Op. Cit.*, p.50.

23 - São os direitos fundamentais o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais que atuam em um dado momento histórico e em um delimitado espaço social.

24 - Cfr J.J. GOMES CANOTILHO, *O Círculo e a Linha, Da Liberdade dos Antigos à Liberdade dos Modernos*, na *Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais*, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p.33. Ainda, à p.34, aponta este festejado autor lusitano os topoi essenciais da teoria democrática-funcional: “1) reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos para serem exercidos como membros da comunidade e no interesse público; 2) o exercício da liberdade é um meio de garantia e prossecução do processo democrático; 3) a vinculação do exercício dos direitos à prossecução de fins públicos justifica a sua articulação com a ideia de deveres; 4) a dimensão funcional justifica em caso de “abuso”, a intervenção restritiva dos poderes públicos.”

25 - Faltam referências expressas à criança na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Embora o art.2º vede discriminação de qualquer natureza, o que inclui as relacionadas à idade, somente no art .25, inciso II, é que se verifica expressa menção: “a maternidade e a infância têm direitos a cuidados e assistência especial”.

adolescentes são titulares de direito, restou coroado somente com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.

Esta Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, como reconheceu Garrido de Paula²⁶, tem forte lastro na concepção da dignidade da pessoa humana:

“Os princípios da Carta das Nações – liberdade, justiça e paz no mundo – se fundamentam no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Reconhece que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, que deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e ser educada especialmente com

espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade. Expressamente consigna que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”

No tocante aos direitos fundamentais específicos da criança e do adolescente, é de se constatar, precipuamente, que o disposto no § 2º, 1ª parte do art. 5º da CF/88, ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados... (omissis)”, não encerrou em *numerus clausus* os direitos fundamentais elencados nos incisos I a LXXVIII do mencionado art. 5º, mas deixando em aberto a possibilidade de outros, por este sistema aberto de consagração dos direitos fundamentais.²⁷

A Constituição de 1988 conferiu dignidade à criança especialmente pelo reconhecimento da titularidade de direitos, rompendo com a concepção de proteção reflexa. Igualmente representou o coroamento de uma luta contra a discriminação decorrente de idade, em mais uma evidência do que se conhece por cultu-

ralismo reativo.²⁸ Mas não só, eis que a CF/88 foi além da proclamação dos interesses protegidos, enfatizando as obrigações correspondentes da Família, Sociedade e do Estado, numa clara preocupação com a concretude das normas através de uma forma de dicção dos direitos e dos consequentes deveres. É o que se



verifica do citado art.227.

Vale ressaltar também que o legislador constituinte ao estatuir o modelo de garantia contra a discriminação no caput do art.5º, **“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade”**²⁹ contemplou, evidentemente, a distinção em razão da idade, deixando absolutamente reconhecí-

Na verdade, o direito internacional caminhou lentamente em direção ao reconhecimento dos direitos da criança. Vale registrar aqui a Declaração de Genebra, aprovada pela Liga das Nações em 26 de setembro de 1924. Mais de trinta e cinco anos depois dessa histórica Declaração, aos 20 de novembro de 1959, a ONU adota, em assembleia, uma declaração especial, explicitando que é a mesma proclamada “visando que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, dos direitos e das liberdades” que enuncia. Destaca-se do preâmbulo o seguinte: “...visto que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento; visto que a necessidade de tal proteção foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança em Genebra, de 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança e visto que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços”. (negritos nossos). Esta Declaração representou um avanço significativo na construção do direito da criança e do adolescente, estando na ocasião na vanguarda das formulações normativas.

26 - GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Criança e Dignidade da Pessoa Humana”, in Tratado Luso-Brasileiro da Pessoa Humana, Op. Cit., p. 1049.

27 - DE MORAES, Alexandre Direito Constitucional, Editora Atlas, S.Paulo, 2003, p.136: “A enumeração do art.5º da Constituição não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de caráter “infraconstitucional”...”. Também no mesmo sentido, MOTA, Silvio & DOUGLAS, William, Direito Constitucional..., Op. Cit., p.135: “O dispositivo derradeiro busca afirmar que a Constituição, ao enumerar os direitos fundamentais, não teve a preocupação de ser taxativa, admitindo direitos implícitos (ou sensíveis) decorrentes da legislação infraconstitucional”. Os direitos elencados no art.5º e seus incisos, constituem um mínimo *minimum* dos direitos que qualquer indivíduo deve usufruir em um Estado democrático. Ainda os autores, à p.75, afirmam que os direitos fundamentais reconhecidos no art. 5º e seus LXXVIII: “Existem para garantir a dignidade da pessoa humana, conforme estabelece o art. 1º, III, da nossa Carta.”

28 - Tal como ocorre no culturalismo reativo da igualdade de gênero e do respeito aos direitos humanos das mulheres, deslanchado a partir da vigência da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06).

29 - Sem negritos no original.

vel a cidadela jurídica da criança e do adolescente.³⁰

Destarte, a Constituição da República de 1988 promove a dignidade da criança através da prescrição de direitos, igualando sua condição com as demais pessoas humanas, não permitindo distinção relativa à idade, conforme a referida vedação do art. 5º, supra destacado. Complementando a proteção da criança e adolescente, adveio a Lei nº 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que reafirma esses direitos constitucionais fundamentais bem como confere proteção integral, conforme o teor do art. 3º: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo de proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

A finalidade declarada do ECA é a proteção integral da criança e do adolescente, que consiste no desenvolvimento saudável e na garantia da integridade. Assenta-se a Lei, segundo doutrina do-

minante, em dois princípios fundamentais: respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento e prioridade absoluta. Dedicada esta significativa norma infraconstitucional, todo o Título II, do Livro I, aos direitos fundamentais da criança e adolescente, sendo que, no capítulo I faz a proteção aos direitos à vida e à saúde; e no capítulo II, ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade.

Explicitar essas qualidades e condições de vida através de formulações jurídicas, aclarando o conteúdo de cada uma delas e propiciando uma maior vinculação dos obrigados, na visão de Garrido de Paula³¹, representou inegável desafio: a primeira tarefa foi assentar a regra da igualdade, com o que contribuiu com isso, o art.15 do ECA: A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. O passo seguinte consistiu na explicitação de alguns aspectos do direito à liberdade, o que o fez de forma exemplificativa no art.16: “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I – ir, vir e

estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II – opinião e expressão; III – crença e culto religioso; IV – brincar, praticar esportes e divertir-se”³²

O direito de brincar deve ser levado a sério neste nosso país, aonde ainda existem violações e desrespeitos aos direitos humanos, sufragados tais direitos neste particular pela OIT, que veementemente condena o trabalho infantil. Inegável, inclusive sua caracterização como direito fundamental.

Ademais, é de se destacar no art. 17 do ECA, o meta princípio da dignidade, especialmente considerado para estas duas categorias jurídicas de criança e de adolescente: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.”

Inegável que essa dimensão protetiva e de reconhecimento dessa cidadania, fez surgir duas novas categorias de cidadãos: o cidadão-criança e o cidadão-adolescente, que se estratifica solidamente através dos artigos

30 - GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Criança e Dignidade da Pessoa Humana”, in Tratado Luso-Brasileiro da Pessoa Humana, Op. Cit., p. 1055, com destaque para a cidadela jurídica da criança e do adolescente, nesta referida página: “...a cidadela jurídica, estabelecida notadamente a partir do nascimento, representa fortaleza que também abriga e a protege crianças e adolescentes, principalmente das investidas arbitrárias e violentas do mundo adulto. A definição deste patamar de direitos, não foi fácil. A resistência foi enorme, mostrando que o obstáculo cultural – reconhecimento da criança como sujeito de direitos, obrigando Família, Sociedade e Estado – era de tal ordem que até mesmo a admissão de clássicas e antigas garantias processuais contra o arbítrio do Estado na persecução penal eram sustentadas como desnecessárias e desprovidas de valor na manutenção da liberdade de crianças e adolescentes. Estava ainda muito arraigada a idéia de que o Estado constituía-se em uma grande e boa família administrativa, de modo que qualquer decisão, ainda que “aparentemente” truculenta ou carregada de castigos, sempre era adotada em prol do “bem estar do menor”...(omissis). A Nova Carta gerava para os defensores dos direitos da criança e do adolescente a expectativa de que explicitasse o óbvio, ou seja, que quando em risco a liberdade pessoal em razão da prática de crimes. Crianças e adolescentes também eram titulares das garantias e direitos dos adultos, até mesmo em razão da igualdade perante a lei...[é o que se nota com a garantia do contraditório e da ampla defesa], no que determinou uma fórmula alternativa de conteúdo idêntico, consoante se verifica pela redação do art.227, § 3º, inciso IV da Constituição da República:garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica”(negritos nossos).

31 - GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Criança e Dignidade da Pessoa Humana”, in Tratado Luso-Brasileiro da Pessoa Humana, Op. Cit., p.1057, que destaca a função deste art.15, ainda à p.1057; “O dispositivo deliberadamente contempla as três gerações de direitos fundamentais (direitos civis, humanos e sociais) e abrange a completude do ordenamento jurídico (Constituição e leis), vinculando-os às condições básicas da vida humana civilizada (liberdade, respeito e dignidade), conferindo à criança e ao adolescente uma cidadela jurídica de igual importância ao do cidadão-adulto.”

32 - Percebe-se que o legislador previu no item IV deste art. 16 do ECA, o direito de brincar, praticar esportes e de divertir-se. Com o que defendemos aqui, tratar-se de outras hipóteses de direitos fundamentais.

15 a 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Resumindo: o art. 15 consagra esta cidadania, reafirmando que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos fundamentais; o art. 16 versa sobre a liberdade, em seus diversos aspectos; o art.17 cuida da dignidade, ao mencionar o “direito ao respeito” e o, por último, no art.18, o culturalismo reativo, visando resgatar esta dignidade da criança e do adolescente, a partir de sua violação.

Ainda considerando a ordem de proteção especial à criança e ao adolescente, é de se ressaltar, o que o constituinte estabeleceu no § 4º do citado art.227 da CF/88: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” Assim, o legislador infraconstitucional, no afã de proporcionar proteção sexual de vulnerável pela menoridade, tanto no Código Penal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentou tipificando as condutas criminosas específicas e as penas que incidem sobre as mesmas. No Código Penal, esta proteção sexual de vulnerável se verifica com a penalização

das seguintes condutas³³ : 1) o art. 217-A, acrescentado ao CPB pela Lei 12.015/2009, estatuiu o tipo estupro de vulnerável³⁴; 2) o art.218 previu o tipo do induzimento de menor à lascívia³⁵; 3) o art.218-A, o crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança e adolescente³⁶; e 4) o art.218-B, o de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável³⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, penalizou distintas e múltiplas condutas nos tipos dos arts. 228 a 244-A, que vão além da proteção sexual da criança e adolescente, estatuinto diversos crimes praticados contra a criança, num esforço de tentar alcançar qualquer ato contrário à dignidade da criança e do adolescente, que não se limitam a práticas sexuais ilícitas e repugnáveis face à maior vulnerabilidade destas vítimas que não possuem ainda a capacidade de querer e determinar-se segundo seu entendimento, face ao incompleto desenvolvimento humano, biológico, psíquico, emocional, social, cultural ou ainda em qualquer de sua di-

menção existencial. Assim, não se pode negar que o grau de proteção constitucional e legal disponibilizado a esta categoria jurídica de criança e adolescente, é maior, mais intensa e mais ampla que a proteção disponibilizada ao gênero.

Nesta esteira de raciocínio, o enfrentamento institucional dos crimes contra criança e adolescente, independente de qualquer condição - por exemplo, se o infante é do sexo feminino ou masculino ou se é dessa ou daquela raça ou etnia ou ainda pertencente a classes sócio-econômicas mais baixas ou mais altas ou ainda insistindo neste raciocínio, se é de família que pratica tal ou qual religião - deve ser feito com o mesmo rigor e seriedade, por profissionais especializados na matéria e segundo as normas da organização judiciária local, respeitando-se neste caso os princípios constitucionais do Juiz Natural e da Específica Competência. Destarte, não se pode jamais abandonar estes princípios, que se transformam em exigências para aqueles encarregados da prestação jurisdicional.

33 - Cfr. a doutrina de ROGÉRIO GRECO, Código Penal Comentado, 6ª ed. revista, ampliada e atualizada, Editora Impetus, Niterói, 2012, p.643 e 644 é por demais significativa: “A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, caminhando de acordo com as reivindicações doutrinárias, unificou, no art.213 do Código Penal, as figuras de estupro e do atentado violento ao pudor, evitando-se desta forma, inúmeras controvérsias relativas à esses tipos penais, a exemplo do que ocorria com relação à possibilidade de continuidade delitiva, uma vez que a jurisprudência de nossos Tribunais, principalmente os Superiores, não era segura. A nova lei optou pela rubrica do estupro, que diz respeito ao fato de ter o agente constrangido alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou com ele permitir que se pratique outro ato libidinoso. Ao que parece, o legislador se rendeu ao fato de que a mídia, bem como a população em geral, usualmente denominava de “estupro” o que, na vigência da legislação anterior, seria concebido por atentado violento ao pudor, a exemplo do fato de um homem ser violentado sexualmente. Agora, como veremos mais adiante, não importa se o sujeito passivo é do sexo feminino, ou mesmo do sexo masculino que, se houver o constrangimento com a finalidade prevista no tipo penal do art. 213 do diploma repressivo, estaremos diante do crime de estupro. Em alguns países da Europa, tal como ocorre na Espanha, esse delito é chamado de “abuso sexual”.” (negritos nossos).

34 - Art. 217-A do Código Penal Brasileiro: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”. E o § 1º

35 - Art. 218 do Código Penal Brasileiro, modificado pela Lei 12.015/2009: “Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.”.

36 - Art. 218-A do Código Penal Brasileiro, incluído pela Lei 12.015/2009: “Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos”.

37 - Art. 218-B do Código Penal Brasileiro, incluído pela Lei 12.015/2009: “Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.”. Os §§ 1º e 2º, I e II descrevem, respectivamente, as formas qualificadas, com o fim de obter vantagem econômica e conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor em situação de prostituição e ainda responsabilização criminal de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração de vulnerável a quem é proprietário, gerencia o é responsável pelo local em que se verifica tais práticas sexuais criminalizadas pelo mencionado art.218-B: “§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa” e o “§ 2º, I, quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou na situação descrita no caput deste artigo”, e ainda “§ 2º, II, o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo[art.218-B]”.

Ademais, a denegação deste direito àquelas vítimas de maior vulnerabilidade, de serem protegidas pelo juiz natural e competente³⁸, afronta norma constitucional e legal, constituindo-se assim em grave violação das normas aplicáveis às espécies, podendo, salvo melhor juízo, ser considerado inconstitucional qualquer posicionamento por ato administrativo ou decisão judicial que atente contra tais direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Nesta ordem de idéias, é de considerar-se, de que maneira se encontra regulamentada esta especial competência nas leis estaduais de divisão e organização judiciária, para assim verificar se a mesma se encontra contemplada, na unidade da federação em apreço, com uma unidade jurisdicional própria de proteção à criança e adolescente ou se a distribuição desta especial competência está reservada, de forma destacada a uma das varas criminais existentes nas comarcas. Na primeira hipótese, tal unidade jurisdicional (vara especializada de proteção à criança e adolescente, ainda que não possua esta nomenclatura), é a única competente para processar e julgar os crimes cometidos contra infantes e adolescentes, sem qualquer distinção de gênero.

Assim, considerar as unidades jurisdicionais especializadas em combate à violência doméstica

e familiar, contra a mulher, que foram criadas sob a égide da Lei 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha (e, portanto, sob o manto de proteção ao gênero feminino), como competente para julgar os crimes cometidos contra meninas é atentar contra o conceito de gênero³⁹ que foi o critério escolhido pelo legislador nacional ao enfrentar, no plano legislativo, este tipo especialíssimo de violência contra a mulher.

Pode-se reconhecer que a violência de gênero é revestida de atributos assaz específicos, e de um grau de especialidade elevado, em razão da própria dificuldade de compreensão do conceito de gênero por parte daqueles que não lidam com a matéria. Por isso, não é incomum encontrar-se entre os atores do direito (advogados, promotores e juízes), quem não saiba discernir, com rigor e precisão, entre gênero e sexo.⁴⁰ Logo, se o profissional do direito não lida com a matéria cotidianamente, por causa deste grau de especialidade e daqueles atributos específicos que são próprios do conceito de gênero, é compreensível esta confusão conceitual. Tal distinção tem repercussões que escapam, em muito, ao tecnicismo acadêmico, por importar em reflexões de ordem prático-operacional, como o de saber aonde ajuizar as demandas de responsabilização de crimes contra a mulher ou mesmo dos crimes cometi-

dos contra criança e adolescente. Na hipótese de maus tratos ou de violência sexual ou ainda de outro tipo de violência contra meninas – compreendidas estas aquelas personas que ainda não atingiram o limite de idade de 18 (dezoito) anos – indagar-se-ia, de quem é a competência para processar e julgar tais crimes? Da vara especializada em repressão aos crimes contra criança e adolescente? Ou da vara especializada em combater os crimes contra a mulher, criadas sob a égide da Lei Maria da Penha? Bem, a resposta, segundo as considerações retro expostas, somente pode ser atribuída à vara de proteção à criança e adolescente, por causa da maior vulnerabilidade de quem ainda não conta com o pleno desenvolvimento pessoal; que não se confunde da vulnerabilidade em razão do gênero ou mesmo de idosos ou de portadores de necessidades especiais.

Considere-se ademais que o conceito de gênero, para tal situação, somente se verifica quando o ser do sexo feminino atingir a maioridade, aos 18 (dezoito) anos de idade. Antes disso não se pode falar em gênero, mas sim em especial proteção de criança e adolescente. Uma menina é menina, é criança ou adolescente, pois enquanto não se desenvolver completamente em seus aspectos biológico, psicológico, moral e social, ainda não é mulher e nem detém a plena capaci-

38 - NERY JUNIOR, Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria, Constituição Comentada e Legislação Constitucional, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2009, p. 236, discorre sobre o princípio do juiz natural e a designação de magistrado: "A designação de juiz para atuar, de forma genérica, em uma determinada vara, não ofende o princípio do juiz natural. Configura nulidade processual apenas a designação específica, casuística de magistrado para atuar em determinado feito. Diante do pedido de afastamento do juiz titular, por motivo de foro íntimo, o processo deve ser encaminhado para o outro juiz, designado pelo TJ, ante o acúmulo de processos, para ter exercício naquela Vara (STF, 1ª T., RHC 89890-BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 5.12.2006, v.u., DJU 2. 3.2007, p. 38; RT 861/515)".

39 - Cfr. PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina, "A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual contra a Mulher" in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 48, S. Paulo, maio/jun. 2004, pp.260/290, notadamente à p.263, donde se percebe esta conceituação de gênero: "para além do dado biológico que define o sexo (cada nascimento requer um registro sexual, homem/mulher), o "gênero" será concebido como o sexo socialmente construído (a dicotomia feminino/masculino). E SAFFIOTI, Heleieth, O Poder do Macho, ed. Moderna, S. Paulo, 1987, p.11, a autora explicita que a difusão de que o sexo feminino é inferior ao masculino, é um fenômeno construído socialmente, sendo esta a teoria que demonstra, de forma mais lógica e coerente, a questão da desigualdade entre os gêneros.

40 - A propósito do conceito de gênero, vide MORAES RÉGO, Nelson et all, Lei Maria da Penha: o Conceito de Gênero como Núcleo Interpretativo, S.Luis/MA, 2012.

dade de querer e de determinar-se por si só, necessitando do auxílio dos pais ou responsáveis para os atos da vida civil⁴¹ e também não responde pelos crimes eventualmente cometidos, por não serem imputáveis.⁴²

A vulnerabilidade das crianças e adolescentes é maior do que a de gênero.⁴³ Assim quis o legislador constituinte, quando estabeleceu no caput do art.227 que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (sem negrito no original).

É de se notar ainda, que toda violência de gênero é uma violência contra a mulher, mas nem toda violência contra a mulher é violência de gênero. Verbi gratia, se uma mulher é agredida fisicamente no meio da rua por um transeunte (que ela sequer conhecia) ou se é assaltada ou ainda estuprada⁴⁴, trata-se esta hipótese de violência contra a mulher e nunca de violência de



Domínio

gênero. E assim a competência para tais crimes é de uma das várias criminais comuns, segundo a Lei de Divisão e Organização Judiciária.⁴⁵

Vale a colação do art. 5º da Lei 11.340/06, que configura a opção legislativa pelo gênero, ao definir o entendimento de violência doméstica e familiar contra a mulher, como sendo: **“qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”** (negritos nossos), nos âmbitos da unidade doméstica (espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas) e da família (a comunidade formada por indivíduos que são ou se considerem aparentados, unidos por laços

naturais, por afinidade ou por vontade expressa) e em qualquer relação íntima de afeto (extraído dos incisos I a III do mencionado art.5º, LMP).

À guisa de conclusão, é de se convocar John Rawls, em sua maravilhosa afirmação:⁴⁶ “a Justiça só será efetiva se os homens tiverem um sentido de justiça e se respeitarem uns aos outros”.

É no respeito ao outro, independente de ser criança, adolescente ou ser integrante do sexo feminino (ou qualquer outra condição), e no reconhecimento de que somos todos iguais, sem qualquer distinção, e ainda, valorizando a dignidade destes nossos semelhantes de forma fraternal, que construiremos uma sociedade melhor, mais justa e solidária.

41 - Art. 5º da Lei 10.406/2002 (Código Civil): “A menoridade cessa aos dezoito anos completo, quando a pessoa fica habilitada a todos os atos da vida civil”.

42 - Art. 27 do CPB: “Os menores de 18 (dezoito) anos são plenamente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

43 - Conquanto não se possa atribuir qualquer grau diferenciador no aspecto axiológico. A maior vulnerabilidade é unicamente normativa, isto é, o legislador constituinte optou por priorizar maximamente, com absoluta prioridade, a vulnerabilidade da criança e do adolescente, creio que pelo incompleto desenvolvimento pessoal. Apenas para argumentar, em caráter meramente reflexivo explicativo: o constituinte poderia até ter feito outras opções, como por exemplo, pela mulher, historicamente desprestigiada e desrespeitada em seus direitos humanos.

44 - GRECO, Rogério, Código Penal Comentado, Op. Cit., p.644, discorre sobre a situação que se encontra envolta a mulher vítima de um estupro: “A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra a sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador. A conjugação de todos estes fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte, assim, daquilo que se denomina cifra negra. Hoje, com a criação das delegacias especializadas, pelo menos nas cidades de grande porte, as mulheres são ouvidas por outras mulheres sem o constrangimento que lhes era comum quando se dirigia aos homens, narrando o ocorrido. Era, na verdade, a narração de um filme pornográfico, no qual o ouvinte, embora fazendo o papel de austero, muitas vezes praticava atos de verdadeiro voyeurismo, estendendo, demasiadamente, os depoimentos das vítimas tão somente com a finalidade de satisfazer sua imaginação doentia”. (sem negritos no original).

45 - No Estado do Maranhão, vide a Lei Complementar nº 14/91 e suas emendas subsequentes.

46 - Que aqui se traduz, de forma simplificada, Teoria de la Justicia, Op. Cit., p.529.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. Alemã, Theorie der Grundrechte, 2006), Malheiros Editores, São Paulo, 2008;
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, Brasília, 2011;
- DE MORAES, Alexandre Direito Constitucional, Editora Atlas, S. Paulo, 2003;
- DWORKIN, Ronald, Los Derechos en Serio, Editorial Ariel, 1ª ed, 5ª reimpresión, Barcelona, 2002;
- FOUCAULT, Michel, História da Sexualidade, a vontade de saber, vol. I, Relógio D'Água Editores, Lisboa, 1994;
- GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso "Criança e Dignidade da Pessoa Humana" in Tratado Luso-Brasileiro da Pessoa Humana, Quartier Latin (2ª ed, atualizada e ampliada), São Paulo, 2009;
- J.J. GOMES CANOTILHO, O Círculo e a Linha, Da Liberdade dos Antigos à Liberdade dos Modernos, na Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais, in Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;
- MIRANDA, Jorge, A Constituição de 1976, formação, estruturação, princípios fundamentais, Lisboa, 1978;
- _____, A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais, in Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, 2ª ed Atualizada e Ampliada, Ed. Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2009;
- MORAES RÊGO, Nelson et all, Lei Maria da Penha: o Conceito de Gênero como Núcleo Interpretativo, S. Luis/MA, 2012;
- NERY JUNIOR, Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria, Constituição Comentada e Legislação Constitucional, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2009;
- PECES BARBA, G., Curso de Derechos Fundamentales, I, Teoria General, Eudema, Madrid, 1991;
- PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina, "A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual contra a Mulher" in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 48, S. Paulo, maio/jun. 2004;
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Editorial Tecnos, 9ª ed., Madrid, 2005;
- _____, Los Derechos Fundamentales, Ed. Tecnos, Octava edicion, Madrid, 2004;
- RAWLS, John, Teoria de la Justicia, (A Teory of Justice, 1971. Trad. espanhola, 1979), 2ª ed., 2ª reimpressão, Madrid, 2002;
- RODRIGUES, L. Barbosa & CARNEIRO, Alberto Soares, Direitos Humanos, textos fundamentais, Quid Júris Editora, Lisboa, 2011;
- ROGÉRIO GRECO, Código Penal Comentado, 6ª ed. revista, ampliada e atualizada, Editora Impetus, Niterói, 2012;
- ROBERT Alexy, Derechos Sociales y Ponderación, Fundação Colóquio Jurídico Europeo, 2ª Edição, Madrid, 2009;
- SILVIO MOTA & WILLIAM DOUGLAS, Direito Constitucional, Teoria, Jurisprudência e 1000 Questões, ed. Impetus, 14ª ed, Rio de Janeiro, 2004.



ATOS POLÍTICOS E DIREITOS SOCIAIS NAS DEMOCRACIAS

Peça já o seu!

R\$ 65,00

www.cecgp.com.br

O RESPEITO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS PROCEDIMENTOS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA NO ÂMBITO DO REGULAMENTO N.º 1/2003

THE ENFORCEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON THE EUROPEAN UNION COMPETITION LAW PROCEEDINGS



Dora Resende Alves**

Maria Manuela Magalhães Silva***

RESUMO: Apresenta-se uma aproximação breve ao dever de respeito da Comissão Europeia pelos direitos fundamentais no exercício dos procedimentos do direito da concorrência da União Europeia. No desempenho dos seus poderes de investigação ao abrigo do Regulamento n.º 1/2003, cabe à Comissão respeitar os princípios gerais e direitos de defesa garantidos pelo direito comunitário.

PALAVRAS-CHAVE: Comissão Europeia, direito da concorrência, Regulamento n.º 1/2003, direitos de defesa.

ABSTRACT: This paper presents a brief approach to the duty of the European Commission to respect the fundamental rights in the exercise of procedures of competition law of the European Union. In exercising its powers of investigation under Regulation n.º 1/2003, the Commission must respect the general principles and fundamental rights guaranteed by european law.

KEY-WORDS: European Commission, competition law, Regulation n.º 1/2003, the rights of defense.

Sumário: Introdução; 1. Os poderes de investigação da Comissão; 2. O respeito pelos direitos fundamentais das empresas; a) O direito de não testemunhar contra si próprio; b) Protecção da correspondência entre empresa e advogado; c) Sigilo profissional; d) Inviolabilidade do domicílio; e) O direito a ser ouvido; Conclusões.

Introdução

O apreço pelos Direitos Fundamentais, enquanto princípio geral de direito comunitário, assenta no princípio do “respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais” (artigo 6.º do Tratado de União Europeia)¹ e é prosseguido pela União Europeia quer na sua acção institucional quer na sua acção na cena internacional (artigo 21.º, n.º 1, do Tratado de União Europeia). No âmbito das suas competências, o cumprimento das regras de direito de concorrência relativas às empresas previstas

no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigos 101.º e 102.º) é promovido pela Comissão Europeia através de procedimentos administrativos detalhados no direito derivado através do Regulamento n.º 1/2003. Nesse exercício, em que a margem de discricionariedade da Comissão é grande, reveste grande importância o respeito pelos direitos de defesa.²

“Segundo jurisprudência constante, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça e que, para este efeito, este último se inspira

nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem em que os Estados membros colaboraram ou a que aderiram. Neste quadro, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem reveste um significado particular”.³

Não se aborda aqui a problemática global do sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais⁴, mas tão só a análise de alguns direitos de defesa escolhidos e no âmbito procedimental definido.

A defesa da concorrência não pode

** Mestre em Direito e Professora Auxiliar Convidada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal. Doutoranda em Direito na Universidade de Vigo, Espanha.

*** Doutora em Direito e Professora Associada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e do Instituto Bissaya Barreto, Porto e Coimbra, Portugal.

1 - VIEIRA, Nuno da Costa Silva. A origem e a importância dos Direitos Fundamentais. 2013.

2 - Ainda que a definição de direitos fundamentais suscite problemas complexos, em sentido amplo abrange todo o conjunto de liberdades, direitos e garantias de que beneficiam as pessoas num Estado de Direito. E a expressão “direitos de defesa” para os direitos e instrumentos necessários e adequados que o administrado pode fazer valer perante a administração.

ANTUNES, Luís Miguel Pais. Direito da Concorrência. 1995, p. 64.

3 - TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères / Directeur général de la concurrence, Proc. C-94/00, Colect. p. I-9052.

4 - Veja-se DUARTE, Maria Luisa. “A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais...” in Cadernos O Direito. 2010, pp. 169 a 189, e PACHECO, Maria de Fátima. “A protecção dos particulares...” in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas. 2005, pp. 99 a 152.

ser vista como um ordenamento estanque, no seio do ordenamento a que pertença, no caso do direito da União Europeia, antes devendo ser articulada e harmonizada com outros valores jurídico-normativos e ainda com os postulados próprios do Estado de Direito.⁵

Em todo o procedimento susceptível de terminar com a aplicação de uma sanção por violação do direito da concorrência, multa ou adstricção, mesmo que não tendo um carácter penal⁶, a Comissão terá que zelar pelo respeito dos princípios gerais de direito. Sendo que destes fazem parte os direitos fundamentais deles decorre o respeito pelos direitos de defesa das empresas.⁷

1. Os poderes de investigação da Comissão

Enquanto guardião dos Tratados⁸ a Comissão Europeia é competente para vigiar o cumprimento do direito da União Europeia⁹ e será sempre responsável em especial pela garantia de aplicação coerente das regras comunitárias da concorrência¹⁰ no que mantém um papel central de desempenho.¹¹ Nesse exercício, a Comissão exerce específicos poderes de inquérito para concluir pela existência de infracções ao direito comunitário da concorrência – os poderes de investigação previstos em pormenor no regulamento de execução dos artigos 101.º e 102.º TFUE. Esse regulamento é hoje o

Regulamento n.º 1/2003¹² que, num movimento de modernização do direito da concorrência, veio substituir o eficaz Regulamento n.º 17 de 1962, primeiro regulamento de execução dos então artigos 85.º e 86.º do Tratado.¹³

Os poderes de investigação da Comissão vieram a ser alargados no Regulamento n.º 1/2003¹⁴. Na execução conferida à Comissão por



este Regulamento, esta continua a encontrar ao seu dispor um núcleo de poderes de investigação para eficiente aplicação e cumprimento do direito comunitário da concorrência com um conjunto de instrumentos investigatórios que compreendem: o pedido de informações; a inspecção nas empresas; os inquéritos por sectores económicos; a realização de entrevistas.¹⁵

A fase de inquérito surge como uma etapa fundamental para a recolha de informações pela Comissão. Este inquérito prévio tem unicamente por objecto permitir-lhe reunir as informações e documentação necessários para verificar a realidade de uma infracção ao direito comunitário da concorrência¹⁶, mais concretamente aos artigos 101.º e 102.º do Tratado, de que a Comissão teve conhecimento através de denúncia ou de qualquer fonte de informação ao seu alcance e procura pelo exercício dos poderes enunciados assegurar da compatibilidade ou incompatibilidade do comportamento de cada empresa com as regras da concorrência, recolhendo provas da sua participação que só poderão estar, na maior parte dos casos, na posse da própria empresa, antes de iniciar o procedimento contraditório que culminará (eventualmente) com a punição da infractora.

Com efeito, com as competências conferidas à Comissão desde o Regulamento n.º 17, esta tem ao seu dispor um núcleo de poderes de investigação para eficiente aplicação e cumprimento do direito comunitário da concorrência. Previstas vêm também as sanções para a falta de colaboração dos visados, essencialmente as empresas.¹⁷

O Regulamento n.º 17/62 surgiu com um amplo campo de aplicação, tornado fonte para posteriores

5 - CORDEIRO, António Menezes. "Defesa da concorrência e direitos fundamentais..." in Revista O Direito. 2004, p. 44.

6 - BALCIUNAITÉ, Justina e STARIENE, Lijana. "Right to privacy v. European Commission's expanded power of inspection according to Regulation 1/2003" in Jurisprudence. 2010, p. 116.

7 - THOUVENIN, Jean-Marc. "Chronique de la concurrence... Première partie: aspects de procédure" in Revue du Marché commun et de l'Union européenne. 2005, p. 467.

8 - Antigo artigo 211.º TCE, substituído em substância pelo novo artigo 17.º do TUE.

9 - Artigos 17.º, n.º 1, do TUE e 258.º a 260.º do TFUE.

10 - Expressamente o antigo artigo 85.º TCE e agora artigo 105.º do TFUE.

11 - Artigo 1.º do Regulamento n.º 1/2003.

12 - Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOCE L 1 de 04.01.2003, pp. 1 a 25.

13 - Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, JO 13 de 21.2.1962, p. 204.

14 - Ver FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. "Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados" in Anuario de la Competencia 2009. 2010, p. 139.

15 - Respectivamente, artigos 18.º, 20.º, 17.º e 19.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003.

16 - TJCE, Acórdão de 26 de Junho de 1980, National Panasonic / Commission, Proc. 136/79, Colect. 1980-5, p. 2033.

17 - A natureza destas sanções não tem, porém, um carácter penal. Ver DíEZ-PICAZO, Luis Maria. "Derecho Comunitario y Medidas Sancionatorias" in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. 1994, p. 294: "Tampoco existen muchas actos de Derecho derivado que, en el ámbito del Tratado CEE, establezcan directamente sanciones aplicables por la propia Comunidad. Se limitan a la esfera de la competencia y toman como modelo el Reglamento 17/1962, que, en desarrollo de los arts. 85 y 86 (...) habilita a la Comisión para la imposición de multas por la infracción de las mencionadas reglas sobre la competencia. Es de destacar que estos reglamentos afirman expresamente el carácter no penal de las mencionadas sanciones."

regulamentos específicos para campos de actividade por eles definidos, e deu lugar a importantes desenvolvimentos jurisprudenciais.¹⁸

Como é compreensível o exercício destes poderes é rodeado de um conjunto de cuidados no sentido de respeitar os direitos fundamentais das pessoas (colectivas, mas por vezes também singulares) envolvidas nas investigações que a Comissão pode efectuar.¹⁹

Da parte do Estado membro, impende sobre ele o dever de cooperação leal. “Quando as autoridades comunitárias e nacionais são chamadas a concorrer para a realização dos objectivos do Tratado através de um exercício coordenado das suas competências respectivas, como acontece no caso vertente, essa cooperação se reveste de um carácter particularmente essencial”²⁰.

2. O respeito pelos direitos fundamentais das empresas

No exercício dos seus poderes de investigação, cabe à Comissão respeitar os princípios gerais e direitos fundamentais garantidos pelo direito da União Europeia.

Nos aspectos processuais relativos ao quadro institucional de aplicação efectiva do direito da concorrência da UE é crucial garantir uma pro-

tecção adequada dos direitos fundamentais das partes interessadas, eventualmente através de controlo jurisdicional.²¹

Num processo de natureza administrativa toda a pessoa jurídica, cujos direitos, liberdades ou interesses possam ser afectados, deve beneficiar, quer antes quer depois da tomada de decisão pela administração, da possibilidade de invocar, por escrito ou oralmente, todos os factos, argumentos e provas em sua defesa, elementos esses que deverão ser devidamente ponderados pelas autoridades administrativas.²²

O acesso ao processo desencadeado pela Comissão e documentos aí constantes ganha importância vital, a conjugar com o respeito pela confidencialidade própria de alguns elementos.²³ A política de acesso aos documentos tem sido largamente desenvolvida pela União Europeia²⁴ e é só por si tema de desenvolvimento de estudos²⁵ e legislação.

Os direitos fundamentais (e em especial os direitos de personalidade) foram histórica e dogmaticamente pensados para servir o ser humano, a pessoa singular, porém a sua tutela veio a ser alargada (se aplicável) às pessoas colectivas por via da jurisprudência, passando os direitos fundamentais a contemplar

todos os sujeitos de direito, independentemente da sua natureza. As empresas têm os mais variados direitos e surge a necessidade de verificar os limites à defesa da concorrência, em nome dos direitos fundamentais das empresas, tutelando-a e regulando-a, para que seja possível conciliar os valores em presença. A conjugação entre a defesa da concorrência e os direitos das empresas torna-se mais fácil se tivermos em conta que na Europa a concorrência não vale por si, mas apenas como um meio para o bom funcionamento do mercado interno.^{26,27}

Um certo número de questões e dúvidas levantam-se quanto à conformidade de alguns aspectos do exercício dos poderes de investigação da Comissão com a existência e devido respeito por direitos fundamentais²⁸ das empresas²⁹ tais como a inviolabilidade da correspondência trocada com advogados ou a recusa de testemunhar contra si próprio³⁰ e mesmo em relação às pessoas individuais envolvidas por exemplo no que toca ao respeito pela sua vida privada³¹. Preocupações fundadas, nomeadamente, na inexistência de controlo jurisdicional prévio à acção da Comissão e no não reconhecimento às empresas de um direito de recusa ao efectuar das diligências da Comissão.³²

Mesmo porque sendo um dos

18 - GALINDO, Blanca Rodriguez. “L’application des règles de concurrence du traité CEE: les pouvoirs d’enquête de la Commission” in *Revue du Marché Unique Européen*. 1991, p. 76.

19 - RODRIGUES, Eduardo Raul Lopes. *O Essencial da Política da Concorrência*. 2005, p. 321.

20 - TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères / Directeur général de la concurrence, Proc. C-94/00, Colect. pp. I-9054.

21 - Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2011. 2012, p. 11.

22 - ANTUNES, Luís Miguel Pais. *Direito da Concorrência...* 1995, p. 106.

23 - COMMISSION of the European Communities. XIIth Report on competition policy. 1982, p. 40.

24 - VÖLCKER, Sven B. “Developments in EC competition law in 2005: an overview” in *Common Law Market Review*. 2006, pp. 1411.

25 - THOUVENIN, Jean-Marc. “Chronique de la concurrence... Première partie: aspects de procédure” in *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*. 2005, p. 470. Muito recentemente volta a haver propostas nesta matéria com a Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 168 E/45, de 15 de dezembro de 2011, JOUE C 168 E de 14.06.2013, p. 159.

26 - Artigo 3.º, n.º 2, do TUE.

27 - CORDEIRO, António Menezes. “Defesa da concorrência e direitos fundamentais...” in *Revista O Direito*. 2004, pp. 72 a 75.

28 - Alguma distinção se pode fazer entre os direitos fundamentais e os direitos de defesa, conceitos não perfeitamente coincidentes, mas que, sem nos alongarmos nessa análise, iremos tratar como idênticos, tendo em conta precisamente a caracterização do processo de inquérito da Comissão como um processo de natureza administrativa.

29 - Os direitos fundamentais do indivíduo não mereceram inicialmente uma atenção sistemática no quadro comunitário, carência talvez explicável por as preocupações dos Tratados originários terem apenas um carácter puramente económico. A ordem comunitária veio contudo a inspirar-se em diplomas internacionais como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta Social Europeia, e houve uma evolução grande com a introdução da cidadania europeia pelo Tratado de Maastricht até à consagração da CEDE. Ver COHEN JONATHAN, G. “La Cour des Communautés Européennes et les droits de l’homme” in *Revue du Marché Commun*. 1978, p. 74; DAUSES, Manfred A. “The Protection of Fundamental Rights...” in *European Law Review*. 1985, p. 399. e ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. *Direito Comunitário*. 1985, p. 50.

30 - JANSSEN, Bernhard. “Les pouvoirs d’investigation de la Commission...” in *Revue du Marché Commun*. 1990, p. 696.

31 - BALCIUNAITIS, Justina e STARIENE, Lijana. “Right to privacy v. European Commission’s expanded power of inspection according to Regulation 1/2003” in *Jurisprudence*. 2010, p. 119.

32 - Idem.

objectivos da construção da União Europeia o estabelecimento de um verdadeiro *Rechtstaat*, o assegurar a protecção dos direitos e garantias fundamentais tornou-se prioritário.³³ O próprio Tribunal de Justiça veio a consagrar o respeito dos direitos de defesa³⁴ como um princípio fundamental do direito comunitário desde a década de 70³⁵.

Questão relevante foi a ausência de uma previsão sistemática de regras que instituíam um sistema jurídico comunitário de respeito pelos direitos fundamentais, durante longo tempo.³⁶

A primeira norma processual reguladora da acção da Comissão no âmbito escolhido para esta análise³⁷ não previa disposições que regulamentassem expressamente os direitos das empresas face ao exercício dos poderes de inquérito pela Comissão, mas o Tribunal de Justiça³⁸ exerceu eficazmente a sua função de fonte de direito, com base nos princípios gerais de direito e nos princípios comuns aos direitos dos Estados membros, colmatando com regras³⁹ que começam a ser exigidas pelas empresas ao reagirem contra a acção da Comissão que consideram excessiva. Os po-

deres da Comissão já foram mesmo considerados “exorbitantes”⁴⁰, mas muito se avançou desde então.

Sendo, o processo inquisitório da Comissão de natureza administrativa⁴¹, ainda assim há lugar ao respeito de um quadro de direitos fundamentais, aliás com raízes nos



ordenamentos dos Estados membros.⁴²

Recorde-se portanto que, em particular no que respeita ao direito da concorrência, a consagração da aplicação dos direitos fundamentais nestes processos, bem como a delimitação da amplitude com que seriam aplicáveis, teve origem pretoriana, retirando os tribunais comunitários a sua inspiração das tra-

dições constitucionais dos Estados membros e das linhas de orientação fornecidas por textos internacionais. E é assim que a retórica dos princípios e direitos fundamentais evoluiu significativamente no decorrer dos anos 90, e o papel preponderante dos tribunais permitiu garantir que, ao longo do processo, os poderes de investigação da Comissão fossem equilibrados com os direitos das empresas⁴³.

Naquela data, o Regulamento n.º 99/63⁴⁴ já fazia uma referência aos direitos de defesa⁴⁵ e o Regulamento n.º 4064/89⁴⁶ declarava que os direitos de defesa deviam ser garantidos em todas as fases do procedimento⁴⁷, enquanto o Regulamento n.º 17/62 não fazia qualquer referência de uma forma abrangente a tais direitos nem nos seus Considerando iniciais⁴⁸. Mas surge aqui um ponto a esclarecer: a diferença entre o inquérito preliminar e o procedimento acusatório. Neste último, o princípio do contraditório está assegurado⁴⁹, mas no inquérito preliminar a acção da Comissão é organizatória e preventiva, não tem ainda um carácter repressivo. E se bem que os direitos de defesa devam ser garantidos nesta fase não contra-

33 - SIMON, Denys. “Ordre public et libertés publiques...” 1976, p. 202.

34 - PLIAKOS, Astéris. Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência. 1995, pp. 52 e 76.

35 - A observar nos processos administrativos susceptíveis de levar à aplicação de sanções no cumprimento das regras substantivas da concorrência (TJCE, Acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin / Commission, Proc. 322/81, Colect. 1983-10, p. 3498). Ver ainda COHEN JONATHAN, G. “La Cour des Communautés Européennes et les droits de l’homme” 1978, p. 88.

Ver PICOZZA, Eugénio. “Il Regime Giuridico del Procedimento Amministrativo Comunitario” 1994, p. 327, que defende o respeito pelos direitos de defesa em qualquer procedimento que possa conduzir à imposição de sanções.

36 - Ver LENAERTS, Koen. “Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue” 1991, p. 367.

37 - O Regulamento n.º 1/2003.

38 - Ver JEANTET, Fernand-Charles. “La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence”. 1986, p. 65; BERGERÈS, Maurice-Christian. Contencioso Comunitário. e VESTERDORF, Bo. “Complaints concerning infringements of competition...” 1994, p. 89.

39 - No Acórdão Transocean Marine Paint / Commission : “la règle générale selon laquelle les destinataires de décisions des autorités publiques qui affectent de manière sensible leurs intérêts, doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue” (TJCE, 23 de Outubro de 1974, Proc. 17/74, Colect. 1974, p. 1080).

40 - PLIAKOS, Astéris. “La protection des droits de la défense...” 1995, p. 450.

41 - COMMISSION of the European Communities. XIth Report on competition policy (1981). § 27, p. 31.

42 - No Acórdão Hoffman-La Roche / Commission : “le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d’aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s’il s’agit d’une procédure de caractère administratif” (TJCE, de 13 de Fevereiro de 1979, Proc. 85/76, Colect. 1979, p. 511).

Ainda que a Comissão deva respeitar as garantias de defesa das empresas, não se pode ter por preocupação tratar-se de um processo de natureza judicial, uma vez que a Comissão dificilmente será considerada como um tribunal para efeitos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (TJCE, Acórdão de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck (FEDETAB) / Commission, Procs. 209 a 215 e 218/78, Colect. 1980-7, p. 3248). Ver também VAN DAMME, Jacques. “La mise en oeuvre des articles 85 et 86...” 1967, p. 51.

43 - MARTINHO, Helena Gaspar. “Tribunais especializados, concentração de competências e o futuro tribunal da concorrência, regulação e supervisão” in C&R.. 2010, p. 258.

44 - Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, JOCE 127 de 20.8.1963, revogado pelo Regulamento n.º 2842/98. Foi aliás com fundamento no artigo 9.º, n.º 1, deste Regulamento que surge o cargo de conselheiro auditor, na designação da sua criação. Anexo ao Treizième Rapport sur la politique de concurrence de 1983 da Comissão, Mandat du conseiller-auditeur, p. 291.

45 - Ver o seu terceiro Considerando.

ditória, em todo caso sê-lo-ão com uma intensidade diferente (maior) da fase seguinte.⁵⁰

O inquérito, como fase em que a Comissão tenciona descobrir as infracções às prescrições legais ou regulamentares que protegem a livre concorrência é talvez a fase de procedimento onde a necessidade de assegurar a eficácia da acção administrativa é maior e mais perceptível, mas há, ainda assim, que a manter nos limites do necessário e na prossecução de um objectivo pré-definido.⁵¹

Os largos poderes conferidos à Comissão pelos regulamentos de execução para prosseguir o cumprimento das regras comunitárias da concorrência têm sido criticados, considerando que o direito adjectivo dota a Comissão do exercício de funções próprias de acusador, investigador, acusador e juiz, o que re-



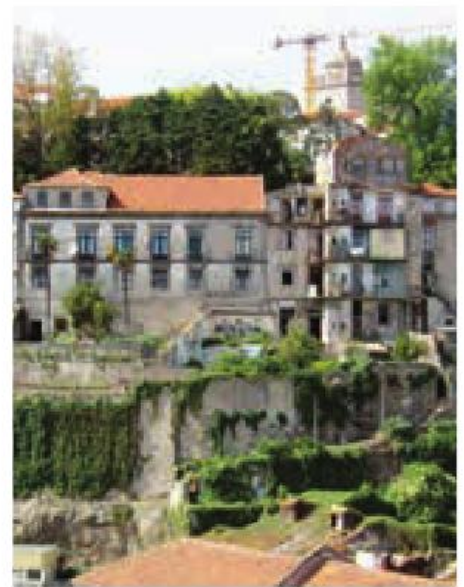
sultaria num procedimento injusto, mas a jurisprudência sempre confirmou a validade dessas regras como em conformidade com os princípios de justiça.⁵²

Porém, em todos os procedimentos administrativos passíveis de conduzir à aplicação de sanções, como é o caso na aplicação das regras de concorrência do Tratado, se requer o respeito pelos direitos de defesa como direitos fundamentais que fazem parte dos princípios gerais de direito de que o Tribunal de Justiça é garante.⁵³

Os poderes administrativos de investigação, enquanto actuação material, incidem sobre os direitos fundamentais pois envolvem o exercício de poderes coercitivos, o que explica a sua sujeição a um conjunto de princípios gerais, comuns a toda a intervenção administrativa, de limitação e organização. Para além do princípio de reserva de lei há que ter em conta os princípios de necessidade, proporcionalidade e igualdade, com a dificuldade de os articular com o necessário poder discricionário da Comissão na hora de colocar em prática as medidas de investigação.⁵⁴

Na sua análise, o Tribunal de Justiça, e também a doutrina, têm considerado que os extensos poderes da Comissão não põem em causa o respeito pelos direitos fundamentais.⁵⁵

Fica assegurado como princí-



pio de direito da União Europeia, o direito a ser ouvido, ainda pedra angular do direito a um julgamento justo, muitas vezes exercido por escrito mas também conferida a oportunidade de requerer uma audição oral, no respeito pelos princípios de direito internacional geral.⁵⁶

No sistema da UE, e com a sua evolução, há hoje detalhados procedimentos que garantem um elevado grau de protecção dos direitos de defesa das partes envolvidas⁵⁷. Dessa forma, por exemplo, o exercício das funções do cargo de Auditor⁵⁸ insere-se nas preocupações da Comissão em conduzir os seus procedimentos em matéria de concorrência de forma a assegurar o respeito dos direitos procedimentais das partes interessadas. Em especial, o direito das partes interessadas em serem

46 - A matéria sobre as operações de concentração de empresas foi regulada em 1989 (a primeira proposta de 1972) pelo Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, JOCE 395 de 30 de Dezembro de 1989, pp. 1 a 12, com as alterações do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas ("Regulamento das concentrações comunitárias"), JOCE L 24 de 29.1.2004, executado pelo Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004, de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JOCE L 133 de 30.04.2004, pp. 1-39 (rectificado no JOCE L 172 de 6.5.2004, p. 9), e está hoje regulada pelo Regulamento (CE) n.º 1033/2008 de 20 de Outubro, que altera o Regulamento (CE) n.º 802/2004 de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JOUE L 279 de 22.10.2008, pp. 3-12).

47 - No seu artigo 18.º.

48 - Salvo uma referência ao direito de as empresas serem ouvidas, no seu décimo primeiro Considerando e no artigo 19.º.

49 - A propósito do direito de ser ouvido constante do artigo 19.º do Regulamento n.º 17/62, ver CESARINI, Paolo. "Le droit d'être entendu..." in *Révue du Marché Unique Européen*. 1995, p. 145, e GUDIN, Charles-Étienne. "Le droit d'être entendu..." in *Révue des Affaires Européennes*. 1994, p. 43.

50 - LESGUILLONS, Henry. "L'auto-incrimination en droit de la concurrence" in *Révue de Droit des Affaires Internationales*. 1994, p. 245, e SAINT-ESTEBEN, Robert. "Les droits de la défense..." in *Révue des Affaires Européennes*. 1994, p. 51.

51 - JEANTET, Fernand-Charles. "La défense dans les procédures..." in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. 1986, p. 56.

52 - LAVOIE, Chantal. "The Investigative Powers of the Commission..." in *European Law Review*. 1992, p. 21; TJCE, Acórdão de 7 de Junho de 1983, *Musique Diffusion Française / Commission*, Proc. 100 a 103/80, Colect. 1983-6, p. 1880, e BRUNET, François. "Chronique de droit communautaire de la concurrence" in *Revue de Droit des Affaires Internationales*. 1994, p. 492.

53 - THOUVENIN, Jean-Marc. "Chronique de la concurrence... Première partie: aspects de procédure" in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*. 2005, p. 467.

54 - LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia" in *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. 2009, p. 37.

ouvidas antes da adopção de qualquer decisão individual, que constitui um direito fundamental da União Europeia, reconhecido pela Carta dos Direitos Fundamentais⁵⁹. As normas de execução das regras do Tratado relativas ao direito da concorrência prevêm o direito de as partes interessadas e de terceiros serem ouvidos antes de ser tomada qualquer decisão final que afecte os seus interesses. O direito de apresentar os seus argumentos acontece por escrito mas também é possível oralmente.

O assegurar dos direitos de defesa nos procedimentos de direito da concorrência foi uma preocupação crescente, hoje expressamente apoiada no texto da Carta dos Direitos Fundamentais.⁶⁰

Certamente que a observação de tais direitos de participação é em primeiro lugar da responsabilidade da Comissão, nomeadamente o direito de acesso a todo o processo foi consagrado pela Comissão e uma conquista para os direitos de defesa, a par da criação do cargo de Auditor em 1982⁶¹ e com imediato êxito⁶², acompanhando as evoluções tecnológicas na disponibilização dos pro-

cessos às partes.⁶³ “Em princípio, deve ser concedido às Partes acesso a todos os documentos que constituem o processo da Comissão, com excepção de documentos internos, dos segredos comerciais de outras empresas ou de outras informações confidenciais”.⁶⁴

Ainda que a aplicação pública



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

do direito da concorrência não tenha apresentado um mau resultado na Europa e visto que a sua aplicação evidentemente se manterá, as dificuldades de ordem material e processual dificultam ainda a prática do exercício para a propositura de acções de indemnização por da-

nos e prejuízos, possíveis hoje em dia em todos os direitos internos, para salvaguarda do respeito pelos direitos fundamentais (no chamado *private enforcement* por oposição ao *public enforcement*).⁶⁵

Analisa-se com mais detalhe alguns direitos escolhidos:

a) O direito de não testemunhar contra si próprio

O direito de não testemunhar contra si próprio é um princípio de direito segundo o qual qualquer pessoa suspeita de uma infracção sancionada repressivamente pelos tribunais, tem o direito de não responder a questões que possam agravar a sua situação, não sendo obrigada a fornecer argumentos utilizáveis contra ela ⁶⁶⁻⁶⁷.

O Regulamento n.º 1/2003 não prevê qualquer norma que liberte as empresas de uma obrigação de informar. O Conselho não aprovou a proposta do Parlamento Europeu, aquando da discussão do projecto do prévio Regulamento n.º 17/62, no sentido de que “as pessoas obrigadas a fornecer as informações podem recusar responder às questões,

55 - BALCIUNAITĖ, Justina e STARIENĖ, Lijana. “Right to privacy v. European Commission’s expanded power of inspection according to Regulation 1/2003” in *Jurisprudence*. 2010, p. 117.

56 - O artigo 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 em RODRIGUES, L. Barbosa e CARNEIRO, Alberto Soares. *Direitos Humanos*. 2011, p. 204.

57 - ITALIANER, Alexander. “The European Commission’s procedural package...” in *C&R*. 2011, p. 26.

58 - Decisão 2011/695/UE do Presidente da Comissão Europeia, relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência, JOUE L 275 de 20.10.2011, pp. 29 a 37.

59 - Ver artigo 41.º da CEDF.

Em 2007/C 303/01, JOUE C 303 de 14.12.2007 consta Informação oriunda das instituições e dos órgãos da União Europeia com a republicação do texto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclamada em 7 de Dezembro de 2000, texto esse adaptado e válido a partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa (pp. 1 a 16).

Segue-se (2007/C 303/02, pp. 17 a 35) a publicação de Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, que constituem um valioso instrumento de interpretação destinado a clarificar as disposições da Carta.

Fora no Conselho Europeu em Colónia, Alemanha, em 3 e 4 de Junho de 1999, que se decidira a elaboração de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. É no Conselho Europeu de Nice, França, de 7 a 9 de Dezembro de 2000, que é solenemente proclamado o texto da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (publicado em 2000/C 364/01 em JOCE C 364 de 18.12.2000, pp. 1 a 22), sem ser juridicamente vinculativa.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a posição da Carta de Direitos Fundamentais figura em Declaração anexa, com algumas ressalvas para a República Checa, Polónia e Reino Unido.

60 - Ver artigos 47.º e 48.º, n.º 2, da CEDF.

61 - COMMISSION des Communautés européennes. Treizième Rapport sur la politique de concurrence (1983), § 74, p. 68.

ALBERS, Michael e JOURDAN, Jérémie. “The Role of Hearing Officers in EU ...” 2011, p. 189, e COMMISSION of the European Communities. XIth Report on competition policy. 1981, § 22.

62 - COMMISSION of the European Communities. XIIth Report on competition policy (1982). § 34, p. 40.

63 - Por exemplo através de DVD no Relatório Final do Auditor 2011/C 324/06, JOUE C 324 de 09.11.2011, p. 5.

64 - Relatório Final do Auditor 2012/C 64/08, de 10 de outubro de 2011, JOUE C 64 de 03.03.2012, p. 8.

65 - VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. “La terminación convencional del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia” in *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. 2009, p. 170.

66 - PLIAKOS, Astérís. *Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência*. 1995, p. 257.

67 - No direito português, relacionados com este o artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa e o artigo 61.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Penal, na versão da Lei n.º 20/2013 de 21 de Fevereiro, como a 25.ª alteração.

quando tal resposta for susceptível de expor as próprias pessoas, ou de expor qualquer pessoa a quem seja reconhecida pelas normas de processo nacionais a possibilidade de recusar-se a testemunhar, ou as empresas ou associações de empresas que elas representam, a sanções penais”.⁶⁸

Nem o artigo 18.º, nem o artigo 20.º, ambos do Regulamento n.º 1/2003, reconhecem o direito de recusa das empresas ou associações de empresas de fornecer informações que possam vir a ser utilizadas pela Comissão como prova contra elas. Pelo contrário, o Regulamento impõe às empresas uma obrigação de colaboração activa nas medidas de investigação⁷⁰. Porém, a jurisprudência vincula o direito a não testemunhar contra si próprio como um direito de defesa e portanto um princípio fundamental da ordem comunitária.⁷¹

Outra questão é o carácter não penal expresso⁷² das sanções passíveis de serem aplicadas e a sua aplicação apenas a pessoas colectivas, empresas ou associações de empresas. É que, encontramos na doutrina autores que consideram que o direito a não testemunhar contra si próprio só pode ser invocado quando reunidas duas condições, a sanção a aplicar ser de natureza penal e dizer respeito a uma pessoa individual⁷³;

e autores que se manifestam a favor de um reconhecimento geral desse direito às pessoas colectivas e para todo o tipo de sanções.⁷⁴ Crê-se ser este o sentido a seguir.

As normas de aplicação das regras da concorrência não reconhecem portanto um direito ao silêncio⁷⁵. A possibilidade de uma empresa alegar que a resposta a um pedido de informação da Comissão deixa vulnerável o seu direito de defesa é limitada.⁷⁶

Ainda que a Comissão tenha a autoridade para obrigar a empresa a fornecer todas as informações solicitadas e a apresentar os documentos pedidos que se encontrem em seu poder, incluindo os que sirvam de fundamento para provar a sua infracção, a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de dar respostas que impliquem admitir a existência de uma infracção cuja prova cabe à Comissão.⁷⁷ O equilíbrio é difícil.

A questão é que a empresa não pode ser obrigada a inculpar-se⁷⁸, acusando-se da prática de uma infracção ao direito da concorrência comunitário, mas pode por outro lado ser obrigada a fornecer todas as indicações que a Comissão considere necessárias e que servirão de base à acusação⁷⁹. Na prática, nem sempre será evidente distinguir as duas ideias, já que a Comissão ao solicitar

elementos factuais, considera que os mesmos deverão ser fornecidos, mesmo tendo como consequência o estabelecimento da prova da infracção⁸⁰. Não é uma questão fácil.

A jurisprudência garante que a Comissão não pode obrigar uma empresa a reconhecer a existência de uma infracção, antes cabe à Comissão provar a infracção mediante uma reconstrução dos factos e não está autorizada a simplesmente pedir à empresa que reconheça a sua implicação, sob pena de nulidade⁸¹. Mas por outro lado a empresa não pode recusar-se a responder a perguntas puramente factuais que levem a empresa a admitir a existência de uma infracção.

Não obstante a ausência de previsão sobre o direito a não testemunhar contra si próprio no direito da concorrência comunitário, o Tribunal de Justiça vincula-o como um direito de defesa na qualidade de princípio fundamental do ordenamento jurídico comunitário⁸². Porém, não se trata de um direito absoluto, não podendo portanto constituir entrave injustificado à actividade da Comissão na sua missão de velar pelo cumprimento das normas da concorrência no mercado interno⁸³. Nem sempre é fácil estabelecer estas fronteiras com nitidez entre um dever de cooperação das empresas investigadas e o seu direi-

68 - DERINGER apud ANTUNES, Luís Miguel Pais Direito da Concorrência. 1995, p. 120.

69 - JOSHUA, Julian Mathic. Requests for Information in EEC Factfinding Procedures. *European Competition Law Review (ECLR)*. 1982, p. 178.

70 - TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem / Comissão, Proc. 374/87, Colect. 1989-9, p. 3349.

71 - TJCE, Acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin / Comissão, Proc. 322/81, Colect. 1983-10, pp. 3461 a 3547.

72 - Artigo 15.º, n.º 4, do anterior Regulamento n.º 17/62: “As decisões tomadas por força dos n.ºs 1. e 2. não têm natureza penal”

73 - JOSHUA, Julian Mathic. The Element of Surprise: EEC Competition Investigations under Article 14 (3) of Regulation 17. *European Law Review*. 1983, p. 13.

74 - PLIAKOS. 1995, op. cit., p. 258.

75 - LABARDE, Marie-Chantal Boutard. Enquêtes en vue de l'application des articles 85 & 86: droits et devoirs des entreprises. 1992, p. 33.

76 - FERNÁNDEZ MOLINERO, María. “Los poderes de investigación de la Comisión Europea...” in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 188.

77 - TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem / Comissão, Proc. 374/87, Colect. 1989-9, pp. 3283 a 3354.

78 - Comunicação 2011/C 308/06 da Comissão, JOUE C 308 de 14.10.2011, Considerando 36, p. 13.

79 - SAINT-ESTEBEN, Robert. “Les droits de la défense...” in *Révue des Affaires Européennes*. 1994, p. 54, e JANSEN, Bernhard. “Les pouvoirs d’investigation de la Commission...” in *Revue du Marché Commun*. 1990, p. 700.

80 - SAINT-ESTEBEN. 1994, cit..

No Acórdão Orkem / Comissão: “o Regulamento n.º 17 não reconhece à empresa que seja objecto de uma medida de investigação qualquer direito de se furtar à execução dessa medida em virtude de o seu resultado poder fornecer a prova de uma infracção que cometeu às regras da concorrência (...) a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos (...) mesmo que estes possam servir (...) para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial”, mas não pode “impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão” (TJCE, 18 de Outubro de 1989, Proc. 374/87, Colect. 1989-9, pp. 3350 e 3351).

81 - TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem / Comissão, cit, p. 3283, § 41, e Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Solvay & Cie / Comissão, Proc. 27/88, Colect. 1989-9, p. 3355, § 37.

82 - GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. 2010, p. 220.

83 - TPI, Acórdão de 20 de Fevereiro de 2001, Mannesmannröhren-Werke AG / Comissão, Proc. T-112/98, Colect. p. II-729.

to a uma não incriminação⁸⁴.

b) Protecção da correspondência entre empresa e advogado

A todo o indivíduo sujeito a uma jurisdição deve ser concedida a possibilidade de se comunicar livremente com o seu advogado, cuja função será conceder-lhe, de uma forma independente, todos os conselhos jurídicos necessários⁸⁵. Consequentemente, em todos os Estados membros encontramos uma protecção conferida à confidencialidade da correspondência trocada entre o advogado e o seu cliente⁸⁶, embora com diferenças de grau ou de métodos aplicados nas diferentes legislações nacionais. Mas não se encontra consagrado directamente na legislação europeia, apenas através da sua jurisprudência⁸⁷, cujo entendimento não afecta a regulamentação interna de cada Estado membro nesta matéria.⁸⁸

Questão específica é sabermos da aplicação desta protecção no quadro do direito da concorrência comunitário e sendo o cliente uma empresa ou associação de empresas⁸⁹. O direito à confidencialidade nas comunicações entre advogado e cliente está pensado na óptica do cliente, quer dizer que se trata de um direito que este pode invocar no

caso de sofrer uma investigação por parte das autoridades da concorrência, para proteger essas comunicações e documentos elaborados pelos seus advogados, é portanto um direito do cliente⁹⁰.

O Regulamento n.º 17/62 não previa quaisquer disposições que expressamente previssem esta protecção, nem agora o novo Regulamento n.º 1/2003. Não obstante, existe uma limitação em relação à correspondência entre as empresas e seus advogados⁹¹ no exercício dos poderes de investigação da Comissão. Documentos que podem estar protegidos pelo sigilo profissional da relação entre advogado e cliente e terem, por isso, um carácter confidencial em relação à Comissão⁹². Face a esta lacuna, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a aplicabilidade desta protecção no direito comunitário, vindo a concluir pelo reconhecimento da protecção da confidencialidade da correspondência trocada entre empresa e advogado como um princípio geral de direito comunitário⁹³.

Já muito antes o Parlamento Europeu se pronunciara sobre o projecto do Regulamento n.º 17/62 propondo que o segredo profissional, como por exemplo dos advogados e dos contabilistas, deve ser assegurado,

mas tal proposta não foi atendida na redacção final⁹⁴. Também já fora levada a cabo uma análise da questão nas diferentes ordens jurídicas nacionais dos Estados membros em 1976 pela CCBE - Commission Consultative des Barreaux de la Communauté Européenne, dando origem a um chamado "Relatório Edward"⁹⁵.

A noção de "correspondência" deve ser interpretada de uma forma lata, incluindo qualquer comunicação, oral ou escrita, entre a empresa e o seu advogado, embora as questões se levantem quase exclusivamente sobre documentos escritos⁹⁶.

No entanto, o Tribunal adopta este direito das empresas com um alcance delimitado por duas condições: que se trate de correspondência trocada no âmbito e no interesse dos direitos de defesa do cliente e que seja proveniente de um advogado independente⁹⁷. E a jurisprudência tem reafirmado este entendimento⁹⁸. É neste quadro que o princípio consagrado pelo Tribunal de Justiça deve ser interpretado na aplicação do hoje Regulamento n.º 1/2003⁹⁹.

A primeira condição é, como foi dito, que se trate de correspondência trocada no âmbito e com os fins do direito de defesa do cliente. O que traz consigo uma concepção finalis-

84 - MENDES, Paulo de Sousa. "O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência" in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*. 2009, pp. 217.

85 - Ver os deveres do advogado para com o seu cliente, na legislação portuguesa, no artigo 83.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, pela Lei n.º 15/2005 de 26 de Junho, já alterada pelo Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro e Lei n.º 12/2010 de 25 de Junho.

86 - Ver artigo 179.º, n.º 2, do Código de Processo Penal português.

87 - Pela primeira vez consagrado pelo TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1610.

88 - IGARTUA ARREGUI, Íñigo; ESPÓSITO, Daniela. "El derecho a la confidencialidad..." in *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*. 2011, p. 134.

89 - É das questões mais debatidas em relação à actuação da Comissão (JOSHUA, Julian Mathic. "Information in EEC Competition Law Procedures" in *European Law Review*. 1986, p. 423).

90 - IGARTUA ARREGUI, Íñigo; ESPÓSITO, Daniela. "El derecho a la confidencialidad..." in *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*. 2011, p. 131.

91 - FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea..." in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 200.

92 - Comunicação 2011/C 308/06 da Comissão, JOUE C 308 de 14.10.2011, Considerando 51, p. 15.

93 - Esta fonte de direito comunitário não escrita corresponde a objectivos gerais da integração europeia e foi consagrada no TJCE, Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, *Europemballage et Continental Can / Commission*, Proc. 6/72, Colect. 1973, p. 215.

94 - Ver TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1621.

95 - Idem.

96 - TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, pp. 1625 e 1655. e TPICE, Acórdão Hilti / Comissão, Proc. T-30/89, Despacho de 4 de Abril de 1990, Colect. 1990-4, p. II-164, e GOFFIN, Léon. "Le principe de la confidentialité" in *Cahiers de Droit Européen*. 1982, p. 397.

97 - No Acórdão AM & S / Commission, cit. p. 1611: "d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, quelle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi." Ver *Competition Proceedings before the EC Commission*, Report No. JD06, pp. 18 e ss.

98 - TJCE, Acórdão de 14 de Setembro de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd, e Akros Chemicals Ltd / Comissão*, Proc. C-550/07.

99 - Idem. Ver também FAULL, Jonathan. "A. M. & S.: the Commission's Practice Note" in *European Law Review*. 1983, p. 411.



ta dos direitos de defesa, o interesse a defender é o da defesa do cliente, já que a empresa poderá mesmo abdicar da confidencialidade, revelando o conteúdo dos elementos protegidos, se o entender favorável à sua posição¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

A confidencialidade abrange toda a correspondência trocada após o início do processo de inquérito, mas também toda a correspondência anterior ligada ao objecto do processo¹⁰². Mais ainda, por exemplo, notas internas da empresa que tenham sido elaboradas reproduzindo fielmente o aconselhamento jurídico recebido¹⁰³ ou documentos preparatórios destinados ao aconselhamento jurídico em causa¹⁰⁴.

Embora nada seja referido quanto aos locais onde se devem encontrar os elementos protegidos, seja

na posse da empresa seja na do seu advogado, parece ser de excluir do âmbito da protecção a correspondência encontrada, em poder de terceiros e por estes obtida de modo legítimo¹⁰⁵. E também ficará fora de protecção a correspondência que envolva o próprio advogado na prática infractora¹⁰⁶.

A segunda condição definida pela jurisprudência é que a correspondência seja proveniente de um advogado independente, isto é, não ligado à empresa por um vínculo contratual laboral. O Tribunal considera que só assim se observa uma concepção do papel do advogado como colaborador da justiça e susceptível de fornecer, em total independência e no interesse superior dessa mesma justiça, a assistência legal de que o cliente necessita¹⁰⁷. Não nos parece haver necessidade de, com estas preocupações, excluir os advogados ligados à empresa ou a qualquer instituição por um contrato de trabalho, sendo sim de apreciar se se encontram em condições de isenção de acordo com a deontologia profissional aplicável¹⁰⁸. E houve até a ideia de se poder alargar este entendimento aos membros do pessoal do departamento jurídico¹⁰⁹. Contudo o entendimento do TJUE mantém-se entendendo que um advogado interno da empresa não manterá o mesmo grau de independência relativamente à empresa do que um advogado externo

com os seus clientes pois aquele não conseguirá enfrentar eventuais conflitos de interesses que se coloquem entre as suas obrigações profissionais e os objectivos dos seus clientes perdendo alguma independência profissional¹¹⁰.

O advogado deve encontrar-se inscrito na Ordem dos Advogados do seu país ou estar habilitado a exercer num Estado do Espaço Económico Europeu¹¹¹, independentemente do Estado membro onde o cliente resida. O próprio Tribunal explica-o considerando que a questão se prende com a existência de princípios comuns aos Estados membros em matéria de confidencialidade, não perceptíveis por advogados de ordens jurídicas exteriores à Comunidade¹¹².

Um outro ponto é saber quem aprecia da confidencialidade dos elementos trocados entre advogado e empresa. Se a empresa recusar a cedência de um documento invocando o seu carácter confidencial, deverá justificar-se apresentando elementos de prova dessa confidencialidade, cuja apreciação caberá à Comissão. Desde que os funcionários da Comissão aceitem essa prova justificando a protecção, a empresa não terá que os apresentar. Mas se a empresa recusar a apresentação e a Comissão, através dos seus agentes, não ficar persuadida da argumentação invocada, pode reclamar mais elementos de prova

100 - Ibidem, p. 1613: "le principe de confidentialité ne saurait faire obstacle à ce que le client d'un avocat révèle la correspondance échangée entre eux, s'il estime avoir intérêt à le faire".

101 - No sentido de considerar a protecção do sigilo como um princípio de ordem pública, como na ordem jurídica francesa, ver PLIAKOS, Astéris. Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência. 1995, p. 245.

102 - Acórdão AM & S / Commission, cit., pp. 1611 e 1614. Ver também, sobre a evolução do entendimento jurisprudencial da questão, PLIAKOS. 1995, op. cit., pp. 246 e 247.

103 - TPI, Acórdão de 12 de Dezembro de 1991, Hilti Aktiengesellschaft / Comissão, Proc. T-30/89.

104 - GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. 2010, p. 197.

105 - ANTUNES, Luís Miguel Pais. Direito da Concorrência. 1995, p. 136.

106 - JOSHUA, Julian Mathic. "The Element of Surprise: EEC Competition Investigations under Article 14 (3) of Regulation 17" in European Law Review. 1983, p. 17.

107 - TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1611.

108 - Relacionamento o artigo 76.º, n.º 2 e 3, do Estatuto da Ordem dos Advogados portuguesa, considerando a isenção e independência próprias da profissão de advogado compatível com a existência de um contrato de trabalho. Ver ainda a posição do Advogado-Geral Warner no Acórdão AM & S / Commission, cit., p. 1620, e GOFFIN, Léon. "Le principe de la confidentialité" in Cahiers de Droit Européen. 1982, p. 397.

109 - Na Decisão da Comissão de 28 de Janeiro de 1998, JOCE L 142 de 25.04.1998, p. 90, pontos 189 a 199.

110 - TJCE, Acórdão de 14 de Setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd, e Akros Chemicals Ltd / Comissão, Proc. C-550/07.

111 - FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea..." in Derecho de la competencia europeo y español. 2007, p. 201.

112 - Uma vez que encontramos uma harmonização comunitária relativa ao exercício da profissão de advogado por força da Directiva n.º 77/249 de 22 de Março de 1977, JO L 78, p. 17. Ver Acórdão AM & S / Commission, cit. p. 1612, e LABARDE, Marie-Chantal Boutard. Enquêtes en vue de l'application des articles 85 & 86: droits et devoirs des entreprises. 1992, p. 72.

por os considerar manifestamente insuficientes ou lavrar auto da recusa de apresentação, no caso de nos encontrarmos numa investigação no local, podendo dar origem a sanções posteriores para a empresa. A sanção pode basear-se na recusa de apresentação do documento ou no carácter insuficiente dos elementos de prova apresentados para estabelecer a sua eventual confidencialidade protegida¹¹³.

c) Sigilo profissional

O sigilo profissional é uma espécie de dever que recai por um lado sobre o advogado que assegura o apoio legal, no sentido de evitar que um terceiro ou uma autoridade possa tomar conhecimento de documentos directamente ligados a esse apoio jurídico, é portanto uma obrigação que se dirige ao advogado¹¹⁴. Por outro lado, e mais do que isso, refere-se aos segredos comerciais dos negócios, informações confidenciais de cada empresa no seu desempenho comercial e que devem ser garantidos no exercício das competências da Comissão e demais autoridades da concorrência¹¹⁵.

No âmbito dos seus poderes de investigação nas empresas, a Comissão detém um poder de examinar os elementos profissionais da empresa, o que inclui todos os documentos relativos às actividades comerciais da empresa, sejam eles de nature-

za oficial ou não¹¹⁶. O único limite imposto à Comissão é o objectivo do processo de inquérito, estarem os documentos relacionados com as actividades ou produtos investigados no decurso daquele processo de inquérito¹¹⁷. Mas aí impende sobre ela a obrigação de respeitar os segredos profissionais da empresa, mantendo sigilo sobre os elementos a que tenham acesso¹¹⁸.

O princípio geral consta do artigo 28.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 que ao atribuir poderes de investigação à Comissão estabelece uma medida geral de garantia para os particulares que consiste em que a informação recolhida no exercício da investigação apenas possa ser utilizada para o fim que justificou o seu pedido. Segundo a jurisprudência “do artigo se depreende, com efeito, que a informação obtida durante as investigações não deve utilizar-se para fins distintos dos indicados no mandado de investigação ou na decisão de inspecção. Esta exigência deve preservar, além do segredo profissional, o direito de defesa das empresas”¹¹⁹. E o Tribunal de Justiça declarou que a informação obtida em virtude de um pedido de informações não deve ser utilizada para um fim diferente daquele com que foi solicitada, devendo a Comissão, assim como as autoridades competentes dos Estados membros e seus agentes, respeitar o segredo profissional¹²⁰.

Tratando-se de uma resposta a um pedido de informações da Comissão, esta solicitará à empresa que identifique claramente, na sua resposta, os segredos profissionais que não devem ser revelados a terceiros nem publicados¹²¹. Com efeito, no âmbito de processos em que participem empresas concorrentes, a divulgação de aspectos sigilosos poderia causar danos irreparáveis ao desempenho de uma empresa no mercado¹²².

A Comissão considera que lhe assiste o direito de, com essas limitações, ter acesso a todos quaisquer documentos, mesmo que contêm segredos profissionais¹²³, no decorrer de um pedido de informações ou de uma inspecção na empresa. Assim, a Comissão não detém o direito de examinar todos os documentos profissionais, tão só os relacionados necessariamente com o objecto do inquérito, cabendo-lhe, no entanto, a liberdade de decisão na possível apreciação dessa necessidade¹²⁴.

É compreensível o receio legítimo da empresa em divulgar os seus segredos profissionais próprios do seu modo de produção, da fórmula de fabricação do produto, listagens de clientes, condições de venda ou qualquer indicação que julgue característica e passível de prejudicar o seu desempenho concorrencial no mercado se vier a ser conhecida por concorrentes do sector¹²⁵. No en-

113 - O decorrer prático desta acção vai ter em conta o tipo de procedimento de inquérito a decorrer: se pedido de informações, se inspecção na empresa, nos termos do Capítulo V do Regulamento n.º 1/2003.

114 - IGARTUA ARREGUI, Íñigo; ESPÓSITO, Daniela. “El derecho a la confidencialidad...” in *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*. 2011, p. 131.

115 - GUILLÉN CARAMÉS, Javier. *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*. 2010, p. 193.

116 - JOSHUA. 1983, cit., p. 11.

117 - Ver TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1610, e Decisão Fides da Comissão de 31 de Janeiro de 1979, JOCE L 57 de 08.03.1979, p. 34.

118 - Artigos 16.º, n.º 1, e 28.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003.

119 - Ver TJCE, Acórdão de 17 de Outubro de 1989, Dow Benelux NV / Comissão, Proc. 85/87.

120 - TJCE, Acórdão de 16 de Julho de 1992, Dirección General de Defensa de la Competencia / Asociación española de banca (AEB) e outros, Proc. C-67/91, pp. I-4885, § 34.

121 - FERNÁNDEZ MOLINERO, María. “Los poderes de investigación de la Comisión Europea...” in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 185.

122 - GUILLÉN CARAMÉS, Javier. *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*. 2010, p. 190.

123 - Na terminologia francesa a expressão é talvez mais elucidativa: *secrets d'affaires*.

124 - Embora caiba à Comissão a designação de quais os documentos que considera necessários para sua informação, o poder discricionário que detém não a permite adoptar comportamentos injustos ou arbitrários, sob pena de violar um princípio de proporcionalidade reconhecido na ordem comunitária. Ver LAVOIE, Chantal. “The Investigative Powers of the Commission with respect to Business Secrets under Community Competition Rules” in *European Law Review*. 1992, p. 27, e Acórdão AM & S / Commission, cit., p. 1610.

125 - Não é possível estabelecer à partida os elementos abrangidos pelo segredo profissional, a propósito do qual o artigo 339.º do TFUE refere que inclui os dados sobre as relações comerciais das empresas e elementos dos seus preços de custo.



tanto, não lhe é permitido recusar informação à Comissão com esse argumento, uma vez que isso vedaria o acesso desta instituição comunitária a informações necessárias para cumprir a sua missão de controlo do cumprimento das regras comunitárias da concorrência, que ficaria desprovida de eficácia¹²⁶.

Desta forma, equilibrando os interesses de ambas as partes logo o Regulamento n.º 17/62 veio consagrar a protecção do segredo profissional, considerando que as informações obtidas durante o processo de inquérito só podem ser utilizadas e divulgadas para o fim prosseguido por esse procedimento¹²⁷. O fim desta protecção aos segredos profissionais é essencialmente prevenir o acesso a tal informação pelos concorrentes de cada empresa, garantindo o conhecimento da Comissão no sentido de recolher elementos probatórios¹²⁸.

Igualmente, a interdição de divulgar os dados assim confidenciais

a que a Comissão tem acesso estende-se, para além dos seus agentes e funcionários¹²⁹, às autoridades nacionais que assistem o procedimento, que não poderão utilizar os elementos desta forma levados ao seu conhecimento para iniciar qualquer tipo de procedimento ao abrigo do direito nacional em matéria fiscal, penal ou administrativa, cujo indiciar se tornaria possível com este conhecimento¹³⁰.

A própria publicação de decisões no Jornal Oficial respeitantes ao procedimento de inquérito será limitada ao essencial da decisão¹³¹, quando haja nessa prática de publicação um interesse geral, atento, por exemplo, tratar-se de uma questão jurídica pouco trabalhada. A não ser que o próprio segredo profissional constitua um elemento probatório da infracção ao direito da concorrência, caso em que nos parece não deverá gozar de protecção na publicação, uma vez que o interesse na protecção deixou de ser legítimo¹³².

Nem sempre, ainda assim, é simples conciliar este requisito de protecção com a necessidade de divulgação de certas informações pela Comissão para prosseguir com o inquérito¹³³. Até porque conciliar depois o direito de acesso de alguns intervenientes torna-se moroso e

complexo¹³⁴.

d) Inviolabilidade do domicílio

Na análise elaborada pelo Tribunal de Justiça sobre a garantia de direitos fundamentais das empresas, como protecção perante a arbitrariedade administrativa da Comissão, surge¹³⁵ o discutir do reconhecimento de um direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, considerando a hipótese de ser este direito extensível aos locais comerciais¹³⁶, no âmbito do exercício dos poderes de investigação da Comissão e em especial da inspecção nas empresas.

Este direito fundamental supõe que a empresa titular do direito dê consentimento para o acesso às instalações/domicílio ou que o agente da Comissão venha munido de mandato judicial de jurisdição nacional.

Se durante anos a ordem jurídica comunitária se pautou pela ausência de um catálogo de direitos fundamentais, coube à jurisprudência do Tribunal de Justiça reconhecê-los com base nos direitos fundamentais reconhecidos pelos Estados membros¹³⁷.

O direito ao respeito pelo domicílio vem também no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹³⁸ e foi reforçado com a

126 - KORAH, Valentine. "The Rights of the Defense in Administrative Proceedings Under Community Law" in Current Legal Problems. 1980, p. 79.

127 - Artigo 28.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003. Ver TJCE, Acórdão de 17 de Janeiro de 1984, VBVB et VBVB / Commission, Procs. 43 e 63/82, Colect. 1984-1, p. 21; Acórdão de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma / Commission, Proc. 41/69, Colect. 1970, Vol. XVI-2, p. 688. Ver ainda Competition Proceedings before the EC Commission, Report n.º JD06, p. 14.

128 - LAVOIE, cit., 1992, p. 26.

129 - Ver Decisão CSV da Comissão de 25 de Junho de 1976 (76/593/CEE), JO L 192 de 16 de Julho de 1976, p. 27.

130 - Hoje o artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003. Ver JOSHUA, Julian Mathic. "Information in EEC Competition Law Procedures" in European Law Review. 1986, p. 419.

131 - Antigo artigo 20.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17/62, sem equivalência no actual, e artigo 30.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003. Ver como exemplo as omissões relativas à identificação do produto em causa na Decisão Fides da Comissão de 31 de Janeiro de 1979, cit., p. 33, atentos os segredos profissionais envolvidos.

132 - No mesmo sentido LAVOIE, cit., 1992, p. 38. Ver a argumentação do Advogado-Geral Lenz no TJCE, Acórdão de 24 de Junho de 1986, AKZO Chemie / Comissão, Proc. 53/85, Colect. 1986-6, p. 1994. E ainda PLIAKOS, Astéris. Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência. 1995, p. 277.

133 - COMISSÃO EUROPEIA. XXIII Relatório sobre a Política de Concorrência 1993. p. 113. e TJCE, Acórdão de 18 de Junho de 1986, BAT et Reynolds / Comissão, Procs. 142 e 156/84, Colect. 1986-6, p. 1899.

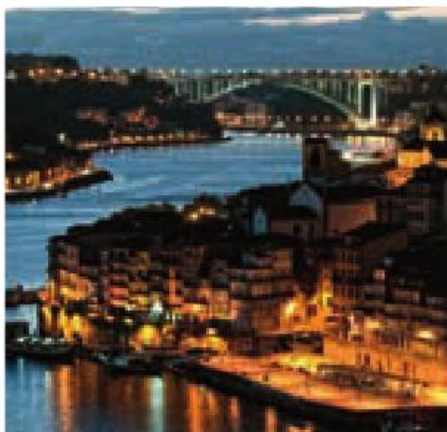
134 - Quando um processo reúne milhares de documentos objecto de pedidos de confidencialidade, os pedidos de acesso provocam atrasos no procedimento tendo em conta a necessidade de verificar, em relação a cada documento, se o alegado interesse no acesso a esse documento a fim de fazer valer os seus direitos de defesa prevalecia sobre a confidencialidade. COMISSÃO EUROPEIA. Relatório sobre a Política de Concorrência 2005. 2007, p. 15.

135 - Uma das primeiras vezes no Acórdão National Panasonic / Commission, em que propriamente não toma posição, referindo-se apenas ao invocar pela requerente do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (TJCE, Acórdão de 26 de Junho de 1980, Proc. 136/79, Colect. 1980-5, p. 2057). Embora se encontre no Acórdão Acciaieria e Tubificio di Brescia / Haute Autorité uma referência ao assunto, considerando que o respeito pelo direito à vida privada se estende aos "locaux professionnels", sejam eles de um indivíduo ou de uma sociedade (TJCE, Acórdão de 14 de Abril de 1960, Proc. 31/59, Colect. 1960, Vol. VI, pp. 156 e 173).

136 - TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères / Directeur général de la concurrence, Proc. C-94/00, Colect. pp. I-9039 a I-9078.

137 - GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. 2010, p. 212.

138 - Relevante por força do artigo 6.º, n.º 2, do TUE.



adopção da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹³⁹

O Tribunal considerou¹⁴⁰ que se é facto que o reconhecimento do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio se impõe na ordem jurídica comunitária como princípio comum aos direitos dos Estados membros, a questão não surge tão clara quanto à aplicação de tal direito às empresas¹⁴¹, uma vez que nesse aspecto se encontram divergências não desprezíveis nos sistemas jurídicos nacionais, quanto à natureza ou grau de protecção¹⁴³. Embora este não reconhecimento da inviolabilidade dos locais comerciais como um direito fundamental não signifique uma total inexistência de protecção, uma vez que toda a intervenção na esfera da actividade privada de uma pessoa, singular ou colectiva, deverá ter fundamento legal e uma medida proporcional¹⁴⁴.

Tal como nas restantes vertentes de exercício dos poderes de inves-

tigação da Comissão, caberá ao tribunal nacional garantir a comprovação da autenticidade da decisão de inspecção, podendo apreciar se as medidas de investigação não são arbitrárias ou excessivas face ao objecto da infracção, velando pelo respeito do direito nacional na aplicação das medidas envolvidas, mas não mais do que isso, não podendo aferir da legalidade ou necessidade da decisão, controlo que cabe apenas ao Tribunal de Justiça. Por vezes não resulta fácil distinguir estas competências¹⁴⁵.

O princípio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito comunitário, exige que os actos das instituições comunitárias não ultrapassem os limites do que resulta apropriado e necessário para alcançar os objectivos legitimamente prosseguidos pelo acto em causa, entendendo-se que quando haja escolha entre várias medidas a adoptar se deva escolher a menos onerosa tendo em vista os objectivos a atingir – diz a jurisprudência.¹⁴⁶

e) O direito a ser ouvido

No decorrer de qualquer procedimento de aplicação dos poderes de investigação da Comissão no direito da concorrência, assiste aos intervenientes o direito a serem ouvidos. O exercício desse direito pelas partes afectadas é regulado pelo Regulamento n.º 773/2004¹⁴⁷. Trata-se de um direito fundamental para as em-

presas destinatárias de uma investigação por parte da Comissão, no âmbito dos seus direitos processuais de defesa¹⁴⁸.

Ao iniciar um procedimento contra uma empresa, a Comissão deverá fixar um prazo para que ela possa comunicar por escrito as suas observações¹⁴⁹.

Como princípio geral, as partes destinatárias de uma investigação dispõem do direito a serem ouvidas¹⁵⁰, desde logo, e a final, respeitando o princípio do contraditório antes de adoptar uma decisão definitiva¹⁵¹ relativamente às empresas visadas.

Este direito pode mesmo ser entendido a outras pessoas que solicitem ser ouvidas invocando um interesse legítimo¹⁵².

O conceito de interesse suficiente não vem depois claramente definido na legislação. Terão um interesse suficiente por exemplo as associações de consumidores quando o processo se refira a produtos ou serviços utilizados pelos consumidores finais¹⁵³ ou as autoridades de defesa da concorrência dos Estados membros¹⁵⁴. Nesta matéria, a Comissão dispõe de uma grande margem de discricionariedade na indicação das pessoas que podem ser ouvidas.¹⁵⁵

139 - Por força do artigo 6.º, n.º 1, do TUE ver seu artigo 48.º, n.º 2.

140 - JANSEN, Bernhard. "Les pouvoirs d'investigation de la Commission..." in *Revue du Marché Commun*. 1990, p. 697.

141 - No Acórdão National Panasonic / Commission, cit. p. 2057: "pour autant qu'il s'applique à des personnes morales".

142 - TJCE, Acórdão de 21 de Setembro de 1989, Hoechst AG / Comissão, Procs. 46/87 e 227/88, Colect. 1989-8, p. 2924.

143 - PLIAKOS, Astéris. "La protection des droits de la défense..." in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. 1995, p. 455.

144 - Acórdão Hoechst AG / Comissão, cit. e Acórdão National Panasonic / Commission, cit. p. 2045.

145 - FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. "Las inspecciones de las autoridades..." in *Anuario de la Competencia* 2009. 2010, p. 139.

146 - TJCE, Acórdão de 5 de Outubro de 1994, Crispolti / Fattoria Autonoma Tabacchi, Processo C-133/93, pp. I-4891 a I-4914.

147 - Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004, JOUE L 123 de 27.04.2004, pp. 18 a 24.

148 - FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea..." in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 204.

149 - Artigo 10.º do Regulamento n.º 773/2004.

150 - Considerando 32 do Regulamento n.º 1/2003.

151 - Artigo 27.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003.

152 - Artigo 13.º do Regulamento n.º 773/2004.

153 - Considerando 11 do Regulamento n.º 773/2004.

154 - Artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 773/2004.

155 - FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea..." in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 204.

Conclusões

Analísamos, brevemente, alguns dos direitos fundamentais escolhidos no quadro dos direitos de defesa que considerámos mais podem suscitar invocação, no decurso do exercício dos poderes de investigação da Comissão Europeia nas empresas em direito da concorrência, no âmbito das competências conferidas pelo Regulamento n.º 1/2003, regulamento de execução dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

O papel da jurisprudência europeia vai continuar a ser marcante, colmatando a brevidade da letra da lei, face à disparidade de situações que na prática surgem. O seu papel deve ser consciencioso na busca de um justo equilíbrio entre a eficácia dos poderes da Comissão e o respeito dos direitos fundamentais reconhecidos às empresas, enquanto pessoas jurídicas, e reconhecidos como básicos em todas as ordens jurídicas que se orientam pela legalidade da acção dos entes públicos. Procurando também na sua função de cumprimento da legalidade, ter em conta a necessidade de deixar à Comissão os instrumentos necessários ao cumprimento da sua função e o seu equilíbrio, por vezes difícil de alcançar, com a garantia de direitos de defesa e protecção das entidades investigadas.

O exercício dos seus poderes deve respeitar estritamente a letra e o espírito das disposições que os concedem e concretizam, não os aplicando na busca de infracções que sabe não terem uma base credível de suspeita.

Há que continuar a procurar um equilíbrio entre a necessidade da existência de meios ao dispor da Comissão para prosseguir a sua tarefa e os direitos das empresas inquiridas. O problema fulcral é portanto conciliar dois interesses que na prática se revelam contraditórios, seja um interesse de eficiência da acção da Comissão e um interesse de defesa dos seus direitos pelas empresas visadas. É uma preocupação sempre presente e que necessita ser avaliada e efectivada em função casual, não sendo fácil a consagração de um sistema de regras rígidas em que o acentuar em demasia a protecção dos direitos das empresas, resultaria em detrimento da prossecução das missões adstritas à Comissão pelo próprio Tratado, tornando o seu poder de inquérito num conjunto de acções formais sem conteúdo útil.

Referências bibliográficas

ALBERS, Michael e JOURDAN, Jérémie. "The Role of Hearing Officers in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective" in *Journal of European Competition Law & Practice*. Vol. 2, n.º 3, 2011, pp. 185 a 200.

ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. *Direito Comunitário*. Lisboa: Centro de Publicações do Ministério da Justiça, 1995.

ALVIM, Mariana de Sousa. "O direito a uma tutela judicial efetiva dos particulares no direito da União Europeia. Em particular, no direito da concorrência da União Europeia" in *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*. Coimbra Editora, 2013, pp. 703 a 735. ISBN 978-972-32-2116-9.

ANTUNES, Luís Miguel Pais. *Direito da Concorrência – os poderes de investigação da Comissão Europeia e a*

protecção dos direitos fundamentais. Coimbra: Almedina. 1995. ISBN 972-40-0871-1.

AUBY, Jean-Bernard. "Les pouvoirs d'inspection de l'Union européenne" in *Revue trimestrielle de droit européen*. Paris: Dalloz, 42e année, n.º 1, 2006, pp. 131 a 140. ISSN 0035-4317.

BALCIUNAITÉ, Justina e STARIE-NE, Lijana. "Right to privacy v. European Commission's expanded power of inspection according to Regulation 1/2003" in *Jurisprudence*. 3(121). Mycolas Romeris University. 2010. ISSN 2029-2058. pp. 115-132.

BERGERÈS, Maurice-Christian. *Concencioso Comunitário*. Porto: RÉ S Editora, Resjurídica, s.d.

BRUNET, François. "Chronique de droit communautaire de la concurrence" in *Revue de Droit des Affaires Internationales*. F.E.C.. N.º 4, 1994, pp. 485-498.

CESARINI, Paolo. "Le droit d'être entendu dans les procédures communautaires en matière de concurrence" in *Révue du Marché Unique Européen*, 1, 1995, pp. 145-157.

COHEN JONATHAN, G. "La Cour des Communautés Européennes et les droits de l'homme" in *Revue du Marché Commun*. 214 (Février), 1978, pp. 74-100.

COMISSÃO EUROPEIA. *XIth Report on competition policy 1981*. Bruxelas, Luxemburgo, 1981.

_____. *XIIth Report on competition policy 1982*. Bruxelas, Luxemburgo. 1982.

_____. *Treizième Rapport sur la politique de concurrence (1983)*. Luxembourg: Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, 1984. ISBN 92-825-4232-7.

XXIII Relatório sobre a Política de Concorrência 1993. Bruxelas, Luxemburgo, 1994.

_____. Relatório sobre a Política de Concorrência 2005. Bruxelas, Luxemburgo, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. “Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção” in *Revista O Direito*. Ano 136.º, I. Almedina: 2004. ISBN 972-40-2406-7, pp. 43 a 76.

DAUSES, Manfred A. “The Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order” in *European Law Review*. London: Sweet & Maxwell. Vol. 10, Nº 6 (December), 1985, pp. 398-419.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. “Derecho Comunitario y Medidas Sancionatorias” in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*. Giuffrè editore. Numero 2, 1994, pp. 291-348.

DUARTE, Maria Luísa. “A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais – a chancela do Tratado de Lisboa” in *Cadernos O Direito*, n.º 5 - O Tratado de Lisboa. Almedina, 2010. pp. 169 a 189.

FAULL, Jonathan. “A. M. & S.: the Commission’s Practice Note” in *European Law Review*. London: Sweet & Maxwell. Vol. 8, 1983, pp. 411 a 414.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. “Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados” in *Anuario de la Competencia* 2009. Universitat Autònoma de Barcelona, 2010, pp. 133-157. ISBN 978-84-490-2665-2.

FERNÁNDEZ MOLINERO, María. “Los poderes de investigación de la Comisión Europea en los Reglamentos 1/2003 y 773/2004” in *Derecho de la competencia europeo y español*. Volumen VII. Madrid: Editorial Dykinson, 2007, pp. 177-208.

GALÁN CORONA, Eduardo. “Notas sobre el Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de Diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos

81 y 82 del Tratado de Roma” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. ISSN 1138-4026. Año 7, n.º 15: (Mayo-Agosto 2003), pp. 499-525.

GALINDO, Blanca Rodriguez. “L’application des règles de concurrence du traité CEE: les pouvoirs d’enquête de la Commission” in *Revue du Marché Unique Européen*. 2, 1991, pp. 75-95.

GOFFIN, Léon. “Le principe de la confidentialité” in *Cahiers de Droit Européen*. Bruxelles. 18, 1982, pp. 381 a 405.

GUDIN, Charles-Étienne. “Le droit d’être entendu dans les procédures communautaires” in *Révue des Affaires Européennes*. L.G.D.J.. N.º 4, 1994, pp. 42-48.

GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. Thomson Reuters, Aranzadi, 2010. ISBN 978-84-9903-540-6.

HABERMAS, Jürgen. Um ensaio sobre a Constituição da Europa. Edições 70, 2012. ISBN 978-972-44-1700-4.

IGARTUA ARREGUI, Íñigo; ESPÓSITO, Daniela. “El derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente: límites y perspectivas” in *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*. N.º 64, 2011, pp. 129-139. ISSN 1579-3494.

ITALIANER, Alexander. “The European Commission’s procedural package: increasing interaction with parties and enhancing the role of the Hearing Officer” in *C&R Revista de Concorrência e Regulação*. Coimbra: Almedina, Ano II, n.º 7/8, 2011, pp. 23 a 42. ISSN 1647-5801.

JANSEN, Bernhard. “Les pouvoirs d’investigation de la Commission des Communautés Européennes en matière de concurrence” in *Revue du Marché Commun*. 342 (Décembre), 1990. pp. 696 a 701.

JEANTET, Fernand-Charles. “La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence” in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. Paris:

Sirey Editions. N. 1 (Janviers-Mars), 1986, pp. 53-67.

JOSHUA, Julian Mathic. “Requests for Information in EEC Factfinding Procedures” in *European Competition Law Review (ECLR)*. Oxford. 3, 1982, pp. 173 a 184.

_____. “The Element of Surprise: EEC Competition Investigations under Article 14 (3) of Regulation 17” in *European Law Review*. London: Sweet & Maxwell. Vol. 8, 1983, pp. 3 a 23.

_____. “Information in EEC Competition Law Procedures” in *European Law Review*. London: Sweet & Maxwell. Vol. 11, 1986, pp. 409 a 429.

KORAH, Valentine. “The Rights of the Defense in Administrative Proceedings Under Community Law” in *Current Legal Problems*. London: Stevens Publication. Vol. 33, 1980, pp. 73 a 97.

LABARDE, Marie-Chantal Boutard. Enquêtes en vue de l’application des articles 85 & 86: droits et devoirs des entreprises. Bruxelles: Maison Larcier, 1992.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. “Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia” in *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. La Ley, N.º 5, 2009, pp. 33 a 64. ISSN 1888-3052.

LAVOIE, Chantal. “The Investigative Powers of the Commission with respect to Business Secrets under Community Competition Rules” in *European Law Review*. London: Sweet & Maxwell. Vol. 17, N.º 1, 1992, pp. 20 a 40.

LENAERTS, Koen. “Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue” in *European Law Review*. London: Sweet & Maxwell. Vol. 16, Nº 5 (October), 1991, pp. 367-390.

LESGUILLONS, Henry. “L’auto-incrimination en droit de la concurrence” in *Révue de Droit des Affaires Internationales*. 2, 1994, pp. 245-247.

MARTINHO, Helena Gaspar. “Tribunais

especializados, concentração de competências e o futuro tribunal da concorrência, regulação e supervisão” in C&R Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra: Almedina, Ano I, n.º 3, 2010, pp. 253 a 267. ISSN 1647-5801.

MARTINS, Ana Maria Guerra. Ensaios sobre o Tratado de Lisboa. Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4587-0. pp. 93 a 124.

MENDES, Paulo de Sousa. “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência” in Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras. Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1729-2. pp. 209 a 224.

MOURA, Teresa. “De Maastricht a Nice” in Revista Nação e Defesa. Instituto da Defesa Nacional, 2ª Série; N.º 100 (Inverno 2001). ISSN 0870-757X. pp. 57 a 71.

PACHECO, Maria de Fátima. “A protecção dos particulares no sistema português de direitos fundamentais e no sistema da União Europeia” in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 3, 2005. ISSN 1646-1029. pp. 99 a 152.

PICOZZA, Eugénio. “Il Regime Giuridico del Procedimento Amministrativo Comunitario” in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. Giuffrè editore. Numero 2, 1994, pp. 321-348. PLIAKOS, Astéris. Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência. Lisboa: Publicações

Dom Quixote, 1995.

_____. “La protection des droits de la défense et les pouvoirs de vérification de la Commission des Communautés européennes: une issue heureuse?” in Revue Trimestrielle de Droit Européen. Sirey Editions. N.º 3, 1995, pp. 449 a 469.

RODRIGUES, Eduardo Raul Lopes. O Essencial da Política da Concorrência. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 2005. ISBN 972-9222-55-X.

RODRIGUES, L. Barbosa e CARNEIRO, Alberto Soares. Direitos Humanos, Textos Fundamentais. Quid Juris Editora, 2011. ISBN 978-972-724-587-1.

RODRIGUES, Sara e SERZEDELO, Dorothée. “O Estado português seria condenado? As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem” in C&R Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra: Almedina, Ano II, n.º 6, Junho 2011, pp. 87 a 115. ISSN 1647-5801.

SAINT-ESTEBEN, Robert. “Les droits de la défense dans l’application aux entreprises du droit communautaire de la concurrence” in Revue des Affaires Européennes. L.G.D.J. N.º 4, 1994, pp. 49 a 65.

SIMON, Denys. “Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes” in Revue du Marché Commun. 195 (Avril), 1976, pp. 201-256.

THOUVENIN, Jean-Marc. “Chronique de la concurrence, ententes, jurisprudence 2003-2004 Première partie: aspects de procédure” in Revue du Marché commun et de l’Union européenne. Paris, n.º 490, juillet-août 2005. ISSN 0352-616. Pp. 467 a 474.

VAN DAMME, Jacques. “La mise en oeuvre des articles 85 et 86 du Traité de Rome” in Cahiers de Droit Européen. Bruxelles. 3, 1967, pp. 49-59.

VESTERDORF, Bo. “Complaints concerning infringements of competition law within the context of european community law” in Common Market Law Review. Netherlands: Kluwer Academic Publishers. Vol. 31, N.º 1 (February), 1994, pp. 77-104.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. “La terminación convencional del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia” in Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, N.º 4, Año 2009, pp. 169 a 182. ISSN 1888-3052.

VIEIRA, Nuno da Costa Silva. A origem e a importância dos Direitos Fundamentais. Vieira Amílcar & Associados. Consulta de 23.01.2013 em <http://www.advocatus.pt/>.

VÖLCKER, Sven B. “Developments in EC competition law in 2005: an overview” in Common Law Market Review. Netherlands: Kluwer Law International, Vol. 43, n.º 5, october, 2006, pp. 1409 a 1446. ISSN 0165-0750.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA e DOCUMENTAÇÃO

Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 258 E/02, de 18 de abril de 2012, sobre o relatório anual sobre os direitos humanos no mundo e a política da União Europeia neste domínio, incluindo as implicações para a política estratégica da UE em matéria de direitos humanos, JOUE C 261 E de 07.09.2013, pp. 8 a 36.

Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 168 E/45, de 15 de dezembro de 2011, sobre uma proposta de reformulação do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (JOCE L 145 de 31.5.2001, p. 43), JOUE C 168 E de 14.06.2013, pp. 159 a 178.

Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2011 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Documento COM (2012) 253 final de 30 de Maio de 2012.

Relatório Final do Auditor 2012/C 64/08, de 10 de outubro de 2011, COMP/39.482 – Frutos Exóticos, JOUE C 64 de 03.03.2012, pp. 7 a 9.

Relatório Final do Auditor 2011/C 324/06, de 20 de Junho de 2011, COMP/39.525 – Telekomunikacija, JOUE C 324 de 09.11.2011, pp. 5 e 6. Comunicação 2011/C 308/06 da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, sendo o texto relevante no Espaço Económico Europeu, JOUE C 308 de 14.10.2011, pp. 6 a 32.

Decisão do Presidente da Comissão Europeia 2012/199/UE de 29 de Fevereiro de 2012 relativa à função e ao mandato do conselheiro auditor em determinados processos comerciais, JOUE L 107 de 19.04.2012, pp. 5 a 11.

Decisão 2011/695/UE do Presidente da Comissão Europeia de 13 de Outubro de 2011, relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência, JOUE L 275 de 20.10.2011, pp. 29 a 37.

Comissão Europeia. Relatório sobre a Política de Concorrência 2005. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2007. ISBN 92-79-01733-0.

Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, sendo o texto relevante no Espaço Económico Europeu, JOUE L 123 de 27.04.2004, pp. 18 a 24. Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão de 30 de Junho de 2008, JOUE L 171 de 01.07.2008, pp. 3 a 5.

Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOCE L 1 de 04.01.2003, pp. 1 a 25. Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 411/2004 do Conselho de 26 de Fevereiro de 2004, que revoga o Regulamento (CEE) n.º 3975/87 e altera o Regulamento (CEE) n.º 3976/87 e o Regulamento (CE) n.º 1/2003, relativamente aos transportes aéreos entre a Comunidade e países terceiros, JOUE L 68 de 06.03.2004, pp. 1 e 2, e Regulamento (CE) n.º 1419/2006 do Conselho de 25 de Setembro de 2006, que revoga o Regulamento (CEE) n.º 4056/86, que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, e que altera o Regulamento (CE) n.º 1/2003 por forma a tornar o seu âmbito de aplicação extensível aos serviços internacionais de cabotagem e de tramp, JOUE L 269 de 28.09.2006, pp. 1 a 5.

Decisão da Comissão de 28 de Janeiro de 1998 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE (IV/35.733 Ð VW), JOCE L 142 de 25.04.1998, p. 60 a 108.

Competition Proceedings before the EC Commission, Report No. JD06. European Study Conferences Limited. (s. d.)

Decisão Fides da Comissão de 31 de Janeiro de 1979 (79/253/CEE), JO L 57 de 8 de Março de 1979, p. 33 a 35.

Decisão CSV da Comissão de 25 de Junho de 1976 (76/593/CEE), JO L 192 de 16 de Julho de 1976, p. 27.

Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, JOCE 127 de 20.8.1963, pp. 2268-2270. Com o fim de validade em 31.01.1999, revogado pelo Regulamento n.º 2842/98 da Comissão, JOCE L 354 de 30.12.1998, pp. 18-21.

Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO 13 de 21.2.1962, p. 204, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1216/1999, JOCE L 148 de 15.6.1999, pp. 5 e 6. (revogado)

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES CITADOS (consultados no texto completo)
(ORDENADOS CRONOLOGICAMENTE)

TJCE, Acórdão de 14 de Abril de 1960, Acciaieria e Tubificio di Brescia / Haute Autorité, Proc. 31/59, Colect. 1960, Vol. VI, pp. 151 e 214.

TJCE, Acórdão de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma / Commission, Proc. 41/69, Colect. 1970, Vol. XVI-2, pp. 661 a 730.

TJCE, Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage et Continental Can / Commission, Proc. 6/72, Colect. 1973, pp. 215 a 268.

TJCE, Acórdão de 23 de Outubro de 1974, Transocean Marine Paint / Commission, Proc. 17/74, Colect. 1974, pp. 1063 a 1093.

TJCE, Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffman-La Roche / Commission, Proc. 85/76, Colect. 1979, pp. 461 a 601.

TJCE, Acórdão de 26 de Junho de 1980, National Panasonic / Commission, Proc. 136/79, Colect. 1980-5, pp. 2033 a 2070.

TJCE, Acórdão de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck (FEDETAB) / Commission, Procs. 209 a 215 e 218/78, Colect. 1980-7, pp. 3125 a 3331.

TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, pp. 1575 a 1663.

TJCE, Acórdão de 7 de Junho de 1983, Musique Diffusion Française / Commission, Proc. 100 a 103/80, Colect. 1983-6, pp. 1825 a 1954.

TJCE, Acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin / Commission, Proc. 322/81, Colect. 1983-10, pp. 3461 a 3547.

TJCE, Acórdão de 17 de Janeiro de 1984, VBVB et VBVB / Commission, Procs. 43 e 63/82, Colect. 1984-1, pp. 19 a 106.

TJCE, Acórdão de 18 de Junho de 1986, BAT et Reynolds / Comissão, Procs. 142 e 156/84, Colect. 1986-6, pp. 1899 a 1906.

TJCE, Acórdão de 24 de Junho de 1986, AKZO Chemie / Comissão, Proc. 53/85, Colect. 1986-6, pp. 1985 a 1993.

TJCE, Acórdão de 17 de Outubro de 1989, Dow Benelux NV / Comissão, Proc. 85/87, Colect. 1989-9, pp. 3137 a 3163.

TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem / Comissão, Proc. 374/87, Colect. 1989-9, pp. 3283 a 3354.

TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Solvay & Cie / Comissão, Proc. 27/88, Colect. 1989-9, pp. 3355 a 3358.

TPI, Acórdão de 12 de Dezembro de 1991, Hilti Aktiengesellschaft / Comissão, Proc. T-30/89, Colect., pp. II-1441 a II-1496.

TJCE, Acórdão de 16 de Julho de 1992, Dirección General de Defensa de la Competencia / Asociación española de banca (AEB) e outros, Proc. C-67/91, pp. I-4820 a I-4838.

TJCE, Acórdão de 5 de Outubro de 1994, Crispoltoni / Fattoria Autonoma Tabacchi, Processo C-133/93, pp. I-4891 a I-4914.

TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères / Directeur général de la concurrence, Proc. C-94/00, Colect., pp. I-9039 a I-9078

TPI, Acórdão de 20 de Fevereiro de 2001, Mannesmannröhren-Werke AG / Comissão, Proc. T-112/98, Colect., p. II-729.

TJCE, Acórdão de 29 de Junho de 2010, Comissão Europeia / Alrosa Company Ltd, Proc. C-441/07.

TJCE, Acórdão de 14 de Setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd, e Akros Chemicals Ltd / Comissão, Proc. C-550/07.

As grandes navegações passaram,
mas as boas descobertas continuam.



CASA *de* ESPAÑA

Don Pedro de la Iglesia

Você não precisa mais atravessar o Atlântico para conhecer o encanto da cultura espanhola. Conheça o Centro Sociocultural Casa de España.

www.casadeespana.com.br | info@casadeespana.com.br | +55 98 3199 4300

Rua dos Pintassilgos | nº 09 | Ponta do Farol | CEP 65.075-350 | São Luís-MA | Brasil



Angela Figueruelo Burrieza

Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca

I

Presenciamos actualmente la existencia de un Estado que se esfuma de forma progresiva, de una sociedad civil que se descompone paulatinamente y de una ciudadanía que poco a poco ve eliminados los espacios políticos donde, en nombre de la justicia, puede reivindicar sus derechos. Estos factores que nos acompañan en la realidad cotidiana son los que nos han llevado a reflexionar sobre el significado y las funciones actuales del Derecho Constitucional.

Para entender qué es el Derecho Constitucional debemos, previamente, obtener un concepto de Constitución y conocer la función que realiza el Derecho Constitucional dentro del ordenamiento jurídico de un Estado. El ordenamiento jurídico que se compone de la totalidad de las normas jurídicas de un Estado, dispone de normas de conducta y de normas de organización. Estas últimas nos dicen cuales de las normas de conducta deben valer, deben ejecutarse y deben aplicarse y son las que determinan a qué hombres, bajo qué métodos y en qué condiciones se fija en última instancia lo que ha de ser el Derecho. Estas normas forman parte, sin agotarlo, del Derecho Constitucional, disciplina que podemos definir: "como la ordenación de las competencias supremas de un Estado".

Esta definición necesariamente conlleva una idea de Estado, entendiendo por tal toda organización que tie-

ne por objeto asegurar la convivencia pacífica y la vida histórica de un grupo humano. Para conseguir este objetivo no se requiere el consentimiento general sino que, es suficiente la eliminación de la violencia en las relaciones entre los individuos y los grupos que forman la población de un Estado.

En consecuencia, el Estado se manifiesta como una unidad de poder que necesita ser ejercido por alguien y que para ser eficaz debe organizarse conforme a las reglas siguientes:

- 1) Conocer quienes están llamados a ejercer este poder.
- 2) Saber cuáles son los principios que sirven de base a dicho ejercicio del poder
- 3) Analizar los métodos con que el poder se ejercita.
- 4) Establecer los límites que debe tener el ejercicio del poder.

El conjunto de todas estas reglas forma parte de la disciplina del Derecho Constitucional; Pero, esta materia, en la actualidad, no queda reducida al análisis de las normas – letra de la ley – sino que es el resultado de la síntesis entre la norma y la realidad con la que se enfrenta.

II

Las normas que conforman el Derecho Constitucional aparecen recogidas en un documento, normalmente escrito, denominado Constitución. En su sentido moderno el concepto de Constitución (y por ello el Derecho Constitucional) nace a fines



del siglo XVIII, con las Revoluciones Francesa y Americana, se desarrolla a lo largo del siglo XIX y culmina, sobre todo en Europa después de la II Guerra Mundial. Por Constitución, entendemos generalmente, una forma más – la última – de ordenación jurídica del poder entre aquellas que la historia nos ofrece. La característica esencial de esta forma de ordenación jurídica del poder es el principio de igualdad que, por no corresponder al orden natural del mundo, dificulta la construcción jurídica de un orden político. Así las cosas, resulta obligada la pregunta ¿en qué consiste la fórmula para conseguir una construcción política basada en la igualdad y en la libertad?. Serán imprescindibles las pautas siguientes:

A) La sociedad civil tiene que expresarse políticamente y ello requiere

que se trate de una sociedad ordenada y no de una sociedad anárquica.

B) A diferencia de lo que sucedía en el Antiguo Régimen no puede haber órdenes políticos distintos en función de los distintos tipos de individuos. El orden político de la sociedad debe ser el mismo para todos sus miembros.

C) El Estado es el representante político de la sociedad y por ello no puede tener una voluntad propia al margen de la voluntad de dicha sociedad representada.

Si esto se cumple, el individuo, cuando obedece las leyes – mandatos estatales – no obedece a nadie más que a sí mismo y continuará siendo tan libre como lo era antes de pertenecer a la organización estatal.

Todos estos requisitos deben encontrar su realización material en el contenido de las Constituciones normativas (LOEWENSTEIN) que obedece a una serie de criterios básicos. Así:

1º) Una Constitución debe ser Constitución Política y por ello no debe entrar a definir como debe configurarse la sociedad. Solo debe tratar asuntos del Estado y no contener mandatos o prohibiciones dirigidos a los ciudadanos. A lo sumo debe contener algunos deberes constitucionales genéricos, como pueden ser la obligación de contribuir al sostenimiento del Estado y a la defensa del país.

2º) Aunque la Constitución no sea de la sociedad si debe reconocer y garantizar los principios en los que dicha Constitución se basa. Su función no consiste en invadir y politizar la sociedad sino en reconocer y garantizar los principios que hacen a la sociedad igualitaria y libre. Esos principios, que son indisponibles para los poderes públicos, han de figurar reconocidos en la parte dogmática de las constituciones en forma de derechos individuales, porque justifican la existencia del Estado y de la propia Constitución.

3) En el marco de la Constitución se debe contemplar un cauce o vía para que la sociedad pueda auto dirigirse políticamente. Porque la sociedad está compuesta de múltiples voluntades individuales es necesario llegar a conseguir la voluntad general a través de la ley que elabora el Estado. Por ello dentro de la Constitución tiene que aparecer regulado tanto el órgano legislativo que elabora las leyes, como el procedimiento a través del cual los representantes libremente elegidos por la sociedad realizan la función de elaborar las leyes.

4) La ley, expresión de la voluntad general, además de ser aprobada democráticamente debe ser obedecida. Incluso, si no se hace voluntariamente puede utilizarse la fuerza para lograr su cumplimiento. Por ello, también en el marco de la Constitución se debe contemplar el órgano – Poder Ejecutivo – encargado de hacer cumplir la ley y el procedimiento a través del cual toma sus decisiones y las hace conocer a sus destinatarios.

5) Pero, las relaciones sociales normalmente no son siempre pacíficas y entre los ciudadanos que actúan con libertad y en pie de igualdad pueden surgir problemas. De ahí que, dentro de las Constituciones haga falta establecer un mecanismo para resolver los conflictos particulares aplicando la ley de manera directa, imparcial e independiente. Esta es la función que le corresponde al poder judicial.

Si se cumplen estas pautas el orden constitucional será el orden de la igualdad y de la libertad tanto en las relaciones privadas de los individuos como en las relaciones públicas o con el Estado. Esto se garantiza por medio de los derechos individuales y de los derechos políticos. De la combinación de ambas categorías resulta la ordenación de los poderes del Estado o lo que se conoce como el principio de la división de poderes.

III

En el momento presente no es posible entender la Constitución sin mencionar el principio de la separación de los poderes haciendo reiteradas alusiones al artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. A tenor de este precepto aquel país que no reconociera dicho principio ni garantizara los derechos de los ciudadanos, carecía de Constitución. Por todo ello el estudio de los derechos fundamentales tampoco puede ser abordado si no tenemos en consideración la posición que cada uno de los poderes del Estado ocupa en relación con los mismos.

La doctrina de la Teoría de la separación de poderes fue formulada por MONTESQUIEU en el libro IX de su obra “Del espíritu de las leyes” y tuvo gran importancia como punto de partida para el constitucionalismo europeo del siglo XIX. Actualmente también es punto de referencia para entender la doble función que desempeña el Derecho Constitucional:

1) Por un lado hay que comprenderlo como el baluarte de las garantías de la libertad, es decir, como aquella disciplina que estudia y analiza el conjunto de derechos fundamentales y de sus instrumentos de protección que aparecen recogidos en lo que denominamos parte dogmática de las Constituciones, y,

2) Por otro lado, el Derecho constitucional es el elemento configurador y vertebrador del Estado ya que estudia su propia composición mediante el análisis de la llamada parte orgánica de las Constituciones.

La parte dogmática de la Constitución recoge también lo que la doctrina (LUCAS VERDÚ) denomina fórmula política, entendiendo por ella el conjunto de principios y valores que sirven de fundamento a un régimen político jurídicamente organizado. Para su comprensión es imprescindible apreciar las diferencias que pue-

den darse entre la forma de Estado y los sistemas de gobierno y que, no pocas veces han acarreado confusiones doctrinales. Nos parece acertada la idea defendida por MORTATI que entiende que la forma de Estado nos explica como está distribuido el poder en cuanto elemento constitutivo del Estado (relaciones que se dan entre el territorio, la población y el poder, elementos esenciales del mismo); mientras que el sistema de gobierno alude a la organización del poder en cuanto elemento constituido dentro del Estado y en consecuencia de las relaciones que se dan entre los diversos órganos constitucionales que la Constitución reconoce.

Así las cosas, la mayor parte de las Constituciones del occidente democrático configuran a sus Estados como de Derecho, Sociales y Democráticos y, ello se entiende porque desean impregnar a sus normas supremas (Constituciones) de los principios que imperan en el moderno constitucionalismo: el principio liberal, el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución. Por todo ello, esos Estados se caracterizan por reconocer la soberanía popular, admitiendo la participación del pueblo en las tareas y funciones estatales, por someter las actuaciones de los poderes públicos a la Constitución y a la ley y por crear un Estado que se implica en la sociedad corrigiendo los desequilibrios que esta, por sí sola, no puede subsanar.

Junto a ello es necesario distinguir formas jurídicas de Estado que afectan a la distribución territorial del poder político y así nos encontramos con Estados unitarios, regionales y federales en función del menor o mayor grado de descentralización existente. La tendencia predominante en el momento presente es hacia la descentralización del poder político y no solo de las funciones administrativas. Un ejemplo peculiar es el Estado de las Autonomías que configura la Constitución Española vigente y que,

aunque alcanza un grado elevado de descentralización política no es un Estado Federal porque, los Estatutos de Autonomía que hacen nacer a la vida jurídica dicho Estado, traen su causa de la propia Constitución.

IV

El tema de los derechos fundamentales, que surgen con la Constitución y en ella encuentran sus garantías, es uno de los más importantes del constitucionalismo democrático y cada vez contemplamos con más frecuencia como se aprueban Constituciones que recogen en su articulado un amplio elenco de estos derechos. Marco en el cual también adquiere relevancia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos por su trascendencia a la hora de proteger los derechos internos.

La comprensión de la naturaleza jurídica de la gran variedad de derechos reconocidos requiere partir de una determinada ideología del Estado y de la Constitución; Así, en un Estado Social, Democrático de Derecho se mantiene la existencia de derechos fundamentales por parte de la ideología liberal, de la ideología democrática y de la ideología propia del Estado social.

Según la ideología liberal los derechos fundamentales son aquellos que por naturaleza le corresponden al hombre individual y libre. Los sujetos que se dan en esa relación son dos: por un lado el individuo libre por naturaleza, autónomo y sujeto activo y por otro, el Estado, sujeto pasivo, limitado en su actuación por esos derechos fundamentales. En esta ideología la libertad humana es absoluta e ilimitada, anterior y superior al Estado. La libertad, como un fin en sí misma queda a la iniciativa individual sin que el Estado adquiera obligaciones al respecto. Ejemplos de esos catálogos de derechos pueden ser: la libertad individual, la propiedad privada, igualdad ante la ley.

En cambio, la teoría democrática de los derechos fundamentales entiende

estos derechos en virtud de la función político-democrática que desempeñan: permitir la participación del pueblo soberano en el proceso democrático de formación de la voluntad política así como su participación en los asuntos políticos. De ello se desprende que a estas categorías de derechos pertenecen el derecho de sufragio activo y pasivo, la protección del pluralismo, la constitucionalización de los partidos políticos, el derecho de asociación y las demás formas de participación pública. En estos derechos la libertad no es un fin en sí misma sino que se trata de una libertad orientada hacia al proceso político-democrático.

Por último, si nos fijamos en el Estado Social de Derecho, la teoría que se sustenta no concibe al hombre como un sujeto aislado sino como miembro de una sociedad plural en la cual todos han de ser igualmente libres. Lo que se persigue es una libertad real de la cual puedan disfrutar todos los ciudadanos en las mismas condiciones de igualdad. Esto conlleva un cambio en el concepto de los derechos fundamentales que ven ampliado su catálogo a los derechos de contenido económico social y cultural, que se traducen para sus titulares en prestaciones de carácter económico que corresponde efectuar al Estado. Por dicho contenido económico la realización de estos derechos no consiste solo en un problema jurídico sino que implica un asunto de disponibilidad y de distribución de recursos financieros; Ejemplos de esta categoría pueden ser: el derecho a la educación, a la salud, al pleno empleo, a una vivienda digna, a un medio ambiente sano ...

Pero, como ya dijera Kelsen, "reconocer derechos sin establecer las correspondientes garantías es dejarlos reducidos a papel mojado", por ello las Constituciones vigentes se esfuerzan por ampliar el catálogo de medios de protección para los derechos que reconocen. Esas garantías suelen agruparse, por su naturaleza

en diversas categorías: normativas, jurisdiccionales e institucionales, según sean las normas de la Constitución, los tribunales de justicia o las instituciones públicas las encargadas de la defensa de los derechos fundamentales.

Destacan por su operatividad, las garantías jurisdiccionales que consisten en la protección ordinaria o extraordinaria otorgada por los tribunales de justicia y, sobresale entre ellas, la garantía reforzada del recurso de amparo que cada vez con mas frecuencia aparece en las constituciones de Hispanoamérica. En España sus orígenes se hallan en la Constitución Republicana de 1931 y su conocimiento se encomienda al máximo defensor de la Constitución, es decir, al Tribunal Constitucional. Entre las garantías normativas merece especial mención el carácter vinculante de las modernas Constituciones democráticas que afecta tanto a los poderes públicos como a los particulares y que conlleva la aplicación directa de las normas que garantizan los derechos fundamentales por parte de los órganos encargados de administrar justicia, sin necesidad de intervención del poder legislativo a través de leyes de desarrollo.

De entre las instituciones encargadas de velar por la eficacia de los derechos fundamentales, aparte del control parlamentario, adquiere cada vez mayor importancia la institución del Defensor del Pueblo; Sus orígenes son suecos, en el siglo XVIII y observamos que en la actualidad se da un reconocimiento cada vez mayor de esta institución, no sólo en las Constituciones Europeas e Hispanoamericanas sino también en textos de nuevo cuño elaborados en África y en Europa del Este. Incluso, la Unión Europea tiene reconocida una institución de estas características. Se trata de una institución, que sin tener la operatividad de las actuaciones judiciales, puesto que no es un juez, actúa como mediador entre los particulares y los distintos poderes

públicos para tratar de corregir aquellos vicios que se deriven de una mala administración y que perturben el correcto ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

V

También en la parte dogmática de las Constituciones democráticas de occidente se encuentra regulado el sistema de fuentes del derecho. Esto se explica porque, estas Constituciones, fruto del poder constituyente del pueblo que es considerado soberano, son la norma suprema del ordenamiento jurídico que sustituye la arbitrariedad del poder que se daba en el gobierno de los hombres, propio del Antiguo Régimen, por un poder jurídico y racionalizado característico del Gobierno de las leyes de un Estado de Derecho. Pero, la Constitución no es sólo una norma sino que al ser la ley superior de todo un ordenamiento jurídico debe establecer el sistema de fuentes del derecho conforme al cual deben dictarse las leyes para su validez.

Con la expresión "fuente del derecho" aludimos no sólo a los titulares con capacidad para producir normas jurídicas sino también a aquellas categorías básicas a través de las cuales se exteriorizan dichas normas jurídicas.

En la actualidad, el constitucionalismo moderno incorpora un nuevo concepto de Constitución como ya hemos visto, que incluye necesariamente un sistema de garantías constitucionales y en el que la ley, emanada del Parlamento, órgano soberano en Europa hasta bien avanzado el siglo XX, pasa a ocupar un lugar preeminente en el sistema de fuentes pero, bien entendido, subordinada siempre a la Constitución y susceptible de ser controlada por algún órgano creado al efecto. La ley ha dejado de ser una categoría normativa única y ve ampliadas las formas de su manifestación con otras normas con rango de ley. Estas se deben a diversas causas: Procedimientos especiales de elabo-



Aspecto da fachada plateresca da Universidade de Salamanca

ración y reservas de materias para su desarrollo, como es el caso de las leyes orgánicas. Descentralización territorial del poder político del Estado que en el caso español origina los E.E.A.A. y las leyes de las C.C.A.A.; Transformaciones y crisis que sufren los Parlamentos actuales y que obligan a un desplazamiento de la capacidad “legislativa delegada” desde el legislativo hacia el Gobierno. Este órgano constitucional se ve dotado de la capacidad de hacer normas que sin ser leyes valen como si lo fueran (Decretos-leyes y Decretos-legislativos, en el supuesto español).

Tampoco faltan en el marco de las Constituciones las fuentes del Derecho Internacional y su prelación respecto del derecho interno, y, en el caso de los países miembros de la Unión Europea es obligado punto de referencia el Derecho Comunitario en relación al propio sistema interno.

Todo este complejo entramado normativo está sujeto al principio de supremacía constitucional de tal modo que si el procedimiento de elaboración de esas leyes o su contenido material no respetasen los postulados constitucionales, serían arrojadas del

ordenamiento jurídico gracias a los mecanismos de justicia constitucional establecidos en el marco de la Constitución.

VI

La parte orgánica de las Constituciones se dedica a vertebrar el Estado porque es aquí donde se regulan sus poderes y las funciones que a cada uno de ellos le han sido encomendados.

Si analizamos el proceso de legitimación democrática del Estado apreciamos la imposibilidad del principio de la democracia directa debiendo aceptar en la actualidad a la democracia representativa como la única forma operativa de organización política y jurídica del Estado. En un Estado representativo la legitimación descansa en dos pilares básicos que son: los partidos políticos y el sistema electoral, por medio de los cuales se reduce la complejidad social y se posibilita la formación de la voluntad de la sociedad como voluntad política a través del Parlamento.

Ahora bien, el objetivo de la democracia es el gobierno del pueblo. Esta expresión, tomada en su sentido más

amplio, se convierte en una meta del quehacer político diario; Por ello las Constituciones del occidente democrático establecen un orden de relaciones entre las instituciones públicas y entre éstas y los ciudadanos para coadyuvar a la consecución de dicho objetivo. Los sistemas democráticos de la actualidad, se sustentan en palabras de G. VEDEL en un sistema de diálogos, porque “la filosofía democrática rechaza la creencia de que existe una armonía espontánea y automática entre los diversos interlocutores del mundo político. Pero, esta filosofía no cree tampoco que las oposiciones sean de tal naturaleza que impidan encontrar una conciliación”. A través del diálogo se conocen las opiniones ajenas y se puede llegar a una solución de compromiso. Así las cosas, la vida democrática se articula en base a cinco diálogos principalmente:

- El diálogo entre el poder constituyente que elabora la Constitución y los poderes constituidos reconocidos en el marco de la norma suprema y a ella sometidos.
- El diálogo entre los gobernantes y los gobernados que aproxima los que



Esta pequena praça é chamada de “Patio de Escuelas” em Salamanca.
À frente, a fachada do edifício das Escuelas Mayores.

gobiernan a los que son gobernados sin atentar a la división del trabajo necesaria en una comunidad.

- El diálogo que se da entre el Parlamento, órgano representativo por excelencia y encargado de hacer las leyes, y el Ejecutivo de legitimación democrática indirecta que es el encargado de hacer cumplir las leyes mediante la función de gobernar.

- El diálogo entre la mayoría y la minoría parlamentaria que, en palabras de Kelsen, es donde radica la verdadera esencia de la democracia.

- Por último, el diálogo entre el Estado y los grupos sociales que hace viable la situación de pugna entre el interés general y los intereses particulares.

La distinta organización con que se configuran estos diálogos de acuerdo a las normas jurídicas pueden dar lugar a distintos regímenes políticos en democracia.

Si nos fijamos, por ejemplo, en el diálogo que mantienen el Parlamento y el Ejecutivo, observamos que en unos regímenes políticos la última palabra la tiene las Cámaras representativas, mientras que en otros es el Poder Ejecutivo quien decide finalmente. Cuando es el Parlamento el que prevalece sobre el resto de las instituciones hablamos de regímenes parlamentarios. En cambio, cuando el Ejecutivo adquiere una mayor relevancia en torno a la figura del Jefe del Gobierno, nos encontramos ante los regímenes presidenciales ó presidencialistas.

El régimen parlamentario es un sistema típico de colaboración entre los distintos poderes del Estado y es el régimen político común en Europa. Se nos presenta en la historia como una especie de compromiso entre dos legitimidades diferentes: la monárquico-aristocrática del antiguo régimen (Monarquía Absoluta) y la democrático-igualitaria del Estado constitucional. Su origen se fue imponiendo en la práctica a través de los conflictos que jalonaron todo el siglo XVIII. Se fue desarrollando a

lo largo del siglo XIX y se consolidó en Europa cuando finalizó el periodo revolucionario, tras la caída de Napoleón. La influencia mayor procede del régimen parlamentario inglés y el resultado es fruto del peso de la razón unido a la inercia de la historia.

Por estas causas los órganos constitucionales que se incorporan a este régimen como expresión del pasado (La Jefatura del Estado y la Segunda Cámara) se mantienen, pero no desempeñan papeles relevantes en el proceso político. La Jefatura del Estado, ya sea hereditaria – en el caso de un Rey o Monarca –, ó electiva – Presidente de la República – tiende a quedar reducida a una función simbólica, moderadora y arbitral. También la Segunda Cámara que paulatinamente deja de ser una Cámara privilegiada ve cada vez reducidas en mayor medida sus funciones y queda marginada de la exigencia de la responsabilidad política del Gobierno.

Las bases constitucionales del régimen parlamentario son: el poder ejecutivo dual y el poder legislativo bicameral. Pero, como el único órgano que goza de legitimación democrática directa es el Parlamento, el Gobierno depende de él en todo momento; Esta es la única forma en que el Ejecutivo se legitima como Gobierno de la Nación. Este, en la práctica, para constituirse requiere de una mayoría parlamentaria que lo sustente y que le conserve la confianza obtenida a lo largo de todo el mandato.

Otro elemento esencial del régimen parlamentario es la posibilidad de que el Gobierno disuelva de forma anticipada el Parlamento o aquella Cámara cuya confianza es imprescindible para poder gobernar, ya que, aunque formalmente la facultad de disolver las Cámaras le corresponde al Jefe del Estado, la decisión política siempre es tomada por el Gobierno. En el actual Estado de partidos la disolución anticipada no es más que el instrumento para que se pronuncie el cuerpo electoral en cuanto árbitro de todo proceso político.

A diferencia del régimen parlamentario, los sistemas presidencialistas que imperan en toda América se caracterizan por ser un ejemplo claro de separación rígida de los poderes constituidos. Las colonias inglesas que se convertirían en los Estados Unidos de América si desarrollaron un auténtico proceso constituyente, en base a un criterio racional que creó una nueva forma de Estado. En Europa el régimen parlamentario se configuró al enfrentarse a la Monarquía fortaleciendo al máximo al Parlamento en cuanto órgano representante de la sociedad. De ahí la necesidad de hacer depender al Gobierno de la confianza de la Cámara. Si no se separan rigidamente los poderes se debilita al Parlamento y el Monarca no tiene las manos libres para formar Gobierno. En cambio, en las colonias americanas del Norte y del Sur, la Monarquía dejará de ser un punto de referencia para la organización del Estado y éste se organizará en forma de República, en la cual, la soberanía popular constituirá un axioma político indiscutible. Así las cosas, sería necesario ordenar constitucionalmente los poderes de tal forma que se limite la primacía de poder legislativo que tiene un auténtico peligro de ser ejercido de forma despótica por las mayorías, sobre las minorías parlamentarias. De ahí, la necesidad de establecer un mecanismo rígido de división de poderes y de controles recíprocos que dificulten la formación de una mayoría estable y generalizada que ejerza el poder de forma tiránica.

Los rasgos característicos que permiten definir un sistema presidencialista son los siguientes:

1) El Poder Ejecutivo – Presidente y secretarios a quienes el primero nombra discrecionalmente – no procede del Parlamento. El Presidente es elegido por el cuerpo electoral de forma autónoma y puede ser la expresión política de una mayoría distinta a la del Congreso.

2) Los secretarios ó ministros no pueden pertenecer ni tener acceso a ninguna de las Cámaras.

3) El Presidente puede formular su programa legislativo de forma exclusivamente política. La traducción jurídica del mismo la lleva a cabo el Congreso cuando lo transforme en normas jurídicas que deben ser aprobadas en ambas Cámaras.

4) El Congreso no puede forzar la dimisión del Presidente ni de los ministros.

5) Cada uno de los poderes es independiente orgánica y funcionalmente. El Presidente puede vetar las decisiones del Congreso que necesita de mayoría cualificada para levantar dicho veto y, el Congreso, a su vez, y por distintas vías, puede impedir la actuación presidencial.

La "forma política" (art. 1.3) que consagra la Constitución Española de 1978, vigente, es la "monarquía parlamentaria". Esto significa que la Jefatura del Estado no es elegida sino que viene dada, puesto que, es el Rey quien personifica al Estado. La constitucionalización del actual régimen parlamentario español gira en torno a dos ideas fundamentales: a) la no intervención del monarca en las reglas del proceso político y b) la estabilidad gubernamental.

Desde un punto de vista jurídico la importancia de las Cortes deviene de su potestad para dictar normas que sólo están subordinadas a la Constitución; Pero, desde un punto de vista político la relevancia del Parlamento radica en su poder para investir y destituir al Presidente del Gobierno, aunque formalmente sea el Rey, en cuanto Jefe del Estado, quien lo nombra y acepta su dimisión. En este proceso la única Cámara que interviene es el Congreso de los Diputados ó Cámara baja que así manifiesta su superioridad política respecto al Senado. De este modo, el constituyente español configuró un modelo de régimen parlamentario que podemos denominar "parlamentarismo racionalizado" donde abundan las

garantías, sobre todo para el Gobierno: investidura del Presidente del Gobierno, moción de censura, cuestión de confianza, disolución anticipada del Congreso ó de las Cortes Generales...

VII

A largo de toda nuestra exposición hemos hecho hincapié en que en la actualidad hablar de Constitución, en cualquier país democrático, es hablar de la norma suprema de un Estado. Como tal norma suprema nace con vocación de durar en el tiempo frente al carácter transitorio del que se dota a las leyes ordinarias. Frente a éstas la Constitución goza de un doble carácter de súper-ley: En sentido formal y en sentido material.

La súper legalidad formal pone de manifiesto la existencia de procedimientos especiales para la elaboración y las correspondientes modificaciones de las normas constitucionales. En cambio, la súper legalidad material significa que las leyes ordinarias deben respetar el conjunto de valores y límites que en la Constitución se señalan, así como el sistema formal de la producción de normas que en ella se establece.

Ahora bien, la supremacía de la Constitución será una mera hipótesis si no se fija el correspondiente sistema de garantías, entendiendo como tal al conjunto de mecanismos a través de los cuales se procede a la defensa de la Constitución. Estos aparecen definidos por J.J. FALLER como "el conjunto de instituciones y medidas con las cuales el Estado trata de guardar el ordenamiento constitucional frente a los peligros que lo amenazan desde dentro". El precitado autor los agrupa en: Factores estructurales y factores coyunturales:

1) Por factores estructurales, calificados como defensa ordinaria de la Constitución, entendemos aquellos peligros que proceden del carácter y de la estructura de la propia Constitución. Hacemos referencia a lo que

la doctrina denomina como "defensa jurídica" y en ella enmarcamos tanto los sistemas de justicia constitucional, como los procedimientos de reforma de la Constitución.

2) Al hablar de factores coyunturales aludimos a aquellos que resultan de la situación política por la que en un momento determinado atraviesa la vida de un Estado. En este caso hablamos de "defensa política" de la Constitución porque, su objeto es velar por la supervivencia de un sistema político cuando la Nación atraviesa por circunstancias de especial dificultad (Protección extraordinaria del Estado). Aquí podemos encuadrar no solo los Estados excepcionales sino también la suspensión individual de garantías constitucionales.

La defensa ordinaria de la Constitución puede estar dotada de naturaleza política o de naturaleza jurídica. En el primer caso los encargados de proteger la Constitución son órganos que dependen del poder legislativo, como es el caso de la antigua U.R.S.S. o del derecho histórico francés. En el segundo supuesto, los entes encargados de velar por la supremacía constitucional tienen naturaleza jurisdiccional. Se trata de una tendencia alcista en el momento presente y como ejemplos podemos citar no solo al caso español sino también el de todos los países de Hispanoamérica.

La garantía jurisdiccional de la Constitución también presenta variaciones y en este sentido hablamos de un sistema de justicia constitucional difuso cuando son todos los jueces y tribunales ordinarios los encargados de controlar la adecuación de las leyes ordinarias a la Constitución. La función unificadora de la diversidad de criterios que el sistema permite la lleva a cabo el Tribunal Supremo o, en todo caso, el órgano que ocupe la cúpula del poder judicial. En consecuencia no se establecen órganos especiales al efecto. El ejemplo por antonomasia es el caso de los U.S.A. y el primer referente es la sentencia "Marbury versus Madison" pronun-



Angela Figueruelo em seu gabinete de trabalho na Faculdade de Direito da USAL

ciada en 1803 por el juez Marshall. Este modelo hizo sentir su influencia en numerosos países de Hispanoamérica, sobre todo en aquellos que han configurado sus estados de acuerdo a estructuras federales.

Frente al sistema difuso americano, el austriaco Kelsen, a comienzos del siglo XX, ideó otro sistema de justicia constitucional denominado concentrado en el que encomendó la defensa y garantía de la norma suprema a un órgano de naturaleza jurisdiccional, situado fuera del poder judicial. Ese órgano "ad hoc" recibe el nombre de Tribunal Constitucional y aparece reconocido en el marco de la Constitución. A él se le encomiendan tareas tales como el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa de los derechos fundamentales o la resolución de aquellos conflictos que se originan como consecuencia de la descentralización del poder político. El modelo creado por Kelsen se reconoció por vez primera en la Constitución austriaca de 1920 y, se extendió por Europa consolidándose en las Leyes Supremas aprobadas tras la II Guerra Mundial. Aquí es referencia obligada el supuesto de la Constitución Española de 1978 que dedica el Título IX a regular el Tribunal Constitucional como máximo intérprete constitucional y órgano de cierre de nuestro sistema jurídico-

político. También algunas nuevas Constituciones de Hispanoamérica han sufrido influencias de este modelo europeo y han optado por adoptar, con ciertas variaciones, algún órgano de esta naturaleza.

Actualmente es difícil encontrar "modelos puros" en su sentido original y la doctrina (entre otros PEGORARO) adopta la expresión de "modelos mixtos" para definir aquellos sistemas de justicia constitucional en los cuales concurren elementos del sistema europeo concentrado y del sistema difuso americano.

La defensa jurídica de la Constitución quedaría incompleta si no hiciésemos referencia a la institución de la Reforma en cuanto instrumento garantizador del principio de rigidez constitucional que surge en el momento revolucionario francés y asegura a la norma suprema una súper legalidad formal frente a las normas ordinarias. Fue Lord BRYCE quien estableció la diferencia entre Constituciones rígidas y flexibles. Las de carácter rígido, a diferencia de las flexibles, exigen para su aprobación y reforma procedimientos más agravados y difíciles de aquellos que se requieren para aprobar y modificar las leyes ordinarias. Esta diferencia ha pasado a ser histórica porque la práctica totalidad de las Constituciones actuales se dotan de un mayor o

menor grado de rigidez. La Constitución Española vigente dedica a este apartado el Título X, último de los que se contemplan en su articulado.

El fundamento jurídico de la reforma, en cuanto garantía constitucional, se encuentra en el hecho de que la norma Suprema es elaborada por el Poder constituyente soberano que regula dentro de ella a los poderes constituidos, entre los que se encuentra el poder legislativo encargado de elaborar las leyes ordinarias. También el poder soberano regula al poder constituyente constituido – Poder de reforma –, que será el encargado, en su día, de proceder a reformar la Constitución.

Se pretende evitar con ello que cualquier mayoría parlamentaria, sin tener en cuenta razones jurídicas, pueda proceder en cualquier momento a la reforma constitucional sin respetar la voluntad soberana del pueblo. No obstante, hablar del carácter rígido de las Constituciones no significa dotarlas de carácter pétreo; Se deben, pues, configurar procedimientos de reforma lo suficientemente dificultosos para proteger a la Constitución de cambios innecesarios pero, que permitan proceder a ello siempre que su modificación sea políticamente conveniente y jurídicamente necesaria.

Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI: diretrizes e aplicação da Gestão Profissional Empreendedora-GPE nas Organizações Públicas.



Ilmar Polary Pereira

Coordenador do núcleo de Gestão Pública do CECGP, Doutor pela FGV / Rio

Resumo

O artigo tem como objetivo despertar reflexões críticas do impacto da Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI nas Organizações Públicas e os reflexos no comportamento organizacional e social, a partir da análise da literatura e de casos específicos de aplicação desse modelo alternativo de Gestão Profissional fundamentada no Empreendedorismo. Nesse contexto, foi verificado o problema de “como a Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI impacta na Gestão Profissional Empreendedora – GPE em Organizações Públicas e na sociedade” diante da hipótese de que “a Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI, oriunda da Gestão Profissional Empreendedora-GPE, favorece a perenidade das organizações públicas e a sociedade”.

Palavras-chave: Gestão Pública. Gestão por Sustentabilidade Integrada. Perenidade. Empreendedorismo. Sociedade.

Abstract

Integrated Sustainable Public Management: guidelines and application of the Professional Management Entrepreneurship in the Public Management

Autor: Ilmar Polary Pereira

This paper aims to motivate the critical thinking on the impact of the Integrated Sustainable Public Management in the Public Management and its effect in the social and organizational behavior, by analyzing the literature and concrete cases of the application of this alternative model of Professional Management based on Entrepreneurship. In this context, it was studied how the Integrated Sustainable Public Management impacts the Professional Management Entrepreneurship in public management and in the society supposing that Integrated Sustainable Public Management from Professional Management Entrepreneurship favors the perennial work of the public organizations and society.

Keywords: Public Management. Integrated Sustainable Management. Perennial. Entrepreneurship. Society.

1. Introdução

O artigo descreve a Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI: diretrizes e aplicação da Gestão Profissional Empreendedora-GPE nas Organizações Públicas, busca em seu objeto de estudo que são as Organizações Públicas resposta ao problema de “como a Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI impacta na Gestão Profissional Empreendedora – GPE em Organizações Públicas e na socie-

dade”, diante do objetivo de despertar reflexões críticas do impacto da Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI nas Organizações Públicas e os reflexos no comportamento organizacional e social, em que pese ser relevante para a Gestão Pública contemporânea brasileira.

Há inúmeras questões de pesquisa a serem investigadas que requerem respostas, dentre elas, destacam-se: há uma necessidade de se entender por que, no contexto empresarial

brasileiro, algumas empresas sobrevivem com sucesso ao longo de muitos anos, enquanto outras também de sucesso perdem sua capacidade de sobrevivência? Collins, Porras, (1995); De Geus, (1998). Até que ponto a aplicação da Gestão Pública Sustentável Integrada – GPSI, nas Organizações Públicas garante a excelência de resultados no tripé seus colaboradores, cliente externo e resultados organizacionais? De que forma os resultados da Gestão Pública Sustentável Integrada, en-

quanto Gestão Profissional aplicada nas Organizações Públicas reflete na sociedade? Dentre outras.

Na busca dessas questões e diante da hipótese de que “a Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI, oriunda da Gestão Profissional Empreendedora-GPE, favorece a perenidade das organizações públicas e a sociedade”, o artigo em seu referencial teórico foi desenvolvido considerando duas vertentes: na primeira, a acadêmica que buscou na literatura a fundamentação que sustente a relevância da Administração Pública Gerencial, o modelo de gestão pública no Brasil, o processo de profissionalização na Gestão Pública no Brasil, as Estratégias Acadêmicas e a Formação de uma Instituição de Excelência em Administração Pública Brasileira, os grupos de pesquisa, o sistema CFA/CRA, Políticas Públicas e um modelo de Gestão por Sustentabilidade Integrada (GSI), aplicável às organizações Públicas e Privadas. Já a segunda vertente versa sobre a atuação profissional na Administração Pública, nas análises da perspectiva de gestores públicos, da aplicabilidade do modelo gerencial na administração municipal, literatura específica dessa temática e conclusões da pesquisa da Gestão por Sustentabilidade Integrada (GSI) na amostra industrial de 2.515 Micro, Pequenas, Médias e Grandes Empresas (MPMGES). Finaliza com as conclusões da literatura na versão acadêmica, atuação profissional na Administração Pública e resultados da pesquisa de campo da GSI nas MPMGES da amostra.

2. Referencial teórico

Na questão da Administração e Gestão Profissional Pública, um dos sentidos atribuíveis à Administração é o de: “Em contextos sociais e políticos, com atividades de Gestão e Direção” sendo sinônima: Administração, Gestão e Gerência. Martins (2001). A Gestão Profissional e Sustentável aborda seus desafios

nas mudanças que vem ocorrendo no mundo em que o conhecimento passou a ser o recurso mais importante para a sustentabilidade das empresas e do meio ambiente. A temática da Gestão Pública Sustentável Integrada – GPSI foi desenvolvida considerando a vertente acadêmica e a de atuação profissional na Administração Pública.

Na visão acadêmica, uma das razões de uma boa formação, é melhorar o modo como as organizações são administradas, posto que haja um contexto organizacional de Integração “Organização e Homem Social”. Organizações bem administradas por Gestores que aplicam a Gestão Pública Sustentável Integrada desenvolvem consistência, crescimento e prosperidade, e quando mal administradas pela atuação da Gestão não Profissional, declinam e muitas vezes, morrem. Na aplicação da Gestão Profissional convém considerar todas as fases de uma organização, ou seja, a criação, manutenção, manutenção perene, crescimento e perenidade. Polary (2012).

Paes de Paula (2005), em seu trabalho “Administração Pública Gerencial”, aponta duas correntes de pensamento que orientam a constituição do modelo da nova administração pública: o pensamento neoliberal e a teoria da escolha pública. As ideias do pensamento liberal e neoliberal que deram sustentação ao gerencialismo estão relacionadas à “amplitude ideal do papel do Estado na sociedade e na economia”, o qual teria as seguintes funções: manter a segurança interna e externa, garantir o cumprimento dos contratos e prestar serviços essenciais de utilidade pública. Esse movimento defende o *laissez-faire*, ou não intervenção do Estado no mercado. O pensamento neoliberal não previa crises do mercado. No entanto, com o aparecimento das várias crises econômicas que culminaram com a quebra da bolsa de Nova York e, 1929, colocaram-se em questão as

premissas não intervencionistas do pensamento liberal.

Diante de tal cenário, um economista do século XX, John Maynard Keynes, fez uma reavaliação sobre o pensamento liberal e elaborou sua tese de pleno emprego, atribuindo ao Estado a função de intervir na economia e estimular o crescimento econômico para garantir o bem-estar social. O sucesso dessas medidas no pós-guerra, de 1940 a início de 1970, consolidou a crença de que as crises capitalistas são contornáveis quando o governo utiliza-se do seu poder de tributar, empregar e investir (Paes de Paula, 2005).

Com outra visão, os teóricos da escolha pública, diferentemente dos neoliberais, que reforçavam suas visões sobre a eficiência do mercado em relação ao Estado, elaboravam análises que sustentariam a crítica da burocracia pública e do papel do Estado. A teoria da escolha pública defende que os princípios econômicos devem ser aplicados para explicar temas políticos como: a teoria do Estado, as regras eleitorais, o comportamento dos eleitores, os partidos políticos e a burocracia. É uma teoria que também partilha do postulado comportamental básico da economia neoclássica: o utilitarismo nas interações econômicas, sociais e políticas. Para Paes de Paula (2005) essa proposta oferece uma justificativa racional para a privatização dos serviços públicos e se junta com a argumentação neoliberal de que o provimento desses pelo mercado é mais eficiente e satisfatório. Esses teóricos tratam também da questão da transferência de serviços públicos para a iniciativa privada, abordando que tal fato geraria a vantagem de estimular a ação racional maximizadora e estimularia a ação reguladora, fiscalizadora e controladora do Estado, de modo a garantir a transparência e a distribuição das informações.

Pode-se considerar que tanto o pensamento neoliberal como a te-

oria da escolha pública, almejavam um modelo de administração pública inovador quanto à forma de conduzir e administrar os assuntos públicos de governo. Assim, surgem as recomendações de aproximar o modelo de gestão das organizações públicas às práticas gerenciais utilizadas no setor privado, como a introdução de conceitos de avaliação de desempenho, eficiência e responsabilidade (Hood, 1995). Inicia-se então um novo modelo de administração pública que se torna uma “nova ortodoxia” (Pollitt, 2000). Por outro lado, a chamada Nova Administração Pública (Paes de Paula, 2005) foi também embasada nas ideias de Antony Giddens, assessor do então primeiro-ministro do Reino Unido Tony Blair. A proposta de Giddens (1999) era a de fazer uma política mais integrada, que abrangia cada um dos principais setores da sociedade, no sentido de ampliar a democracia. Fundamenta suas ideias apoiado na integração entre o setor público e privado ao justificar a dinâmica do mercado com o pro-

se refere a uma estrutura de pensamento e de prática política que visa a adaptar a social-democracia a um mundo que se transformou fundamentalmente ao longo das duas ou três últimas décadas”. A Terceira Via ocupa-se em aliar o dinamismo do mercado com a questão do interesse público. Na “Terceira Via”, a reforma do Estado deve ser baseada na integração e participação dos principais setores da sociedade, caracterizando o que esse autor chamou de nação cosmopolita. Paes de Paula (2005) contestam a “Terceira Via” afirmando que, apesar desse modelo propor uma posição oposta às visões neoconservadoras, na prática o modelo faz de suas premissas econômicas e morais uma continuidade do modelo neoliberal. Nos Estados Unidos, à época do governo Bill Clinton, o movimento “Reinventando o Governo” se desenvolveu simultaneamente ao desenvolvimento da “Terceira Via” que ocorreu na Inglaterra.

Para Osborne e Gaebler (1995), o problema das organizações governamentais está centrado no sistema

das instituições e dos incentivos a burocracia se tornará apta a responder a essas novas demandas. Essa reinvenção do governo está baseada em um conjunto de 10 princípios estabelecidos pelos autores, que são: governo catalizador — navegando em vez de remar; o governo pertence à comunidade — dando responsabilidade ao cidadão, em vez de servi-lo; governo competitivo — introduzindo a competição na prestação de serviços; governo orientado por missões — transformando órgãos burocratizados; governo de resultados — financiando resultados, não recursos; governo e seus clientes — atendendo às necessidades do cliente e não à burocracia; governo empreendedor — gerando receitas em vez de despesas; governo preventivo — a prevenção em lugar da cura; governo descentralizado — da hierarquia à participação e ao trabalho de equipe; governo orientado para o mercado — induzindo mudanças por meio do mercado.

Para Hood (1995), a administração pública gerencial possui as seguintes orientações: desagregação do serviço público em unidades especializadas e centros de custos; competição entre organizações públicas e entre organizações públicas e privadas; uso de práticas de gestão provenientes da administração privada; atenção à disciplina e parcimônia; administradores empreendedores com autonomia para decidir; avaliação de desempenho; avaliação centrada nos outputs. Há também as críticas quanto ao novo modelo da administração pública que adota práticas gerenciais. Para Paes de Paula (2005:81), o novo modelo de administração pública possui “caráter centralizador” e também não consegue tratar ainda algumas dinâmicas da política, pois o gerencialismo “não se volta para questões que envolvem a complexidade da gestão, como, por exemplo, a integração entre os aspectos técnicos e políticos”.



Palácio dos Leões

A necessária reinvenção do governo: conjunto de 10 princípios

pósito de um bem-estar social.

Com a decadência do neoliberalismo e da social-democracia de velho estilo, Giddens (1999:36) lança a proposta de uma Terceira Via, “que

de gestão. Eles defendem que as pessoas não são o problema maior para as novas demandas de eficiência e eficácia desse tipo de organização, e que somente por meio de reformas

Costa (2010) descreve em “Contribuição a um projeto de reforma democrática do Estado”, que com relação à reforma do Estado, a agenda que tem sido proposta pelos organismos internacionais exclui alguns temas fundamentais nunca discutidos em profundidade nos fóruns por eles animados. Batizadas por esse paradigma, elas se traduzem em três estratégias principais, a saber: a reforma patrimonial, que se faz principalmente através de processos de privatização e terceirização; a reforma fiscal (ou ajuste fiscal), voltada para a redução de despesas e, eventualmente, para o aumento das receitas; e a reforma gerencial, orientada para o aumento da eficiência dos serviços públicos. A escassez de criatividade no campo progressista estimula os adeptos do mainstream a sustentarem a ideia de que não existem alternativas ao paradigma gerencialista. A *new public management* apresenta-se como o fim da história da administração pública. Economia de mercado, sufrágio universal, Estado regulador e nova gerência pública são partes complementares de um todo interdependente – a sociedade (autônoma e competitiva) do mundo globalizado.

Já o movimento gerencial no Brasil, empenhado, efetivamente, em mudar o modelo de administração pública brasileira, o então presidente Fernando Henrique Cardoso criou o Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), para tratar de assuntos especificamente referentes a essa reforma. Para o então presidente da república, a administração pública gerencial é “baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna ‘cliente privilegiado’ dos serviços prestados pelo Estado” (Brasil,

1995:1). A proposta da reforma no Brasil foi fundamentada em três dimensões: 1) institucional-legal, que trata da reforma do sistema normativo e legal da administração pública; 2) cultural, visando à transição de uma cultura burocrática para uma cultura gerencial; 3) gestão pública, que põe em prática o aperfeiçoamento da administração pública burocrática em paralelo com a introdução da administração pública gerencial, tendo em vista a modernização da estrutura organizacional e dos métodos de gestão.

Segundo Bresser-Pereira (2005), a reforma objetivava: a) a busca da eliminação da crise fiscal, através de controle rigoroso das despesas públicas e do aumento das receitas públicas; b) a transformação da administração pública burocrática em gerencial, com foco nos resultados em detrimento do controle dos processos; c) a melhoria do atendimento das demandas sociais, mediante a criação de instituições mais descentralizadas e mais próximas dos cidadãos. Paes de Paula (2005) concluiu que o modelo de gestão pública gerencial no Brasil por meio da reforma de 1995 não resultou em uma ruptura com a linha tecnocrática, além de continuar reproduzindo o autoritarismo e o patrimonialismo. Para essa autora, o processo decisório continuou como um monopólio do núcleo estratégico do Estado e das instâncias executivas, sendo o ideal tecnocrático reconstituído pela nova política de recursos humanos. Para a autora, “a reforma perdeu seu ímpeto no que se refere ao redesenho institucional e acabou tornando o ajuste fiscal o elemento preponderante”.

No caso de Minas Gerais, o estado buscou reformar sua gestão administrativa “copilando inclusive as razões de sucesso e fracasso, para que fossem potencializadas ou evitadas, adaptando-as à necessidade, à realidade e à cultura local” (Cunha Junior, 2004:2). Elaborou-se, então,

o “choque de gestão”, ou seja, um modelo de gestão formulado por “um conjunto de medidas de rápido impacto, para modificar, de vez, o padrão de comportamento da Administração Estadual, imprimindo-lhe um ritmo consentâneo com a contemporaneidade própria de uma gestão eficiente, efetiva e eficaz” (Vilhena et al., 2006:15).

O “Choque de Gestão” trata de uma reorganização da gestão governamental por meio da incorporação de “diversas inovações e iniciativas de aperfeiçoamento da gestão pública” (Cunha Junior, 2004:1). Foi dividido em duas etapas: 2003-06 e 2007-10. Segundo Vilhena et al. (2006), na primeira etapa, a prioridade foi trabalhar com políticas de gestão pública que orientassem o ajuste fiscal ortodoxo por meio de repressão fiscal, gestão orçamentária, financeira e contábil, políticas de reajuste salariais e previdência do servidor. Para esses autores, a segunda etapa teve como propósitos trabalhar na orientação de uma nova administração, racionalizando e melhorando a gestão, e promover o desenvolvimento por meio da governança social, fortalecendo o Estado, o mercado e o terceiro setor para o alcance de resultados concretos. A reforma gerencial deixou várias lições: a necessidade de se construir um norte, um ideal de desenvolvimento, de se promover inovações gerenciais e de integrar as políticas de gestão, alinhando-as para trilhar o caminho escolhido.

Com objetivo de verificar entre as administrações de 177 municípios do sul de Minas Gerais aquelas que adotam o modelo gerencial, Freitas Jr. (2009) realizou uma pesquisa por meio de indicadores. Os indicadores utilizados em sua pesquisa fazem parte do Índice de Administração Pública Gerencial Municipal (IAPG-M) elaborado pelo autor. Para desenvolvê-lo, o autor se apoiou nas duas dimensões mais relevantes da administração pública

gerencial, referenciadas por Paes de Paula (2005): institucional-administrativa e econômico-financeira. O autor considerou que a dimensão sociopolítica não é levada em conta no modelo gerencial e, portanto, não deveria constar na composição do IAPG-M. Prosseguindo, utilizou quatro classes como parâmetro para a classificação dos municípios. São elas: “A”, municípios que conseguem colocar em prática acima de 75% dos indicadores utilizados para caracterizar uma administração pública do tipo gerencial; “B”, municípios que conseguem aplicar entre 50% e 75% dos indicadores gerenciais; “C” e “D”, municípios que foram classificados como tendo outro tipo de administração pública que não a gerencial, pois aplicam menos de 50% dos indicadores gerenciais.

Segundo Freitas Jr. (2009), com base nos critérios adotados em sua pesquisa, não consta entre os 177 municípios do sul de Minas Gerais nenhum município que adota, integralmente, o modelo de administração pública gerencial, ou seja, nenhum desses municípios alcançou a classe “A”. Na classe “B” foram identificados apenas 39 municípios, o que sinaliza uma posição intermediária desses municípios, ou mesmo uma tendência ao modelo gerencial. Essa situação intermediária pode expressar “um tipo de administração pública ‘híbrida’, com elementos gerenciais, patrimoniais, burocráticos e societários”. A classe “C” está representada por 86 municípios e a classe “D”, por 52. Além disso, seu estudo revelou a inexistência de correlações entre gerencialismo e partido político. Portanto, pode-se considerar que o modelo gerencial de administração pública se caracteriza, também, pela incompletude da reforma administrativa no âmbito municipal e não alcançou a maioria dos municípios estudados.

Em síntese, considera-se que grande tem sido o esforço do Estado brasileiro para a efetivação do modelo

de administração gerencial. Porém, constata-se que a adoção do modelo ainda não é efetiva nos três níveis de governo. Foram identificados vários entraves que dificultam ou impedem a adoção do gerencialismo na administração pública municipal, quais sejam: falta de capacidade de gerenciamento e controle dos gestores públicos com base nos pressupostos do modelo; falta de incentivo por parte dos dirigentes para a capacitação e qualificação dos funcionários; ausência de políticas e mecanismos que permitam a valorização e a motivação dos funcionários; falta de iniciativa e criatividade por parte dos gestores do município em promover as ações direcionadas para mudanças organizacionais e sociais; não cumprimento de forma equilibrada das despesas de acordo com as receitas do município; inexistência de postura empreendedora; baixa capacidade dos dirigentes municipais em se articular com os cidadãos e com os setores privados da comunidade; presença de características autoritárias e patrimonialistas na gestão pública. Portanto, os gestores públicos não conseguem se articular e pôr em prática os princípios gerenciais.

Para que o modelo de administração pública gerencial, assim como qualquer outra iniciativa de reforma administrativa, se efetive é primordial que haja preparação técnica e política dos gestores públicos. Portanto, como forma de superar os entraves identificados para a adoção efetiva do modelo gerencial, acredita-se que seja necessário que os governantes públicos se qualifiquem em curso superior e pós-graduação em administração pública, bem como todo o funcionalismo público municipal. Para isso, a existência de um plano de carreira municipal é fundamental. Acredita-se, também, que reformas como a do modelo gerencial, para serem efetivas na administração pública municipal, precisam levar em conta a participa-

ção social por meio dos conselhos gestores de políticas públicas e por meio de outros canais de participação democrática.

Nesse sentido, para Coelho (2007) concebe-se que a solução para uma maior profissionalização da Administração Pública é de enfoque múltiplo, entre meritocracia e política, e aborda: o ingresso no serviço público via concursos universalizantes; a formação de um sistema estruturado de carreiras; qualificação profissional constante; e um sistema de Avaliação de Desempenho e Remuneração, que estimule o desempenho através de incentivos.

No processo de profissionalização na Gestão Pública no Brasil, destacam-se: em 1938 (Estado Novo), Getúlio Vargas criou o Departamento de Administração do Serviço Público (DASP), da Constituição de 1937, com o objetivo de “aprofundar a reforma administrativa e a racionalizar o serviço público”. Em 1950, com o Projeto Desenvolvimentista (2º governo Vargas e JK), com as grandes empresas estatais, houve uma elevação no desempenho e da profissionalização do Serviço Público. Em 1960 (na ditadura militar), com uma agenda internacional e fortalecimento das áreas financeira e econômica, o Estado ampliou a administração indireta e a profissionalização do setor público, com a Reforma Administrativa de 1967. Com a Constituição de 1988, há um retorno do clientelismo em função de diversas formas de emprego em Serviço Público Estatutário. Em 1990 (Gov. Collor), “desorganização” e “institucionalização” da corrupção, calcados em um discurso de “modernização e de combate aos marajás” (Servidores Públicos com altos salários). Em 1995 com Bresser, o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, surgindo uma agenda nacional sobre o papel do Estado, as políticas de gestão pública, a modernização e a profissionalização da Administração. De

lá para cá, verifica-se um processo gradual da profissionalização do Serviço Público: criação de novas carreiras, concursos públicos, aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal, criação da Comissão de Ética Pública e da elaboração do Código de Conduta da Alta Administração Federal.

Nesse sentido, a nova conceituação da profissionalização do Serviço Público é de abordagem contingencial, com soluções equilibradas: quadros de carreira; contratos provisórios; cargos de confiança; contratos especiais; cooperativas de mão-de-obra; fundações universitárias; e organismos internacionais. Gaetani (2007). Assim, a Eficácia da Administração Governamental está associada a um conjunto de opções para o Gestor Público, conforme sua adequação, prazos, a oportunidade, as estratégias e os recursos existentes, com vantagens e desvantagens, a serem avaliadas e utilizadas conforme a situação requisitar. A “profissionalização é um processo permanente, com contínua capacitação institucional”, e princípios capazes de assegurar a sua efetivação.

Constata-se que o desenvolvimento sustentável do país e a agregação de valor público, passam por esse processo de profissionalização, de modo a prover a agilidade, competência e responsabilização dos agentes e das estruturas de gestão pública. É baseada em processos meritocráticos, da capacitação, da avaliação de desempenho, e contribui para a eliminação de práticas patrimonialistas, clientelistas e pode elevar os patamares de racionalidade, de produtividade, de transparência, de qualidade e de efetividade dos serviços e das políticas públicas. Ao Gestor, Empreendedor Público cabe compreender e considerar os princípios da Legalidade, da burocracia e do saber lidar com a estrutura de poder, enquanto que o Gestor Privado é requerido predominância de Profissionalismo,

porém passível também de parceria com a esfera do poder público.

Lima e Medeiros (2012), em seu trabalho “Empreendedores de políticas públicas na implementação de programas governamentais” descrevem que os programas governamentais brasileiros são formulados de maneira centralizada e definidos para ser implementados de forma homogênea em todo o Brasil. Ao buscar razões para isso, deparou-se com a possibilidade de que essa diferença poderia ser explicada, entre outros fatores, pelos conceitos de empreendedor de políticas públicas e do champion de projetos de inovação. Souza (2007:68) afirma que não existe só uma e nem a melhor definição de política, e assim a define: “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o ‘governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”. Para Theodoulou (1995), a formulação da política é a criação de cursos de ação relevantes e factíveis para lidar com problemas. Segundo Souza (2006:26), “a formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”.

Já os Champions, empreendedores de políticas públicas e gestores eficazes, seriam aqueles que se envolvem pessoalmente na implantação de uma ideia inovadora, inclusive assumindo riscos, e buscam apoio junto aos integrantes da organização para a ideia (Schon, apud Markham, 1998; Chakrabarti, 1974; Shane, Venkataraman e Macmillan, 1995; Markham e Griffin, 1998; Bryson, Crosby e Stone, 2006). O conceito de policy entrepreneur, aqui traduzido como empreendedor de políticas públicas, apresenta fortes similaridades com o conceito



**Escola de Gestão:
60 anos de excelência**

de champion. Kingdon descreve os empreendedores de política como “advogados que estão dispostos a investir seus recursos — tempo, energia, reputação e dinheiro — na esperança de obter futuros benefícios” e acrescenta que eles podem ser encontrados em muitos locais, tanto em posições formais quanto informais, tanto dentro quanto fora do governo (Kingdon, 1995:122 e 179, tradução nossa). Destaca algumas características que contribuem para o sucesso dos empreendedores: fazer com que suas reivindicações sejam ouvidas e consideradas; ter conexões políticas e capacidade de negociação; ser persistente (provavelmente a mais importante, na opinião de Kingdon). Afirma ainda que a definição da agenda governamental é função de três fluxos: problemas, policies (políticas públicas) e politics (atividade política). E que é papel do empreendedor juntar esses três fluxos.

Bartlett e Dibben (2002:109, tradução nossa) afirmam haver “um link óbvio entre inovação no setor público e empreendedores públicos”, dizem que as atribuições dos champions aproximam-se das atribuições dos empreendedores no setor público e enfatizam a importância das habilidades e atitudes dos champions na implementação da

inovação.

Finalmente, é possível observar semelhanças dos conceitos de *champion* e de *empreendedor de políticas públicas* com o de *gestor eficaz*. Ao tratar de *eficácia gerencial*, Mintzberg (2010) usa como metáfora a confecção de uma tapeçaria. Os fios condutores (ou disposições mentais) que ele descreve para a gestão eficaz revelam-se muito parecidos com as características de *champions* identificadas por Howell, Shea e Higgins (2005) e de *empreendedores de políticas públicas* apresentadas por Kingdon (1995) e Zahariadis (2003). No campo prático, as conclusões deste estudo podem contribuir para o aumento da eficiência e da efetividade da implementação dos programas governamentais, ou seja, sugere novos elementos que não os exclusivamente técnicos a serem considerados na seleção e na capacitação de implementadores de políticas públicas. Por fim, os resultados desta pesquisa indicaram que a implementação de programas está inserida em quadro político bastante amplo, sendo influenciada, por exemplo, por mudanças governamentais.

Ollaik e Medeiros (2011), em seu trabalho "Instrumentos governamentais: reflexões para uma agenda de pesquisas sobre implementação de políticas públicas no Brasil", descreve que a história da administração pública está repleta de reformas na busca de instrumentos para melhorar a gestão governamental e a implementação de políticas públicas. A ideia subjacente é que qualquer política é composta de uma série de meios através dos quais o Estado age, exerce seu poder ou o limita, tais como o uso de regulação, subsídios, campanhas de informação, entre outros, para influenciar o comportamento dos cidadãos e alcançar os objetivos da política pública, resolvendo os problemas sociais identificados e proporcionando ao cidadão os bens e serviços



Eficiência na gestão é princípio constitucional

adequados (Hood, 1986; Salamon, 2002). Para Salamon (2002:19), a ação é coletiva porque frequentemente abrange outras entidades além das do setor público. Na administração pública federal brasileira coexistem, hoje, instrumentos tradicionais – como implementação por gestão direta e por uso de incentivos econômicos; instrumentos com esforços para ampliar a participação popular; iniciativas para implementar políticas públicas por gestão indireta, mediante convênios e contratos (Costin; 2005; Souza, 2001; Torres, 2007).

Define-se instrumento governamental como um método identificável por meio do qual a ação coletiva é estruturada para lidar com um problema público. Em sua fundamentação teórica, na Implementação, a literatura define três grandes fases de políticas públicas: formação de agenda e formulação; implementação; e monitoramento e avaliação (Vanmeter e Vanhorn, 1975), deixando claro que a implementação perfeita é inatingível e o ponto-chave de qualquer implementação é acima de tudo, o comportamento humano.

Em que pese proposta para uma agenda de pesquisa em instrumentos governamentais no Brasil, uma linha de pesquisa seria com respeito a como foram escolhidos ou o que

determina a escolha de instrumentos governamentais no Brasil. Uma segunda seria desenvolver estudos que sistematizassem as tipologias existentes e desenvolvessem uma tipologia brasileira de instrumentos governamentais, dada a atual legislação no âmbito do direito administrativo e constitucional. A terceira seria concentrar-se em como se dá a implementação e quais os principais desafios para gestão governamental dos instrumentos já escolhidos e em uso neste país. Por fim, seria o de estudos comparando instrumentos que permitam formular proposições sobre a aplicação e os impactos de diferentes instrumentos.

Nesse sentido, Vasconcelos (2012) descreve em *Estratégias Acadêmicas e a Formação de uma Instituição de Excelência sobre a Escola Brasileira de Administração Pública – EBAPE*, enfatizando que desde o início de suas atividades, a EBAP teve uma missão especificamente voltada para o desenvolvimento da administração pública, porém, esse viés público não impediu que a escola desenvolvesse competências na área de administração de empresas. A função da EBAP, assim como a das escolas da FGV, pode ser definida como gerar conhecimento por meio da excelência em pesquisa acadêmica e transmitir este conhecimento por meio de cursos de gra-

duação, mestrado e doutorado do mais alto nível de qualidade, considerando a complexidade interdisciplinar da administração e os desafios organizacionais da produção de conhecimento. A liderança intelectual tem de ser reconquistada a cada dia. Novas ideias, novos conceitos, novos métodos são necessários, indispensáveis à construção de um diálogo acadêmico que acompanhe a complexidade do mundo da prática administrativa.

O padrão de pesquisa acadêmica na área de administração tem se deslocado progressivamente de uma esfera de discussão nacional para uma esfera de discussão internacional. As organizações devem ser dinâmicas e adaptáveis, segundo os requisitos de complexidade e dinamismo do seu ambiente. Em 2012 a EBAPE/FGV comemorou seus 60 anos consolidada como uma instituição de excelência nacional, entre as mais reputadas e influentes do Brasil. Um modelo singular que proporciona a suas unidades acadêmicas vantagens competitivas consideráveis por meio da especialização e do foco privilegiado em objetivos de excelência acadêmica, deixando para unidades especializadas da FGV outras tarefas tradicionalmente executadas nas escolas de administração e que em um contexto crescentemente competitivo desviavam estas escolas de seu objetivo principal: a produção de conhecimento de natureza interdisciplinar atendendo a critérios de relevância e rigor em um cenário competitivo internacional.

Fadul et al. (2012), em seu trabalho “ensaando interpretações e estratégias para o campo da Administração Pública no Brasil”, destaca que a administração pública como campo de conhecimento tem tido, ao longo dos anos, maior ou menor relevância e significação no meio acadêmico brasileiro. Na pesquisa, tal qual no ensino, o campo da administração pública sofre uma forte influ-

ência tanto de seu contexto, quanto de outras ciências. O campo nasce e se desenvolve atrelado à própria história da administração pública federal e, por conseguinte, ao sabor das reformas administrativas e modernizações ocorridas. Tal condição cria amarrações que constroem o campo, limitando-o aos temas que estão em evidência no contexto governamental, em análises que se repetem, quando não apenas descrevem o que vem ocorrendo no setor público.

No que se refere à administração pública como campo de conhecimento, e, mais exatamente, como conhecimento é reduzida a conceitos, teorias e metodologias, que se aplicam ao objeto administração pública, objeto esse que se evidencia, definindo limites e dominando o próprio campo (Fadul e Mac-Allister da Silva, 2009). Por definição, um campo de conhecimento é um microcosmo social que, embora inserido em um macrocosmo social, segue suas próprias leis e nesse sentido, goza de uma autonomia não absoluta, mas relativa. Conceitua-se então, administração pública como um campo de conhecimento que compreende: conhecimento sobre administração, ressaltando-se a dificuldade de definir se o conhecimento trata ou não de administração pública e se esse conhecimento compõe ou não compõe o campo de administração pública; agentes e instituições, aqui tomadas no sentido de organizações, que produzem, reproduzem e difundem o conhecimento sobre administração pública.

Assim, observa-se que o conhecimento contextualizado sobre administração pública no Brasil reflete uma visão negativa sobre o Estado, sobre a burocracia, sobre os servidores e sobre tudo o que se refere ao setor público é exacerbada, conduzindo o ensino, a pesquisa e a própria disciplina administração pública a uma quase falência. O ensino de administração pública no Brasil,

não é fortemente contemplada pelos programas de pós-graduação *stricto sensu*. O caso da FGV/RJ: o mestrado tem como área básica a administração pública, mas quando se analisam as linhas de pesquisa, verifica-se que não são exclusiva da administração pública, pois das três existentes, a área pública está associada à linha de pesquisa Políticas e Estratégias, que trata de gestão tanto na área pública, quanto na empresarial. O mesmo ocorre no doutorado, e nesse caso o nome do curso é Administração, tendo uma linha de pesquisa em Políticas e Estratégias, na qual aparece a área pública, compartilhando a mesma linha de pesquisa daquela voltada para o setor privado.

No tocante à pesquisa em administração pública no Brasil, o trabalho mostra ainda, a baixa distribuição pelo território brasileiro de autores que discutem essa temática, em muitos estados nos quais não há atividade de pesquisa formal nesse tema. A busca realizada no site do CNPq por meio da expressão administração pública (frase exata) traz como resultado um total de 133 grupos de pesquisa. Com a expressão gestão pública (frase exata) este número sobe para 272 grupos de pesquisa. Entretanto, uma análise preliminar permite excluir grande parte deles, pois o objeto de pesquisa não é, de fato, a administração pública, tanto no primeiro, quanto no segundo caso, chegando enfim, a um total de 40 grupos de pesquisa que podem ser considerados estando realizando pesquisas nesta área. Muito desses grupos que estão situados na área de administração pública ou gestão pública têm outros direcionamentos que vão além do próprio campo de estudo da administração pública; orientando-se mais para seus objetos empíricos: desenvolvimento sustentável, desenvolvimento regional e gestão de políticas públicas.

De todo modo, o que a informação

dos grupos de pesquisa traduz é a existência de uma baixa quantidade de pesquisadores envolvidos com o tema da administração pública. Contudo, é interessante notar que essa área tem ultimamente recebido a maior quantidade de submissões de artigos para apresentação no EnANPAD. A partir de 2001 a área de administração pública é dividida em duas subáreas: Gestão Pública e Governança (GPG) e Políticas Públicas (POP), completamente isoladas. Em 2005 a ANPAD estrutura-se por Divisões Acadêmicas e a área passa a ser chamada de Administração Pública e Gestão Social (APS) com três subdivisões: Estado,



Administração Pública e Sociedade; Gestão e Políticas Públicas (APS-B); e Gestão Social e Ambiental (APS-C).

Assim, a partir do que se discutiu a propósito desses elementos ao longo deste trabalho, evidencia-se que: há uma vinculação forte entre a produção científica, sem que a administração pública conseguisse desenvolver uma agenda de pesquisa própria para a área; a ausência de cursos específicos de administração pública em nível de graduação e também de pós-graduação reforça essa observação e reduz as possibilidades de crescimento da área; poucos grupos de pesquisas específicos em administração pública encontrados no país. Além do mais, não há, nas organizações públicas, polí-

ticas de recursos humanos que estimulem os servidores a ingressarem em cursos específicos na área, pela falta de perspectivas profissionais nessas organizações. Ou seja, não há necessidade de formar administradores públicos e não há interesse nem estímulo por parte do governo na criação de escolas específicas para formação do seu corpo de servidores em qualquer nível, sendo diferentemente em outros países como na França, Espanha e Canadá que percebe-se a existência de escolas específicas para formação de administradores públicos em nível de graduação e de pós-graduação. O caso da província de Québec é bastante sugestivo, pois possui uma escola em nível de graduação, mestrado e doutorado, exclusiva em administração pública, com unidades espalhadas em quatro das maiores cidades da província, predominando nas cidades de Québec e Montreal.

Destacam-se ainda, as características mais marcantes e evidentes da administração pública como campo de conhecimento no Brasil, inferidas a partir de vários estudos e nos diversos debates sobre a área: o campo é conservador, sem ser fechado; formalista, sem estar teoricamente estruturado; disciplinar, apesar de ser complexo; entendido como campo científico, mas deve ser fundamentalmente aplicado; faz muito uso do senso comum e as pesquisas no campo geram um conhecimento impreciso e fragmentado. Reconhecer e aceitar a complexidade do campo é mais um passo em direção à sua emancipação para, enfim, flexibilizar os limites da disciplina, podendo inclusive, pensá-la a partir da multi, inter, e até da transdisciplinaridade, ampliando seu objeto, multiplicando seus temas e admitindo diversas abordagens teóricas e metodológicas, mas sem mantê-la em estado de submissão.

Outro aspecto relevante é o como se preparar para uma carreira pro-

fissional que dará as bases fortes de um Gestor Profissional, devendo ser considerado: a pré-disposição pela carreira (automotivação), alicerçada pela qualificação, conscientização pessoal-profissional e autodisciplina, pois o diploma em si, pode ou não valer; escolha de uma academia preparada para ofertar uma formação acadêmica com os parâmetros de qualidade exigidos pelo MEC e mercado de trabalho; é necessário, conhecer, compreender, dominar, criticar e aplicar a teoria administrativa na academia e nas organizações, numa processo de conciliação da teoria com a prática organizacional.

Nesse contexto, dados do Sistema CFA/CRA (Conselhos Federal e Regional de Administração) que tem como missão "Promover a Ciência da Administração valorizando as competências profissionais, a sustentabilidade das organizações e o desenvolvimento do país", das conclusões da pesquisa nacional de 2011 sobre o "Perfil, Formação, Atuação e Oportunidades de Trabalho do Administrador", destacam-se as "Competências, habilidades e atitudes priorizadas na formação do Administrador para responder às exigências do mercado de trabalho", tendo predominado: Conhecimentos Específicos: 65,82 % - Administração de Pessoas/equipes; 61,54 % - Administração Estratégica; e 58,15 % - Administração Financeira e Orçamentária. Competências: 72,91 % - identificar problemas, formular e implantar soluções; 67,75 % - capacidade de enfrentar desafios e solucionar conflitos; e 61,39 % - desenvolver raciocínio lógico, crítico e analítico. Habilidades: 74,51 % - relacionamento interpessoal; 73,65 % - visão do todo; 66,32 % - liderança; Atitudes: 81,71 % - Comportamento Ético; 78,39 % - comprometimento; e 77,01 % - profissionalismo. Já quanto à lista de opções do Setor Público que trabalham dos 5.672 respondentes,

predominou: 30,44 % - Federal / Administração Indireta (Sociedade de Economia Mista); 16,52 % - Municipal / Administração Direta; e 14,66 % - Federal Administração Direta, com 46,3 em empresas de grande porte, 18,56% de pequeno porte e 17,92% de médio porte.

Há de se considerar nos dados dessa pesquisa nacional, o elevado índice de 81,71% de comprometimento ético requerida nas atitudes dos profissionais, o que embora não reflita a realidade prática de parte dos gestores públicos do Brasil, em que olhamos com frequência no noticiário de repercussão nacional a praga da corrupção nas três esferas do poder (Federal, Estadual e Municipal), mas esse índice já expressa a vontade dos profissionais de predominar um Comportamento Ético e Profissional como requer os preceitos da moralidade e responsabilidade de dirigir as Organizações Públicas e os seus recursos e da forma que merece cada cidadão de nossa sociedade brasileira que honra com o pagamento de impostos suas obrigações.

Destaca-se ainda, a Gestão pública empreendedora, em que a reforma gerencial regatou os princípios e instrumentos da gestão empresarial, reintroduzindo a administração por objetivos e para resultados e a ideia de responsabilidade pelo cumprimento de metas claras e precisas. No caso brasileiro, deixou de incorporar e pôr em prática os princípios da gestão empreendedora, de sorte a preparar gerentes para o exercício de funções técnico-políticas. Um modelo ideal supõe a preparação de gerentes capazes de mapear o ambiente e supõe que cada gerência é um centro de custos que possui receitas, que deve ampliar; e despesas, que deve realizar com parcimônia.

O recrutamento de profissionais dessa envergadura depende dos critérios de complexos de seleção de candidatos e de um modelo muito versátil e diversificado de capacita-

ção. Além dos necessários conhecimentos, há que incorporar critérios subjetivos relacionados com valores e atitudes, que dependem mais de uma história pregressa do que de pré-disposições para ação. Nesse sentido, Bianor Cavalcanti (2005) construiu um modelo de gerência pública em que toma como referência a experiência de grandes administradores para definir o que qualifica como o “gerente equalizador”. Assim, é o gerente público equalizador, aquele líder capaz de captar, identificar, corrigir, amplificar e devolver os sinais distorcidos que recebe do ambiente da administração pública – restrições políticas, jurídicas e orçamentárias – para exercer adequadamente sua liderança e cumprir a missão que lhe foi confiada.

Com esse perfil, o gerente pode firmar um compromisso de gestão, no sentido de conferir orientação finalística à ação gerencial, pois passa a responder por resultados perante a sociedade. Os administradores públicos devem pautar sua conduta não apenas pelos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência dos atos de gestão, conforme estabeleceu a Constituição de 1988, mas principalmente tendo em vista a responsabilidade objetiva perante a sociedade. A gestão empreendedora só se

tornará possível se a administração pública resgatar também as políticas de capacitação de quadros para o serviço público, formando técnicos e gerentes antenados com o tempo presente, as mudanças sociais e as tecnologias de ponta em matéria de gestão.

Polary (2012), buscando compreender o que descreveu Collins, Porras, (1995); De Geus, (1998) que “há uma necessidade de se entender por que, no contexto empresarial brasileiro, algumas empresas sobrevivem com sucesso ao longo de muitos anos, enquanto outras também de sucesso perdem sua capacidade de sobrevivência”, elaborou e pesquisou no universo de 2.515 Micro, Pequenas, Médias e Grandes Empresas (MPMGEs), extensivo a 170 municípios do Maranhão que tem indústrias formais no Cadastro FIEMA (2006), a Gestão Por Sustentabilidade Integrada (GSI) – “um modelo alternativo de Gestão Profissional para a Administração, que requer do gestor conscientização pessoal profissional para administrar com Orientação Empreendedora (OE) e Visão Integrativa (VI), diante de suas variáveis, componentes e dimensões, para favorecer a gestão, o sucesso e a perenidade da empresa”

A GSI é uma ampliação do termo gestão, no sentido de comparar com a Administração da forma que Dru-



cker (2002) a caracterizou, logo é diferente do termo “Gestão Sustentável da Dimensão Geoambiental” (Casarotto Filho; Pires, 2001). O modelo da GSI, aplicado na amostra das MPMGEs, abrange 03 dimen-

sões, 05 componentes e 12 variáveis. A GSI, como uma abordagem dinâmica e integrativa foi fundamentada na Teoria do Empreendedorismo, por haver na literatura contribuições relevantes de estu-

dos e pesquisas, denominadas de “Literatura Gerencial”, McClelland (1970) e posteriormente das Teorias das Organizações e de Administração e na Perspectiva das Estratégias das Empresas e Modos de Gestão

MODELO	DIMENSÕES	COMPONENTES	VARIÁVEIS
GSI	Administrativo Tecnológico	Gestão	Competências e Habilidades Gerenciais - Gestão Profissional (GSI), fundamentada no Empreendedorismo
			Estudos de viabilidade: técnica, econômica e financeira
		Tecnologia	Aporte Tecnológico (máquinas e equipamentos; sistemas e métodos de trabalho)
			Nível de eficiência Industrial
	Político Institucional	Políticas	Políticas Públicas do Governo Federal, Estadual e Municipal
			Aspectos legais, fiscais e trabalhistas
		Estratégias	Estratégias locais e Parcerias Político Institucional, Segmento Industrial e Sociedade Civil
			Plano de Desenvolvimento Industrial – PDI-2020
	Econômico Social	Indicadores Econômicos e Sociais	Mão de obra industrial qualificada
			Atrativos de investimentos: interno, externo e do Governo local
			Preservação do meio ambiente local da indústria
			Localização do negócio

Quadro 1 - O Modelo Conceitual da GSI, suas Dimensões, Componentes e Variáveis¹ Fonte: elaboração própria.

Estratégica, Lumpkin; Dess (1966); e a Econômica, Schumpeter (1934) e posteriormente introduzidos nas Ciências Sociais pela Teoria Econômica.

A pesquisa analisou ainda, na literatura e pesquisa de campo das MPMGEs, as variáveis consideradas mais importantes para o sucesso das MPMGEs em suas fases e processos, conforme conceituadas no quadro 2 a seguir:

Nesse contexto, a proposição da Gestão por Sustentabilidade Integrada (GSI) pesquisada, surge da neces-

Nº	FASES DAS MPMGEs	DEFINIÇÕES
01	CRIAÇÃO	É a formalização jurídica da MPMGE, via contrato social e/ou documento de constituição, em que a empresa é criada para funcionar e atender uma demanda de mercado.
02	MANUTENÇÃO	É fazer cumprir a missão de criação do negócio, e manter-se funcionando até sair da fase de “prejuízo” (recuperação do capital investido na fase de criação), e a partir daí, se manter no mercado com a geração de recursos próprios e operando com lucro.
03	MANUTENÇÃO PERENE	A empresa se mantém estável, com sucesso nos negócios, mas sem crescimento estrutural e físico. Manter-se viva com êxito nos negócios, e evitando a expansão de forma consciente.
04	CRESCIMENTO	É crescer os negócios em seus aspectos estruturais e físicos, com o aumento do número de empregados, maior participação de mercado e expansão da clientela, aumento de ganhos financeiros, dentre outros.
05	PERENIDADE	É manter-se viva no mercado, longa e suceder gerações, com feedbacks constantes de retroação das fases de criação, manutenção e manutenção perene, com capacidade de manter o crescimento estrutural, o mercado, a clientela, e adquirir estabilidade financeira, priorizando o desenvolvimento de tecnologias de gestão e da força de trabalho que garanta a maturidade profissional e possa cumprir a sua função política, econômica e social, diante da sua missão.

1 - Modelo conceitual da Gestão por Sustentabilidade Integrada (GSI), elaborado nesta Tese, para descrever e definir as variáveis, componentes e dimensões desse modelo alternativo de Gestão Profissional (GP) para as empresas

sidade de termos modelos alternativos de Gestão Profissional Sustentável aplicáveis às organizações Públicas e Privadas. Na esfera Pública, há de se considerar as variáveis “Competências e Habilidades Geren-

Nº	PROCESSOS DAS MPMEs	DEFINIÇÕES
01	SUCESSO	A MPME apresenta bons resultados administrativos, operacionais e financeiros, gerando capacidade de sua continuidade, propiciando condições necessárias para a empresa alcançar as demais fases e atingir a perenidade com longevidade, cumprindo assim a sua missão política, econômica e social no meio em que opera.
02	BAIXA PLANEJADA	Encerramento das atividades da MPME no mercado em que atua, feita de forma planejada pelo proprietário, após cumprir com suas obrigações legais, fiscais e trabalhistas. É uma decisão profissional de não querer continuar no negócio, independente do motivo.
03	INSUCESSO	É o mau resultado da MPME, e a sua incapacidade de continuar operando no mercado de forma viável às questões administrativa, técnica, operacional e financeira, estando comprometida a relação com os empregados, clientes e os resultados na forma de lucro financeiro.
04	MORTALIDADE	É o mau resultado da MPME, e a sua incapacidade de continuar operando no mercado de forma viável às questões administrativa, técnica, operacional e financeira, estando comprometida a relação com os empregados, clientes e os resultados na forma de lucro financeiro.

Quadro 2 – Ciclo de Fases e Processos das MPMGEs

ciais - Gestão Profissional (GSI), fundamentada no Empreendedorismo”, do componente Gestão da Dimensão Administrativo Tecnológico, “Políticas Públicas do Governo Federal, Estadual e Municipal” do Componente Políticas da Dimensão Político Institucional, “Estratégias locais e Parcerias Político Institucional, Segmento Industrial e Sociedade Civil” do Componente Estratégia da Dimensão Político Institucional e “Atrativos de investimentos: interno, externo e do Governo local” e “Preservação do meio ambiente” do Componente Indicadores Econômicos Sociais da Dimensão Econômico Social, posto que nessa visão sistêmica, sugere ao Gestor Público ampliar as condições de atuar com Gestão profissional que favoreça os resultados e a perenidade da organização que dirige.

Na vertente “Atuação Profissional na Administração Pública”, diante dos considerados da visão acadêmica e de formação de gestores profissionais para atuarem na Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI, com diretrizes e aplicação da Gestão Profissional Empreendedora-GPE nas Orga-

nizações Públicas, há de se considerar os exemplos e experiências que reflitam a realidade da Gestão Pública brasileira.

Nessa perspectiva, Oliveira et al. (2010), descrevem em “Liderança no contexto da nova administração pública: uma análise sob a perspectiva de gestores públicos de Minas Gerais e Rio de Janeiro” que um traço parece caracterizar a gestão pública brasileira contemporânea: postura empreendedora, gestão por resultados, contratos de gestão. As instituições públicas cada vez mais aparentam aderir à lógica de mercado, concebendo o cidadão como cliente e adotando novas políticas e práticas de gestão, conforme disseminadas na esfera privada.

No Brasil, tal fenômeno ganha espaço a partir do processo de redemocratização, nos anos 1980, alimentado pela difusão de discursos que enfatizam uma ampla crise da administração pública, a qual demandaria para seu equacionamento novos paradigmas de gestão, capazes de superar as estruturas centralizadas, as hierarquias formais e os sistemas de controle tayloristas pre-

valentes (Bresser-Pereira, 1996). Em outros termos, acentua-se a necessidade de superação dos tradicionais modelos de gestão pública, burocráticos e autocráticos, por meio da difusão de novos sistemas, mais democráticos, participativos e meritocráticos (Bresser-Pereira, 1996, 1997; Martins, 1997; Motta, 2007). Nesse sentido, as organizações públicas se veem pressionadas a reverem suas estruturas e dinâmicas de funcionamento, a fim de otimizarem seus processos e rotinas, assegurando melhor desempenho e resultados mais efetivos (Pablo et al., 2007). Como resultante, a demanda por reformas no setor passa a se constituir como importante elemento da agenda pública nacional, inserindo-se de forma sistemática nos discursos das lideranças e gestores públicos, que cada vez mais deveriam assumir um perfil empresarial e gerencial (Saraiva Silva 2002).

Nos anos 1990, tal debate se amplifica, ganhando espaço o movimento em torno de uma nova administração pública, que acelerasse a ruptura de traços seculares do setor, fundamenta-

dos no tradicionalismo (Faoro, 1964), personalismo (Prestes Motta, 2007) e patrimonialismo (Bresser-Pereira, 1996; Faoro, 1964). Cabe destaque nesse contexto para estudos desenvolvidos por Bresser-Pereira (1996, 1997), assim como sua atuação na defesa da reforma do Estado como ministro da Administração e Reforma do Estado do governo Fernando Henrique Cardoso. A administração gerencial, para esse autor, derivava na formação de profissionais que “pensem como lideranças capazes de perceber problemas, buscar recursos, criar soluções e estabelecer redes sociais. Portanto, um perfil mais gerencial, mais politizado e menos tecnocrático diferenciando-se, assim, do administrador público tradicional” (Fonseca, 2008:12). Mais contemporaneamente, registram-se novas incursões orientadas à modernização do Estado, centradas em modelos de gestão pública que enfatizam a noção de resultado e a adoção de instrumentos gerenciais típicos do management, conforme amplamente difundidos e incorporados pelas grandes organizações privadas.

Assim, na nova administração pública brasileira, suas implicações sobre a noção de liderança, os movimentos em torno do liberalismo gerencial, do gerenciamento orientado ao mercado e do neogerencialismo de uma administração pública ativista encontraram no Brasil, terreno fértil, especialmente considerando os debates sobre o papel do Estado e da administração pública, no decorrer do processo de redemocratização do país, no final da década de 1980. O per-

sonalismo, como analisado por Motta (2007), apresenta relação direta com particularidades históricas da gestão das organizações públicas brasileiras. Diante disso, a modernização da gestão deveria, segundo esse autor, problematizar os diversos aspectos subjacentes à noção de liderança no setor, bem como dispositivos para o desenvolvimento de novos grupos de poder. Para ele, não bastariam ações cosméticas: seria necessário colocar em evidência os fundamentos e princípios da gestão e da liderança de tais processos.

Quanto às competências requeridas ao gestor público brasileiro contemporâneo, prevalece: conhecimento da máquina pública; conhecimento jurídico; capacidade de promover o envolvimento da sociedade; capacidade de lidar com o público; objetividade; orientação para resultados; perspectiva global; relacionamento interpessoal; e visão sistêmica. Tais conhecimentos e capacidades são coerentes com os resultados da pesquisa nacional do sistema CFA/CRA 2011 referenciada anteriormente.

Já nas especificidades da liderança na esfera pública, na visão geral, a liderança encontra-se associada à capacidade do líder em “gerar sentido de coletividade em indivíduos do mesmo grupo, motivando pessoas a agirem em benefício comum”. A prática ou trajetória profissional dos gestores é, desse modo, enfatizada como fator preponderante ao desenvolvimento de competências de liderança. Na esfera pública, por sua vez, a perspectiva dos respondentes é que os líderes tenderiam a impor sua posição

pelo cargo ocupado, não obstante reconhecerem a importância das lideranças informais. Sob a ótica dos pesquisados, diferentemente das organizações privadas, as lideranças do setor público devem lidar com maior multiplicidade de interesses, nem sempre formalmente explicitados, o que lhes “requer dar sentido e conduzir os caminhos trilhados pelos liderados”.

Assim, nas competências requeridas ao líder público brasileiro contemporâneo, destacam-se: capacidade de comunicação; capacidade de lidar com os liderados; legitimidade; bom-senso; capacidade de agregação; disciplina; visão sistêmica; e espírito de corpo. Em síntese, tais achados revelam, no entanto, mudanças no perfil da gestão e das competências requeridas às lideranças do setor — em especial aquelas que se reconhecem e/ou são apontadas como “mais modernas” —, trazendo à tona a relevância de novas agendas nacionais de pesquisa sobre o setor e, em particular, sobre ações de desenvolvimento de lideranças aptas a lidar, de forma mais crítica, com os desafios, dicotomias e diásporas que marcam e/ou hão de caracterizar os contextos atual e futuro da gestão pública brasileira.

Já numa outra análise da aplicabilidade do modelo gerencial na administração municipal, Araújo e Pereira (2012), Estado, sociedade e mercado no Brasil, descrevem que historicamente, o protagonismo do Estado em relação aos outros setores colaborou para que a trajetória das reformas administrativas fosse marcada pela centralização do

Estado. Além disso, desde o período colonial até o século XX, a administração pública no Brasil foi caracterizada pelo forte traço do patrimonialismo. Assim, no sentido de superar a forma patrimonialista de governar, várias reformas administrativas foram empreendidas desde o governo de Getúlio Vargas. Foi Getúlio Vargas que promoveu a primeira reforma administrativa no Brasil, conhecida como reforma Burocrática, ao buscar introduzir a burocracia no serviço público. Criou o Departamento de Administração do Serviço Público (Dasp), órgão que assumiu a responsabilidade de promover a estruturação básica do aparelho administrativo, instituir o concurso público, as regras para admissão e treinamentos dos servidores públicos. A partir de então sucede uma sequência de reformas administrativas do Estado caracterizadas pela incompletude de seus propósitos. Por isso, não só o Brasil, mas em países do mundo todo, “as políticas de reformas são conhecidas como políticas que têm baixa performance e alta persistência, portanto, são políticas que falham sequencialmente”. (Rezende, 2002:125).

A última reforma administrativa do Estado ficou conhecida como “administração pública gerencial” e surgiu na segunda metade do século XX, motivada pela busca de meios capazes de enfrentar o desequilíbrio fiscal dos Estados devido às funções econômicas e por problemas com as mudanças tecnológicas, financeiras e comerciais que emergiam com a globalização (Abrucio, 2005). Além disso, como observa Misoczky (2004),

essa reforma gerencial teve como foco o alcance de resultados a partir de metas preestabelecidas, considerando o cidadão como consumidor dos serviços públicos. São práticas introduzidas na administração pública que focam na descentralização de processos e a delegação de poder, práticas essas advindas do modelo de gestão das organizações privadas (Kettl, 2005).

No Brasil, a reforma gerencial foi iniciada em 1995, no governo de Fernando Henrique Cardoso, e foi difundida em estados da Federação por meio de programas como o Choque de Gestão em Minas Gerais (Bresser-Pereira, 2005). No entanto, como observa Torres (2004:141), verifica-se a incompletude dessa reforma com a forte presença do “patrimonialismo na cultura política da administração pública [com] que o Brasil convive até os dias de hoje”.

Considerando esse contexto de reformas e o Choque de Gestão de Minas Gerais, Freitas Jr. (2009) realizou um estudo com 177 municípios do Sul de Minas

Gerais a respeito da adoção do modelo gerencial de administração pública, demonstrando mais uma evidência da incompletude dessa reforma ao constatar que nenhum dos municípios estudados adotou o referido modelo.

Ainda nessa vertente de “Atuação Profissional na Administração Pública”, dentre os resultados e conclusões da pesquisa nas MPMGEs da amostra industrial, Polary (2012), foi verificado que “a Gestão por Sustentabilidade Integrada (GSI), enquanto Gestão profissional fundamentada no Empreendedorismo favorece a gestão, o sucesso e a perenidade das empresas”; e “a perenidade das MPMGEs da amostra, impacta positivamente no Desenvolvimento Industrial do Estado do Maranhão”. Essas conclusões sugerem a aplicação do Modelo da GSI nas organizações, intervindo com as variáveis predominantes que favorecem a gestão, o sucesso e a sua perenidade, para se avaliar a médio e longo prazo a eficácia do modelo. Tais resultados são coerentes com outros estudos e pesquisas



1ª reforma burocrática no Brasil: DASP

da literatura. (Ilda, 1984; Adizes 1990; Collins e Porras, 1995; De Geus, 1999; Najberg, Puga e Oliveira, 2000; SEBRAE, 1998; Casarotto Filho e Pires, 2001; França et al., 2002; Arruda et al., 2007; Carvalho et al., 2007; Amato Neto, 2007; Silva et al., 2009; Souza, 2009; Oliveira, 2009; Bernhoeft e Martinez, 2011; IBGE, 2012.

3. Conclusões

O artigo que objetiva despertar reflexões críticas do impacto da Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI nas Organizações Públicas e os reflexos no comportamento organizacional e social, sugere que a Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI, oriunda da Gestão Profissional Empreendedora-GPE, favorece a perenidade das organizações públicas, com reflexos benéficos para a sociedade.

Conclui-se que a atuação do Gestor Público Profissional, perpassa pela visão sistêmica de compreensão das variáveis do macro ambiente que se interagem de forma funcional e dinâmica, prevalecendo além dos conhecimentos e capacidades requeridas, a capacidade de agregação, envolvimento da sociedade, legitimidade, bom senso e, principalmente, comportamento pessoal-profissional ético e idôneo, tendo como consequências dessa atuação melhores resultados para os colaboradores, o cliente externo, as organizações e a sociedade.

Na perspectiva de uma nova administração pública brasileira, os movimentos em torno do liberalismo gerencial, do gerenciamento orientado ao mercado, encontraram, no Brasil, terreno fértil considerando o papel do Estado e da administração pública já a partir do final da década de 1980, em que pese a modernização da gestão, que segundo Motta (2007), problematizar os diversos aspectos subjacentes à noção de liderança para o desenvolvimento de novos grupos de poder.

Numa visão geral das especificidades da liderança na esfera pública, sugere uma liderança associada à capacidade do líder em “gerar sentido de coletividade em indivíduos do mesmo grupo, motivando pessoas a agirem em benefício comum”, sendo a prática ou trajetória profissional dos gestores, enfatizada como fator preponderante ao desenvolvimento de competências de liderança, em detrimento das tendências dos líderes de impor sua posição pelo cargo ocupado.

A pesquisa de Freitas Jr. (2009), com base nos critérios adotados considerando as dimensões mais relevantes da administração pública gerencial, referenciadas por Paes de Paula (2005): institucional-administrativa e econômico-financeira, concluiu não constar entre os 177 municípios do sul de Minas Gerais nenhum município que adota, integralmente, o modelo de administração pública gerencial, ou seja, nenhum desses municípios alcançou a classe “A”. Na classe “B” foram identificados apenas 39 municípios, o que sinaliza uma posição intermediária que pode expressar “um tipo de administração pública ‘híbrida’ com elementos gerenciais, patrimoniais, burocráticos e societais” (Freitas Jr, 2009:112), ou mesmo uma tendência ao modelo gerencial. A classe “C” está representada por 86 municípios e a classe “D”, por 52. O estudo revelou ainda, a inexistência de correlações entre gerencialismo e partido político. Portanto, pode-se considerar que o modelo gerencial de administração pública se caracteriza, também, pela incompletude da reforma administrativa no âmbito municipal e não alcançou a maioria dos municípios estudados, logo sugere que grande tem sido o esforço do Estado brasileiro para a efetivação do modelo de administração gerencial, porém, constata-se que a adoção do modelo ainda não é efetiva nos três níveis de governo.

Pela análise dos resultados e conclusões da pesquisa da Gestão por Sustentabilidade Integrada (GSI), Polary (2012), em que pese ser a GSI um modelo alternativo de Gestão profissional para as Organizações, sugere ampliar a discussão com os empresários industriais do Maranhão com a Instituição que os representam que é o SENAI e outros segmentos da Gestão Pública, visando a adoção de Políticas Públicas que favoreçam a Gestão profissional e perenidade das organizações Públicas.

Dessa forma, a expectativa é de que este trabalho possa ampliar a discussão da temática da Gestão Pública Sustentável Integrada-GPSI tanto na academia, quanto pelos gestores públicos e demais atores desse processo que tomam as decisões que afetam o comportamento das pessoas e da sociedade, com o intuito de predominar nas ações a transparência, a idoneidade e a ética, em que pese a incentivar os jovens do Brasil a tornarem-se adultos e gestores profissionais comprometidos com as Gestão pública Sustentável Integrada e assim possamos ter melhores resultados para as organizações e uma sociedade em que possamos nos orgulhar pelos bons princípios da moralidade e da ética.

REFERÊNCIAS

- ADIZES, Ichak. Os ciclos de vida das organizações: como e por que as empresas crescem e morrem e o que fazer a respeito? São Paulo: Pioneira, 1990.
- ARAÚJO, Priscila Gomes de.; PEREIRA, José Roberto. Análise da aplicabilidade do modelo gerencial na administração municipal. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, vol. 46, nº 5, Set./Out. 2012.
- ARRUDA, C. et al. Empresas duradouras. Nova Lima: Fundação Dom Cabral, 2007. (Relatório de Pesquisa RP0701).
- BRASIL. Plano Diretor da reforma do aparelho do estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. Pp. 10-59.
- BRESSER-PEREIRA, L. C. Democracia republicana e participativa. *Novos estudos*. São Paulo: CEBRAP, v. 71, p. 77-91, 2005.
- _____. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial, *Revista do Serviço Público*, ENAP, volume 120, n.1 jan/abr-1996.
- CASAROTTO FILHO, Nelson; PIRES, Luís Henrique. Redes de pequenas e médias empresas e desenvolvimento local. 2. ed. São Paulo: Atlas 2001.
- COLLINS, Jim; PORRAS, J. I. Feitas para durar: práticas bem-sucedidas de empresas visionárias. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.
- COSTA, Frederico L. da. Contribuição a um projeto de reforma democrática no Estado. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, vol. 44, nº 2, Mar./Abr. 2010.
- CUNHA JUNIOR, L. A. P. O governo matricial de Minas Gerais: implantand o choque de gestão. In: IX Congreso Internacional del Clad sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 2-5 nov. 2004.
- DE GEUS, Arie de. A empresa viva. São Paulo: Publifolha, 1999.
- _____. A empresa viva. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Campus Elsevier, 240 p, 1998.
- DRUCKER, Peter Ferdinand. Fator humano e desempenho. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002.
- FADUL et al. Ensaando interpretações e estratégias para o campo da Administração Pública no Brasil. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, vol. 46, nº 6, Nov./Dez. 2012.
- FIEMA. Cadastro Industrial de São Luís-MA. São Luís-MA, 2006.
- FREITAS JR., Dionysio B. Avaliação da administração pública gerencial em municípios por meio de indicadores. 2009. 139 p. Dissertação (mestrado em administração) — Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2009
- GIDDENS, Anthony. Para uma terceira via. Portugal: Editorial Presença, fev./1999.
- HOOD, Christopher. The “new public management” in the 1980s: variations on a theme. *Accounting, Organizations and Society*, v. 20, n. 2/3, p. 93-109, 1995.
- _____. The tools of government. Chatham, NJ: Chatham House Pblrs., 1986.
- LIMA, Maria Lúcia de O. F. de; MEDEIROS, Janann J. Empreendedores de políticas públicas na implementação de programas governamentais. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, vol. 45, nº 6, Set./Out. 2012.
- LUMPKIN, G. T. e G. G. DESS. Clarifying the Entrepreneurial Orientation Construct and Linking it to Performance, *Academy of Management Review*, v. 21, n. 1, 1996.
- MARTINS, Paulo Emílio Matos. A reinvenção do sertão: a estratégia organizacional de Canudos. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.
- MARTINS, Humberto F. Burocracia e a revolução gerencial da dicotomia entre política e administração. *Revista do Serviço Público*. Brasília, DF, ano 48, n. 1, jan./abr., 1997.
- MOTTA, P. R. A modernização da administração pública brasileira nos últimos 40 anos. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, p. 87-96, 2007.
- OLIVEIRA et al. Liderança no contexto da nova administração pública: uma análise sob a perspectiva de gestores públicos de Minas Gerais e Rio de Janeiro. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, vol. 44, nº 6, Nov./Dez. 2010.
- OLLAIK, Leila G.; MEDEIROS, Janann J. Instrumentos governamentais: reflexões para uma agenda de pesquisas sobre implementação de políticas públicas no Brasil. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, vol. 45, nº 6 Nov./Dez. 2011.
- OSBORNE, David & GAEBLER, Ted. Reinventando o governo. Tradução de Sérgio Fernando G. Bath e Ewandro M. Júnior. 6. ed. Brasília, MH Comunicação, 1995.
- PAES-PAULA, Ana Paula. Administração Pública Brasileira entre o Gerencialismo e a Gestão Social. *Revista de Administração de Empresas*. V. 45, n. 1. Jan./mar, 2005
- POLARY, Ilmar. Gestão por Sustentabilidade Integrada (GSI): uma análise nas Micro, Pequenas, Médias e Grandes Empresas (MPMGES), a partir da Literatura e da Visão dos Gestores Industriais do Estado do Maranhão. Tese de Doutorado em Administração FGV/EBAPE-RJ, 2012.
- POLLITT, Christopher. Is the Emperor in His Underwear: An Analysis of the Impacts of Public Management Reform, 2000.
- SILVA et al. Ciclo de vida das organizações: sinais de longevidade de micro e pequenas indústrias na região de Contagem-MG, 2009. Disponível em: <www.revistasusp.sibi.usp.br>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- VASCONCELOS, Flávio C. de. Estratégias acadêmicas e a formação de uma instituição de excelência. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro. Nov/Dez. 2012, vol. 46, nº 6.
- VILHENA, Renata et al.(orgs.) (2006), O choque de Gestão em Minas Gerais – políticas da gestão pública para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Editora UFMG; cap.6, pp.95-127; cap.7, pp.129-144.



SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A teoria da associação diferencial. 3. O crime de colarinho branco sob a perspectiva criminológica. 4. Considerações finais. 5. Referências.

RESUMO: O presente artigo procura oferecer uma visão geral e sistemática sobre o pensamento de Edwin Sutherland, particularmente no tocante à teoria da associação diferencial e às características do crime de colarinho branco como fenômeno criminológico, em busca de uma maior compreensão das semelhanças e diferenças entre a criminalidade dos indivíduos das classes sociais mais baixas e a criminalidade dos indivíduos das classes mais altas, bem como do próprio fenômeno do crime organizado.

ABSTRACT: This article intends to present a general and systematic view on Edwin Sutherland's ideas, emphasizing his theory of differential association and the characteristics of white collar crime as a criminological phenomenon, in search of a deeper understanding of the similarities and differences between the criminality of lower social class individuals and the criminality of upper-class individuals, as well as of the very phenomenon of organized crime.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia. Sutherland. Associação diferencial. Crime de colarinho branco. *Underworld*. *Upperworld*. Crime organizado.

KEYWORDS: Criminology. Sutherland. Differential association. White collar crime. *Underworld*. *Upperworld*. Organized crime.

EDWIN SUTHERLAND

O CRIME DE COLARINHO BRANCO E O CRIME ORGANIZADO

1. Introdução

Concebida por Edwin Sutherland, a teoria da associação diferencial, embora não seja definitiva ou esteja acima de qualquer crítica ou questionamento – o que vale, em princípio, para toda e qualquer teoria –, é essencial para uma maior compreensão dos crimes associativos e, mais importante, do fenômeno do crime organizado. Foi introduzida pelo autor na edição de 1939 do seu livro *Principles of criminology*, sofrendo modificação na edição de 1947, o qual se tornaria *the most influential textbook in the history of criminology*².

2. A teoria da associação diferencial

Constrói Sutherland sua teoria³ com base em alguns pilares, princípios atinentes ao processo pelo qual uma determinada pessoa mergulha no comportamento criminoso:

- a) o comportamento criminoso é aprendido, o que implica a dedução de que este não é herda- do e de que a pessoa não treinada no crime não inventa tal comportamento, do mesmo modo que o indivíduo sem treinamento em Mecânica não cria invenções mecânicas;
- b) o comportamento em tela é aprendido em interação com outras pessoas, em um proces- so de comunicação, que é, em muitos aspectos, verbal, o que não elimina a gestual;
- c) a principal parte da aprendizagem do com- portamento criminoso dá-se no interior de gru-



Ana Luiza Almeida Ferro¹

pos pessoais privados, significando, em termos negativos, o papel relativamente desimportante desempenhado pelas agências impessoais de comunicação, do tipo dos filmes e jornais, na gênese do comportamento criminoso;

d) a aprendizagem de um comportamento cri- minoso abrange as técnicas de cometimento do crime, que são ora muito complexas, ora muito simples, assim como a orientação específica de

1 - Promotora de Justiça-MA, Doutora e Mestre em Ciências Penais (UFMG), Professora da Universidade Ceuma e da ESMP/MA, Mem- bro efetivo da Academia Maranhense de Letras Jurídicas, da qual foi Presidente (biênio 2011-2013), Sócia efetiva do Instituto Histórico e Geográfico do Maranhão, Membro efetivo da Academia Ludovicense de Letras e da Academia Caxiense de Letras e Membro de Honra da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica. Autora dos livros jurídicos: O Tribunal de Nuremberg (2002), Escusas absolutórias no Direito Penal (2003), Robert Merton e o Funcionalismo (2004), O crime de falso testemunho ou falsa perícia (2004), Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely (2008) e Crime organizado e organizações criminosas mundiais (2009), pela qual foi entrevistada no Programa do Jô. Também autora de quatro livros de poesias e de diversos artigos jurídicos e históricos e peças processuais publicados em revistas especializadas, entre as quais a Revista dos Tribunais e a Revista do IHGM.

2 - “[...] o mais influente manual na história da Criminologia.” SUTHERLAND, EDWIN H. In: ENCYCLOPEDIA of Criminology. Routledge. Richard A. Wright and J. Mitchell Miller, Editors. Three-Volume Set. Disponível em: <<http://cw.routledge.com/ref/criminology/sutherland.html>>. Acesso em: 10 Feb. 2014. (Tradução nossa).

3 - Ver, sobre o assunto, FERRO, Ana Luiza Almeida. Crime organizado e organizações criminosas mundiais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 149-168.

motivos, impulsos, racionalizações e atitudes⁴;

e) a orientação específica de motivos e impulsos é aprendida a partir de definições favoráveis ou desfavoráveis aos códigos legais, de maneira que, em algumas sociedades, o indivíduo está cercado por pessoas que invariavelmente percebem os códigos legais como normas de observância necessária, enquanto que, em outras, verifica-se o inverso, ele se encontra cercado por pessoas cujas definições apoiam a violação dos códigos legais, sendo que, na sociedade americana, quase sempre, essas definições se apresentam mescladas, resultando na ocorrência de conflito normativo no tocante aos códigos legais;

f) o fato de a pessoa se tornar delinquente se deve ao excesso de definições em favor da violação da lei sobre aquelas em oposição à infrigência desta, constituindo este o princípio definidor da associação diferencial e reportando-se tanto a associações criminosas quanto a anticriminosas, sem deixar de incluir

forças contrárias⁵;

g) as associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade, significando dizer que as associações com o comportamento criminoso e igualmente aquelas com o comportamento anticriminoso sofrem variações nesses aspectos;

h) o processo de aprendizagem do comportamento criminoso por associação com padrões criminosos e anticriminosos envolve todos os mecanismos peculiares a qualquer outro processo de aprendizagem, acarretando, no plano negativo, a conclusão de que a aprendizagem do comportamento criminoso não está restrita ao processo de imitação, de feição que a pessoa seduzida, por exemplo, aprende o comportamento criminoso mediante associação, não sendo tal processo ordinariamente caracterizado como imitação;

i) o comportamento criminoso, conquanto traduza uma expressão de necessidades e valores gerais, não é explained by those general needs

and values, since noncriminal behavior is an expression of the same needs and values⁶.

Entende Sutherland não ser necessário explicar porque as pessoas possuem determinadas associações, em razão da complexidade dos fatores em questão. Por ilustração, ele cita que um garoto sociável, expansivo e ativo, vivendo em uma área de elevada taxa de criminalidade, apresenta grande probabilidade de vir a travar contato com outros garotos do bairro, aprender padrões de comportamento criminoso com eles e, por último, se tornar, ele próprio, um delinquente. Por outro lado, um garoto emocionalmente perturbado, no mesmo bairro, que seja sozinho, introvertido e inativo, pode permanecer mais em casa, deixando de conhecer outros garotos do bairro e de se envolver em comportamento criminoso. Na terceira hipótese, o garoto sociável, expansivo e ativo pode virar escoteiro, jamais se engajando em atividades criminosas. Sua inferência é de

4 - Consigna HOWARD BECKER que a maioria dos grupos desviantes possui uma razão fundamental autojustificante (a self-justifying rationale) ou uma "ideologia", sendo uma de suas funções oferecer ao indivíduo razões que pareçam ser justas e justifiquem a continuidade da linha de atividade por ele iniciada. E arremata: A person who quiets his own doubts by adopting the rationale moves into a more principled and consistent kind of deviance than was possible for him before adopting it. BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1997. p. 38-39. "Uma pessoa que acalma suas próprias dúvidas ao adotar a razão fundamental se move para um tipo de comportamento desviante mais marcado por princípios e consistente do que lhe era possível antes de adotá-la." (Tradução nossa).

5 - Sobre esse princípio, esclarece EDWIN SUTHERLAND: The hypothesis of differential association is that criminal behavior is learned in association with those who define such criminal behavior favorably and in isolation from those who define it unfavorably, and that a person in an appropriate situation engages in such criminal behavior if, and only if, the weight of the favorable definitions exceeds the weight of the unfavorable definitions. SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime: the uncut version*. New Haven/London: Yale University Press, 1983. p. 240. "A hipótese da associação diferencial é que o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que definem tal comportamento criminoso favoravelmente e em isolamento daqueles que o definem desfavoravelmente, e que uma pessoa em uma situação apropriada se envolve em tal comportamento criminoso se, e unicamente se, o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis." (Tradução nossa).

6 - "[...] explicado por aquelas necessidades e valores gerais, uma vez que o comportamento não criminoso é uma expressão das mesmas necessidades e valores." SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. *Principles of criminology*. 11th ed. New York: General Hall, 1992. p. 90. (Tradução nossa). EDWIN SUTHERLAND censura, por tal motivo, o esforço de vários estudiosos no sentido da formulação de explicação a respeito da conduta delitiva por meio de impulsos e valores gerais: Thieves generally steal in order to secure money, but likewise honest laborers work in order to secure money. The attempts by many scholars to explain criminal behavior by general drives and values, such as the happiness principle, striving for social status, the money motive, or frustration, have been, and continue to be, futile, since they explain lawful behavior as completely as they explain criminal behavior. Such drives and values are similar to respiration, which is necessary for any behavior but does not differentiate criminal from noncriminal behavior. Ibidem, p. 90. "Os ladrões geralmente furtam a fim de obter dinheiro, porém igualmente trabalhadores honestos trabalham a fim de obter dinheiro. Os esforços de muitos estudiosos para explicar o comportamento criminoso por impulsos e valores gerais, tais como o princípio da felicidade, a luta por status social, o motivo do dinheiro, ou a frustração, foram, e continuam a ser, vãos, já que eles explicam a conduta lícita tão completamente quanto eles explicam a conduta criminosa. Tais impulsos e valores são similares à respiração, que é necessária para qualquer comportamento, mas não diferencia o comportamento criminoso do não criminoso." (Tradução nossa). Os nove princípios da teoria da associação diferencial elencados foram extraídos da citada obra *Principles of criminology*. Ibidem, p. 88-90. A associação diferencial é uma das construções teóricas arroladas entre as teorias da aprendizagem social ou social learning, para as quais "o comportamento delituoso se aprende do mesmo modo que o indivíduo aprende também outras condutas e atividades lícitas, em sua interação com pessoas e grupos e mediante um complexo processo de comunicação. O indivíduo aprende assim não só a conduta delitiva, senão também os próprios valores criminais, as técnicas comissivas e os mecanismos subjetivos de racionalização (justificação ou autojustificação) do comportamento desviado." GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. A moderna Criminologia "científica" e os diversos modelos teóricos. *Biologia Criminal, Psicologia Criminal e Sociologia Criminal*. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 278. A pobreza e a classe social não constituem fatores suficientes para a explicação da tendência de alguém para o delito, no cenário das teorias da aprendizagem. Experts who study learning theory suggest that poverty and social class are not enough to explain one's propensity for criminal activity. Persons learn how to become criminals and how to deal emotionally with the consequences of their acts. LYMAN, Michael D.; POTTER, Gary W. *Organized crime*. 2nd ed. New Jersey: Prentice Hall, 1999. p. 74. "Especialistas que estudam a teoria da aprendizagem sugerem que a pobreza e a classe social não são suficientes para explicar a propensão de alguém para a atividade criminosa. As pessoas aprendem como se tornar criminosas e como lidar emocionalmente com as consequências dos seus atos." (Tradução nossa).

que a definição das associações de uma pessoa acontece em um contexto geral de organização social, porquanto, conforme leciona, uma criança é geralmente criada em uma família, cujo lugar de residência depende largamente da renda familiar, não se olvidando a existência de relação entre a taxa de criminalidade da área e o valor de aluguel das casas, entre outros fatores da organização social que influenciam as associações de alguém⁷.

Em suma, todo comportamento, na visão do doutrinador, seja legal ou criminoso, é aprendido em decorrência de associações com outros⁸, verificando-se a parte mais importante da aprendizagem no seio de grupos pessoais íntimos. O comportamento criminoso, embora denote necessidades e valores gerais, não é explicado por esses referenciais, já que o comportamento conformista, não criminoso, exprime iguais necessidades e valores. As fontes motivacionais do comportamento são, destarte, as mesmas tanto para o criminoso como para o conformista, respeitador da lei, repousando a diferença no fato de que a perseguição dos objetivos, pelo primeiro, se faz com o emprego de meios ilícitos. A associação diferencial emerge, por conseguinte, como produto de socialização no qual o criminoso e o conformista são orientados por

muitos princípios idênticos. As variáveis da frequência, duração, prioridade e intensidade da associação determinam o que é aprendido, sendo que, se são suficientes e as associações, criminosas, a pessoa aprende as técnicas de perpetração de delitos, além dos impulsos, atitudes, justificativas e racionalizações que compõem a congêrie de pré-condições para o comportamento criminoso, significando que o desenvolvimento de uma predisposição favorável aos estilos de vida delinquentes é desencadeado pela aprendizagem desse conjunto de instrumentais⁹.

Michael Lyman e Gary Potter explicam que a propensão para o comportamento inovador (criminoso) depende da força das associações com outras pessoas:

*Sutherland argues that criminal behavior occurs when definitions favorable to violation of the law exceed definitions unfavorable to violation of the law. Sutherland (1973) suggests that factors such as deprivation, limited access to legitimate alternatives, and exposure to innovative success models (i.e., pimps, gamblers, or drug dealers) create a susceptibility to criminal behavior*¹⁰.

Salienta Howard Abadinsky, no cenário da associação diferencial,

a relevância do ambiente socioeconômico propício à aprendizagem de técnicas da criminalidade sofisticada:

*Learning the techniques of sophisticated criminality requires the proper environment – ecological niches or enclaves where delinquent/criminal subcultures [...] flourish and this education is available. In a capitalist society, socioeconomic differentials relegate some persons to an environment wherein they experience a compelling sense of strain – anomie – as well as differential association. In the environment where organized crime has traditionally thrived, strain is intense. Conditions of severe deprivation are coupled with readily available success models and associations that are innovative, such as racketeers and drug dealers. This makes certain enclaves characterized by social disorganization and delinquent/criminal subcultures spawning grounds for organized crime*¹¹.

3. O crime de colarinho branco sob a perspectiva criminológica

Todavia, Edwin Sutherland, em sua teoria da associação diferencial, não se concentra tão somente nas associações que determinam a criminalidade das classes baixas. Foi ele quem introduziu o termo white-collar crime (crime de colarinho

7 - SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. Op. cit., p. 90.

8 - Nessa linha, ensina HOWARD BECKER: Here it is sufficient to say that many kinds of deviant activity spring from motives which are socially learned. Before engaging in the activity on a more or less regular basis, the person has no notion of the pleasures to be derived from it; he learns these in the course of interaction with more experienced deviants. He learns to be aware of new kinds of experiences and to think of them as pleasurable. What may well have been a random impulse to try something new becomes a settled taste for something already known and experienced. The vocabularies in which deviant motivations are phrased reveal that their users acquire them in interaction with other deviants. The individual learns, in short, to participate in a subculture organized around the particular deviant activity. BECKER, Howard S. Op. cit., p. 30-31. "Aqui é suficiente dizer que muitas espécies de atividade desviante jorram de motivos que são socialmente aprendidos. Antes de se engajar na atividade numa base mais ou menos regular, a pessoa não tem noção dos prazeres a serem derivados da mesma; ela os aprende no curso da interação com desviantes mais experientes. Ela aprende a dar-se conta de novas variedades de experiências e a pensar nelas como prazerosas. Aquilo que poderia bem ter sido um impulso fortuito para tentar alguma coisa nova se torna um gosto assentado por alguma coisa já conhecida e experimentada. Os vocabulários nos quais as motivações desviantes são expressas revelam que os seus usuários os adquirem em interação com outros desviantes. O indivíduo aprende, em resumo, a participar de uma subcultura organizada em torno da atividade desviante particular." (Tradução nossa).

9 - Ver ABADINSKY, Howard. Organized crime. 7th ed. Belmont, California: Wadsworth, 2003. p. 34-35; e LYMAN, Michael D.; POTTER, Gary W. Op. cit., p. 75-76.

10 - "Sutherland argumenta que o comportamento criminoso ocorre quando definições favoráveis à violação da lei excedem definições desfavoráveis à violação da lei. Sutherland (1973) sugere que fatores tais como privação, acesso limitado a alternativas legítimas e exposição a modelos de sucesso inovadores (isto é, proxenetas, jogadores ou traficantes de drogas) criam uma suscetibilidade ao comportamento criminoso." Ibidem, p. 75. (Tradução nossa).

11 - "Aprender as técnicas da criminalidade sofisticada requer o ambiente apropriado — nichos ou encaves ecológicos, onde as subculturas delinquentes/criminosas [...] florescem e esta educação está disponível. Em uma sociedade capitalista, os diferenciais socioeconômicos relegam algumas pessoas a um ambiente no qual elas experimentam uma sensação compulsa de tensão — anomia — bem como a associação diferencial. No ambiente onde o crime organizado tem tradicionalmente prosperado, a tensão é intensa. Condições de privação aguda estão ligadas a modelos e associações de sucesso prontamente disponíveis, que são inovadoras, tais como criminosos organizados e traficantes de drogas. Isto torna certos enclaves caracterizados pela desorganização social e por subculturas delinquentes/criminosas campos de desova para o crime organizado". ABADINSKY, Howard. Op. cit., p. 35. (Tradução nossa).

branco) no mundo acadêmico – em discurso intitulado *The white collar criminal*, proferido à American Sociological Society (Sociedade Americana de Sociologia), como seu presidente, em 1939 –, que seria pouco a pouco incorporado à linguagem científica nos Estados Unidos e em vários outros países, a exemplo da França (crime en col blanc), da Itália (criminalità in colletti bianchi) e da Alemanha (Weisse-Kragen-Kriminalität). O seu ensaio sobre o crime de colarinho branco, no campo da Criminologia, publicado em 1949, constituiu a sensação editorial daquela década.

O argumento de sua obra *White collar crime*, aliás, é de que o comportamento criminoso não encontra uma explicação apropriada em patologias sociais – caso da pobreza, no sentido de necessidade econômica, e de outras causas a ela associadas, como habitação pobre, falta de educação e de recreações organizadas e disrupção na vida familiar – ou pessoais – primeiro, pela sequência evolutiva dos estudos, anormalidades biológicas, depois inferioridade intelectual e, mais recentemente, instabilidade emocional. O vetor causal mora nas relações sociais e interpessoais, ora associadas com a pobreza, ora com a riqueza, ora com ambas. O crime de colarinho branco, *exempli gratia*, não pode ser justificado pelo fator pobreza, nem tampouco por qualquer das patologias sociais ou pessoais que a acompanham. Mais ainda, o argumento é de que as pessoas situadas nos estratos socioeconômicos superiores se envolvem em muito comportamento criminoso, não sendo este, consequentemente, um fenômeno determinado pelo fator classe, nem mais nem menos associado às classes inferiores; e de que a distinção entre o comportamento

criminoso nos primeiros e aquele relativo às últimas está principalmente nos procedimentos administrativos utilizados no tratamento dos transgressores.¹²

Para dar maior sustentação factual à sua tese referente aos delitos cometidos por pessoas do *upperworld*, adota como objeto de estudo as setenta maiores empresas americanas, nos ramos da manufatura, mineração e comércio, com alicerce nas listas das duzentas



maiores corporações não financeiras nos Estados Unidos, elaboradas por Berle e Means em 1929 e pela Temporary National Economic Committee (Comissão Econômica Nacional Temporária) em 1938, mormente quanto às decisões dos tribunais e comissões administrativas contra aquelas, levando em consideração espécies de violações da lei como a concorrência desleal, a propaganda enganosa, as infrações contra o privilégio de invenção, as marcas de indústria e comércio e os direitos autorais, as práticas desleais na seara das normas trabalhistas, a fraude financeira, as infrações às regulamentações de guerra, entre outras, algumas apropriadamente tidas como delitos e outras estreitamente aparentadas com o comportamento criminoso, contra uma ou mais classes de vítimas, tais como os

consumidores, os concorrentes, os acionistas e outros investidores, os inventores, os empregados e o próprio Estado, na forma de fraudes no terreno tributário e de suborno de servidores públicos.

Como resultado de sua análise, verifica que 779 das 980 decisões contrárias às setenta corporações selecionadas atestavam a prática de crimes e que tal criminalidade não era evidenciada pelos procedimentos convencionais inerentes ao Direito penal, contudo, ao contrário, encoberta por procedimentos especiais, de sorte a proporcionar a supressão ou, pelo menos, a minimização do estigma do delito.¹³ Nesse sentido, acusa semelhança entre o crime de colarinho branco e a delinquência juvenil, posto que, em ambos os casos, identifica a ocorrência de alteração dos procedimentos próprios do Direito penal, objetivando evitar a atribuição do estigma do crime aos ofensores. Em sequência, porém, admite que a atenuação ou eliminação do estigma tem sido menos eficaz no caso da delinquência juvenil do que no da criminalidade do “colarinho branco”, em função do fato de os procedimentos para a primeira representarem um desvio menos completo em cotejo com os procedimentos penais convencionais, de a maioria dos delinquentes juvenis pertencer à classe social inferior e de os jovens não serem organizados para a proteção de suas reputações, motivo pelo qual permanece-lhes o estigma do ilícito, bem como a inclusão no âmbito de abordagem das teorias sobre a conduta criminosa e, mesmo, a expressiva participação em termos de dados para investigação criminológica. Já na criminalidade do “colarinho branco”, os símbolos externos se encontram mais eficazmente apagados, razão pela qual

12 - Ver SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 5-7.

13 - Ibidem, p. 52-53.

tais delitos têm sido excluídos como alvo de estudo da Criminologia, não obstante tais símbolos não ostentarem o poder de lhes retirar o caráter delitivo.¹⁴

No trecho adiante transcrito, Sutherland ressalta o efeito neutralizador da estigmatização do crime propiciado pela aplicação diferencial da lei no caso das empresas e fornece exemplo de sua concretização nos Estados Unidos:

This differential implementation of the law as applied to the crimes of corporations eliminates or at least minimizes the stigma of crime. This differential implementation of the law began with the Sherman Antitrust Act of 1890. As previously described, this law is explicitly a criminal law and a violation of the law is a misdemeanor no matter what procedure is used. The customary policy would have been to rely entirely on criminal prosecution as the method of enforcement. But a clever invention was made in the provision of an injunction to enforce a criminal law; this was an invention in that it

was a direct reversal of previous case law. Also, private parties were encouraged by treble damages to enforce a criminal law by suits in civil courts. In either case, the defendant did not appear in the criminal court and the fact that he had committed a crime did not appear on the face of the proceedings.

*The Sherman Antitrust Act, in this respect, became the model in practically all the subsequent procedures authorized to deal with the crimes of corporations.*¹⁵

O seu conceito de white collar crime, avisa o criminólogo, não tem a pretensão de ser definitivo, mas precisamente de atrair a atenção para ilícitos que não são comumente incluídos no terreno das investigações criminológicas, conquanto desvessem. Segundo ele, tal crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation.¹⁶

Hermann Mannheim vê cinco elementos no conceito de Sutherland: Embora SUTHERLAND acentu-

asse que a sua definição de crime de colarinhos brancos era apenas “aproximada”, a verdade é que ela tem sido, em geral, pacificamente aceita. Consta de cinco elementos: a) é um crime; b) cometido por pessoas respeitáveis e c) com elevado status social; d) no exercício da sua profissão. Para além disso, constitui, normalmente, uma violação da confiança.¹⁷

Na concepção de Edwin Sutherland, três fatores podem explicar a implementação diferencial da lei penal no concernente às grandes corporações. São eles o status do homem de negócios, a tendência ao não uso de métodos penais e o ressentimento relativamente inorganizado do público contra crimes de colarinho branco.

Quanto ao primeiro fator, defende ele que, exprimindo os métodos utilizados no cumprimento de qualquer lei uma adaptação das características dos prováveis infringentes da lei, de acordo com as apreciações dos legisladores e das pessoas ligadas à engrenagem da

14 - Ibidem, p. 55.

15 - “Esta implementação diferencial da lei como aplicada aos crimes das corporações elimina ou, pelo menos, minimiza o estigma do crime. Esta implementação diferencial da lei começou com a Lei Antitruste de Sherman, de 1890. Como anteriormente descrito, esta lei é explicitamente uma lei penal e uma violação da lei é uma contravenção não obstante qual procedimento seja usado. A política costumeira teria sido contar inteiramente com a persecução penal como o método de cumprimento da lei. Mas uma engenhosa invenção foi feita na prescrição de um remédio jurídico para aplicar uma lei penal; isto foi uma invenção que representou uma reversão direta da jurisprudência anterior. Ademais, partes privadas foram encorajadas por altos prejuízos a executar uma lei penal por meio de ações nos tribunais cíveis. Em qualquer caso, o réu não aparecia na corte penal e o fato de que ele havia cometido um crime não aparecia diante dos procedimentos. A Lei Antitruste de Sherman, neste pormenor, tornou-se o modelo em praticamente todos os procedimentos subsequentes autorizados a lidar com os crimes das corporações.” Ibidem, p. 53-54. (Tradução nossa). Deveras oportuna é a asserção de MICHEL FOUCAULT: “Ora, essa delinquência própria à riqueza é tolerada pelas leis, e, quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discricção da imprensa.” Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalheite. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 239. Igualmente merece referência a observação de FLÁVIA SCHILLING sobre o mecanismo das “ilegalidades toleradas”, em comentário ao pensamento do célebre filósofo gaulês: “As ilegalidades toleradas funcionariam nos interstícios das leis, apresentando uma heterogeneidade de modalidades, encaixando-se no jogo das tensões entre os ordenamentos legais, as práticas e técnicas administrativas e o que cada sociedade vai reconhecendo como normal e anormal, lícito ou ilícito, legítimo ou ilegítimo.” Corrupção, crime organizado e democracia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 402, out./dez. 2001. 16 - “[...] pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e elevado status social no desempenho de sua ocupação.” SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 7. (Tradução nossa). Face ao teor de sua formulação, o criminólogo afasta do alcance de seu conceito muitos delitos da classe superior, tais como a maioria dos casos de homicídio, intoxicação ou adultério, porquanto não integram a rotina profissional, o mesmo se verificando em relação às fraudes, do tipo conto do vigário, executadas por opulentos membros do submundo, por não serem consideradas pessoas dotadas de respeitabilidade ou alto status social. Cf. ibidem, p. 7.

17 - MANNHEIM, Hermann. Criminologia comparada. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1984-85]. v. 2, p. 724. Ele ainda aproveita para chamar a atenção para o sentido extensivo que a expressão “crime de colarinho branco” ganha no mundo anglo-saxão: “Por outro lado, nas suas referências a casos paradigmáticos, o próprio SUTHERLAND foi, de forma muito consciente, além do campo das grandes sociedades e dos delinquentes de elevado estatuto social, incluindo fraudes ou furtos praticados por pessoas da classe média como empregados bancários de baixos salários, proprietários de pequenas oficinas de reparação de automóveis, relógios, rádios, máquinas de escrever ou vendedores destes produtos. A utilização da expressão “colarinhos brancos” com este alcance está perfeitamente sintonizada com o significado que genericamente lhe é atribuído nos Estados Unidos e na Inglaterra.” Ibidem, p. 727. Todavia, examinando o conceito do crime do colarinho branco em Edwin Sutherland, GILBERT GEIS assinala que, para ele, o que sobressai é uma impressão de que o autor was most concerned with the illegal abuse of power by upper-echelon businessmen in the service of their corporations, by high-ranking politicians against their codes of conduct and their constituencies, and by professional persons against the government and against their clients and patients. GEIS, Gilbert. White-collar crime: what is it? In: SHICHOR, David; GAINES, Larry; BALL, Richard (Org.). Readings in white-collar crime. Prospect Heights, Illinois: Waveland Press, 2002. p. 10-11. Isto é, “estava mais preocupado com o abuso ilegal de poder por homens de negócios dos escalões mais altos, a serviço de suas empresas, por políticos de alta posição contra seus códigos de conduta e seu eleitorado, e por profissionais contra o governo e contra seus clientes e pacientes.” (Tradução nossa).

Justiça, as apreciações relativas aos homens de negócios, visivelmente os prováveis infringentes das leis que reprimem o crime de colarinho branco, revelam um amálgama de medo e admiração. O medo dos responsáveis pelo sistema da Justiça penal é de hostilizar os homens de negócios, em face de seu poder econômico e de sua capacidade de represália. A admiração tem suas raízes na homogeneidade cultural que os legisladores e magistrados compartilham com os homens de negócios, pois os legisladores, por exemplo, admiram e respeitam estes últimos, não podendo visualizá-los como criminosos, dado que não combinam com o estereótipo popular do “criminoso”, e julgando que estes homens de “respeitabilidade” se conformarão à lei como resultado de pressões muito suaves.

No tocante ao segundo fator, o autor pontifica que a tendência à não utilização ou à diminuição do espaço de métodos penais, cujo avanço mais rápido deu-se exatamente na seara dos crimes de colarinho branco em contraste com outras infrações, é geralmente identificada nas seguintes medidas: o abandono de penalidades extremas como morte e tortura, a substituição de métodos penais convencionais por métodos não penais do gênero da suspensão condicional da pena e a suplementação de métodos penais por métodos não penais, a exemplo das políticas educacionais no interior das prisões. Esta tendência se deve, prossegue o sociólogo, a um conjunto de mudanças sociais, representadas no ampliado poder da camada socioeconômica mais baixa, alvo tradicional das penalidades; na inclusão no âmbito da legislação penal de uma parte significativa do estrato socioeconômico mais alto; na maior interação social entre as classes, ocasionando um clima de

maior compreensão e solidariedade; no insucesso dos métodos penais para ensejar quedas substanciais nas taxas de criminalidade; e na fragilização da concepção psicológica que destacava o emprego da dor no controle do comportamento.

Finalmente, sobre o terceiro fator, o do ressentimento relativamente inorganizado do público contra delitos de colarinho branco, aponta o doutrinador três razões para a natureza diversa da relação entre a lei e os costumes nessa esfera:

a) as violações da lei por homens de negócios possuem cunho complexo – não configurando ataque simples e direto de uma pessoa contra outra, como o são as lesões corporais –, com efeitos difusos, que podem se espalhar por um longo período

relação aos crimes de colarinho branco, parcialmente em função da complexidade destes e da dificuldade de apresentá-los como notícias, contudo possivelmente muito mais em virtude do fato de tais agências pertencerem a homens de negócios ou serem por eles controladas e de elas próprias se envolverem nas violações de muitas das leis em causa;

c) as normas regendo o mundo dos negócios e os delitos relacionados se encontram situados em uma parte relativamente nova e especializada das legislações, ao passo que os crimes tradicionais permanecem insertos no corpo dos códigos penais regulares, recebendo estes ilícitos a maior atenção dos professores de Direito penal, os quais têm negligenciado o conhecimento da maior parte do Direito penal do Estado



de tempo e alcançar uma altíssima quantidade de pessoas, sem que alguém, em particular, sofra muito, em um determinado tempo, e demandando, em muitas situações de crimes de colarinho branco, a apreciação por parte de peritos nos ramos profissionais da verificação do fato sob investigação;

b) os meios de comunicação não expressam os sentimentos morais organizados da comunidade em

moderno, sendo que, de maneira semelhante, o público em geral usualmente não tem consciência de muitas das disposições especializadas, daí decorrendo a falta de organização do ressentimento do público.¹⁸

Além disso, aduz Sutherland que os princípios que embasavam a posição contrária à admissibilidade da responsabilidade penal das empre-

18 - Sobre os três fatores apresentados, determinantes da implementação diferencial da lei penal quanto aos crimes e criminosos de colarinho branco, ver SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 56-60.

sas sofreram reversão nos tribunais americanos, passando a permitir a condenação frequente destas, por crimes como homicídio culposo, furto e destruição de propriedade, entre muitos outros:

Such decisions involved reversal of the three principles on which the earlier decisions were based. First, the corporation is not merely a legislative artifact. Associations of persons existed prior to the law and some of these associations have been recognized as entities by legislatures. These corporations and other associations are instrumental in influencing legislation. Consequently legislation is in part an artifact of corporations, just as corporations are in part an artifact of legislatures. Second, the requirement that criminal intent be demonstrated has been eliminated from an increasing number of criminal laws [...]. Third, the location of responsibility has been extremely difficult in many parts of modern society, and responsibility is certainly a much more complicated concept than is ordinarily believed. The old employers' liability laws, which were based on the principle of individual responsibility, broke down because responsibility for industrial accidents

could not be located. [...] Some attention has been given to the location of responsibility for decisions in the large corporations. Although responsibility for actions of particular types may be located, power to modify such actions lies also at various other points. Due largely to the complexity of this concept, the question of individual responsibility is frequently waived and penalties are imposed on corporations. This does, to be sure, affect the stockholder who may have almost no power in making decisions as to policy, but the same thing is true of other penalties which have been suggested as substitutes for fines on corporations, namely, dissolution of the corporation, suspension of business for a specified period, restriction of sphere of action of the corporation, confiscation of goods, publicity, surety for good behavior, and supervision by the court.¹⁹

Aludindo à referência de Thorstein Veblen ao “homem pecuniário ideal” e ao “delinquente ideal”, Sutherland comenta que o primeiro expressa a cultura especial do mundo dos negócios, enquanto o segundo exemplifica a cultura especial do submundo, tendo como melhor agente o ladrão profissio-

nal,²⁰ e passa a firmar semelhanças e diferenças entre esses dois tipos de criminalidade e os seus respectivos protagonistas.

Para ele, em primeiro lugar, no respeitante às similaridades, tanto a criminalidade das corporações quanto a dos ladrões profissionais são persistentes, de modo que existe grande proporção de reincidentes entre os transgressores. O criminólogo observa que nenhuma das medidas aplicadas aos homens de negócios por violação da lei tem sido muito efetiva no propósito de reabilitá-los ou de desestimular outros a práticas assemelhadas.

O segundo ponto reside no reconhecimento de que o comportamento ilícito é muito mais extensivo do que revelam as ações penais e as petições iniciais, querendo dizer, por exemplo, que muitos tipos de violação da lei são praticados pela grande maioria das empresas e indústrias, não traduzindo condutas isoladas de um ou alguns homens de negócios colhidos na malha da Justiça, mas práticas reiteradas de muitos, nem sempre processados.

O terceiro ponto encontra-se na constatação de que o homem de ne-

19 - “Tais decisões envolveram a reversão dos três princípios nos quais as decisões anteriores estavam baseadas. Primeiro, a corporação não é meramente um artefato legislativo. Associações de pessoas existiram antes da lei e algumas destas associações foram reconhecidas como entidades pelas legislaturas. Estas corporações e outras associações são instrumentais em influenciar a legislação. Consequentemente, a legislação é em parte um artefato das corporações, exatamente como as corporações são em parte um artefato das legislaturas. Segundo, o requisito de que o dolo seja demonstrado tem sido eliminado de um crescente número de leis penais [...]. Terceiro, a localização da responsabilidade tem sido extremamente difícil em muitas partes da sociedade moderna, e a responsabilidade é certamente um conceito muito mais complicado do que ordinariamente se acredita. As velhas leis sobre a responsabilidade dos empregadores, que eram baseadas no princípio da responsabilidade individual, sucumbiram porque a responsabilidade por acidentes industriais não podia ser localizada. [...] Alguma atenção tem sido dada à localização da responsabilidade por decisões nas grandes corporações. Embora a responsabilidade por ações de tipos particulares possa ser localizada, o poder de modificar tais ações encontra-se também em vários outros pontos. Devido largamente à complexidade deste conceito, a questão da responsabilidade individual é frequentemente posta de lado e as penas são impostas às corporações. Isto efetivamente, sem dúvida, afeta o acionista que pode não ter qualquer poder em tomar decisões no que tange à política, mas a mesma coisa é verdade em relação a outras penas que têm sido sugeridas como substitutos para multas impostas às corporações, isto é, a dissolução da empresa, a suspensão das atividades por um período especificado, a restrição da esfera de ação da empresa, o confisco de mercadorias, a publicidade, a fiança por bom comportamento e a supervisão pela corte.” Ibidem, p. 61-62. (Tradução nossa).

20 - A. MACK reporta-se a alguns traços do criminoso profissional na concepção inspirada por Edwin Sutherland: *Cependant nous estimons que les définitions que l'on trouve dans la plupart des écrits théoriques, à la suite de Sutherland, sont encore pleinement valables; c'est-à-dire que les criminels professionnels constituent une élite, une toute petite fraction admirée et faisant partie d'un groupe plus large de malfaiteurs à plein temps; et que le statut de cette élite a été acquis à la suite d'une formation dispensée par leurs supérieurs, ce qui en a fait des spécialistes. Il y a également dans la signification du terme la notion d'intelligence supérieure, ou du moins celle d'un jugement pratique supérieure, qui permet à celui qui en jouit d'éviter les risques du métier, tel l'emprisonnement, plus fréquemment que les autres criminels moins doués.* MACK, J. A. *Le crime professionnel et l'organisation du crime*. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris, n. 1, p. 7, jan./mars 1977. “Contudo, estimamos que as definições que encontramos na maior parte dos escritos teóricos, seguindo Sutherland, são ainda plenamente valiosas; tal quer dizer que os criminosos profissionais constituem uma elite, uma pequenina fração admirada e fazendo parte de um grupo maior de malfatores em tempo integral; e que o estatuto desta elite foi obtido como resultado de uma formação dispensada pelos seus superiores, o que fez deles especialistas. Há igualmente na significação do termo a noção de inteligência superior, ou pelo menos aquela de um julgamento prático superior, que permite àquele que dele desfruta evitar os riscos do ofício, tal como a prisão, mais frequentemente que os outros criminosos menos dotados.” (Tradução nossa). Por outro lado, ele defende que o principal defeito do estereótipo agasalhado no vocábulo “profissional” encontra-se no fato de este centralizar a atenção na pessoa e na personalidade do criminoso, em detrimento da atenção que deve ser dispensada ao elemento organizacional nos ilícitos maiores. Ibidem, p. 7-8.

gócios violador das leis reguladoras do mundo dos “colarinhos brancos” frequentemente não perde status entre seus colegas, cujas reações são muitas vezes de admiração pelas práticas do smart man. O princípio

Esses homens de “colarinho branco”, que, muitas vezes, encaram a promulgação de uma lei e não a sua violação como o verdadeiro crime, acreditam que quanto menos governo melhor, salvo quando pretendem

sas empresas.

Diz respeito o segundo aspecto à escolha de ilícitos de difícil prova, quer no universo dos criminosos de colarinho branco, quer no dos ladrões profissionais. O ramo da publicidade é um bom exemplo, porquanto, uma vez que um pouco de propaganda exageradamente elogiosa é admitida como justificável, há dificuldade quanto à consecução de prova atestando o uso de propaganda exageradamente elogiosa desarrazada.

Quanto ao terceiro aspecto, o doutrinador lembra a política das corporações de “dar um jeito” nos casos e processos, à semelhança dos ladrões profissionais que confiam no dinheiro e na boa relação com um mediador eficiente perante os canais próprios, para explorar uma peça fraca no mecanismo das pessoas necessárias a uma condenação. Como exemplos concretos, o órgão federal da Food and Drug Administration (Administração de Alimentos e Drogas) já sofreu pressões de senadores e deputados, com ameaças de corte de verbas, para impedir a aplicação da lei no relativo a determinadas pessoas e, após a Primeira Grande Guerra Mundial, por causa da atuação dinâmica da Federal Trade Commission (Comissão Federal do Comércio), o Presidente dos Estados Unidos, procurado por representantes de grandes empresas, substituiu alguns membros da aludida comissão por outros mais solidários com as práticas do reino dos negócios, provocando o indeferimento de pleitos formulados contra muitas corporações. Outra tática utilizada é a do suborno. E a costuma prática das empresas de fazer um acordo com acionistas minoritários, quando estes propõem uma ação contra a administração destas, faz lembrar a indenização do ladrão profissional ao ofendido, pelo furto executado, com o intuito de deter a



geral usualmente invocado é o da violação do código legal não implicar necessariamente a violação do código dos negócios, de sorte que a perda de prestígio está vinculada à infração do código de negócios e não à infração do código legal, exceto quando coincidentes.

Um quarto traço que aproxima os homens de negócios dos ladrões profissionais está na atitude de desrespeito dos dois grupos no tocante à lei, ao governo e a membros da estrutura do Estado. Os primeiros costumemente sentem e expressam menosprezo pela lei, pelo governo e seu pessoal, ao passo que os últimos exibem o mesmo desprezo pela lei, e ainda por policiais, promotores de justiça e magistrados. Esse desprezo pela lei, compartilhado por ambas as categorias, nutre-se do fato de que esta lhes veda o comportamento reprovado. No caso dos homens de negócios, o pessoal do governo lhes parece uma equipe de políticos e burocratas e as pessoas com autorização para a investigação das práticas de negócios, bisbilhoteiros.

obter favores especiais deste.

Ainda no domínio das semelhanças, Sutherland indica três aspectos da racionalidade da corporação quanto ao comportamento ilícito. Primeiramente, as empresas levam em conta dois fatores principais para a escolha dos delitos: o menor perigo destes serem detectados e identificados e a seleção de vítimas com menor probabilidade de reação. Tanto os crimes das corporações como os furtos profissionais são cuidadosamente selecionados, sendo perpetrados contra vítimas consideradas fracas como oponentes. No atinente aos crimes das empresas, suas vítimas raramente se encontram em situação de travar luta contra a direção daquelas. Os consumidores encontram-se espalhados e desorganizados, além de carecerem de informação objetiva, e os acionistas, similarmente, raramente conhecem os procedimentos complexos das corporações às quais estão ligados, além de receberem pouca informação referente às políticas ou à condição financeira des-

persecução penal.²¹

Por derradeiro, Edwin Sutherland não esquece as diferenças entre o crime de colarinho branco e o furto profissional, garantindo que as principais dizem respeito às concepções dos transgressores sobre si próprios e às concepções do público sobre estes:

*The professional thief conceives of himself as a criminal and is so conceived by the general public. Since he has no desire for a favorable public reputation, he takes pride in his reputation as a criminal. The businessman, on the other hand, thinks of himself as a respectable citizen and, by and large, is so regarded by the general public.*²²

Consoante o autor, os homens de negócios não se enxergam como enquadrados no estereótipo do “criminoso”, mesmo quando violam a lei. Por outro prisma, habitualmente pensam em si mesmos como “violadores da lei” – um indubitável eufemismo –, entretanto o fazem com orgulho, vangloriando-se, em seu círculo privado, pela prática de tais violações, porque a lei e não a sua infringência é que lhes parece reprovável. São apoiados por seus colegas nas violações em tela, o que lhes assegura uma consciência que geralmente não lhes incomoda. O sentimento de vergonha pelas práticas de negócios desleais, quando existente, parece reservado, mais frequentemente, aos homens de ne-

gócios mais jovens, por não terem assimilado ainda, totalmente, a mentalidade e as atitudes peculiares ao universo dos negócios.

Expõe o criminólogo que a ideia de alguém sobre si próprio como criminoso se funda numa caracterização geral e num tipo ideal. Como, continua ele, dois dos fatores mais determinantes para a identificação do eu com o tipo ideal correspondem ao tratamento oficial como criminoso e à associação pessoal íntima com aqueles que veem a si mesmos como criminosos, a ilação é de que o criminoso do “colarinho branco” não se julga um criminoso, pois ele não é submetido aos mesmos procedimentos oficiais destinados a outros violadores da lei e, graças ao seu status social, não se envolve e não é envolvido em associação pessoal íntima com aqueles que se autodenominam criminosos.

Não são unicamente os homens de negócios que rejeitam a identificação como criminosos; o público também, geralmente, lhes nega o enquadramento no estereótipo, sendo a sua concepção associada algumas vezes à ideia do status, e este aparentemente baseado na detenção de poder. O público, certamente, não atribui ao homem de negócios, em princípio, o cultivo de altos padrões de honestidade e de escrupulosidade na observância da lei, porém, face ao seu status alicerçado no poder, não logra percebê-lo como criminoso, ou seja, o típico, como o

ladrão profissional.²³

Com o escopo de salvaguarda de suas reputações, os homens de negócios promovem justificativas e racionalizações – como a de que todo mundo faz propaganda exageradamente elogiosa de suas mercadorias, para descaracterizar o cunho reprochável da fraude na publicidade –, cuja função é a ocultação do fato do crime, repelindo, por exemplo, o emprego de palavras que denotem pejorativamente a natureza de suas práticas, como “desonesto” e “fraudulento”, e incentivando a sua substituição por palavras e expressões eufemísticas.²⁴ Nesse sentido, o homem de negócios e o ladrão profissional se afastam:

*The policy of corporations is general public adherence to the law and secret defections from the law. In this respect the businessman is quite different from the professional thief. In professional theft the fact of crime is a matter of direct observation, and the important problem for the thief is to conceal his identity in order to avoid punishment but not in order to maintain his status in the general public. In white collar crime, on the other hand, the important problem for the criminal is to conceal the fact of crime, since the identity of the firm which violates the law is generally known.*²⁵

Outra estratégia dos homens de negócios em favor da proteção de suas reputações é o seu esforço no sentido de uma implementação diferente

21 - Sobre as similaridades apresentadas, entre a criminalidade dos agentes do “colarinho branco” e a dos ladrões profissionais, ver SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 227-229; 236-239.

22 - “O ladrão profissional concebe a si mesmo como um criminoso e é assim concebido pelo público geral. Uma vez que não tem qualquer desejo por uma reputação pública favorável, ele se orgulha de sua reputação como criminoso. O homem de negócios, por outro lado, pensa em si próprio como um cidadão respeitável e, de modo geral, é assim considerado pelo público geral.” Ibidem, p. 230. (Tradução nossa).

23 - “A propósito das diferenças expostas, entre a criminalidade dos agentes do “colarinho branco” e a dos ladrões profissionais, ver ibidem, p. 230-232.

24 - LOUK HULSMAN, contudo no contexto de sua proposta abolicionista do sistema penal, é um dos autores que salientam o poder estigmatizante das palavras e a necessidade de mudança de linguagem, mas sem a conservação das velhas categorias nas novas palavras e expressões. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Niterói: Luam, 1997. p. 95-96.

25 - “A política das corporações é adesão pública geral à lei e defecções secretas da lei. Neste aspecto, o homem de negócios é inteiramente diferente do ladrão profissional. No furto profissional, o fato do crime é uma questão de observação direta e o problema importante para o ladrão é ocultar sua identidade a fim de evitar a punição, mas não para manter seu status perante o público geral. No crime de colarinho branco, por outro lado, o problema importante para o criminoso é ocultar o fato do crime, uma vez que a identidade da firma que viola a lei é geralmente conhecida.” SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 232. (Tradução nossa).

das leis a eles aplicáveis, mediante substituições dos procedimentos cabíveis por outros menos estigmatizantes, porquanto não desejam ser presos por policiais, nem ser obrigados ao comparecimento perante uma corte penal, ou tampouco ser condenados pela perpetração de crimes.

Para preservar o status e a concepção de não enquadramento no universo criminoso, as empresas

inclusiva, que é a de influenciar a promulgação e a aplicação da lei no relativo a seus clientes, de antecipadamente recomendar a estes os métodos passíveis de uso com relativa impunidade e de defender os mesmos duplamente, tanto perante os tribunais, quanto perante o público, diante de acusações específicas que lhes forem feitas.²⁶

De sua análise, conclui Sutherland que os delitos de colarinho branco

organizados. Na compreensão do autor, a organização para o delito pode ser de dois tipos: formal ou informal, encontrando-se o primeiro, na hipótese dos ilícitos das empresas, exempli gratia, na concorrência desleal e nos esforços para o controle da legislação, a seleção de administradores e a limitação de verbas para a execução de leis que possam atingi-las, e o segundo, na formação de consenso entre homens de negócios, voltado, por ilustração, para a prática da concorrência desleal. Daí o seu entendimento do delito de colarinho branco como “crime organizado”.²⁷

Um trecho que bem aglutina as ideias do sociólogo sobre o crime de colarinho branco como “crime organizado” é o que ora reproduzimos:

*Evidence has been presented in previous chapters that crimes of business are organized crimes. This evidence includes references not only to gentlemen's agreements, pools, trade associations, patent agreements, cartels, conferences, and other informal understandings, but also to the tentacles which business throws out into the government and the public for the control of those portions of the society.*²⁸

Em um dos capítulos finais de sua obra *White collar crime*, o doutri-



igualmente empregam especialistas em Direito, assim como em relações públicas e propaganda. O porta-voz dos homens de negócios, que equivale ao advogado que defende o ladrão profissional contra acusações específicas, desempenha uma função de natureza bem mais

não representam, em princípio, infrações isoladas e involuntárias de regulamentos técnicos – embora possam sê-lo, como exceção à regra –, contudo, ao contrário, são, em grande proporção, deliberados, com uma unidade relativamente consistente, e, mais que isso, são também

26 - Ver *ibidem*, p. 233-234.

27 - Ver *ibidem*, p. 227; 229; 239.

28 - “Evidência foi apresentada nos capítulos anteriores de que os crimes de negócios são crimes organizados. Esta evidência inclui referências não apenas a acordos de cavalheiros, tristes, associações comerciais, acordos de patentes, cartéis, reuniões e outros entendimentos informais, mas também aos tentáculos que a empresa lança sobre o governo e o público pelo controle daquelas porções da sociedade.” *Ibidem*, p. 256. (Tradução nossa). É claro que o sentido que Edwin Sutherland empresta à expressão “crime organizado” não coincide exatamente com a concepção de crime organizado fundada na definição de organização criminosa contida no art. 1º, § 1º, da novel Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, no caso brasileiro: “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.” Nem tampouco com a que propugnamos a partir do conceito de organização criminosa que formulamos: “Cremos, então, que a organização criminosa pode ser conceituada como a associação estável de três ou mais pessoas, de caráter permanente, com estrutura empresarial, padrão hierárquico e divisão de tarefas, que, valendo-se de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, sob o signo de valores compartilhados por uma parcela social, objetiva a perpetração de infrações penais, geralmente de elevada lesividade social, com grande capacidade de cometimento de fraude difusa, pelo escopo prioritário de lucro e poder a ele relacionado, mediante a utilização de meios intimidatórios, como violência e ameaças, e, sobretudo, o estabelecimento de conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes, especialmente via corrupção – para assegurar a impunidade, pela neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal –, o fornecimento de bens e serviços ilícitos e a infiltração na economia legal, por intermédio do uso de empresas legítimas, sendo ainda caracterizada pela territorialidade, formação de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e tendência à expansão e à transnacionalidade, eventualmente ofertando prestações sociais a comunidades negligenciadas pelo Estado. E crime organizado é a espécie de macrocriminalidade perpetrada pela organização criminosa.” FERRO, Ana Luíza Almeida. *Op. cit.*, p. 499. Mas o sentido dado por Sutherland oferece relevantes subsídios para a compreensão do fenômeno do crime de colarinho branco dentro do contexto do crime organizado, particularmente quanto às alusões do sociólogo às estratégias do mundo dos negócios com o objetivo de controlar o governo e o público em benefício de seus interesses.

nador sustenta que os dados disponíveis, conquanto não permitam uma explicação absoluta do delito de colarinho branco, sugerem que a gênese deste reside no mesmo processo geral aplicável a outras modalidades de comportamento criminoso, ou seja, a associação diferencial,²⁹ que, na sua visão, a despeito de não oferecer, como hipótese, uma explicação total ou absoluta do fenômeno do delito de colarinho branco ou de qualquer outro ilícito, é talvez a que melhor se amolda aos dados sobre tais infrações penais, em cotejo com outras hipóteses gerais.³⁰

Estabelecido este ponto, ele passa a desenvolver uma teoria sobre o crime de colarinho branco, aproveitando para exibir, em dado momento, a anatomia simplificada da associação diferencial no caso do criminoso em causa:

White collar criminals, like professional thieves, are seldom recruited from juvenile delinquents. As a part of the process of learning practical business, a young man with idealism and thoughtfulness for others is inducted into white collar crime. In many cases he is ordered by managers to do things which he regards as unethical or illegal, while in other cases he learns from those who have

*the same rank as his own how they make a success. He learns specific techniques of violating the law, together with definitions of situations in which those techniques may be used. Also, he develops a general ideology. This ideology grows in part out of the specific practices and is in the nature of generalization from concrete experiences, but in part it is transmitted as a generalization by phrases such as "We are not in business for our health," "Business is business," and "No business was ever built on the beatitudes." These generalizations, whether transmitted as such or constructed from concrete practices, assist the neophyte in business to accept the illegal practices and provide rationalizations for them*³¹.

Constituindo um processo de associação diferencial, os homens de negócios, além de expostos a definições em prol do cometimento do delito de colarinho branco, encontram-se isolados de definições hostis a esse crime e protegidos contra estas. Mesmo crescendo em um lar onde a honestidade é firmada como virtude, tais ensinamentos domésticos guardam pouca relação explícita com as práticas dos negócios, até porque aqueles que as tacham de indesejáveis e ilícitas são habitualmente enquadrados como "comunistas" ou "socialistas", o que

praticamente lhes priva de qualquer poder de influência em suas definições.

Os meios de comunicação, embora continuem muitas vezes definindo as infrações comuns do Código Penal de uma maneira bastante crítica, não deferem o mesmo tratamento ao delito de colarinho branco e aos seus perpetradores, por várias razões, entre as quais: a inegável homogeneidade existente nos padrões e princípios compartilhados pelos proprietários e dirigentes dos jornais de maior destaque e das corporações de radiodifusão e cinema, por ilustração, que representam grandes empresas capitalistas, e pelos dirigentes de outras corporações; o fato de a receita mais expressiva destas agências de comunicação derivar dos anúncios e demais instrumentos publicitários de outras empresas, ensejando uma eventual adoção de linha crítica das práticas dos negócios em geral ou de corporações específicas em uma provável perda de significativa parcela da receita mencionada; e o envolvimento das próprias empresas de comunicação em violações da lei classificáveis como delitos de colarinho branco, como concorrência desleal, propaganda enganosa e outras.

Não somente os meios de comunicação protegem os homens de negó-

29 - A associação diferencial é descrita por EDWIN SUTHERLAND nestes termos: When persons become criminal, they do so because of contacts with criminal behavior patterns and also because of isolation from anticriminal behavior patterns. Any person inevitably assimilates the surrounding culture unless other patterns are in conflict; thus a southerner does not pronounce r because other southerners do not pronounce r. Negatively, this proposition of differential association means that associations which are southern as far as crime is concerned have little or no effect on the genesis of criminal behavior. Much of the experience of a person is neutral in this sense, such as learning to brush one's teeth. This behavior has no positive or negative effect on criminal behavior except as it may be related to associations which are concerned with the legal codes. Such neutral behavior is important especially in occupying the time of a child so that he or she is not in contact with criminal behavior while engaged in the neutral behavior. SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. Op. cit., p. 89. "Quando as pessoas se tornam criminosas, elas o fazem devido a contatos com padrões de comportamento criminoso e também devido ao isolamento em relação a padrões de comportamento anticriminoso. Qualquer pessoa inevitavelmente assimila a cultura circundante a menos que outros padrões estejam em conflito; por conseguinte, um sulista não pronuncia r porque outros sulistas não pronunciam r. Negativamente, esta proposição da associação diferencial significa que as associações que são neutras no que diz respeito ao crime têm pouco ou nenhum efeito sobre a gênese da conduta criminoso. Muito da experiência de uma pessoa é neutro neste sentido, tal como aprender a escovar os dentes. Este comportamento não tem qualquer efeito positivo ou negativo sobre a conduta criminoso exceto quando possa estar relacionado a associações que tratam dos códigos legais. Tal comportamento neutro é importante especialmente em ocupar o tempo de uma criança, de modo que ele ou ela não esteja em contato com a conduta criminoso enquanto envolvido no comportamento neutro." (Tradução nossa).

30 - SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 240.

31 - "Criminosos de colarinho branco, como ladrões profissionais, são raramente recrutados entre delinquentes juvenis. Como parte do processo de aprendizagem dos negócios práticos, um jovem com idealismo e consideração pelos outros é iniciado no crime de colarinho branco. Em muitos casos, ele recebe ordens de gerentes para fazer coisas que ele considera antiéticas ou ilegais, enquanto em outros casos ele aprende daqueles que possuem a sua mesma graduação como fazer sucesso. Ele aprende técnicas específicas de violar a lei, juntamente com definições de situações em que aquelas técnicas podem ser usadas. Ademais, ele desenvolve uma ideologia geral. Esta ideologia cresce em parte pelas práticas específicas e está na natureza da generalização de experiências concretas, mas em parte é transmitida como uma generalização por expressões tais como 'Não estamos no ramo de negócios pela nossa saúde', 'Negócios são negócios' e 'Jamais um negócio foi construído sobre as beatitudes'. Estas generalizações, quer transmitidas como tais ou construídas a partir de práticas concretas, ajudam o neófito nos negócios a aceitar as práticas ilegais e prover racionalizações para as mesmas." Ibidem, p. 245. (Tradução nossa).

cios e suas empresas de severas críticas e da estigmatização do delito; igualmente membros da estrutura do Estado o fazem, de que é exemplo a implementação diferencial das leis, como a opção, no cenário americano, por procedimentos perante o Juízo de Equidade para homens de negócios acusados de concorrência desleal e por procedimentos penais para sindicalistas enfrentando acusações semelhantes.

Esta posição menos crítica dos integrantes do Estado e do governo em relação aos homens de “colarinho branco”, em confronto com o tratamento dispensado às pessoas da camada socioeconômica mais baixa, é produto, na avaliação de Sutherland, de diversas relações:

- a) a homogeneidade cultural existente, de modo geral, entre os membros do governo e os homens de negócios, ambos pertencendo, no contexto americano, às classes mais altas da sociedade;
- b) a presença de homens de negócios, como membros, nas famílias de muitos componentes do governo;
- c) a frequente existência de amizade pessoal unindo muitos homens de negócios a integrantes do governo;
- d) a presença de muitas pessoas em posições no governo, como executivos, diretores, advogados e outros, com ligações, no passado, com firmas e empresas;
- e) o desejo de muitas pessoas no governo de garantir emprego nas firmas ou empresas depois do tér-

mino de sua participação naquele;

- f) o grande poder das corporações na sociedade americana, objeto de seu estudo, com sua capacidade de promover ou prejudicar os progra-



mas de interesse do governo;

- g) a íntima conexão entre o programa do governo e os partidos políticos, cujo sucesso nas campanhas eleitorais depende da contribuição de grandes somas oriundas de importantes homens de negócios.³²

O sociólogo faz um paralelo entre a associação diferencial, vista como uma explicação hipotética do crime pelo prisma do processo pelo qual ocorre a iniciação de uma pessoa no universo do delito, e a desorganização social, encarada como uma explicação hipotética do fenômeno criminoso pela ótica da sociedade, sendo uma compatível com a outra, de sorte a funcionarem como contraparte uma da outra, e aplicando-se ambas aos delitos em geral, inclusive o de “colarinho branco”.³³

Por fim, Sutherland constata a pouca importância das leis no con-

trole do comportamento no mundo dos negócios, exceto se apoiadas por uma administração com disposição política para combater o comportamento ilegal. E esta, por seu turno,

detém pouca força para sustentar essa espécie de comportamento, exceto se apoiada por um público disposto ao cumprimento da lei. Sua sugestão está na formação de um nítido antagonismo entre o público e o governo, de um lado, e os homens de “colarinho branco” infratores da lei, do outro:

*This calls for a clear-cut opposition between the public and the government, on the one side, and the businessmen who violate the law, on the other. This clear-cut opposition does not exist and the absence of this opposition is evidence of the lack of organization against white collar crime. What is, in theory, a war loses much of its conflict because of the fraternization between the two forces. White collar crimes continue because of this lack of organization on the part of the public.*³⁴

32 - Ver *ibidem.*, p. 250-252. O autor sintetiza as relações determinantes da posição menos crítica dos membros do governo contra os homens de “colarinho branco”, *ipsis litteris*: Thus, the initial cultural homogeneity, the close personal relationships, and the power relationships protect businessmen against critical definitions by government. *Ibidem.*, p. 252. “Assim, a homogeneidade cultural inicial, as relações pessoais íntimas e as relações de poder protegem os homens de negócios contra definições críticas pelo governo.” (Tradução nossa).

33 - Segundo o doutrinador, a desorganização social pode se manifestar como ausência de padrões (anomia) ou conflito de padrões. Esta última situação, por seu turno, assemelha-se à associação diferencial, por envolver uma ratio entre a organização em favor de infrações à lei e a organização em vez da desorganização social. Assim, a empresa possui uma organização rígida voltada para a violação das regulamentações do universo dos negócios, ao passo que a sociedade política não está similarmente organizada contra tais violações. *Ibidem.*, p. 255-256.

34 - “Isto pede uma oposição bem delineada entre o público e o governo, de um lado, e os homens de negócios que violam a lei, do outro. Esta oposição bem delineada não existe e a ausência desta oposição é evidência da falta de organização contra o crime de colarinho branco. O que é, na teoria, uma guerra perde muito do seu conflito por causa da confraternização entre as duas forças. Os crimes de colarinho branco continuam por causa desta falta de organização por parte do público.” *Ibidem.*, p. 257. (Tradução nossa).

4. Considerações finais

A teoria da associação diferencial é fundamental para uma compreensão mais aprofundada do fenômeno do crime organizado, ao manter uma ponte entre o underworld, com seus ilícitos peculiares, como os patrimoniais, e o uperworld, com seus delitos de colarinho branco, e entre a criminalidade dos indivíduos das classes sociais mais baixas, recrutados, por exemplo, em favelas, bairros propícios ao seu desencadeamento, e em prisões divididas em facções, e a criminalidade dos indivíduos das classes mais altas, recrutados, a título ilustrativo, no próprio ambiente de trabalho, em contato com homens de negócios, executivos, autoridades e membros do governo; ao mostrar as relações nem sempre éticas ou lícitas entre os homens de negócios e as autoridades e os esforços no sentido de uma implementação especial da lei e de um esmaecimento das marcas estigmatizantes do delito no tocante aos primeiros; e, mormente, ao patentear algumas dessas conexões promíscuas com o Poder Público ou com alguns de seus representantes e chamar a atenção para uma criminalidade por vezes quase “invisível”, mas não por isso menos socialmente danosa, a dos que trajam ternos e ostentam seus colarinhos não tão imaculadamente brancos.

5. Referências

- ABADINSKY, Howard. Organized crime. 7th ed. Belmont, California: Wadsworth, 2003.
- BECKER, Howard S. Outsiders: studies in the sociology of deviance. New York: The Free Press, 1997. 215 p.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. Crime organizado e organizações criminosas mundiais. Curitiba: Juruá, 2009. 704 p.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. Título do original francês: Surveiller et punir.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. A moderna Criminologia “científica” e os diversos modelos teóricos. *Biologia Criminal, Psicologia Criminal e Sociologia Criminal*. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171-299.
- GEIS, Gilbert. White-collar crime: what is it? In: SHICHOR, David; GAINES, Larry; BALL, Richard (Org.). *Readings in white-collar crime*. Prospect Heights, Illinois: Waveland Press, 2002. p. 7-25.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Niterói: Luam, 1997. 180 p. Título do original francês: Peines perdues: le système pénal en question.
- LYMAN, Michael D.; POTTER, Gary W. Organized crime. 2nd ed. New Jersey: Prentice Hall, 1999.
- MACK, J. A. Le crime professionnel et l'organisation du crime. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, n. 1, p. 5-18, jan./mars 1977.
- MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1984-85]. v. 2.
- SCHILLING, Flávia. Corrupção, crime organizado e democracia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 401-409, out./dez. 2001.
- SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime: the uncut version*. New Haven/London: Yale University Press, 1983.
- SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. *Principles of criminology*. 11th ed. New York: General Hall, 1992. (The Reynolds Series in Sociology).
- SUTHERLAND, EDWIN H. In: *ENCYCLOPEDIA of Criminology*. Routledge. Richard A. Wright and J. Mitchell Miller, Editors. Three-Volume Set. Disponível em: <<http://cw.routledge.com/ref/criminology/sutherland.html>>. Acesso em: 10 Feb. 2014.

AS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA



Lourival Serejo

Desembargador presidente da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 A família 2.1 Evolução 2.2 Enfoque constitucional 3. O casamento 3.1 Casamento homoafetivo 4 União estável 4.1 A parceria homoafetiva como união estável 5 A família formada pelos pais e seus descendentes 6 A família homoafetiva 7 Igualdade dos cônjuges 8 Igualdade dos filhos 9 O divórcio e a EC nº 66/2010 10 Conclusão 11. Referências 12. Obras consultadas.

RESUMO: Mostra-se inicialmente uma visão da família pós-moderna e sua evolução. Discorre-se sobre os institutos e temas referentes à família, destacados na Constituição Federal de 1988, para demonstrar os efeitos positivos da constitucionalização do Direito de Família. Todos os temas são tratados do ponto de vista teórico e jurisprudencial, para avaliar-se a evolução jurisprudencial dos nossos tribunais em consonância com a nova face das famílias brasileiras. Nesse ponto, o destaque é a atuação do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização. Direito de Família. Novas relações familiares. Relações homoafetivas. O novo divórcio. Política de proteção à família.

ABSTRACT: It is initially analyzed the post-modern family and its evolution. Taking the family-related articles in Brazilian Federal Constitution in consideration, it is demonstrated the positive effects of the constitutionalization of Family Law. All themes are considered in a theoretical and jurisprudential point of view, aiming to evaluate the Brazilian jurisprudential evolution considering the new families. It is emphasized the recognition of the same sex couples as families by the Brazilian Supreme Court.

KEYWORDS: Constitutionalization. Family Law. New families. Same-sex couples. The new divorce. Family protection policy.

1 Introdução

A constitucionalização do Direito de Família e seus principais institutos representou um momento de evolução desse ramo do Direito e a ratificação da sua importância, por envolver matérias do interesse da sociedade e do Estado.

Ressalte-se que foi no capítulo Dos direitos e deveres individuais e coletivos que a Constituição trouxe a inovação que mais produziu efeitos saudáveis no Direito de Família: a isonomia do art. 5º, I, anunciando, de forma cogente, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

Ao ter seus pilares principiológicos no texto constitucional, o Direito de Família fortaleceu-se ainda mais, inspirando decisões justas em respeito à dignidade de cada cidadão e aos direitos de sua personalidade. Abrigaram-se, assim, as reivindicações da nova família no catálogo dos direitos fundamentais.

Estudaremos, a seguir, sob a ótica do texto constitucional, os seguintes temas: a família, o casamento, a união estável, a família formada pelos pais e seus descendentes, a família homoafetiva, a igualdade dos cônjuges, a igualdade dos filhos e o divórcio.

Apesar de não ser objeto específico do nosso estudo, os princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família estão presentes no substrato de cada tema aqui desenvolvido, notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e o princípio da afetividade.

2 A família

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

2.1 Evolução

Ao longo dos anos, a família sofreu uma evolução considerável, em consonância com o desenvolvimento social e econômico de cada época. Da família patriarcal, patrimonializada, extensa, chegou-se à família nuclear, marcada pela valoração das expressões afetivas da convivência familiar, o reconhecimento de relações mais autênticas, capazes de conferir sentido e sustentação ao casamento. Como consequência dessa nova mentalidade, a família reduziu sua extensão, e a monogamia ganhou espaço e adesão.

Neste ponto, não se pretende traçar a história da família, que é longa e remonta a muitos séculos. Destaca-se apenas o estágio atual a que chegou essa linha evolutiva.

O modelo nuclear de família está sendo superado pela vida moderna, competitiva e individualista. Qual a família do futuro?

Shere Hite faz sua previsão crítica com as seguintes observações:

Deveríamos abandonar a nossa noção ultrapassada de que as únicas famílias aceitáveis são as nucleares. Uma visão histórica mais profunda do que está acontecendo é necessária. Deveríamos ver a nova sociedade que surgiu nos últimos quarenta anos como ela é por si mesma, não como um desastre por não ser como a passada.¹

Característica marcante dessa evolução é a funcionalização do conceito de família, com a valorização de cada um dos seus membros, que passaram a ter mais autonomia e mais liberdade de ação, dentro da estrutura familiar.

Michelle Perrot, por sua vez, faz uma acurada análise dessa nova tendência da família moderna, marca-

da pela individualidade e pela busca do bem-estar de cada um, isoladamente. Depois, pergunta: “Isso significa que a família está morta?” A sua resposta é a mais esclarecedora possível:

Certamente não. Para começar, de uns anos para cá, ela dá sinais de estabilização. Além disso, a crise econômica, de um lado, e a Aids, de outro, são fatores de consolidação das famílias e dos casais.

Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho.²

Qualquer que seja a família do futuro, as tendências previsíveis de suas características já estão presentes em grande maioria das famílias atuais, a saber: despatrimonialização (substituição da preocupação capitalista de acumular bens pela valorização das relações familiares autênticas entre os membros de uma família); valoração do fator afetivo da convivência familiar; igualdade dos filhos; desbiologização do conceito de paternidade; guarda dos filhos a terceiros; companheirismo; democracia interna mais acentuada; instabilidade; mobilidade e inovação permanente.

Alvin Tofler traçou, na década de oitenta, as seguintes linhas da família do futuro: a) alta variedade de estruturas familiares; b) pessoas traçando trajetórias personalizadas e sob medida; c) sistema familiar desmassificado; d) uniões com maior amor (prazer sexual e psicológico, mais inteligência, responsabilidade, autodisciplina, trabalho); e) família eletrônica expandida.³

1 - HITE, Shere. Relatório Hite sobre a família. São Paulo: Bertrand Brasil, 1987, p. 388.

2 - PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: Veja: 25 anos: reflexões para o futuro. São Paulo: Editora Abril, 1993, p. 81.

3 - TOFLER, Alvin. A terceira onda. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

Ainda do mesmo futurólogo, esta conclusão:

Novamente isto não significa a eliminação total ou a “morte” da família nuclear. Significa simplesmente que, de agora em diante, a família nuclear será apenas uma das muitas formas socialmente aceitas e aprovadas.⁴

Fala-se, ainda, de outros tipos de família, como as famílias recompostas, as homoafetivas, as unipessoais, as famílias paralelas, as famílias pluriparentais etc.

Não há dúvida de que a agilidade da evolução do conceito de família reflete-se inevitavelmente no Direito de Família, constatando a dinamicidade dos seus institutos e abrangência que alcançam. Daí a obviedade desta conclusão: o Direito de Família vai para onde a família for e renova-se com a mesma velocidade.

2.2 Enfoque constitucional

A família mereceu destaque no atual texto constitucional, refletindo, assim, a preocupação com a base fundamental da sociedade, o sustentáculo da estabilidade social. O enfoque constitucional que se pretende destacar, na verdade, é todo o conteúdo desta obra, voltada para o estudo da família no novo contexto de um Direito Civil constitucionalizado, em que se destacam novos valores e princípios voltados para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

O cerne da previsão constitucional relativa à família está nos arts. 226 e 227. Entretanto, a Constituição menciona, ao longo do seu texto, por várias vezes, a palavra “família”.

Ao contrário do que alguns pensam, a instituição da família continua prestigiada em nosso ordena-



mento jurídico e, principalmente, na Constituição Federal, que a reconhece como base da sociedade e lhe assegura especial proteção do Estado (art. 226).

As mudanças em sua estrutura, em sua dinâmica interna, não retiraram da família a sua força moral e jurídica. A ampliação do seu conceito e dos núcleos familiares em nada alterou a certeza de que continua sendo a célula básica da sociedade.

Segundo o magistério de Alexandre de Moraes, A Constituição Federal garantiu ampla proteção à família, definindo três espécies de entidades familiares:

- a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (CF, art. 226, §§ 1º e 2º);
- a constituída pela união estável entre o homem e a mulher devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (CF, art. 226, § 3º);
- a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º).⁵

Depois do julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277/DF, pode-se acrescentar a esse rol a família homoafetiva, reconhecida

por aquela Corte como entidade familiar, em decisão que deu interpretação conforme ao art. 1.523, do Código Civil.

3. O casamento

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Nesta análise do texto constitucional, parte-se da ideia do casamento como direito fundamental, assim como prescreve o art. 17. 2, do Pacto de San José: “é reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família [...]”.

A Constituição portuguesa é bem clara nesse sentido ao dizer, no art. 36º, nº 1: “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.”

O jurista português Diogo Leite de Campos alia a essa análise a informação histórica, ao lembrar:

O direito à celebração do casamen-

4 - TOFLER, op cit. p. 219.

5 - MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 845.

to refere-se necessariamente, ao casamento reconhecido pelo Estado. Com efeito, em certas épocas históricas, houve grupos de pessoas, normalmente definidos através da sua religião, que se viam impossibilitados de celebrar o casamento reconhecido pelo Estado. [...] Como o único casamento reconhecido era o casamento católico e os protestantes não o podiam e não o queriam celebrar, durante largos períodos viram-se remetidos a uma situação de marginalidade imposta pelo não reconhecimento dos seus casamentos.⁶

O casamento, como ato gratuito, apareceu desde a Constituição de 1934, em seu art. 146, que assim prescrevia: “O casamento será civil e gratuita a sua celebração”. Complementando essa regra, o parágrafo único do referido artigo estendia essa gratuidade ao processo de habilitação, o que tornava a medida mais efetiva.

O Código Civil, absorvendo o propósito constitucional, trata este tema com acertada disposição, ao prever: Art. 1.532. O casamento é civil e gratuita a sua celebração. Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

O casamento religioso era, até pouco tempo, praticado somente pela Igreja Católica Apostólica Romana e pelas igrejas evangélicas mais tradicionais.

Ultimamente, com a proliferação desordenada de igreja evangélicas, expandiu-se a opção de casamentos religiosos, causando, às vezes, até surpresa para o juiz de casamento o nome de uma Igreja, até então des-

conhecida.

3.1 Casamento homoafetivo

O casamento entre pessoas do mesmo sexo tornou-se uma realidade indiscutível no Brasil, em decorrência do julgamento da ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao contrário de outros países, entre nós, o reconhecimento da permissão para o casamento homoafetivo ocorreu de forma indireta, com a anuência do Poder Judiciário.

O primeiro país a reconhecer o casamento homoafetivo foi a Holanda, em 2001. Depois, vieram: Bélgica (2003), Espanha (2005), Canadá (2005), África do Sul (2006), Noruega (2009), Suécia (2009), Portugal (2010), Islândia (2010), Dinamarca (2012), Nova Zelândia (2013), França (2013). Na América Latina, além do Brasil, já admitem o casamento igualitário: Argentina, Uruguai e México (alguns estados).

O Superior Tribunal de Justiça, em voto de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, já reconheceu a legalidade da realização, no Brasil, de casamento entre pessoas do mesmo sexo (Recurso Especial nº 1.183.378/RS – (2010/0036663-8). Relator: ministro Luis Felipe Salomão).

Embora ainda haja resistência, o que é justificável (a França e a Inglaterra são exemplos mais recentes dessa reação), as decisões judiciais favoráveis – tanto de juízes monocráticos como de tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça – cumprem apenas a vocação do Direito, que é de curvar-se à força dos fatos. Destaco trecho da doutrina de Francisco A. M. Ferrer, jurista argentino, em estudo coletivo sobre a lei que implantou o casamento

homoafetivo na Argentina, o qual resumidamente reflete essa nova realidade:

Con esta radical reforma desaparece en nuestro Derecho Civil la bimilenaria configuración del matrimonio como unión legal intersexual de un hombre y una mujer. La disposición legislativa, al abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, há cambiado, así, la naturaleza de las cosas. Se inicia otra etapa en la historia de la institución, con sua estructura sustancialmente modificada, con otros valores, outra forma de ver las cosas, otra cultura; en fin, nuevos tiempos.⁷

No Brasil, a desembargadora Maria Berenice Dias destacou-se pela sua luta em favor do reconhecimento dos direitos dos homossexuais, sendo pioneira na propagação do direito homoafetivo. Em marcante obra que coordenou nessa linha de estudo sobre diversidade sexual, despontam vários estudos, dentre os quais ressalto o de José Carlos Teixeira Giorgis sobre o casamento igualitário, em que preleciona:

A dignidade humana concretiza-se num imperativo de igual tratamento das pessoas, estando expressamente vedada a discriminação com base na orientação sexual, ao que acresce o direito de todos de contrair casamento num sentido de universalidade; e tais subsídios constitucionais rejeitam a moral dominante como critério admissível.⁸

4 . União estável

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei fa-

6 - CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 85.

7 - FERRER, Francisco A. M. Nueva concepción del matrimonio civil. In: FERRER, Francisco A.M. et. al. Nuevo Régimen legal del matrimonio civil. Ley 26.618. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 17.

8 - GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.) Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: RT, 2011, p. 81.

cilitar sua conversão em casamento. Por diversos estágios da evolução da sociedade, o concubinato tem se manifestado de forma constante, pois, afinal, nunca deixou de ser a união livre entre um homem e uma mulher, no mesmo leito, sem formalidades e sem qualquer interferência oficial. A variação está na semântica e no tratamento que o ordenamento jurídico dispensa ao fato, refletindo o grau de aceitação da sociedade. As Constituições do Arcebispado da Bahia, de 1707, por exemplo, em seu art. 979, dispunham: “O concubinato, ou amancebamento consiste em uma ilícita conversação do homem com a mulher continuada por tempo considerável.”

A evolução do termo “concubinato” conheceu outras variações, ao longo do tempo, passando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a distinguir o concubinato do companheirismo, reservando para este termo a união do homem e da mulher desimpedidos de contrair casamento, que viviam sob o mesmo teto, por longo tempo, como uma verdadeira família.

Por falta de uma nomenclatura legal, a jurisprudência denominou de “sociedade de fato” essas uniões informais que, depois de muitos anos de convivência, eram rompidas, deixando a mulher em total desamparo, ainda que tivesse contribuído para evolução do patrimônio do casal.

Com a Constituição de 1988, essas situações de fato passaram a ser reconhecidas como família, com a denominação de “união estável”.

A regulamentação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal veio com as Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de

1996, que traçaram os parâmetros da união estável, dispondo sobre os direitos e deveres dos companheiros.

Em reforço a essas leis, veio, depois, o Código Civil de 2002, tratando do tema em apenas cinco artigos (1.723 a 1.727), perdendo a oportunidade de aprimorar as leis existentes e absorver as sugestões inteligentes que foram feitas e os avanços das próprias leis extravagantes em vigor.



A realidade que temos hoje, no Brasil, como resultante dessa evolução, em que as construções jurisprudenciais foram decisivas, é, portanto, um instituto oficialmente reconhecido, com assento constitucional e previsão legal. A terminologia “concubinato”, por sua vez, ficou reservada às uniões entre o homem e a mulher impedidos de casar (art. 1.727, do Código Civil).

4.1 A parceria homoafetiva como união estável

Tanto a Constituição Federal como o Código Civil (art. 1.723) falam em união estável entre um homem e uma mulher. Por essa clareza de linguagem, firmou-se o entendimento que negava decisivamente a aceitação das uniões homoafetivas como união estável. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o pioneiro em reconhecer a igualdade

de características entre a união heterossexual e a homossexual, garantindo, assim, seu abrigo pelo Direito de Família.⁹

O julgamento, em conjunto, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, respondendo, assim, ao anseio de milhares de brasileiros e brasileiras que buscavam o amparo jurídico para as situações de fato já consolidadas.

A ADI 4.277/DF foi ajuizada pela vice-procuradora-geral da República, no exercício do cargo de procuradora-geral, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723, do Código Civil, o qual tem a seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

A letra do citado artigo repete o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, que diz: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

O ministro Ayres Britto, relator da matéria, enfatizou em seu longo e magistral voto esta lição:

E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos he-

9 - Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre essa matéria:

“União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação. Paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.” (TJRS – Apelação Cível nº 70001388982 – 7ª CC. Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. J. em 14.03.2001).

teroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou com a realidade do mundo do ser.¹⁰

Por fim, concluiu Ayres Britto:

Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.¹¹

Os demais ministros acompanharam o relator, para dar uma interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, em atenção aos princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo, da liberdade e da solidariedade.

O julgamento do Supremo pôe fim aos debates e às divergentes decisões da jurisprudência, elegendo o afeto como elemento decisivo na formação da família. Essa decisão, ao reconhecer a parceria homoafetiva como entidade familiar, assegurou o entendimento de que é possível admitir-se a existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE 477554/MG, da relatoria do ministro Celso de Mello, reconhecendo a legiti-

midade constitucional da união estável homoafetiva como entidade familiar.

Inaugurou-se, a partir desses julgamentos, uma nova fase na evolução do conceito desse instituto de Direito de Família.

5. A família formada pelos pais e seus descendentes

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A ideia de entidade familiar não alcança somente a união estável entre duas pessoas maiores. O sentido da expressão é mais amplo e abarca toda a agregação de pessoas por imposição biopsicológica e por força da vocação social do homem. E hoje, com a opção do Estado moderno pelo social, a proteção da família alcança também essas formas de convivência que ultimamente têm crescido com a disseminação das famílias monoparentais.

Esse texto, diz Rodrigo da Cunha Pereira ao referir-se ao parágrafo em epígrafe, vem refletir uma realidade social, especialmente nos grandes centros urbanos, onde estão as pessoas solteiras ou descasadas, que vivem sozinhas com os filhos, sem a permanência do parceiro amoroso.¹²

Essa última modalidade de família, a monoparental, tem-se proliferado muito na pós-modernidade, pela sua leveza e pela brevidade dos projetos conjugais. É a expressão mais típica da evolução da autonomia individual. Surge da mulher solteira

que deseja um filho sem a presença do pai, ou dos pais separados com os filhos do casamento desfeito.

O professor Eduardo de Oliveira Leite dedicou profundo estudo às famílias monoparentais, hoje uma realidade que desponta em todos os cantos. Destaca o autor, em seu trabalho, o crescimento da categoria de mães solteiras, que não trazem mais somente aquela ideia de abandonadas, mas protagonistas de uma “maternidade voluntária, querida e desejada”.¹³

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, ao tratar da entidade familiar, trouxe uma abrangência muito reduzida, expressa em seu artigo 25. Para suprir essa omissão, a Lei 12.012, de 3 de agosto de 2009, acrescentou um parágrafo único ao referido artigo, contemplando o conceito de família extensa: “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Não há dúvida, portanto, de que a entidade familiar, resultante da comunidade formada pelos pais e seus descendentes, é uma realidade hoje no Brasil, em proporções que tende a aumentar cada vez mais. Não podia o constituinte desconhecer essa evidência e negar-lhe o seu reconhecimento, com obrigações sociais para o Estado.

6. A família homoafetiva

A possibilidade de admitir-se como família uma união formada por parceiros homossexuais já vinha sendo defendida há muito tempo pela doutrina com manifestações deste teor:

10 - RTJ 219/236.

11 - Ibid., p. 240.

12 - PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 62.

13 - Id. Ibid., p. 60.

O reconhecimento da união homoafetiva como família é apenas a consequência lógica de uma sociedade democrática, que tem por fim último a dignidade de cada pessoa, que deve ser respeitada em sua individualidade de forma integral e absoluta. Até porque nascemos para sermos felizes e há de chegar o dia em que a infelicidade será considerada apenas uma questão de prefixo, como diria Guimarães Rosa.¹⁴

O julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ, pelo Supremo Tribunal Federal, marcou uma nova etapa do Direito de Família, com o reconhecimento jurídico da família homoafetiva. Ao superar a literalidade do art. 226, § 3º, da Constituição Federal (Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a família homoafetiva como legítima entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro.

A decisão da Corte Maior tomou por base o conceito de sociedade pluralista, inscrito no Preâmbulo da Constituição, e nos seus arts. 3º, IV e 5º, caput, além de invocar os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia.

Pela importância histórica do referido julgamento, destacam-se a seguir excertos de alguns votos.

Do relator, ministro Ayres Britto:

Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo,

em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encaixados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.¹⁵

Do ministro Gilmar Mendes:

A rigor, a pretensão que se formula aqui tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade. Trata-se de afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.¹⁶

Do ministro Celso de Mello:

Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º.IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o

contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar.¹⁷

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pôs fim às dúvidas e aos debates jurídicos sobre essa situação que se multiplicam cada vez mais, em todo o país. Só não é possível assegurar que essa decisão do STF faça o milagre de acabar com o preconceito que ainda contamina nossa sociedade. Somente ao longo do tempo, espera-se afastar a intolerância para alcançar-se um estágio cultural mais avançado que permita a convivência com as diferenças e o respeito pelo outro, numa dimensão ética mais abrangente.

7. Igualdade dos cônjuges

Art. 5º[...]

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A busca da igualdade dos cônjuges tem marcado saltos consideráveis ao longo da história da família, principalmente entre nós, em que a capacidade da mulher casada, até 1962, era considerada relativa por força do art. 6º do Código Civil de 1916, e a nossa cultura popular ainda considera normal a chefia exclusiva do lar pelo marido, principalmente no Nordeste.

14 - DIAS, Maria Berenice (Coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 274.

15 - RTJ 219/236-237.

16 - RTJ 219/315.

17 - RTJ 219/361.

A mais abrangente ação legislativa para a emancipação da mulher deu-se com a publicação, em 1962, do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 17 de agosto de 1962), quando, então, a mulher deixou de ser relativamente incapaz e passou a ser considerada com mais respeito no interior da sociedade conjugal. Assinalou o referido Estatuto decisiva conquista social da mulher, depois de muitas lutas e reivindicações.

Em 1988, com a promulgação da atual Constituição, ficou consagrada, de forma definitiva, a igualdade dos cônjuges, invalidando dezenas e dezenas de artigos do Código Civil de 1916, então em vigor.

Ao dizer que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (art. 226, § 5º), a Constituição refletiu os avanços da legislação alienígena e aderiu à evidência que a ética e a justiça apontavam há muito tempo.

Em uniformidade com a ordem constitucional, veio o Código Civil de 2002, que prescreve: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (art. 1.511).

Desse modo, tem-se, no Brasil, reconhecida pela Lei Maior e pela legislação infraconstitucional, a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. O parâmetro norteador do princípio da igualdade, diz Dimitre de Carvalho, é a chave elementar das análises sobre direito de família e direitos humanos.¹⁸

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006) consagra a etapa mais radical dessa igualdade, ao punir o marido agressor que ainda se supõe chefe e que, em vez de cuidar da sua companhei-



Divulgação

ra, quer dominá-la pela violência.

A Constituição de 1988 tratou seriamente o problema da igualdade dos cônjuges, abrigando, em seu texto, essa exigência indiscutível em tempo de consagração dos direitos fundamentais.

O inciso I do art. 5º, antes do § 5º do art. 226, reflete a disposição do constituinte de 1988 em pôr fim a uma discussão que já se tornava ultrapassada pelos fatos, em uma sociedade cada vez mais consciente de seus direitos.

A conquista da igualdade plena é uma reivindicação contemporânea, resultante dos avanços sociais, da globalização dos meios de comunicação, da interação de culturas e da efetivação dos direitos fundamentais. A mulher, essencialmente doméstica da Segunda Onda, deu lugar a um outro tipo de mulher, participante de uma família mais dinâmica, a família da Terceira Onda, na visão de Alvin Tofler. Nesta, não há lugar para a mulher submissa ao marido e escrava de filhos.¹⁹

8. Igualdade dos filhos

Art. 227
[...]

§ 6º Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualifi-

cações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Para aquilatar a força renovadora do preceito constitucional acima invocado, é conveniente ter uma visão geral do sistema anterior, ainda na vigência do Código Civil de 1916.

A filiação, naquele período, era concebida em rótulos preconceituosos que os filhos recebiam para todos os momentos de suas relações sociais. Tínhamos, então, as seguintes espécies de filhos: a) legítimos (oriundos do casamento); b) legitimados (reconhecidos por ocasião do casamento dos pais); c) ilegítimos (filhos havidos fora do casamento). Estes podiam ser: d) naturais (filhos de pais solteiros, sem impedimento para casarem); e e) espúrios (filhos de um casal impedido de contrair matrimônio). Os espúrios, por sua vez, subdividiam-se em duas espécies: f) incestuosos (filhos de parentes consanguíneos, impedidos de casarem, como os irmãos) e g) adulterinos (resultantes de uma relação adúltera).

Por fim, havia o filho adotivo, que não se despregava dessa qualificação e não tinha a mesma receptividade social e legal que tem hoje, tanto que o art. 1.605, § 1º, do velho

18 - CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Direito de família e direitos humanos. São Paulo: Edijur, 2012, p. 133.

19 - TOFLER, Alvin. A terceira onda. 15. ed. São Paulo: Record, 1980, p. 212.

A mulher da Segunda Onda, de acordo com o autor, era a dona de casa, arreada de filhos, enquanto o marido se encarregava do sustento da família, uma típica família nuclear.

Código afirmava: “Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, super-venientes à adoção (art. 368), tocará somente a metade da herança cabível a cada um deles”.

Esse cipoal discriminatório e pejorativo vigorou até a vigência da Constituição de 1988.

Nesse ponto, a Constituição veio assegurar definitivamente um anseio de longos anos, pondo fim às injustiças que se praticavam contra todos os filhos que não nasciam do casamento de seus pais. A partir de então, os filhos, quaisquer que fossem suas origens, tiveram reconhecido o direito de serem tratados com igualdade, “proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Tornou-se, assim, a Constituição o verdadeiro estatuto da filiação.

Filho, hoje, não tem mais adjetivo: efetivamente, é filho. E pronto. Não era mais admissível ter uma situação de tanta importância social regida por uma lei do começo do século passado, em que exsurgiam o patriarcado e o patrimonialismo, e a paternidade não tinha responsabilidade porque a noção de família era concentrada exclusivamente no casamento civil e no patrimônio.

Essa igualdade dos filhos teve repercussão, sobretudo, no direito sucessório, assegurando-se aos filhos havidos fora do matrimônio o direito aos seus quinhões hereditários, disputando em pé de igualdade com os privilegiados “filhos legítimos,” até então os únicos reconhecidos como herdeiros. O filho “natural” assistia impotente à divisão de bens do seu pai, entre seus irmãos, sem poder reclamar nada, pois a sua condição de marginalizado era placitada pela própria comunidade.

Ao se falar de filiação, de igualdade

de filhos, não se pode deixar de falar em afetividade, hoje considerado o novo nome da paternidade.

A autenticidade das relações familiares ressaltou, na família moderna, a importância do afeto como liame da estrutura familiar e a certeza de que, no seio dessa família, cada um exerce sua função, reconhecida e respeitada por todos os membros.

Sobre esse tema, Paulo Luiz Netto Lôbo aponta os fundamentos constitucionais do princípio da afetividade, pelos seguintes pontos:

1. todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);

2. a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);

3. a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º);

4. o direito à convivência familiar, e não à origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, caput).²⁰

(REspe. Nº 54101-03/PI, rel. Min. Arnaldo Versiani. Julgado em 15.2.2011. In: Informativo TSE nº 7/2011, p.5).²¹

8.1 O divórcio e a ec nº 66/2010

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

O divórcio foi implantado, no Brasil, pela Emenda Constitucional nº

9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição de 1967. Até essa data, por conta da indissolubilidade do casamento, o único meio de que dispunham os casais para legalizarem as separações era o desquite, que não tinha força legal para dissolver o vínculo conjugal.

A disciplina ordinária do divórcio veio com a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, e as alterações posteriores, trazidas pelas Leis nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, nº 8.408, de 13 de fevereiro de 1992, e nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Esta última lei trouxe a novidade de permitir a realização do divórcio por via administrativa, pelo comparecimento direto das partes à serventia extrajudicial competente, sem necessidade de intervenção judicial.

A aprovação do divórcio enfren- tou um processo longo de debates, críticas e movimentos organizados, principalmente liderados pela Igreja e intelectuais católicos. Nessa luta, destaca-se a figura do senador Nelson Carneiro como o grande defensor da implantação do divórcio no Brasil.

Previam-se, então, o caos da família brasileira, a disseminação da falta de respeito entre os casais e a proliferação de casamentos fáceis que já nasceriam com o estigma da separação, pois lhes faltaria o vínculo da indissolubilidade. Intelectuais, como Gustavo Corção, chegaram ao ponto de verberar: “O divórcio é uma idéia típica do contexto cultural do individualismo que culminou no século passado. O mundo de hoje procura desvencilhar-se dos escombros da sociedade liberal. Procura valores mais autenticamente humanos”.²²

20 - LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado : direito de família. São Paulo: Atlas, 2003, p. 43. v.16.

21 - NOTA: Esse tema já havia sido objeto de palestra do autor, por ocasião do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, em Belo Horizonte (outubro/2005). O inteiro teor da palestra está publicada nos anais do referido congresso.

22 - CORÇÃO, Gustavo. Claro escuro. Rio de Janeiro: Agir, 1963, p. 22.

Mesmo após a promulgação da Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, que aboliu o limite de concessão do divórcio, não se verificou uma corrida desenfreada ao uso desse remédio jurídico.

Depois de muito tempo de vigência, a prática do divórcio não importou em descontrole nem anarquia. Serviu para autenticar os casamentos para além do mero formalismo que ostentavam, pois, com o término do amor, o casal deixou de ser obrigado a conviver só para satisfazer a sociedade. Sem a indissolubilidade, os casamentos passaram a durar enquanto durar o afeto recíproco. Parodiando o poeta Vinicius de Moraes, o casamento, hoje, é eterno enquanto durar o afeto.

Recente estatística divulgada pelo IBGE revela que os pedidos de divórcio aumentaram 200% entre 1984 e 2007, com a dissolução de um para quatro casamentos realizados. Segundo dados da internet, de 1993 a 2003, o divórcio aumentou de 17,8% para 44%.²³

A princípio, esses dados poderiam apontar para um caos, mas, vendo esses números de outra perspectiva, temos um saldo positivo, como fez Lúcia Rosenberg Aratangy, ao assinalar:

As estatísticas não mentem: o número de divórcio tem aumentado de ano para ano. Isso significa que o casamento é uma instituição falsa? Não necessariamente. Se as estatísticas de fato não mentem, elas revelam muito pouco do fenômeno que pretendem retratar. Elas não contam, por exemplo, que grande parte dos divórcios acontece porque as pessoas querem fazer – e oficia-

lizar – novas parcerias, ou seja: o que leva ao divórcio é a esperança de fazer uma história de amor dar certo, mais do que a desilusão por um amor fracassado.²⁴

O atual Código Civil trata do divórcio nos arts. 1.579 a 1.582. Desses artigos, apenas os arts. 1.579 e 1.582 estão inteiramente em vigor. Os outros foram tacitamente revogados, no todo ou em parte, pela EC nº 66, de 13 de julho de 2010.

A Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, foi o resultado de um clamor que há muito se fazia para abolir as condições impostas para a concessão do divórcio. A promulgação da referida Emenda foi uma vitória do Instituto Brasileiro de Direito de Família – Ibdfam, incentivador da Proposta de Emenda Constitucional, por meio do deputado federal Sérgio Barradas.

Com a nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, para a concessão do divórcio, não há mais necessidade de exigência do tempo do casamento nem de prévia separação. A qualquer momento pode o casal divorciar-se, inclusive na lua de mel.

O tempo de separação de fato também deixou de ser contado para efeito de rompimento do vínculo conjugal. Sobre esse aspecto, diz Rodrigo da Cunha Pereira:

A extinção do prazo para se requerer o divórcio foi precedida de muita discussão e controvérsia. Venceu o argumento de que se o Estado não interfere quando as pessoas vão se casar, não pode colocar restrições e

dificuldades para quem quer descasar.²⁵

Ainda nessa sequência renovadora da EC nº 66/2010, a separação judicial deixou de ser um pressuposto para a concessão do divórcio. Nesse particular, restou forte polêmica entre os familiaristas quanto à extinção ou não desse instituto no direito brasileiro.

Os notáveis estudiosos do Direito de Família entendem que a simples promulgação da Emenda divorcista foi suficiente para extinguir do nosso ordenamento jurídico a separação, sem necessidade de qualquer lei ordinária, considerando-a uma velharia que só obstaculava o divórcio direto e alimentava o litígio entre os cônjuges.

Deixada a polêmica de lado, não há mais condições para outorgar-se o divórcio ao cônjuge requerente. Basta a comprovação do casamento e o desejo de pôr fim à sociedade conjugal. O divórcio é direto e rápido. Não há mais, no nosso ordenamento jurídico, a figura do divórcio indireto, que consistia na conversão da separação judicial em divórcio. A sociedade conjugal e o vínculo matrimonial terminam com o divórcio, simultaneamente. Desse modo, o Brasil tornou-se um dos países em que o divórcio é o mais imediato possível.

A rapidez da sociedade pós-moderna e a liquidez do amor não permitem mais a existência de óbices para impedir a felicidade de alguém, principalmente no ninho da família. Ficou superada, definitivamente, a preocupação com a atribuição de culpa a um dos cônjuges. A obtenção do divórcio não depende mais do consentimento do outro

23 - Disponível: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1278&%20id_pagina=1> Acesso em 5.1.2012. Notícia divulgada pelo jornal O Globo, edição de 28 de maio de 2012, traz as seguintes informações pertinentes ao tema: Crescem o divórcio e o casamento informal. A proporção de pessoas divorciadas quase dobrou em uma década: saltou de 1,7% em 2000 para 3,1% em 2010. São mais de cinco milhões de brasileiros divorciados. O número de brasileiros casados no civil e no religioso diminuiu na década analisada: de 49,4% para 42,9%. O mesmo aconteceu com a proporção de pessoas casadas somente no civil ou somente no religioso (com queda de um ponto percentual). No ritmo contrário, as uniões consensuais apresentaram aumento de 27,2% no período. No mesmo período, aumentou o percentual de viúvos (de 4,6% para 5%) e de solteiros (de 54,8% para 55,3%). Já o número de casados diminuiu de 37% para 34,8%). Houve também uma leve queda na proporção de pessoas desquitadas ou separadas judicialmente.

24 - ARATANGY, Lúcia Rosenberg. O anel que tu me deste: o casamento no divã. São Paulo: Artemeio, 2007. p. 17.

25 - PEREIRA, Op. cit., p. 39.

cônjuge; é reconhecidamente um direito potestativo do cônjuge que deseja divorciar-se, sem necessidade de contar com o anuência do outro. Como bem disse Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “o que se busca, em verdade, é a dissolução menos gravosa e burocrática do mau casamento, para que os integrantes da relação possam, de fato, ser felizes ao lado de outras pessoas”.²⁶

O divórcio direto, única modalidade hoje existente, pode ser requerido de forma litigiosa ou consensual, em juízo ou por via administrativa. O divórcio litigioso é proposto unilateralmente por um dos cônjuges; o consensual é requerido por ambos os cônjuges, tanto judicial como administrativamente. Ambas as modalidades não estão mais sujeitas ao requisito de qualquer prazo a contar seja do casamento, seja de separação de fato. Do mesmo modo, o divórcio extrajudicial (sempre consensual), previsto pela Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, não necessita mais de observar o requisito temporal antes exigido.

9. Conclusão

O foco constitucional da família brasileira, aqui apresentado, significou um avanço no tratamento da instituição familiar e o fortalecimento do Direito de Família. A Constituição de 1988 aboliu todos os entraves legislativos que impediam o reconhecimento das novas relações familiares.

A pluralidade de famílias é um fato notório em nossa sociedade, que não tolera mais atitudes preconceituosas que ofendam a dignidade de cada cidadão e sua ansiedade em busca da felicidade. A ética tem na alteridade, no reconhecimento do outro, como seu fator básico de efetividade.

A igualdade dos cônjuges, reconhecida de forma explícita pelo texto constitucional, desencadeou uma série de consequências positivas no seio das famílias, colocando a mulher de hoje no lugar que sempre desejou, pelo reconhecimento do seu valor como esposa e mãe.

Os filhos são filhos iguais em direitos e obrigações, sem a nódoa discriminatória que os separava, placitando injustiças e situações vexatórias. Qualquer que seja a sua origem, não se admite mais adjetivos pejorativos contra o reconhecimento da condição de filho e sua função no seio da família e da sociedade.

Sob a inspiração dos princípios albergados na Constituição Federal, a jurisprudência destacou-se como propulsora de novas conquistas e ousou levar a interpretação conforme ao ponto de reconhecer como entidade familiar a união homoafetiva.

Os julgamentos da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ marcaram um momento elevado na história da jurisprudência brasileira.

Outros pontos importantes exsurgem do nosso texto constitucional referentes ao Direito de Família: o planejamento familiar; a paternidade responsável; e a proteção às crianças, aos adolescentes e aos idosos.

Essa abrangência que a constitucionalização do Direito de Família atingiu merece nossos aplausos e a confiança de que o Direito pode e deve servir à sociedade, resguardando seus interesses e ouvindo seus clamores.

Assim, com a EC nº 66/2010, passamos a ter um divórcio asséptico, limpo, sem necessidade de delongas que incursionem pela culpa ou pela preocupação com o tempo. O que conta é a decisão do casal. Se o afeto acabou, o desejo e a suportabilidade esgotaram-se, nada há mais a conservar. Antes, o casamento durava até a morte e era regido pela fórmula sagrada “até que a morte nos separe”. Hoje, o fim do casamento não espera mais a morte de um dos cônjuges. Basta a morte do amor.

Ao falarem da tipologia contemporânea do divórcio no Brasil, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho concluem:

Com efeito, superada a dicotomia dissolução da sociedade conjugal / dissolução do vínculo conjugal, somente remanesce o divórcio.

Esse divórcio poderá ser judicial (litigioso ou consensual) ou extrajudicial (administrativo).

Não remanescem, no ordenamento jurídico, as expressões “divórcio direto” e “divórcio indireto”, uma vez

que todo divórcio passou a ser direito, com a extinção da separação (judicial ou extrajudicial).²⁷

Deixar de perscrutar a culpa no ato do divórcio terá o efeito pedagógico de criar uma nova mentalidade para enfrentar essa crise e preparar-se para um novo casamento, de acordo com a liquidez dos tempos modernos, lembrada por Zygmunt Bauman, em que “prosseguir tentando e fracassar nas tentativas é humano, demasiadamente humano”.²⁸

Para Luc Ferry, apesar do elevado número de divórcios, a família, hoje, é mais estável do que nunca. Pode-se até dizer – diz o autor citado –, com base em comparações históricas, que o laço familiar, até pela elevada taxa de mortalidade da Idade Média, é mais forte, mais rico, mais profundo e mais intenso hoje no Ocidente, e particularmente na Europa, do que foi em toda a história do casamento!²⁹

10. Referências

26 - GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 540, v. 6.

27 - GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O novo divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63-64.

28 - BAUMAN, Zygmunt. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 35.

29 - FERRY, Luc. Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 78.

ARATANGY, Lúcia Rosenberg. O anel que tu me deste: o casamento no divã. São Paulo: Artemeio, 2007.

BAUMAN, Zigmunt. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Direito de família e direitos humanos. São Paulo: Edijur, 2012.

CORÇÃO, Gustavo. Claro escuro. Rio de Janeiro: Agir, 1963.

FERRY, Luc. Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

FERRER, Francisco A.M. Nueva concepción del matrimonio civil. In: FERRER, Francisco A.M. et. al. Nuevo Régimen legal del matrimonio civil. Ley 26.618. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.) Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: RT, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O novo divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010.

HITE, Shere. Relatório Hite sobre a família. São Paulo: Bertrand Brasil, 1987, p. 388.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado : direito de família. São Paulo: Atlas, 2003. v.16.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 845.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: Veja: 25 anos. Reflexões para o futuro. São Paulo: Editora Abril, 1993.

TOFLER, Alvin. A terceira onda. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

11. Obras consultadas

A CONSTITUIÇÃO NO ATUAL ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS FEDERAIS. Brasília: Tribunal Regional Federal da Primeira Região, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. v.2.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza (Coord.). Comentários ao Código Civil brasileiro.: do direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 14.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. Saber cuidar: ética do humano: compaixão pela terra. Petrópolis (RJ): Vozes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência. v. 82. Dezembro de 1977.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. A Constituição no atual entendimento dos Tribunais Federais. Brasília: Tribunal Regional Federal da Primeira Região, 2009.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 2. ed. São Paulo: ERT, 1994.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direito da personalidade. 2. ed., Coimbra, 1992.

CARMEN, Maria del; MONTERO, Garcimartín. El sistema matrimonial de Estados Unidos. Navarra: Thomson & Aranzadi, 2006.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. São Paulo: Edições Loyola, 1987.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. Paternidade responsável: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar. Curitiba: Juruá, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CURY, Munir (Coord). Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

DELGADO, Lucrecio Rebollo. El derecho fundamental a la intimidad. Madri: Dykonson, 2000.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. (Coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Política jurídica e pós-modernidade. Florianópolis: Conceito, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro interpretada. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESCÁMEZ, Ana Quiñones. Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones. Tomo I África del Norte y América Latina. Espanha: Atelier, 2007.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsky. Código Civil comentado: direito de família, casamento: arts. 1.511 a 1.590, São Paulo: Atlas, 2003. v. 15.

FAMÍLIA E DIGNIDADE HUMANA. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: Thomson, 2006.

FELIPPE, Marcio Sotelo. Razão jurídica e dignidade humana. São Paulo: Max Limonad, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2008.

GAUDIUM ET SPES. Encíclicas e Documentos Sociais. São Paulo: Ltr, 1991.

GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito civil brasileiro. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

- GOZZO, Débora. Da conversão da união estável em casamento no projeto de Lei nº 2.689/96. In: Caderno de doutrina. Set./out./97. Tribuna da Magistratura. São Paulo, 1997.
- GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: RT, 1998.
- INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. São Paulo: Centro de Estudo da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Brasília (DF), vol. 8, número 2, abr/jun., 1997
- _____. Tratado de direito de família. v. I. Origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.
- _____. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separadas e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: ERT, 1997.
- _____. Princípio da solidariedade. Conferência magna da abertura do VI Congresso do IBDFAM.
- _____. Código civil comentado: direito de família. v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.
- MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito constitucional internacional: uma introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.. v. 2.
- NUNES, Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 1997.
- PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: Veja: 25 anos. Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. Belo Horizonte, Del Rey, 1994.
- _____. Princípios fundamentais de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____. Divórcio: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.1, de 1969. 2. ed. São Paulo: ERT, 1972. v. 6.
- PROST, Antoine et al. História da vida privada. São Paulo: Cia das Letras, 1992. v. 5.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice na Constituição. In: Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: RT, n. 30.
- RIZZATO, Nunes. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Síntese. v. 2, jul.ago.set.1999, v. 18, jun./jul. 2003.
- ROSA, Alexandre Moraes da. Comentários aos artigos 227 a 230 da Constituição Federal. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge e AGRA, Walber de Moura (Coord.). Comentários à constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SEREJO, Lourival. Contribuições ao estudo do direito. São Luís: EDUFMA & ESMAM, 1998.
- _____. A fixação do quantum alimentar. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese-IBDFAM, v. 8, jan.fev.mar/2001.
- _____. A família nas constituições dos países de língua portuguesa. In: Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. v. 3, dez./2009.
- _____. A família partida ao meio. São Luís: Esmam, 2007.
- SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Acerca da Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [http://www. Gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf](http://www.Gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf).
- SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Vs. 82, 144, 219 e 223.
- TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.
- VILLAÇA, Álvaro. União estável: antiga forma de casamento de fato. IOB nº 17/94, p. 334.
- VILLA, Marco Antonio. A história das constituições brasileiras. São Paulo: Leya. 2011.
- VILADRICH, Pedro-Juan. La agonía del matrimonio legale. 3. ed. Pamplona: EUNSA, 1997.



José Augusto Cutrim Gomes



AMPEM

ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO MARANHÃO

“UMA LUTA HISTÓRICA”

Vitória da Democracia

O Ministério Público do Estado do Maranhão, por meio da procuradora-geral de Justiça Regina Lúcia de Almeida Rocha e a Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão (AMPEM), por intermédio de seu presidente José Augusto Cutrim Gomes, vêm agradecer a toda a sociedade maranhense, à imprensa, entidades civis, instituições públicas o destacado apoio na campanha contra a PEC 37. Apoio este que ganhou coro nas ruas de todo o país nos últimos dias quando milhares de brasileiros estão protestando contra várias omissões do Poder Público e principalmente contra a corrupção, geradora da maior parte dos males sociais que assolam nosso povo.

Neste contexto, a PEC 37 foi derrotada em votação histórica ocorrida em 25 de junho de 2013, na Câmara dos Deputados. Isto porque, além da intensa campanha de mobilização realizada pelo Ministério Público brasileiro combatendo esta medida, os parlamentares ouviram e atenderam a voz do povo nas ruas. O fim da PEC 37 nada mais foi do que um resultado da

indignação demonstrada nas manifestações populares.

O Ministério Público Brasileiro está de parabéns por ser uma instituição cujas prerrogativas são defendidas pela principal destinatária de suas funções: a sociedade. O que demonstra a sua importância como engrenagem indispensável para a busca e manutenção de um efetivo Estado Democrático de Direito.

De outro lado, a defesa do poder investigatório do Ministério Público pelo povo, na gigantesca reivindicação que fez nas ruas pela derrubada da PEC 37, além de representar um voto de confiança da população na nossa instituição, deve ser encarada como aumento da nossa responsabilidade em atender às expectativas sociais.

O Ministério Público continua cumprindo seu papel de órgão agente e fiscalizador, dando à população a devida resposta pelas demandas que estão dentro de nossas competências, utilizando todas as ferramentas que dispomos para o cumprimento de nossa missão constitucional, a de defender a sociedade brasileira!



Presença destacada da AMPEM em Brasília.



Theresa Muniz de la Iglesia e José Augusto Cutrim Gomes

“A trajetória vitoriosa do Ministério Público em favor da Cidadania, repercute no País.”

O ano de 2013 foi de luta para os membros do Ministério Público e toda sociedade brasileira. No dia 18 de fevereiro a AMPEM e o MP reuniram-se com a imprensa a fim de conscientizar a população e tornar público o debate a respeito da Proposta de Emenda Institucional 37/2011 – PEC 37.

Dando continuidade à série de mobilizações em torno da não aprovação da PEC 37, a AMPEM organizou um encontro com as entidades civis organizadas e movimentos sociais para discutir o tema. Na ocasião foi apresentada aos grupos presentes de forma didática o que pede a proposta e quais seriam os prejuízos que a sociedade acumularia com a aprovação da medida. (23 de fevereiro)

Em solidariedade ao movimento contra a aprovação de emenda constitucional 37, a promotoria de Justiça de São José de Ribamar realizou audiência pública para debater sobre o assunto. O evento aconteceu no auditório da Secretaria de Cultura e Turismo e recebeu vereadores, secretários do governo municipal, servidores e a comunidade. (20 de março)

A sociedade Maranhense aliou-se ao Ministério público na luta contra a PEC 37. A efetiva participação da população nas inúmeras audiências públicas, passeatas e demais atos públicos traduziu-se na mudança de postura do Congresso Nacional em favor da Democracia. (09 de abril).

Dizer sim à prerrogativa que tem o Ministério Público de investigar foi o objetivo do ato público que aconteceu na manhã do dia 12 de abril de 2013, na sede da OAB Seccional Maranhão. Estiveram presentes promotores, procuradores e servidores do Ministério Público do Maranhão, AMPEM, membros do Ministério Público Federal, políticos, parlamentares, juízes, advogados, líderes comunitários, estudantes, artistas e a sociedade.

BRASÍLIA: SIMPÓSIO BRASILEIRO CONTRA A IMPUNIDADE DISCUTE A PEC 37

Com o auditório lotado, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios recebeu o I Simpósio Brasileiro Contra a Impunidade. O ato público nacional reuniu membros do Ministério Público de todo país e apoiadores da causa para discutir a Proposta de Emenda Constitucional 37. A PEC havia sido aprovada por uma comissão especial da Câmara dos Deputados e seria submetida ao plenário da casa antes de seguir para o Senado. (24 de abril) MP'S BRASILEIROS VÃO AO CONGRESSO NACIONAL DIZER NÃO A PEC 37

Com palavras de democracia e de não aprovação da PEC37, foi assim que promotores e procuradores do Ministério Público brasileiro e instituições apoiadoras foram ao Congresso Nacional dizer não a proposta de emenda constitucional 37, que pretendia tornar

25 de junho de 2013: VENCE A DEMOCRACIA!

privativa às polícias civil e federal as investigações criminais.

A Assembleia Legislativa do Maranhão realizou audiência pública para discutir a Proposta de Emenda Constitucional nº 37/2011, a PEC 37, que pretende tornar privativa às polícias o poder investigação. O evento foi solicitado pela presidente da Comissão de Direitos Humanos e das Minorias, deputada estadual Eliziane Gama (PPS). Na audiência, representantes pró e contra a PEC 37 alternaram as falas a fim de esclarecer os posicionamentos de cada uma.

AMPEM E MPMA ENTREGAM PUBLICAÇÃO COM AS ATIVIDADES CONTRA PEC 37 A DEPUTADOS FEDERAIS

Foi entregue na manhã do dia 25 de junho de 2013, a todos os deputados federais maranhenses, a publicação da Associação do Ministério Público do Estado Maranhão em parceria com o MPMA sobre as atividades de mobilização da sociedade realizadas pelo

Ministério Público e Ampem contra a PEC 37.

Na publicação constam além do relatório de atividades, as manifestações, moções de repúdio e notas técnicas emitidas no estado do Maranhão e em todo país.

PEC 37 É DERRUBADA

430 deputados federais disseram não a Proposta de Emenda Constitucional 37/2011, que pretendia tornar privativa às polícias a investigação penal. A votação aconteceu na noite do dia 25 de junho, mesmo após o presidente da Câmara dos Deputados Henrique Eduardo Alves afirmar que a votação aconteceria somente no dia 3 de julho. Um grupo composto de 300 membros do Ministério Público de todo Brasil acompanhou a votação e comemorou a rejeição.



José Augusto Cutrim: consulta permanente à Constituição



Comissão de Constituição e Justiça:

DEPUTADO JOTA PINTO ASSUME A MAIS PODEROSA E ESTRATÉGICA COMISSÃO PARLAMENTAR DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO MARANHÃO.



Conheça as principais atribuições, composição e membros que integram a Comissão.

Membros da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Titulares
Deputado Jota Pinto - Presidente
Deputado Manoel Ribeiro – Vice-Presidente
Deputado Neto Evangelista
Deputado Rigo Teles
Deputado Othelino Neto
Deputado Alexandre Almeida
Deputada Francisca Primo

Suplentes
Deputado Edílázio Júnior
Deputado André Fufuca
Deputado Carlos Amorim
Deputado Roberto Costa
Deputada Cleide Coutinho
Deputado Léo Cunha
Deputado Marcos Caldas

REGIMENTO INTERNO

Atribuições da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

I - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania:

- a) aspecto constitucional legal, jurídico, regimental ou técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Assembleia, para efeito de admissibilidade e tramitação;
- b) opinar sobre proposta de emenda à Constituição;
- c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que, em consulta, lhe seja submetido pelo Presidente da Assembleia, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento;
- d) assuntos atinentes à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça;
- e) registros públicos;
- f) transferência temporária da sede do Governo;
- g) organização judiciária;
- h) Polícia Militar;
- i) pedido de licença do Governador e Vice-Governador para interromper o exercício de suas funções ou ausentar-se do Estado ou do País;
- j) intervenção em municípios;
- l) perda de mandato de Deputado, nas hipóteses dos incisos I, II e VI, do art. 38 da Constituição Estadual;
- m) redação do vencido em Plenário e Redação Final das proposições em geral.
- n) discutir e votar projetos de lei que disponham sobre utilidade pública, conforme determina o art. 32, § 2º, I da Constituição Estadual.
- o) sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações, órgãos de classe e conselhos profissionais, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos;
- p) pareceres técnicos, exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea acima.

Atribuições do Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Art. 38. As Comissões terão um Presidente e um Vice-Presidente, eleitos por seus pares, com mandato até o início da sessão legislativa subsequente à posse, vedada a reeleição. (...)

Art. 39. O Presidente será, nos seus impedimentos, substituído pelo Vice-Presidente e, na ausência deste, pelo membro mais idoso da Comissão. (...)

Art. 40. Ao Presidente da Comissão compete, além do que lhe for atribuído neste Regimento:

- I - assinar a correspondência e demais documentos expedidos pela Comissão;
- II - convocar e presidir todas as reuniões da Comissão e nelas manter a ordem e a solenidade necessária;
- III - fazer ler a ata da reunião anterior e submetê-la à discussão e votação;
- IV - dar à Comissão conhecimento de toda matéria recebida e despachá-la;
- V - dar à Comissão e às lideranças conhecimento da pauta das reuniões;
- VI - designar os Relatores e distribuir-lhes a matéria sujeita a parecer, ou advocá-la;

VII - conceder a palavra aos membros da Comissão, aos Líderes e aos Deputados que a solicitarem;

VIII - advertir o orador que se exaltar no decorrer dos debates ou incorrer nas infrações à ética e ao decoro parlamentar;

IX - interromper o orador que estiver falando sobre o vencido e retirar-lhe a palavra no caso de desobediência;

X - submeter a voto as questões sujeitas à deliberação da Comissão e proclamar o resultado da votação;

XI - conceder obrigatoriamente vista das proposições aos membros da Comissão; (Redação dada pela Resolução Legislativa nº 599/2010)

XII - assinar os pareceres, juntamente com o relator;

XIII - enviar à Mesa toda a matéria destinada à votação pelo Plenário e à publicidade;

XIV - representar a Comissão nas suas relações com a Mesa, outras Comissões e Líderes;

XV - resolver, de acordo com o Regimento, as questões de ordem ou reclamações suscitadas na Comissão;

XVI - remeter à Mesa, no fim de cada sessão legislativa, relatório sobre o andamento e exame das proposições distribuídas à Comissão;

XVII - delegar, quando entender conveniente, ao Vice-Presidente, a distribuição de proposições;

XVIII - requerer ao Presidente da Assembleia, quando necessário, a distribuição de matéria a outras Comissões;

XIX - determinar o registro taquigráfico dos debates, quando julgar necessário;

XX - promover a publicação das atas da Comissão no Diário da Assembleia;

XXI - fazer publicar no Diário da Assembleia e mandar afixar em quadro próprio da Comissão a matéria distribuída, com o nome do Relator, data, prazo regimental para relatar e as respectivas alterações.

§ 1º O Presidente poderá funcionar como relator e votará nas deliberações da Comissão. § 2º Em caso de empate, ficará adiada a decisão até que se tomem os votos e se forme a maioria.

Art. 41. Os Presidentes das Comissões Permanentes reunir-se-ão com os Líderes sempre que isso seja conveniente, ou por convocação do Presidente da Assembleia, sob a presidência deste, para exame e assentamento de providência à eficiência do trabalho legislativo.

Da Ordem dos Trabalhos

Art. 46. As Comissões a que for distribuída uma proposição poderá estudá-la em reunião conjunta, por acordo dos respectivos Presidentes, com um só Relator, devendo os trabalhos serem dirigidos pelo Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. (Redação dada pela Resolução Legislativa nº 599/2010)

Art. 47. Os trabalhos das Comissões serão iniciados com a presença da maioria dos seus membros ou com qualquer número, se não houver matéria para deliberar, obedecendo a seguinte ordem:

I - discussão e votação da ata da reunião anterior;

II - expediente:

a) súmula da correspondência e outros documentos recebidos;

b) comunicação das matérias distribuídas aos relatores.

III - Ordem do Dia:

a) discussão e votação de requerimento e de relatório em geral;

b) discussão e votação de proposições e respectivos pareceres sujeitos à aprovação do Plenário da Assembleia.

§ 1º Essa ordem poderá ser alterada pela Comissão, a requerimento de qualquer de seus membros.

§ 2º As Comissões deliberarão por maioria de votos, presentes a maioria absoluta de seus membros.

§ 3º O Deputado poderá participar, sem direito a voto, dos trabalhos e debates de qualquer Comissão de que não seja membro.

(...)





Gráfica Gênesis

A sua boa impressão



Com mais de 10 anos de atuação no mercado maranhense, introduzimos no Estado um novo conceito de **atendimento, pontualidade e qualidade de impressão.** Com preços competitivos e facilidade no pagamento.

Apple i-Mac

Máquinas com processadores **Core i7**, o processador de quatro núcleos mais rápido que existe. Sistema de transferência de arquivos **Thunderbolt**, seus arquivos são copiados em alta velocidade. **Monitores** com telas retroiluminadas por **LED**



KODAK Trendsetter 400

possui alta definição de pontos com a tecnologia Squarespot. **Desempenho, estabilidade, agilidade e produtividade**, que oferecem impressos de altíssima qualidade. Tudo que sua impressão precisa em uma máquina **compacta e moderna.**

"Ninguém te poderá resistir, todos os dias da tua vida; como fui com Moisés, assim serei contigo; não te deixarei nem te desampararei". (Josué 1.5)

Komori Corporation

Agora com muito mais agilidade e **qualidade de impressão.**



Rua Raimundo Correia, nº 61
Monte Castelo, CEP: 65031-510 - São Luís-MA
Site: www.graficagenesis.ind.br
E-mail: contato@graficagenesis.ind.br
Fones: (98) 3231-8199 / 3231-1943





Reunião semanal da Diretoria para planejamento, avaliação e execução das ações



Associe-se à CAAMA

Dr. Gerson Silva Nascimento - Presidente

Caixa de Assistência dos Advogados do Maranhão cada dia melhor

A CAAMA vem fazendo importantes investimentos com o objetivo de aprimorar os serviços e multiplicar os benefícios aos advogados do Maranhão.

O Clube do Advogado já é uma realidade, sendo importante espaço de lazer para os seus associados descontraírem, após uma árdua semana de trabalho.

Nossos serviços na área da saúde, em diversas especialidades, melhores e mais variados a cada dia, estão à disposição, gratuitamente, para os advogados, a exemplos de médica, odontologia, ginecologia, pediatria, fisioterapia e drenagem linfática.

A diretoria está trabalhando diuturnamente para ampliar os convênios com diversos seguimentos do comércio e prestadores de serviço.

Diretoria da CAAMA com seus respectivos cargos:

Dr. Gerson Silva Nascimento - Presidente

Dra. Teresinha de Fátima Marques Vale - Vice-Presidente

Dr. Aldinei Abreu Farias - Secretário Geral

Dra. Rosemeire de Freitas Barros - Secretária Geral Adjunta

Dr. Valter de Jesus Praseres - Tesoureiro

Caixa de Assistência dos Advogados do Maranhão - CAAMA
Rua Dr. Pedro Emanuel de Oliveira, 01 - Ed. Sede da OAB - Calhau
CEP: 65.076-908 - São Luís - Maranhão
Fone: (98) 3236 - 0440 - Email: caama.org.br